

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two lions. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto "SIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERAS".

**NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO
PENAL LA FIGURA DEL TESTAFERRATO
PROVENIENTE DEL NARCOTRÁFICO COMO
PARTE DEL CONCURSO DE DELITOS
PROVOCADOS POR EL TRÁFICO
DE ESTUPEFACIENTES**

JOSÉ ALEXANDER ORTIZ RUIZ

GUATEMALA, JULIO DE 2006

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

**NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO PENAL LA FIGURA
DEL TESTAFERRATO PROVENIENTE DEL NARCOTRÁFICO COMO PARTE
DEL CONCURSO DE DELITOS PROVOCADOS POR EL TRÁFICO
DE ESTUPEFACIENTES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ ALEXANDER ORTIZ RUIZ

previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2006



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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

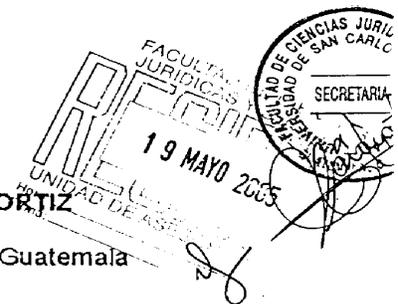
Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Secretario: Lic. Otto Marroquín Guerra

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares
Vocal: Lic. Edwin Nevil Trejo Carrillo
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de la licenciatura en la facultad de ciencias jurídicas y sociales y del examen general público).

FREEDYN WALDEMAR FERNANDEZ ORTIZ
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. Avenida, 5-66, zona 1, Ciudad Capital de Guatemala
Colegiado No. 3963



Ciudad de Guatemala 17 de mayo de 2006

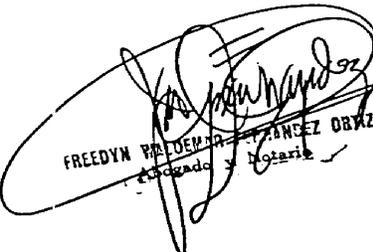
Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en cumplimiento de la función encomendada de asesoría de tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller José Alexander Ortiz Ruiz, intitulado: NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO PENAL LA FIGURA DEL TESTAFERRATO PROVENIENTE DEL NARCOTRÁFICO COMO PARTE DEL CONCURSO DE DELITOS PROVOCADOS POR EL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES.

El bachiller Ortiz Ruiz, cumplió con todas y cada una de las recomendaciones observadas en el desarrollo de su investigación, razón por la que no tengo ningún inconveniente en emitir el presente dictamen favorable, toda vez, que considero que cumple con los requisitos exigidos por esa casa de estudios para que pueda ser discutido en el Examen Público correspondiente.

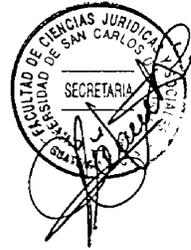
Sin otro particular, atentamente,


FREEDYN WALDEMAR FERNANDEZ ORTIZ
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, veintidós de mayo de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) LUIS DOMINGO BERREONDO ROSALES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **JOSÉ ALEXANDER ORTIZ RUIZ**, Intitulado: **"NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO PENAL LA FIGURA DEL TESTAFERRATO PROVENIENTE DEL MARCOTRÁFICO COMO PARTE DEL CONCURSO DE DELITOS PROVOCADOS POR EL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) 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 32 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/slih

LUIS DOMINGO BERREONDO ROSALES
ABOGADO Y NOTARIO
6ta. Avenida 18-93 zona Uno, Oficina 2, 2º. Nivel
Teléfono: 22383358
Colegiado No. 4196



Guatemala, 26 de mayo de 2006

Licenciado
Mario Ismael Aguilar Elizardi
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Licenciado Aguilar Elizardi:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en cumplimiento de la función encomendada de revisión de tesis, procedía a revisar el trabajo de tesis del Bachiller José Alexander Ortiz Ruíz, intitulado: NECESIDAD DE REGULAR EN EL CODIGO PENAL LA FIGURA DEL TESTAFERRATO PROVENIENTE DEL NARCOTRAFICO COMO PARTE DEL CONCURSO DE DELITOS PROVOCADOS POR EL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES.

El Bachiller Ortiz Ruíz, cumplió con todas y cada una de las recomendaciones observadas en el desarrollo de su investigación, razón por la cual no tengo inconveniente en emitir el presente dictamen favorable, toda vez, que considero que cumple los requisitos exigidos por esa casa de estudios para que pueda ser discutido en su Examen Público de Tesis correspondiente.

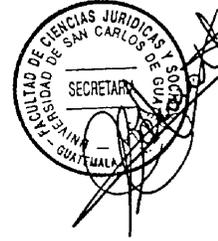
Sin otro particular, cordialmente


LIC. LUIS DOMINGO BERREONDO ROSALES
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



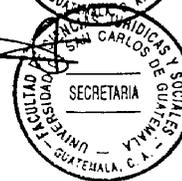
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **JOSÉ ALEXANDER ORTIZ RUIZ**, titulado **NECESIDAD DE REGULAR EN EL CÓDIGO PENAL LA FIGURA DEL TESTAFERRATO PROVENIENTE DEL NARCOTRAFICO COMO PARTE DEL CONCURSO DE DELITOS PROVOCADOS POR EL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES**, 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. -

~~IAZ/sillh~~





DEDICATORIA

A DIOS

Fortaleza espiritual, guía de sabiduría y Padre celestial, que con su amor incondicional e incomparable fidelidad, me brindó salud, fe y perseverancia para la satisfactoria culminación de mi carrera profesional.

A MI MADRE

América Ester Ruiz Barrientos de Ortiz, a quien con inmenso amor dedico este triunfo que surgió como inspiración y compensación a su extraordinario esfuerzo, sacrificio, dedicación, comprensión, cariño y apoyo, brindado incondicionalmente en el transcurso de mi vida. Gracias madre.

A MI HERMANA

Lilian Arely Ortiz Ruiz. Con cariño especial, ya que con su apoyo, he logrado salir avante. Instándola a continuar. E incentivándola para que sea una profesional de éxito. Gracias por todo Arely.

A MIS ABUELOS

Maria Leticia Barrientos Lemus (QEPD) y Francisco de Jesús Ruiz Rojas. Con profundo amor, por su apoyo, por su comprensión, por sus sabios consejos que nunca olvidaré, por sus buenos deseos a cada momento para lograr mi meta, así como fuente de motivación para que en un futuro sea un profesional ejemplar y de éxito.

A MIS TIOS

Ignacio, Efraín Antonio, Remberto Leonel, Edwin Ronaldo, Maria Delia, Delmina Alicia, Gladis Arminda, Elsa Noelia y Judith Yolanda. Con aprecio por su apoyo. A ustedes todo mi cariño y respeto que merecen.



A MIS PRIMOS

Con quienes he compartido a lo largo de mi vida y me han ayudado a lograr esta meta. Gracias por todo primos.

A MIS AMIGOS

Que por temor a no mencionar alguno de ellos, a todos agradezco su apoyo. Especialmente a Karla Gutierrez, Brenda Pac y Byron Debroy; con los cuales compartí momentos de tensiones y alegrías. Pero al fin: Lo logramos ex Bachilleres.

A

LA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA, en especial a la FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Por los conocimientos adquiridos, que me permitieron formarme como profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Antecedentes fácticos.....	1
1.1. Antecedentes jurídicos.....	3
CAPÍTULO II	
2. Consideraciones Generales.....	11
2.1. Del Delito.....	11
2.2. El principio de legalidad.....	13
2.2.1. Antecedentes.....	13
2.2.2. Concepto.....	15
2.3. De la tipicidad.....	17
2.4. Del título del delito.....	21
2.5. Del <i>nomen juris</i> del delito.....	23
CAPÍTULO III	
3. Elementos estructurales del delito.....	25
3.1. El sujeto activo.....	25
3.1.2. Definición.....	26
3.1.3 El sujeto activo en el delito de testaferrato.....	28
3.2. Sujeto pasivo.....	33
3.3. El objeto jurídico tutelado.....	35
3.4. El objeto material.....	37
3.5. La conducta.....	38
3.6. Elementos de la conducta delictuosa.....	41
CAPÍTULO IV	
4. Elementos subjetivos de la acción.....	51
4.1. El dolo.....	51



	Pág.
4.1.1. Concepto.....	51
4.1.2. Elementos del dolo.....	52
4.1.3. Clasificación del dolo.....	53
4.2. La culpa.....	58
4.2.1 Concepto.....	58
4.2.2. Los elementos de la culpa y sus formas.....	62
4.2.3. Teoría acerca de la naturaleza y el fundamento de la culpa.....	64
4.2.4. Clasificación de la culpa.....	65
4.2.5. Los modos de la culpa.....	66
4.3. La preterintención.....	70
 CAPÍTULO V 	
5. Los elementos positivos del delito.....	73
5.1. La tipicidad.....	73
5.2. La antijuricidad.....	75
5.3. La culpabilidad.....	77
5.4. La punibilidad.....	78
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

Es necesario realizar una investigación en el área del Derecho Penal, en cuanto a incluir dentro de la misma, el delito de testaferrato proveniente del narcotráfico, provocado por el tráfico de estupefacientes; ya que actualmente éste ilícito no se encuentra regulado en nuestra legislación.

Considerando que nuestro país es un lugar de trasiego de drogas, donde se da con facilidad el tráfico de estupefacientes, y debido a que nuestra legislación persigue mediante una ley especial a las personas que se dedican a éste ilícito penal, no lo hace con aquellas personas que sabiendo que tienen la oportunidad de adquirir ese dinero el cual fue producto del narcotráfico y el tráfico de estupefacientes, con ello adquieren bienes a su nombre, dando la apariencia de un negocio totalmente ilícito.

Por lo que es de suma importancia y de gran urgencia para Guatemala, el castigar a esas personas que dando la apariencia de legal, adquieren bienes a su nombre, a sabiendas de que es con dinero procedente del ilícito del Narcotráfico, bienes que en ningún momento les pertenecen, sino que facilitan el poder adquisitivo y el alza en el valor de los mismos, además de ocultar al verdadero propietario de dichos bienes, el cual por temor a ser juzgado, utiliza esta forma de darle movimiento al dinero procedente del ilícito ya indicado.



Por lo que la presente investigación se ha dividido en cinco capítulos, de los cuales el primero comprende lo relativo a los antecedentes del ilícito del testaferrato, los motivos por los cuales fue creado en otras legislaciones, tal como la colombiana, el segundo lo relativo al delito en sí, la forma en que se encuadra el ilícito del testaferrato, así como el tipo y la tipicidad del mismo, el tercero nos habla del sujeto activo y pasivo del delito indicado, y de esta forma se establece el modo en que se da su participación, el cuarto, nos habla de los elementos subjetivos de la acción, tal como el delito doloso y el culposos.

Finalmente el capítulo quinto explica todo lo relacionado con los elementos positivos del delito.

Sirva el presente trabajo como incentivo para aquellas autoridades guatemaltecas que hagan el honor de leerla, como inquietud para analizar hacia dónde nos lleva el narcotráfico y cuáles son las formas de controlar a las personas que presten su nombre para adquirir bienes con dinero procedente de ello, el cual es únicamente creando una figura penal como el testaferrato.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes fácticos

Los hechos que dieron lugar a la tipificación de la infracción del testaferrato en Colombia, coinciden con aquellos que generaron la definición del tipo de enriquecimiento ilícito, como que ambos comportamientos surgieron en el mismo marco temporo-espacial y modal, lo cual permite reiterar los señalados al tratar de la trasgresión del enriquecimiento ilícito.

El día primero de mayo de 1984 consideró el Gobierno nacional de Colombia, que el país se encontraba en estado de conmoción interior en razón de la grave perturbación del orden público ocasionado por los actos terroristas realizados en las ciudades de Medellín, Cali y Bogotá y el asesinato el día anterior del Ministro de Justicia, doctor Rodrigo Lara.

Nadie en ese país olvida la cruenta época de los carros bomba accionados por orden de los narcotraficantes, la lamentable pérdida de vidas humanas y los cuantiosos efectos económicos ocasionados por tal flagelo, razones más que suficientes para tratar de conjurar la crisis a través de la declaratoria del estado de sitio en todo el territorio colombiano.

En la década de 1980, surge una nueva clase, la denominada clase emergente, que por su inmensa capacidad económica derivada del narcotráfico, se sirvió de armas como la corrupción y el terrorismo, en respuesta a la persecución oficial colombiana, terminando por desafiar al Estado y a sus instituciones. Era en ese medio en donde una o cien vidas nada valían, cuando se fundaron escuelas de sicarios, y aparecieron nuevos ricos, como estos, que se enriquecieron con dinero proveniente del narcotráfico, sin ser ellos mismos, narcotraficantes, sino personas contratadas por los citados para matar a otro u otras por un precio, por una paga; pero los narcotraficantes no solo pagaron sicarios, también pagaron y en exceso otros bienes y servicios que



incrementaron el patrimonio de esas personas, e incluso, el de otras sin ninguna contraprestación, llegándose a un inusitado desequilibrio económico y social.

Por otra parte, ese exceso de dinero creó una economía subterránea, que en manos de la clase emergente encareció en forma exagerada la vida de los colombianos y terminó por afectar la economía nacional, elevando en altos índices la inflación y sobrevalorando en forma desproporcionada la propiedad inmueble, los bienes y los servicios, amén de vulnerar la seguridad ciudadana, la tranquilidad y salubridad pública y la administración de justicia.

Precisamente en medio de esa situación de grave perturbación del orden público ocasionada por el tráfico de estupefacientes, generador del terrorismo, los magnicidios, la corrupción e inmoralidad, el legislador extraordinario optó por sancionar esa conducta, denominada testaferrato; la cual consistente -en prestar el nombre para adquirir bienes y de esa forma aparentar ser el propietario de unos bienes, sin serlo, para ocultar su ilegítima adquisición en tanto lo eran con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos buscando con tal normatividad combatir el narcotráfico y conjurar así las causas que dieron lugar a la declaratoria de estado de sitio-.

Otros antecedentes lo constituyen el control de rutas y mercados a sangre y fuego por los capos de la droga, con el consiguiente aumento de la criminalidad dentro y fuera del país colombiano, el grave deterioro del medio ambiente por la destrucción de selvas y bosques por la invasión de los cultivos ilícitos, que desplazó violentamente a la población campesina; la calidad de los estupefacientes y la especialización en la explotación aumentó la demanda en el exterior, como también su valor, y de paso, creció la desigualdad social y política en esa nación, que hacía del narcotráfico un trampolín para ascender peldaños y de sus testaferratos ricos en apariencia que quisieron serlo en la realidad, lo que no pocas veces les costó la vida, y aún hoy muertos sus verdaderos propietarios siguen pagando con sus vidas la negativa a devolver esos bienes.

2. Antecedentes jurídicos

Durante años la lucha de las autoridades colombianas por combatir el tráfico de estupefacientes mediante preceptos privativos de la libertad, resultó infructuosa frente a la dimensión de los capitales que esa actividad delictiva reportaba, no bastó tampoco la pena de multa que como principal junto con la prisión se imponía por tales faltas, pues resultaba insignificante frente a la rentabilidad producida por el narcotráfico.

Era menester despojar del poder económico, generado por el oro blanco a la delincuencia organizada y asegurar el comiso de esos capitales mal habidos en búsqueda de una mayor eficiencia en la lucha contra tal delincuencia y una forma de evitar que los narcotraficantes continuaran aumentando su capital era penalizando a sus testaferros y decomisando los bienes por ellos adquiridos con dinero procedente de las infracciones de tráfico de estupefacientes y las transgresiones conexas.

Las circunstancias históricas que rodearon la aparición del ilícito de testaferrato son las mismas que vieron nacer la infracción del enriquecimiento ilícito de particulares, como que ambas figuras delictivas tienen su génesis en el tráfico de estupefacientes, generadoras de la grave perturbación del orden público y surgieron bajo el régimen del estado de sitio, con seis días de diferencia entre los decretos extraordinarios que les dieron vida, razón para insistir en los antecedentes relacionados al tratar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

2.1.- Primero, este acápite debe remontarse a la Carta magna colombiana de 1886, que en su Artículo 121, (modificado por el Artículo 41 del Acto Legislativo N° 1 de 1968), consagraba el estado de sitio, porque fue bajo este régimen de excepción cuando nació a la vida jurídica el testaferrato; que se usó y abusó de tal figura por los gobernantes, hasta el punto que fue mayor el tiempo que se vivió en estado de excepción que en el régimen ordinario.



Por otra parte, el Artículo 121 de la Constitución colombiana de 1886, consagraba el estado de sitio en los siguientes términos:

"En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y el estado de sitio en toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones...".

2.2.- Segundo, al amparo de esa disposición se emitió el Decreto 1038 del 1 ° de mayo de 1984, el cual se fundamenta en los atentados contra el régimen constitucional ocasionados por grupos armados y la acción persistente de grupos relacionados con el narcotráfico que perturbaron el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y salubridad públicas y la economía nacional. La declaratoria de estado de sitio facultaba al Presidente de la República todas las medidas necesarias para conjurar la crisis.

2.3.- Tercero, en uso de esas facultades extraordinarias, incluso para legislar o para dictar decretos con fuerza de ley, el Presidente de la República como legislador extraordinario emitió el Decreto 1856 del 18 de agosto de 1989, el que tiene como sustento la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientadas a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones, ya que para reprimir el narcotráfico se deben decomisar en beneficio del Estado los bienes y efectos de toda clase vinculados directa o indirectamente a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o que provengan de ellos; por otra parte, el Artículo 110 del Código penal colombiano modificado por el canon 37 de la Ley 2a de 1984, establece el comiso, pero fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de julio de 1981; en idéntica disposición del Código de 1936 también fue declarada exequible en sentencia del 3 de agosto de 1972, ya que la garantía constitucional no se



puede extender a derechos adquiridos con el producto de actividades delictivas, como el narcotráfico.

Con estas motivaciones, el Decreto 1856 del 18 de agosto de 1989 en su Artículo 6° tipifica la conducta del testaferrato, en los siguientes términos:

"Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos; incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

2.4. - Cuarto, como la turbación del orden público a que se refiere la norma sólo podía predicarse durante la vigencia de la Carta magna colombiana de 1886; desaparecida ésta con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, dejaría de existir tal delito; pero ello no ocurrió así, por el contrario, se prorrogó su vigencia por noventa (90) días, en virtud del Artículo 8° transitorio de la nueva Carta política y mantuvo su vigencia al no ser improbadado por la Comisión especial legislativa o congresito, en tanto, el Presidente de la República estaba autorizado para convertir en legislación permanente los decretos expedidos en ejercicio de las facultades del estado de sitio y con base en esas facultades emitió el Decreto 2266 del 4 de octubre de 1991, que en su Artículo 7°, establece:

"Adóptense como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1856 de 1989: "

"Artículo 6°.- Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

2.5.- Quinto, aunque como puede observarse su texto en nada varió, sin embargo si acabó con la discusión que se presentaba por tratarse de un tipo con vigencia temporal, en razón de ser expedido en uso de facultades de estado de sitio, lo cual le permitía su vigencia por el período de turbación del orden público, mientras que el Decreto 2266 de 1991 lo convirtió en legislación permanente, porque al ser expedido en vigencia de la Carta política de 1991, desapareció la limitante del estado de sitio, sobre la temporalidad de la figura.

2.6.- Sexto, el 24 de julio de 2000 en vigencia de la Constitución política de 1991, el Presidente de la República colombiana sanciona el "Código penal, Ley 599, cuyo Artículo 326 conserva la misma redacción de la norma anterior, variando solo el quantum de la pena privativa de la libertad y el monto de la multa, con el siguiente texto:

"Testaferrato. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de, quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

2.7.- Séptimo, el delito de testaferrato tiene como antecedente inmediato el delito de encubrimiento por receptación previsto en el Artículo 177 del Código penal colombiano de 1980, que prevé:

"El que fuera de los casos de concurso en el delito, oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo, o lo adquiera o enajene, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco años (5) años y multa de un mil a cien mil pesos".

Esta disposición fue modificada por el Artículo 31 de la Ley 190 de 1995, que le cambió la denominación, para llamarla: receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales, efectuó una definición más drástica y aumentó considerablemente la pena, en tanto, incluyó el delito de lavado de activos, para luego en la Ley 365 de 1997, en la regla 7 modificar nuevamente la norma 177 y a



dejarla sólo como encubrimiento por receptación, mientras que el canon 9° define el lavado de activos en el dispositivo 247A.

El Código penal de la República de Colombia en el Artículo 447 mantiene el anterior nombre con el siguiente tenor literal: "Receptación. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor".

"Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad".

Confirma el hecho de ser antecedente inmediato del delito de testaferrato el ilícito de encubrimiento por receptación, lo expresado por la Corte constitucional de Colombia del 30 de marzo de 1993, cuando conoció de la exequibilidad del Artículo 7° del Decreto 2266 de 1991, que adoptó como legislación permanente el canon 6° de su homólogo el 1856 de 1989, que define el delito de testaferrato, cuando dijo: "Esta forma especial de receptación está bien concebida por este Artículo...". En idéntico sentido se pronuncia la Corte suprema de justicia, cuando explicó: "La tipificación del delito de testaferrato en la legislación se sustentó originalmente en la necesidad de combatir de manera específica y desde luego más enérgica una de las modalidades de encubrimiento por receptación utilizadas con mayor frecuencia por la delincuencia organizada del narcotráfico para ocultar los bienes adquiridos con el dinero producto de sus actividades ilícitas, radicándolos en cabeza de terceras personas, ajenas al negocio. Este es el origen y la razón de ser de la prohibición contenida en el Artículo 6° del Decreto 1856 de 1989..."

2.8.- Octavo, del comportamiento delictivo de testaferrato, existen dos antecedentes mediatos del orden nacional, como también otro de carácter internacional que son necesarios mencionar:

2.8.1.- De un lado, es antecedente mediato la simulación originada en el canon 1766 del código civil colombiano, figura jurídica que se presenta cuando las partes acuerdan fingir determinado contrato, cuando no se quiere ejecutar ninguno, es la denominada simulación absoluta; por ejemplo vender cuando en la realidad no es cierto, se finge una compraventa para evitar un embargo o crear la apariencia de un contrato, cuando en realidad se celebra uno diverso, es la llamada simulación relativa, ejemplo: venta para ocultar una donación, se insolventa la sociedad conyugal en forma temporal o definitiva o se liquida con el objeto de no dejar sucesión o para evadir impuestos o desheredar a alguien o evadir el pago de acreedor y otros; pero el bien o bienes que fueron adquiridos legalmente retornan más tarde al poder de su legítimo dueño o sucesores. Su efecto legal es el cuasidelito que para el restablecimiento del derecho del presunto lesionado, debe recurrir a la vía ordinaria civil, pues la causa no es criminal.

La simulación dicha puede denominarse objetiva; luego surge la simulación subjetiva, cuando se disimula, reemplaza o finge a uno de los contratantes, para el efecto el narcotraficante, que sería el caso previsto en la trasgresión del testaferrato, donde las partes celebran el negocio que realmente quieren realizar, sólo que una de ellas reemplaza a la otra, simula a otra, porque a sabiendas realiza el contrato con el dinero propiedad del capo, con dinero procedente del tráfico de estupefacientes y conexos, su dueño era quien debía ser el contratante y es sobre éste y sobre el dinero con el cual se adquiere el bien que se presenta la simulación, para aparentar ser dueño de tales bienes, sin serlo y darle apariencia de legalidad al dinero con el cual se adquieren las cosas, para evitar que el estado los decomise, simulación que el código penal colombiano tipifica como testaferrato, cuando el bien se adquiere por el prestanombre con el dinero que recibió para el efecto procedente del narcotráfico y conexos, esta es la causa ilícita que lo desplaza del derecho civil o comercial al derecho penal, pues deja de ser cuasidelito, para convertirse en el delito de testaferrato.



2.8.2.- De otra parte, también constituye su antecedente mediato el inciso segundo del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, previsto en el Artículo 148 del Código penal colombiano de 1980, del siguiente tenor:

"El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años".

"En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado".

El Artículo transcrito en su inciso primero define el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y en el inciso segundo impone igual pena a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Pero, cuando esa interpuesta persona aparenta ser dueña, sin serlo, cuando ese incremento procede del delito de narcotráfico y conexos y cuando a la persona que se oculta no es al funcionario público enriquecido ilícitamente, sino al narcotraficante o a quien entrega el dinero procedente del narcotráfico y conexos se incurre en el ilícito del testaferrato, razón para tener esta disposición como su antecedente.

Esta norma fue modificada por los preceptos 18 y 26 de la Ley 190 colombiana de 1995 o estatuto anticorrupción, en el dispositivo 26, aumentó la pena mínima a dos (2) años de prisión y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y la multa la fija en el equivalente al valor del enriquecimiento ilícito.

Modificaciones lógicas, si se tiene en cuenta que en el canon 148 la multa era de veinte mil (20.000) a dos millones (2.000.000) de pesos, suma que resultaba insignificante frente al valor de los bienes objeto del enriquecimiento.



El Código Penal, Ley 599 de 2000 colombiana, tipificó el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público en el Artículo 412, disposición por medio de la cual incrementó la pena de prisión, en tanto la señala entre 6 a 10 años; la multa la aumenta al doble del valor del enriquecimiento sin exceder de cincuenta (50.000) mil salarios mínimos legales mensuales y suprimió el inciso final transcrito en precedencia, no porque tal conducta dejara de ser delictuosa, sino que hoy constituye el delito de lavado de activos; previsto en la norma 323 ibidem.

2.8.3 Vale la pena mencionar el antecedente de orden internacional que trae el profesor Francisco J. Ferreira Delgado al analizar las nociones generales del delito de enriquecimiento ilícito, cuando explica que en la exposición de motivos del anteproyecto de 1978, se afirma cómo este Artículo fue extraído por lo menos en su esencia, del Artículo 268 de la codificación actual Argentina, cuyo texto toma del Manual de derecho penal, parte especial de Ricardo Levene, del siguiente tenor literal:

"Será reprimido con reclusión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él, para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular su enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años".

CAPÍTULO II

2. Consideraciones generales

2.1 Del delito

En todas las épocas se han presentado diversos conceptos del delito, los cuales se han elaborado teniendo como fundamento los diferentes ingredientes básicos que lo integran.

Elementos estructurales que fundamentan la construcción de los distintos tipos penales, por contener la mayor precisión sobre sus componentes y adaptarse a la legislación vigente y que será de gran utilidad en el estudio que se aborda, es del caso traer a colación al tratadista alemán, Maurach¹ quien sostiene:

"Todo delito es, en primer lugar, acción: una conducta relevante socialmente, dominada por el querer 'final' del autor, dirigido a un determinado resultado. Tan solo puede concebirse como titular de la acción al hombre aislado y las corporaciones no son, desde el punto de vista jurídico penal, capaces de acción. La acción es la base común a todas las formas delictivas. Cubre tanto el delito comisivo como, el omisivo, tanto los hechos punibles dolosos como culposos. La distinción entre estas dos últimas categorías está fundada no en el 'si concurre', sino solamente en el 'como concurre', la dirección de la voluntad;"

"Desde el punto de vista jurídico, según Conde, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno derecho penal"².

¹ Maurach, Reinhart, **Tratado de derecho penal**, pág. 171

² Muñoz conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 2

Este concepto debe armonizarse con lo expresado por el tratadista Fernández Carrasquilla³ cuando explica que tal noción "no es proporcionada por la ley directamente, sino abstraída por la dogmática a partir de la observación inductiva de todas las figuras delictivas y normas reguladoras penales contenidas en un determinado ordenamiento nacional. De esa observación se infieren los elementos comunes a todos los hechos previstos por la ley como delitos o contravenciones y se formula inductivamente una definición general que luego es utilizada, deductivamente, como auxiliar en la interpretación de los tipos en particular".

El testaferrato es entonces una infracción de carácter bilateral o recíproca porque para su configuración se exige la presencia indiscutible, como mínimo, de dos personas que necesariamente tienen que concurrir a la realización de la conducta, porque la norma para su tipificación se refiere al sujeto activo como: "Quien preste su nombre", frase que determina a éste como el prestamista, que de suyo implica la existencia de un prestatario del nombre.

Si bien es cierto para que la configuración de la trasgresión es necesario que exista un prestamista y un prestatario, ello no implica que el precepto legal exija un sujeto activo plural, tampoco significa que ambos incurran en el punible de testaferrato, porque la norma solo sanciona al prestamista, no al prestatario, aunque éste sea el iniciador de la conducta no responde por este delito, pues se reitera, el precepto sólo sanciona al prestamista, cuando dice: "quien preste su nombre"; el prestatario responderá por otros delitos que le sean imputables, no por testaferrato, en virtud del principio de la legalidad de los delitos y de las penas pues el canon legal no lo incluye, no lo sanciona; su conducta como prestatario es impune con relación a este delito, no así en otros ilícitos que puedan imputársele en virtud del hecho mencionado.

En el delito en examen se presenta, pues, un concurso necesario, en el cual no todos los sujetos son punibles y que según Grispingni, citado por Francesco Antolisei⁴

³ Fernández Carrasquilla, Juan, **Derecho penal fundamental**, pág. 172

⁴ Antolisei, Francesco, **Manual de derecho penal**, pág. 416

"...se da cuando la intervención de varias personas es imprescindible para la existencia del delito: en otras palabras, cuando no se puede cometer el delito por un solo individuo, sino que exige la cooperación de varios individuos. No se trata, como en el concurso eventual, de un modo de realización del delito, sino de una distinta *categoría* de *delitos*, en los que la pluralidad de agentes se exige como elemento constitutivo de la figura típica descrita por la ley".

En el caso a estudio, prestamista y prestatario; del nombre libre y voluntariamente concurren con sus acciones y voluntades a la realización del ilícito, pero sólo incurre en el hecho delictivo el prestamista, sólo éste es autor y por tanto, sólo éste es punible, no así el prestatario del nombre que se reitera es impune.

2.2 El principio de legalidad

2.2.1 Antecedentes

La justicia penal de las Monarquías absolutas europeas (Ancien Régime) se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional; por el desorden y multiplicidad de leyes; por los innumerables privilegios para castigar de que gozaban los señores feudales y, en particular, por el derecho del Rey o sus representantes para castigar sin observar procedimiento regular alguno. Las "maisons de force", los "hospitales generales", las "ordenes del rey" o de los jefes de policía, las "lettres de cachet" constituían toda una práctica represiva y superpuesta a la "justicia regular" (ordinaria) y muy frecuentemente opuesta a ella. El Soberano, directa o indirectamente, reclama, decide y ordena ejecutar los castigos. Esto se explica por qué en el sistema, entonces vigente, se consideraba que "en toda infracción hay un "crimen majestatis" y en el más insignificante delincuente un pequeño regicida en potencia". De allí que el derecho a castigar fuese considerado como un aspecto del derecho que el soberano tiene para guerrear contra sus enemigos; un poder absoluto de vida o muerte.

Sin embargo, no sólo es de ver, en esta forma de ejercicio del poder punitivo, la arbitrariedad real, eficaz para eliminar "nobles infidèles ou grands vassaux desobligeants". se trata de algo más complejo. Si el sistema de "lettres de cachet" alcanzó una amplia aplicación y -al menos, durante un tiempo - una general aceptación, fue debido a la demanda de las personas privadas interesadas a eliminar (temporal o definitivamente) una de los suyos. Foucault y Farge, presentando las "lettres de cachet de famille", se refieren a la puesta al servicio del público del poder absoluto del soberano. Según estos autores, tales mandatos de detención no sólo llenan los vacíos dejados por el sistema jurídico ordinario, sino que duplican el proceso y se introducen en él para modificarlo y desnaturalizarlo.

A mediados del Siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y tratan de modificar ese irregular y arbitrario sistema represivo, que por su incoherencia no permitía una eficaz y general lucha contra los actos delictivos. Los objetivos de ese movimiento eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo. Para alcanzar tales objetivos, se consideró necesario, junto a otros medios, dar a las disposiciones legales cierto grado de certitud. En éstos se debería, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas, revelar la idea de que cada crimen y las ventajas que se esperan obtener mediante su comisión se hallan, fatalmente, vinculados con el castigo y los inconvenientes ciertos que éste acarrea. Se trató, pues, de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el derecho de castigar.

Esta nueva actitud encontró su fundamento ideológico en la teoría del contrato social. Según esta teoría, "la necesidad obligó a los hombres a ceder una parte de su propia libertad al poder público; parte que, evidentemente, constituía sólo una pequeña porción, suficiente para obligar a los otros a defenderla. El conjunto de esas porciones (las más pequeñas posibles) forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; hecho y no derecho". De esta manera, se presupone que el ciudadano ha aceptado todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo a las cuales se le

puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en el enemigo de toda la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. El más pequeño delito ataca toda la sociedad; y toda la sociedad - comprendido el infractor - está presente en la más pequeña sanción. El castigo penal es, pues, una función general, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Para la justicia penal, la principal consecuencia que se deriva de tales principios es que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden. El único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida por el contrato social.

2.2.2 Concepto

El principio de legalidad en materia penal, ha sufrido a lo largo del tiempo transformaciones que caracterizan la más sólida garantía conferida a la libertad individual dentro de un Estado de régimen democrático.

Su primer sentido: *nullum crimen nulla poena sine lege*, deriva en el *nullum crimen nulla poena sine lege previa*. En esta idea, ya se reconocen las ideas garantistas del principio de irretroactividad de la ley penal incriminadora y el de retroactividad de la ley penal más benigna, siendo ambas fases, efectos del principio de legalidad.

Con el desdoblamiento hacia el *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* se descarta la elección consuetudinaria de comportamientos penales típicos. No tardó en asomar un tercer principio: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, que prohíbe el empleo de la analogía para crear figuras delictivas o justificar, fundamentar o agravar las penas.

Más recientemente se ha desenvuelto por la doctrina la prohibición de incriminaciones nuevas e indeterminadas a través del principio *nullum crimen nulla poena sine lege certa* o principio de taxatividad -determinación o mandato de certeza-.

Nuestra constitución, al acoger los principios garantistas sobre derechos humanos, amplía sensiblemente el contenido del principio de legalidad en relación a los textos constitucionales anteriores. No se debe olvidar, que las normas fundamentales no se agotan en la dimensión de su texto, sino que se complementan con las disposiciones sobre derechos humanos internacionales, por lo que es una realidad lo que acota Riveiro⁵ "las potencialidades interpretativas de los principios constitucionales de derecho penal están aún muy dados a su agotamiento", por lo que debe desarrollarse un trabajo concreción de los valores constitucionales, como premisa para su penetración en el sistema penal.

Prácticamente todas las constituciones modernas contienen un capítulo de declaraciones de derechos y garantías ciudadanas. Dentro de tales, ninguna ha omitido el ideal de seguridad individual contra la actuación de los poderes del Estado en materia penal, ninguna ha dejado de prever el principio de legalidad como factor principal de control de la actuación estatal sobre la libertad del individuo. Se trata de una garantía en todos los Estados de orientación democrática y liberal. La necesidad de compatibilizar la letra y el espíritu de las leyes fundamentales a las declaraciones internacionales constituye exigencia de un orden jurídico universal.

Nelson Hungría, autor brasileño, ha dicho que la única fuente del derecho penal es la norma legal.

Con la actuación del principio de legalidad se busca impedir la actuación del Estado de forma absoluta y arbitraria, reservándose al individuo una esfera de defensa de su libertad cuya garantía inicia la ley.

Las acciones humanas posibles de reprobación penal, que sujeten al individuo a restricciones a la libertad u otras medidas de carácter represivo, deben estar previstas expresamente en la ley vigente y época en que el hecho se produjo.

⁵ Riveiro L., Mauricio, **Principio de legalidad penal**. pág. 18.

Este principio, da a la palabra sentido de norma preestablecida de acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que se pueda despreciar. Asume el carácter de principio necesario la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica. Desde luego, el principio *nullum crimen sine lege*, es producto de un proceso, por cierto un proceso no concluido, los aspectos nuevos del problema revelan la necesidad de reformarlo, pues pueden haber violaciones del mismo sin necesidad de rogación expresa, como la decretada por el nacional socialismo.

2.3 De la tipicidad

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, o sea la coincidencia del comportamiento con lo descrito por el legislador. Es en si, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es “la adecuación de la conducta al tipo”, que se resume en la fórmula *-nullum crimen sine tipo-*.

El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz, lo considera como “descripción legal de la conducta y el resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él”.

Es elemental para entender el párrafo anterior, el basarse en un ejemplo sencillo y que sea claro como es el siguiente:

Juan, después de planear la forma de eliminar físicamente a otra persona, éste, llegado el momento adecuado, da muerte con un proyectil de arma de fuego a Pedro. Aquí nos encontramos con que existe el tipo claramente establecido, siendo en este

caso el delito de Asesinato, y la tipicidad se da en la forma como se va a adecuar la conducta del sujeto activo al ilícito penal contemplado.

Con el anterior ejemplo se aclara la diferencia que existe entre tipo y tipicidad, aunado en que en el mismo se observa la descripción legislativa (tipo), y el encuadramiento de la conducta (tipicidad) hecha por la ley penal.

Para aclarar un poco mas esta situación diremos entonces que:

a) El tipo: Es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Es la descripción legal de un delito. La figura delictiva creada por el Estado a través de una norma jurídica o ley, "la descripción del comportamiento antijurídico".

b) La tipicidad: Es la adecuación de la conducta al tipo; por lo que debe existir un encuadramiento de cierta conducta señalada como ilícita, a la descripción que regula la legislación.

En efecto, las características básicas estructurales del tipo penal están determinadas por los siguientes elementos: un sujeto activo indeterminado y monosubjetivo, que la norma en forma explícita, precisa y cierta, denomina "Quien".

Ese sujeto agente que "preste su nombre", realiza la acción ejecutiva prevista en la disposición citada, que en forma indiscutible, manifiesta y diáfana señala el núcleo rector del comportamiento, prestar; verbo que sirve para clasificar la calidad del delito como conducta de ejecución permanente, porque si bien es cierto, se adquiere la calidad de prestamista en el momento en que se hace el préstamo, también es verdad, que esa calidad de prestamista perdura durante todo el tiempo, en que el objeto permanezca prestado en poder del prestatario y el sujeto activo en forma continua e

interrumpida está ejecutando la acción ejecutiva de prestar, por lo que a cada instante y momento está realizando el contenido de la acción.

También el mandato transcrito define en forma diáfana e incuestionable, la finalidad de la acción al decir: "para adquirir bienes", tales bienes constituyen otra característica básica de estructura del tipo, como lo es el objeto material de la conducta.

Este objeto material (bienes), concreta el interés jurídico amparado por el legislador, que de una vez indica su índole puramente económico, el bien jurídico protegido es el orden económico social, en tanto, lo pretendido con la comisión del delito es prestar el nombre para adquirir bienes y con ello fingir ser dueño, sin serlo y de esa forma darle apariencia de legalidad al dinero con el cual se adquieren tales bienes, porque ese dinero procede del comportamiento delictivo de narcotráfico y conexos.

La conducta: Prestar el nombre para adquirir bienes, implica que tal adquisición es sólo aparente o ficticia, no real y supone el ocultamiento de algo que es contrario a la ley, ese algo, es el conocimiento pleno del origen ilícito del dinero, que se incorpora irregularmente a la economía nacional, elemento que lo diferencia de otras infracciones como por ejemplo el enriquecimiento ilícito en favor de tercero, donde la adquisición es real ya que el tercero en verdad es dueño.

El objeto material debe adquirirse con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos, es una limitante que sirve para distinguirlo de los casos en los cuales: no constituyen infracción o que configuran un punible diferente, porque no todo acto de prestación del nombre para adquisición de bienes es delictivo, por eso lo califica con la exigencia específica de proceder el dinero con el cual se adquieren los bienes del tráfico de estupefacientes y conexos.

Por el origen del dinero el canon legal colombiano configura el testaferrato, como una transgresión determinada específica y autónoma, diferenciándolo del ilícito de encubrimiento por receptación previsto en el Artículo 447 *ibid*, que no hace tal es-

pecificación, pues procede para cuando se adquieren bienes muebles o inmuebles que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, esto es, en cualquier infracción, sin determinar, ni especificar ninguna en concreto a diferencia del testaferrato que restringe el dinero que procede del punible de narcotráfico y conexos.

Pero a más de su especificidad, "Los tipos penales -dice Jescheck¹- deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada. La razón de ésta exigencia de determinación o certeza se encuentra en que la reserva de la ley sólo puede desarrollar toda su eficacia, cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez".

La determinación efectuada por la ley cumple los requisitos señalados en precedencia; para el efecto, baste precisar: prestar el nombre para adquirir bienes, no es delito si el dinero se obtiene lícitamente, por ejemplo, de un contrato de trabajo, es producto del sueldo, de honorarios profesionales o de una herencia y otros, esto es, porque no proviene de la comisión de un ilícito.

Si se presta el nombre para adquirir bienes con dinero procedente de cualquier tipo penal, tampoco la conducta realizada tiene que ser testaferrato, sólo se presenta éste delito si se presta el nombre para adquirir bienes con dinero proveniente del tráfico de estupefacientes y conexos.

Si se presta el nombre para la adquisición de bienes con dinero procedente del delito del secuestro u otras infracciones diferentes al narcotráfico, no configura el tipo del testaferrato, sino una trasgresión diferente, que bien puede ser lavado de activos si el punible del cual proviene el dinero se encuentra relacionado en la norma que lo define.

Si se adquiriere el bien para ocultar o encubrir el origen ilícito de dinero, esto es, su procedencia de la comisión de un delito diferente al tráfico de estupefacientes y conexos o no está previsto como lavado de activos, se puede tipificar otro ilícito, tal como encubrimiento.

El Artículo 326 del Código Penal colombiano, define el testaferrato en forma expresa, cierta y clara y en la misma forma se refiere a cada una de las características básicas estructurales del tipo, sin que pueda alegarse confusión, porque para una mayor precisión o para diferenciarlo de otros punibles el legislador limite el origen del dinero a una sola clase de ellos, el narcotráfico y sus conexos, porque los bienes adquiridos con dinero que tenga origen mediato o inmediato en determinados delitos como el secuestro, la extorsión, enriquecimiento ilícito, etc. encuadran en la infracción de lavado de activos, si allí se encuentran relacionados, pero cuando su origen mediato o inmediato es en transgresiones diferentes al tráfico de estupefacientes o no están contenidas en el lavado de activos se adecuan al encubrimiento por receptación.

En estos dos últimos eventos, tanto en el lavado de activos como en el encubrimiento por receptación, lo relevante es que los bienes tengan su origen mediato o inmediato en el delito, mientras en el testaferrato, el elemento estructural del tipo es que los bienes se adquieran con dinero procedente del punible de narcotráfico y conexos, diferencia que pone de manifiesto los diversos textos legales.

Como puede observarse el lavado de activos y el encubrimiento por receptación, son dos comportamientos diferentes; como que éste se refiere a los delitos en general y aquel a determinados punibles concretos y específicos; sin embargo, se asemejan más el lavado de activos y el encubrimiento por receptación, que éste y el testaferrato, aquellos se parecen en el sujeto activo, la ausencia de participación en el tipo anterior, aunque si conocen su existencia, la variedad de verbos rectores y conductas alternativas, en la procedencia de los bienes de manera directa o indirecta en un ilícito, determinado en el lavado de activos e indeterminado en el encubrimiento y la finalidad se repite, se parece más el lavado de activos al encubrimiento por receptación, que

éste al testaferrato, entre estos son mas las diferencias que las semejanzas, como que el primero es general y el testaferrato es especial.

2.4 Del título del delito

La importancia de la ubicación de un delito o una falta dentro de un determinado título, obedece a la sistematización que el legislador hace en razón de la mayor o menor gravedad, a la clase y calidad del interés jurídico tutelado. Fijación que contribuye no solo a efectuar la debida precisión de la infracción correspondiente como a otorgarle su verdadera significación al respecto.

La ordenación sistemática de acuerdo con el bien jurídico protegido proporciona una primera ordenación de los delitos conforme a su gravedad, pues cuanto más importante es un bien jurídico, mayor relevancia tiene su lesión, mayor es su grado de injusto y de culpabilidad y en consecuencia, mayor es la pena con la que se conmina la conducta delictiva.

En Colombia ante la ausencia de ubicación del testaferrato dentro de un título preciso del Código penal, la doctrina y la jurisprudencia lo ubicaron dentro del título de los delitos que atentan contra la administración de justicia, hoy con la rimbombante denominación de "Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia", en razón de ser tal tipo una forma específica de encubrimiento por receptación.

Como el testaferrato sanciona a quien preste el nombre para adquirir bienes con dinero procedente del narcotráfico, el objeto material, bienes, indica un interés puramente económico, razón para estar incluido dentro del título de los delitos que atentan contra el Orden Económico Social, pues lo que busca el testaferrato al prestar el nombre para adquirir bienes es sanear el capital mal habido del delincuente al aparecer como propietario de esos bienes, sin serlo, y en consecuencia dar apariencia de

legalidad al dinero con el cual se adquieren los bienes; el propósito de ocultar, o encubrir no constituye elemento estructural del delito y poco importa si de paso encubre al delincuente en un proceso penal por la ejecución de la infracción, pues el testafarro también puede tener una finalidad diferente, aparentar solvencia económica o defraudar a un acreedor.

2.5 Del *nomen juris* del delito

Según el Diccionario de la lengua española, "Testafarro. (Del it. Testa - ferro, cabeza de hierro.) m. El que presta su nombre en un contrato o negocio que en realidad es de otra persona"

"Testaferrato. (Del port. testa de ferro) m. El que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona" del Diccionario de la lengua española.

"Prestanombre (Prete - nom). Compuesto del prete (verbo preter) y (latín nomen) mandatario que actúa por cuenta del mandante, pero haciendo creer que lo hace en su propio interés y asumiendo personalmente las obligaciones del contrato", concepto vertido por el Diccionario de la lengua española.

La definición gramatical conduce inevitablemente al ámbito del derecho Civil y concretamente al campo de las obligaciones y la simulación de los contratos, por ello al explicar los antecedentes mediatos de la figura penal se tuvo como tal la simulación elaborada por la doctrina con fundamento en el Código Civil.



CAPÍTULO III

3. Elementos estructurales del tipo

La melancólica ciencia del delincuente, como muchas veces se le ha llamado a la criminología, repercute indiscutiblemente en el vasto campo del derecho penal, de tal forma que el drama humano del delito, se convierte en un drama penal, cuyos protagonistas constituyen los sujetos del delito; la doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre de sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato; de tal manera que al hacer referencia a los sujetos del delito podrían emplearse (como lo hacen los distintos tratadistas), cualesquiera de los nombres mencionados; sin embargo, es más recomendable usar los nominativos de "Sujeto activo" y "Sujeto pasivo" del delito, por considerarlos más originales de nuestra ciencia penal sustantiva y por lo mismo, los más generalizados en la doctrina penal. El empleo de los otros términos podría en un momento dado, crear confusión con otras ramas de las disciplinas jurídicas o bien con las ciencias fenomenalistas ya que en éstos suelen también ser utilizados y no precisamente para referirse a los sujetos del delito, por tal razón se adopta definitivamente, los nombres de sujeto activo y sujeto pasivo en el desarrollo del presente tema.

3.1 El sujeto activo

Como hemos anotado anteriormente, muchas de las legislaciones antiguas, y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos.

Sin embargo, como dice Puig Peña, no se puede creer tampoco, que se castigaba a los objetos inanimados y a los animales, por considerarlos dotados de

voluntad y conciencia; el castigo tenía otros usos como las creencias religiosas o bien el propósito de herir la imaginación popular y hacer cobrar horror a lo malo (legislación mosaica) y finalmente por la satisfacción de venganzas o simbolismo jurídico, así por ejemplo: si en un cuartel se caía un fusil y éste se disparaba y provocaba la muerte de un soldado, el arma era arrestada. Hoy día solo como recuerdo histórico se puede hablar de una especie de responsabilidad criminal de los objetos inanimados y de animales, que los pueblos primitivos admitían como exponentes sus infantiles concepciones jurídicas; tan solo merecen recordación a título de curiosidad jurídica.

3.1.2 Definición

Sujeto activo es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley.

Es el delincuente en general, tiene que ser forzosamente una persona física, pues aún en casos de asociaciones para delinquir, las penas recaen sobre sus miembros integrantes. Es el autor, el cómplice o el encubridor.

Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución; el que lo comete es activo primario; el que participa es activo secundario.

Por su parte la profesora de derecho Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México, Olga Islas de González Mariscal (recordada por su Teoría pitagórica del derecho penal), sostiene que sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal; cuya calidad específica es el conjunto de características exigidas en el tipo y determinadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber, de tal suerte que el número específico de sujetos activos, es el número de personas físicas (singular o plural) exigido en el tipo necesario y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico.

Los tipos penales que se vinculan con normas especiales solo pueden ser realizados por sujetos específicos, destinatarios del deber que impone la norma especial (ejemplo: el funcionario, en los delitos de funcionarios).

El sujeto agente puede ejecutar la conducta típica por sí o por interpuesta persona y según el caso se denomina, primero, el autor material, definido por Sebastián Soler⁶ como: "el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva", segundo, el autor mediato, según el mismo doctrinante es "el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable" y tercero, el partícipe, como el determinador o autor intelectual.

Uescheck al referirse a la posición sistemática de la teoría de autoría y participación, dice:

"Autor es el 'quien' anónimo con que empieza la mayoría de descripciones típicas.

El legislador parte del presupuesto de que el autor es quien realiza la totalidad de los elementos del tipo en su propia persona. El nuevo derecho caracteriza al autor individual, pues, mediante el precepto: "se castiga como autor a quien comete por si mismo el hecho punible..."

Por de pronto es autor el que realiza por su propia persona todos los elementos del tipo de la acción punible. El concepto de autoría no se limita, sin embargo, a la autoría individual de propia mano, sino que también alcanza a los casos en que el autor se sirve de otro como 'instrumento'. También se castiga, pues, como autor a quien comete el hecho punible a través de otro (autoría mediata). Además, existe la posibilidad de que varias personas vinculadas entre sí colaboren en un hecho como autores (coautoría).

⁶ Soler, Sebastián, **Derecho penal argentino**, pág. 258

3.1.3 El sujeto activo en el delito de testaferrato

La norma en examen prevé un sujeto activo indeterminado y monosubjetivo, al decir: Quién, esto, es, el quien anónimo a que se refiere el autor citado en precedencia, en consecuencia; puede ser cualquier persona de la especie humana sin necesidad de ningún requisito especial.

Aunque las disposiciones citadas en precedencia prevén un sujeto activo monosubjetivo, ello no quiere decir que a la realización del delito no puedan concurrir varias personas, que actúan como autores, bien por realizar cada uno la acción delictiva prevista en el tipo o por actuar con división de trabajo en la común empresa criminal, caso en el cual se denominan coautores, fenómeno jurídico. definido por Maurach⁷ en los siguientes términos: "Coautoría es el cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución del mismo resultado típico".

Por su importancia, se trae a colación la referencia que sobre la existencia de un aumento, esto es ampliación, de las posibilidades de la autoría en la legislación alemana, explica Hans Welzel⁸ al analizar las características de autor, en la "llamada responsabilidad de los órganos representativos".

"a): Actúa alguien como órgano de representación autorizado de una persona jurídica, como socio representante autorizado de una sociedad mercantil o como representante legal de otro y realiza el tipo legal de un delito, es responsable como autor, aunque los elementos personales especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en el representado"...

⁷ Maurach, Reinhart, **Tratado de derecho penal**, pág. 330-331.

⁸ Welzel, Hans, **Derecho penal alemán**, págs. 145-146

"b) Lo mismo vale para el actuar de mandatarios especiales en establecimientos y empresas y en reparticiones de la administración pública, que realizan un tipo, en el cual los elementos personales especiales no concurren en el mandatario, pero sí, por cierto, en el propietario del establecimiento o empresa o en el director de la repartición de la administración pública".

El legislador se vió obligado a precisar una nueva concepción de autor, tal como se aprecia en el inciso tercero del Artículo 29 del Código penal colombiano, por el hecho de diaria ocurrencia ejecutado por la delincuencia organizada de crear empresas de papel o de fachada para camuflar las exportaciones de estupefacientes y ocultar el dinero proveniente del narcotráfico y conexos, o por valerse de empresas existentes con idéntico fin, con la nueva concepción de lo que debe entenderse por autor, también lo será el representante autorizado o de hecho, de la persona jurídica, o del ente colectivo o de la persona natural voluntariamente representada cuando se usan éstas para la realización del punible y a pesar de no concurrir en la persona natural los elementos que fundamentan la penalidad, los cuales si convergen en la persona jurídica o ente colectivo o persona natural voluntariamente representada en virtud de la norma transcrita, el representante autorizado o de hecho, responderá como autor y tendrá que sufrir las consecuencias penales del delito, mientras las personas jurídicas o entes colectivos van a soportar las consecuencias económicas por su ilegítimo uso, pues, sus bienes pueden ser ocupados o decomisados cuando sean convertidos en narcotraficantes o testaferros o utilizadas para cualesquier otra actividad delictiva realizada por sus miembros u órganos de representación, quienes serán vinculados como autores penalmente responsables, mientras las personas jurídicas creadas para el efecto o utilizadas con idéntico fin, responden económica, administrativa y comercialmente, pues se cerrarán sus locales y cancelará su personería jurídica, tal como lo establece el Código de Procedimiento Penal de Colombia, cuando dispone:

"Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos

al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a tal autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público".

Es el caso del ente colectivo, de la persona jurídica o la persona natural representada voluntariamente, cuando es usada por su representante legal para la realización del tipo, cuando su gerente en su nombre cometió el ilícito o la convirtió en testaferrero, ese representante legal es el sujeto activo, es el autor del delito, no obstante que es la empresa o ente colectivo, como dice la norma, en la que concurren los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva, sin embargo ésta tendrá que correr con las consecuencias económicas, administrativas y comerciales generadas por la infracción cometida en su representación por el director legal o de hecho; persona natural en quien no concurren los elementos estructurales del tipo, pero tendrá que soportar las consecuencias penales, de conformidad con el inciso tercero del Artículo 29 del Código Penal colombiano, que lo califica de autor.

Significa lo anterior que, también es sujeto activo o autor del ilícito de testaferrato, el miembro o representante de la persona jurídica o ente colectivo, o persona natural representada voluntariamente, cuando en ella concurren los elementos constitutivos del tipo por la conducta desplegada por su representante legal.

Así mismo cuando la norma se refiere a una persona natural cuya representación voluntaria se establezca que está protegiendo a las personas que mediante un acuerdo de voluntades convienen en representar una a la otra, está preservando también el contrato de mandato, que es el que otorga la representación voluntaria al mandante, cuando el mandatario abuse del poder conferido, esto es, cuando el apoderado realice en representación o en nombre del mandante el delito, pues en el contrato de mandato, el mandatario realiza la actuación por cuenta y riesgo del mandante, en el caso previsto

en la norma penal el apoderado o mandatario, responderá como autor por la conducta delictuosa realizada en nombre de su mandante, así en él no concurren los elementos del tipo sino en la persona natural que voluntariamente representa, significa lo anterior que la norma penal atribuye la responsabilidad al mandatario o procurador a diferencia del Código Civil de Colombia que le asigna la responsabilidad al mandante.

Por su parte, dicho Código Civil define el contrato de mandato como: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o mas negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama mandante y la que lo acepta mandatario".

Un ejemplo es el caso en que el señor X confía su dinero al señor Y para que en su nombre y representación adquiera una finca, el señor Y, para obtener una gran ventaja económica compra a sabiendas de la procedencia del inmueble a un secuestrador la heredad que éste adquirió con dinero procedente del delito. Como el "bien raíz" lo adquirió en nombre y representación del señor X, entonces sería éste quien se enriqueció ilícitamente conforme a la ley civil, pero conforme con la ley penal, el autor es el señor Y, el mandatario y no el señor X.

En resumen, el Código Penal colombiano nos sirve de ilustración cuando nos señala que se refiere al autor material, al autor mediato, a los coautores y a los representantes legales o de hecho de las personas jurídicas, de los entes colectivos o de la persona natural voluntariamente representada, denominados por Welzel "órganos representativos"; que para la estructuración del delito de testaferrato basta la presencia de un autor material, esto es, que el autor es monosubjetivo, lo cual no descarta la realización del tipo por varias personas, es el fenómeno jurídico denominado coautoría, figura legal que no puede confundirse con los tipos delictivos que exigen para su configuración la presencia de varios autores materiales, es decir, un sujeto activo plural, como por ejemplo el delito de concierto para delinquir, que implica la presencia de varios autores.

Para mayor ilustración tenemos un ejemplo simple: El señor X, tiene contactos personales y familiares con individuos dedicados al narcotráfico y se le ocurre recibirles dinero para adquirir bienes, iniciativa que promueve ante sus amigos A, B, C y D, quienes acuerdan comprar con el dinero que recibirán bienes muebles e inmuebles los cuales aparecerán a sus nombres, hasta la fecha en que se acordará con cada narcotraficante para su devolución, para el efecto, los señores A, B, C y D se asocian por cinco años, con el objeto de comprar, vender (a su verdadero dueño) los bienes muebles e inmuebles y designan como jefe al señor X, quien dirigirá tales negocios.

Hasta este momento los citados cometieron el delito de concierto para ejecutar delitos de testaferrato y por tanto, se hacen acreedores a la pena prevista en el Código Penal colombiano, excepto el señor X, a quien se le aplicará otra sanción.

En el momento en que cada uno de los señores A, B, C y D presten su nombre para adquirir el bien mueble o inmueble con dinero procedente del narcotráfico e infracciones conexas, incurrirá no sólo en delito de testaferrato, sino que además, éste concurre real y materialmente con el específico delito de concierto.

La expresión: “quien preste su nombre”, significa que el autor del punible ejecuta materialmente el hecho descrito en la norma sustantiva, esto es de manera directa. La redacción de la disposición no implica que el autor del hecho no pueda actuar por interpuesta persona, porque también en esta infracción pueden presentarse cualesquiera de las formas de autoría y coparticipación, previstas en el Código Penal colombiano.

El testaferrato puede, según el primer supuesto, ejecutar materialmente el hecho descrito en el código penal colombiano, esto es de manera directa, tal como lo prevé el precepto que define el testaferrato.

En el segundo supuesto, ejecutar el hecho por interpuesta persona, es decir, valiéndose de otro, como lo dice la ley, como instrumento. En el evento en que el autor

utilice interpuesta persona para cometer el delito, esa interpuesta persona no es responsable penalmente por actuar sin conocimiento y voluntad, por ser incapaz, actuar por error, por coacción ajena.

El tercer supuesto se diferencia de la segunda hipótesis, esto es, cuando el autor se vale de otro como instrumento, porque ese otro es una persona natural que actúa sin conocimiento o capacidad, esto es, un inimputable, ya que de forma justificada y conforme a la norma, ninguna relación tiene con el sujeto agente, mientras en el tercer caso, la autoría parte de una relación entre el autor y el tercero, emanada de un mandato, que considera autor al miembro o representante de la persona jurídica o ente colectivo o persona natural representada voluntariamente.

Como la disposición para la tipificación de ilícito se refiere al sujeto activo como: "Quien preste su nombre", está señalando a éste como el prestamista o prestanombre que de suyo exige la existencia de un prestatario del nombre; si bien es cierto para la configuración del tipo es necesario que exista un prestamista y un prestatario, ello no implica que el precepto legal exija un sujeto activo doble, que ambos incurran en el delito de testaferrato, pues como se dijo antes, se trata "de un sujeto activo monosubjetivo", la norma sanciona al prestamista no al prestatario, así éste sea quien dió origen a la trasgresión no responde por esta infracción, porque la disposición no lo sanciona, en consecuencia, en acatamiento del principio de legalidad no responde por testaferrato, sino por otros delitos como narcotráfico, que es un punible bilateral o recíproco, pero es impune el prestatario del nombre, es la llamada por la doctrina alemana participación necesaria, cuando explica que: "Determinados delitos exigen para su naturaleza la colaboración de otras personas fuera del autor, por ejemplo, la evasión de detenidos... como la ley declara punible sólo la actividad de uno de los cooperadores, resulta de ello la impunidad del otro".

3.2 Sujeto pasivo

Es el perjudicado con la ejecución del tipo, es el titular del bien jurídico protegido por el legislador; puede ser monosubjetivo o plurisubjetivo, según sea uno o varios los perjudicados o los titulares del derecho tutelado, puede ser persona natural, capaz o incapaz o persona jurídica, nunca pueden serlo las cosas, pues al requerir el ilícito un sujeto pasivo necesariamente se está refiriendo a la persona natural o jurídica como titular de derechos y obligaciones. El titular del bien jurídico lo es el Estado y en consecuencia es el sujeto pasivo del delito. En la parte general del manual de derecho penal, F. Antolisei⁹ define al sujeto pasivo como "el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito".

En el caso a examen, el sujeto pasivo es el Estado, porque se ve afectado el bien jurídico del orden público y económico, esto es, la seguridad y tranquilidad ciudadana, la salubridad pública y el orden económico en razón del empobrecimiento generado en aquella por el exceso del dinero fácil obtenido por algunos, quienes se dejaron corromper por ese dinero y por la inestabilidad del orden económico creado por la economía subterránea y su consecuente crecimiento en los índices de inflación.

Actualmente en virtud a la vigencia del código penal, el sujeto pasivo sería el Estado, por ser titular del bien jurídico del "orden económico social". El legislador para proteger el interés jurídico del orden económico social, no está convirtiendo a la sociedad en sujeto pasivo del hecho punible, pues ella no puede tener tal calidad por carecer de personalidad jurídica. En este sentido se pronuncia Vincenzo Manzini¹⁰:

"No es jurídica la teoría que enumera a la sociedad entre los sujetos pasivos del delito. Aún cuando la tutela penal tiene por objeto intereses sociales y no estrictamente estatales, estos intereses son asumidos como propios, a los fines de la protección penal

⁹ Antolisei, Francesco, **Manual de derecho penal**, pág. 416

¹⁰ Manzini, Vincenzo, **Tratado de derecho penal**, pág. 21.

del Estado, mientras la sociedad carece de personalidad jurídica y por consiguiente, no puede ser titular de intereses jurídicos".

El perjudicado con la ejecución de la conducta reprobable, por regla general es el ofendido o sujeto pasivo del delito, usualmente coincide el perjudicado con el sujeto pasivo, pero no siempre como lo sostiene Luis Carlos Pérez¹¹: "A veces hay que separar, pues, el sujeto pasivo de la persona perjudicada con la infracción. Esta es quien recibe indirectamente la acción y el perjuicio consiguiente es moral o patrimonial. No hay en ella quebranto físico. En el homicidio, sujeto pasivo y el objeto del acto es el que recibe la muerte. Perjudicados u ofendidos son aquellos a quienes la acción ocasiona daño económico o moral".

En el caso a estudio no solo es perjudicado el Estado como titular del bien jurídico tutelado por la ley, sino también los socios de la persona jurídica o la persona natural representada voluntariamente, en consecuencia, también son perjudicados con el delito los socios de la persona jurídica utilizada de mala fe por su representante legal y a espaldas de los demás miembros de la junta directiva y sus socios que ninguna intervención tuvieron en la comisión del delito, como también lo será la persona natural utilizada por su representante legal cuando tal representación es voluntaria, lo que implica, de un "lado que la persona natural no ejerce ninguna acción, incluso la ignora y otro, que la representación la ejerce el representante legal en forma voluntaria y no en forma obligatoria como las tutelas o curatelas y la potestad parental, conforme el Código civil.

3.3 El objeto jurídico tutelado

El jus puniendo es una facultad que corresponde única y exclusivamente al Estado que como ente soberano debidamente organizado, tiende a la protección de ciertos valores que son indispensables para el desarrollo y la convivencia social;

¹¹ Pérez, Luis Carlos, **Derecho penal**, pág. 450

cuando esa serie de valores humanos , materiales y morales son elevados a categoría jurídica

por parte del órgano estatal destinado para ello, en el caso de Guatemala el Órgano Legislativo, es cuando trascienden en el derecho penal como bienes o intereses jurídicamente protegidos o tutelados por el Estado, encontrando cada uno de ellos, acomodado en cada una de las figuras de delito que encierran todos los códigos penales del mundo, por tal razón reciben el nombre de bien jurídico tutelado en el delito, que doctrinariamente se reconoce como el objeto jurídico o el objeto de ataque del delito.

El bien jurídico tutelado es de gran importancia para la constitución de las figuras delictivas, a tal extremo que no se puede concebir delito que no pretenda la protección de un bien jurídico, todos los delitos tienen un interés jurídicamente protegido, lo que no ocurre con el objeto material. Sin embargo, cuando se dice bien jurídicamente protegido, no se está tratando de proteger meramente la lesión o puesta en peligro de cualquier clase de bien como tal, sino solo cuando el mismo está elevado a categoría jurídica por parte del Estado. La lesión de los intereses de la sociedad, derivada de la conducta del hombre, por reprobable que sea, ninguna consecuencia penal acarrea si el derecho punitivo no lo ha tomado en cuenta.

Significa lo anterior que cuando el legislador define una conducta como delictiva y la conmina con una sanción, busca proteger o tutelar uno o varios bienes jurídicos vulnerados por el comportamiento descrito en la norma sustantiva, en éste último caso el tipo es pluriofensivo.

Maurach¹², manifiesta: "En relación con este punto, es bueno advertir que el bien jurídico tutelado en el delito de testaferrato no es la economía nacional, ni el orden público, sino que deben entenderse protegidos por este tipo penal, la administración de justicia, pues debe aceptarse que se trata de una forma especial de encubrimiento, porque la finalidad que busca el narcotraficante al utilizar testaferreros para que a nombre de estos figuren bienes de su propiedad, es con el propósito de

ocultar su cuantioso patrimonio y de tal manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y es necesario aceptar que, como sucede con muchos tipos penales éste también puede ser pluritutelado, es decir que simultáneamente proteja otros bienes jurídicos, pero el mencionado en primer lugar es el que caracteriza la actividad descrita en el tipo penal y la finalidad que guía a los sujetos activos cuando la realizan, de la misma manera que cuando el Estado decide criminalizarla es para dificultar la acción de los narcotraficantes que se han enriquecido con la ilicitud".

En principio se observa que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en la medida que se trata de una forma autónoma de encubrimiento. Además, la infracción que se viene comentando se fundamenta en la necesidad de proteger otros bienes jurídicos, como la seguridad pública y otros comportamientos lesivos del orden público y de la seguridad ciudadana.

La autónoma criminalización de esta grave manifestación del 'testaferrato' pretende así mismo combatir los desajustes en la economía nacional, generados por la introducción descontrolada y masiva de moneda extranjera, con la consecuente distorsión en los niveles de adquisición de divisas, el régimen cambiario y las políticas antiinflacionarias, con negativos efectos en el mercado de bienes y servicios y el deterioro de las iniciativas empresariales lícitas pero menos rentables.

Se trata pues de una conducta pluriofensiva, en tanto, protege la salubridad pública, la tranquilidad y seguridad ciudadana, la economía nacional, o lo que es lo mismo, el orden público y el económico y la administración de justicia por la degradación moral que tal enriquecimiento fácil generó en la sociedad.

3.4 El objeto material

El objeto material del comportamiento delictivo es aquello a que alude el verbo rector de la conducta, sobre lo cual se concreta o materializa el interés jurídico que la

norma sustantiva pretende proteger y de extremo, determina el bien jurídico amparado por el legislador. Para Vincenzo Manzini¹²: "es aquel elemento constitutivo de un hecho delictivo, en relación al cual tiene lugar la violación del interés protegido, y que representa la entidad material principal (cosa o persona) a la que se refiere la acción o la omisión (cosa en el hurto; hombre en el homicidio; etc.) Mientras todo delito tiene necesariamente y siempre un objeto jurídico, muchos delitos no tienen un objeto material".

El objeto material del ilícito de testaferrato son pues los bienes adquiridos con el dinero proveniente del narcotráfico y transgresiones conexas, objeto indeterminado pero determinable en cada caso concreto, en razón de materializarse en los muebles o inmuebles, en los derechos reales y personales. Derechos reales como el de dominio, el de herencia, los de usufructo, el de uso, el de habitación, las servidumbres, el de prenda y el de hipoteca, derechos personales como los créditos.

El objeto material del punible, esto es, el bien, es el mismo en las diferentes normas que tipifican a los bienes adquiridos con el dinero procedente del narcotráfico.

En este orden de ideas, el sujeto activo del delito de testaferrato, puede con dinero procedente del delito de narcotráfico y conexos prestar su nombre para adquirir cosas corporales inmuebles como: un hotel, una discoteca, un predio, una finca, una casa o lote. Cosas corporales muebles como: un carro, un avión, un barco. Cosas incorporeales reales tales como: prestar el nombre para comprar los derechos de herencia a uno o varios herederos o prestar el nombre para constituir prenda o hipoteca. Cosas incorporeales personales como: prestar el nombre para efectuar préstamos, etc.

¹² Manzini, Vincenzo, **Trato de derecho penal**, págs. 16-17

3.5 La conducta

Es el comportamiento desplegado por el sujeto agente que se adecúa a la definida en forma general y abstracta por el Legislador, regida por un verbo rector o núcleo rector del tipo. En términos de Muñoz Conde¹³:

"Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito. Nuestro derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor, solo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal":

Al respecto basta tener en cuenta la explicación suministrada por el catedrático Juan Fernández Carrasquilla¹⁴ al referirse a la evolución del concepto del delito; cuando expresa:

"Del Autor al Acto. La línea evolutiva se caracteriza también por la dirección metódica del acto al autor; invirtiendo los términos del análisis clásico predogmático, que iba del autor (imputabilidad) al acto (injusto culpable). Debido a que el acto constituye el fundamento irrefragable de la imputación criminal en las escuelas liberales, la construcción dogmática ha tomado la acción como punto de partida del análisis técnico del ente delictivo. En la actualidad, todas las construcciones dogmáticas se estructuran con base en la teoría de la acción, de la cual se considera capaz a toda persona individual que posea voluntad exteriorizable, en tanto que la imputabilidad es generalmente reconocida como capacidad, de culpabilidad (normativa) o de reproche jurídico-penal, en modo alguno como capacidad de acción (ni siquiera de acción típicamente antijurídica) y menos como capacidad legal de derecho penal".

¹³ Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 9

¹⁴ Fernández Carrasquilla, Juan, **Derecho penal fundamental**, Tomo I, pág. 205

Al explicar el bien jurídico tutelado por el legislador en el derecho penal colombiano, se puede concluir que la doctrina y la jurisprudencia entendieron como bien jurídico protegido la administración de justicia, interés legal que fundamentaron en razón a la íntima relación entre el encubrimiento por receptación y el testaferrato; se tiene en consecuencia, como finalidad del sujeto agente al realizar la conducta delictiva el efecto de la acción ejecutiva de prestar el nombre, porque, ni las motivaciones que tuvo el legislador de excepción, ni la ubicación que del tipo dentro del título de código penal hizo el Congreso de la República, la relacionan como tal.

Continuando con el análisis de la conducta delictiva, se puede afirmar que ella admite la forma imperfecta del tipo, denominada tentativa. Al respecto, sostiene F. Antolisei¹⁵: "La distinción entre los delitos de pura conducta y los delitos de resultado interesa especialmente para establecer el momento consumativo de los distintos delitos, con las cuestiones que con él se vinculan (tentativa, participación criminosa, etc.) y también para determinar el tiempo y el lugar de la comisión del delito".

Para predicar la existencia de la forma inacabada del ilícito llamado tentativa, también debe examinarse el *iter criminis* o recorrido del punible, esto es, sus fases de la ideación, la manifestación criminosa, la realización de los actos preparatorios y de los ejecutivos, pero no cualesquiera de estos; en tanto es necesario, que se realicen actos ejecutivos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la infracción, pero que esta no se obtenga por razones ajenas a la voluntad del agente, como lo exige el Artículo 18 del Código penal; es el caso del individuo que concibe la idea de robar un banco, la comunica a sus amigos, conforman una banda, se proveen de armas de fuego, se dirigen a la entidad financiera seleccionada, lugar donde intimidan a los cajeros y reclaman el dinero y apertura de la caja fuerte, listos a tomar el dinero se dispara la alarma, y una efectivísima policía los captura y evita la consumación del ilícito. Se presenta en forma incuestionable el grado imperfecto de la tentativa.

¹⁵ Antolisei, Franceso, **Manual de derecho penal**, pág. 183

Lo mismo ocurre con el ilícito del testaferrato cuando el sujeto agente recorre todo el camino del delito o la falta pero no logra su consumación por razones ajenas a su voluntad. Un claro ejemplo lo constituye el caso de quien acuerda prestar su nombre a un capo de la droga para adquirir una finca, efectuado el acuerdo entre estos, el testafarro suscribe un contrato de promesa de compraventa con el vendedor y al momento de concurrir a la notaria a otorgar la correspondiente escritura pública, la policía decomisa al testafarro el dinero del capo con el cual compraría el inmueble y no puede efectuarse la negociación; actuación que constituye la razón ajena a la voluntad del sujeto activo, en consecuencia, como no pudo prestar su nombre para la celebración de la compraventa, porque ésta no se pudo efectuar por el decomiso del dinero, no podrá predicarse la ejecución de la infracción del testaferrato, pero si el grado imperfecto de la tentativa.

3.5 Elementos de la conducta delictuosa

El primer elemento estructural del comportamiento delictivo, es pues, prestar el nombre para adquirir bienes; es una trasgresión de resultado y de carácter permanente, porque durante el tiempo que tales bienes permanezcan en cabeza del testafarro, éste en forma continua e ininterrumpida estará prestando el nombre, se hallará conjugando el verbo rector, se encontrará ejecutando la acción de prestar, en otros términos estará simulando ser el verdadero propietario, sin serlo, un clásico ejemplo del delito de carácter permanente es el secuestro, donde el hecho punible, se presenta por el tiempo del cautiverio de la víctima, rescatado el secuestrado o dejado en libertad, cesa la inconducta, en idénticas condiciones, la acción delictiva de prestar el nombre se ejecuta durante todo el tiempo en que el testafarro tenga a su nombre la escritura del bien y cesa cuando la policía ocupa o incauta el bien inmueble, o cosa mueble o cuando el sujeto agente efectúa la escritura al prestatario del nombre o devuelve la cosa mueble, cesa la comisión del testaferrato y es a partir de ese momento que empieza a correr el término de prescripción de la acción.

El tiempo de la conducta punible lo determina el código penal colombiano cuando establece: "La conducta punible se considera realizada en el tiempo de ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado"

La conducta delictiva se consuma, según la norma transcrita; en el tiempo y lugar donde se realiza la acción ejecutiva de prestar el nombre, circunstancias de tiempo, modo y lugar que se podrán establecer, en algunos casos, en forma incuestionable y cierta, si concurren algunas formalidades o solemnidades, por ejemplo, si se adquieren bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, las aludidas circunstancias en que se cometió el delito de testaferrato, resultan inequívocas, por la exigencia de tal formalidad -el registro- como en el evento de la adquisición de una nave o aeronave, un automotor.

Es claro que se consuma en el sitio donde se perfecciona el documento mediante el cual el bien o propiedad comienza a figurar legalmente como de dominio del testaferrato, o el sitio donde se perfeccionó la escritura de venta para que figurara como dueño del testaferrato.

Es igualmente claro, que se trata de un delito de conducta permanente o tracto sucesivo, porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuren en su cabeza bienes que en realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferrato, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación.

Significa lo anterior que, cuando el sujeto agente presta su nombre para adquirir bienes, es propietario de tales bienes pero sólo en apariencia, pues la acción de prestar implica la de devolver, por eso no es dueño, se finge el dueño, pero la realidad es otra, que el verdadero dueño permanece oculto y como la prestación del nombre ocurrirá

durante todo el tiempo en que el bien aparezca en su nombre, durante todo ese tiempo está ejecutando la conducta delictiva, por ello se trata de un delito de ejecución permanente, así lo indica claramente la acción contenida en el verbo rector prestar.

Como puede observarse, los bienes aparecen en cabeza del testafarro, pero solo en apariencia, se repite, aspecto que sirve para diferenciar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares del tipo penal de testaferrato, porque en este caso el patrimonio que se incrementa es el del testafarro que presta su nombre al narcotraficante para la adquisición de los bienes, pero solo en apariencia, porque el verdadero dueño es el narcotraficante, el testafarro bien sabe que no es el legítimo dueño, que los bienes no le pertenecen, que los tiene que devolver conforme el previo acuerdo. Es en la apariencia o en la realidad de la propiedad donde reside la diferencia entre enriquecimiento ilícito y testaferrato, porque el enriquecido ilícitamente en realidad incrementa su patrimonio.

Al tratar el tipo del enriquecimiento ilícito de particulares y para distinguirlo del delito en mención se diferenciaron dos formas de enriquecimiento ilícito, la primera, en favor propio, esto es cuando se incrementa el patrimonio del sujeto activo y la segunda, el enriquecimiento ilícito en favor de tercero que se expresó: se presenta cuando el autor del delito de enriquecimiento ilícito, directamente o por interpuesta persona obtiene incremento patrimonial para otro, por ejemplo, el individuo que con dinero recibido por actividades delictivas adquiere vivienda para su padre, madre o compañera, incrementa el patrimonio de éstos, de los terceros; en tanto, los bienes ingresan real y materialmente al patrimonio del tercero, el autor del delito obtuvo incremento patrimonial para otro esto es, en favor de tercero y como ese otro es quien real y materialmente incrementa su patrimonio no puede predicarse la existencia del delito de testaferrato en cabeza de ese tercero.

También se manifiesta: El incremento patrimonial injustificado, sirve para diferenciar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares del delito de testaferrato, en el cual los bienes ingresan sólo en apariencia, mientras en el enriquecimiento ilícito

ingresan formal y materialmente. Y aunque el enriquecido fue el tercero, igualmente sigue tratándose de un enriquecimiento ilícito, en razón de que tales bienes fueron adquiridos con dinero proveniente de actividades delictivas derivadas del narcotráfico, o de cualquier otro delito conexo.

La descripción típica exige que el prestatario del nombre, esto es el dueño del dinero proveniente del narcotráfico sea diferente al sujeto activo de testaferrato, quien con tal dinero adquiere bienes a su nombre e incrementa su patrimonio, pero sólo en apariencia, en consecuencia, nunca existirá coincidencia entre el narcotraficante o prestatario y el testaferro, pues se trata de dos personas diferentes que concurren a la realización del delito, pero sólo quien presta su nombre es sujeto activo del tipo, solo el prestamista es punible no así el prestatario como se explicó anteriormente.

Para ejemplificar los eventos de ese hecho criminoso se presenta este caso hipotético: Previo acuerdo entre los señores X y Y, el señor X a sabiendas de la procedencia del dinero en el delito de narcotráfico y conexos adquiere a su nombre una finca con dinero del señor Y, quien se dedica a actividades de narcotráfico.

Valiéndose de otro como instrumento, el señor X a sabiendas del origen del dinero del señor Y, da poder por escritura pública al señor A, para que adquiera en su nombre y representación el aludido inmueble, pero el señor A nada sabe del acuerdo previo entre los citados y menos del origen del dinero.

De acuerdo al caso de coautoría, los señores, A, B, C, D y E conforme acuerdo celebran contrato de compraventa en comunidad y proindiviso sobre un hotel que pagan con dinero del mismo origen y que le pertenecen al señor Y.

Son varios los eventos que pueden presentarse: para el primer caso se tiene que el sujeto activo es un miembro u órgano de representación autorizado, sería el señor X, gerente de la empresa comercial legalmente constituida aprovechando su objeto local



de servicios de turismo, con el mismo dinero del Señor Y, dota a la empresa de lanchas, botes, bicicletas, etc.

En otro caso, el sujeto activo es miembro de un órgano de representación no autorizado sino de hecho, ante la falta de acuerdo de los socios en la designación del representante legal, el señor X sin nombramiento ni designación a nombre propio continúa representando la citada empresa y adquiere los citados bienes con el mismo dinero malhabido del señor Y.

Otra hipótesis sería la del sujeto activo representante autorizado o de hecho de un ente colectivo, esto es que carece de personería jurídica, si varios amigos se reúnen y conforman un equipo de jugadores y su representante el señor X, adquiere con el mismo dinero del señor Y, los objetos para hacer propaganda al equipo.

Por último, sería el caso del señor X que en ejercicio de un poder general voluntariamente otorgado y recibido para la administración de una hacienda de una persona natural y a espaldas de ésta, con el mismo dinero de idéntico origen del señor Y, adquiere ganado que lleva a la citada finca.

Téngase en cuenta que en este caso el señor X, actúa como miembro u órgano de representación, que puede ser autorizado o de hecho, que la empresa comercial puede ser una persona jurídica o un ente colectivo sin tal atributo, o una persona natural voluntariamente representada.

En todos los casos lo que busca el sujeto agente del delito de testaferrato es adquirir a su nombre, bienes con dinero procedente del punible de narcotráfico y conexos, aparentando una propiedad que no le pertenece, reemplazando o simulando al verdadero dueño, para ocultar el origen del dinero mal habido.

El segundo elemento estructural de la conducta punible es adquirir bienes, su tratamiento debe, buscarse en otras áreas del derecho pues el derecho penal no hace referencia a lo que son bienes, ni sus formas de adquisición.

El testafarro puede adquirir los bienes de que dan cuenta las normas transcritas con dinero procedente del delito de narcotráfico y conexos, puede prestar el nombre, por ejemplo, para adquirir fincas, casas, vehículos, naves, aeronaves, prestar el nombre para comprar los derechos de una sucesión testada o intestada a uno o varios herederos o prestar el nombre para constituir prendas o hipotecas o efectuar préstamos de dinero, etc.

Para el profesor Arturo Valencia Zea¹⁶, "Las denominadas cosas corporales, en sentido jurídico lo son en cuanto sobre ellas pueden ejercerse derechos subjetivos, especialmente la propiedad",

El mismo tratadista más adelante explica la forma de adquisición del dominio, tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, en los siguientes términos:

"La clasificación de las cosas en muebles e inmuebles es fundamental, pues su régimen es diferente, según que el derecho patrimonial recaiga en una u otras.

La distinción entre bienes muebles e inmuebles es importante porque determina las solemnidades que deben observarse para celebrar una negociación válida, mientras los inmuebles requieren de un título y un modo, esto es, el traspaso o la correspondiente escritura pública en que conste la negociación y el modo de adquisición es su tradición mediante el registro correspondiente, por lo general, en los muebles basta la cesión de la tenencia".

En efecto, en el punible de testaferrato la acción típica consiste en que preste, conjugación del verbo: prestar, cuya realización no se agota con la adquisición del bien,

¹⁶ Valencia zea, Arturo, **Derecho civil**, págs. 9 - 14

sino que continúa ejecutándose hasta que no se devuelva ese bien, durante todo el tiempo que permanezca en cabeza del testaferrero, porque mientras ello ocurra a cada instante y cada momento está prestando el nombre, está efectuando la conducta delictiva y entretanto perdure en esa situación como está cometiendo la trasgresión no empieza a correr el término de prescripción de la acción, éstas son las razones para predicar la condición de permanente del delito de testaferrato, que solo cesa cuando ocurra el cumplimiento de la obligación implícita, devolver el bien al prestatario del nombre, momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la acción.

El testaferrato es un delito de tracto sucesivo, porque si bien es cierto, la infracción se consuma en el momento en que se presta el nombre para adquirir bienes con dinero procedente del narcotráfico, también es verdad, que la acción no se agota en el momento en que se adquiere el bien, sino que continúa consumándose durante todo el tiempo en que el bien aparezca a su nombre, pues durante todo ese tiempo continúa prestando su nombre.

El tercer elemento estructural de la conducta consiste en que los bienes se adquieran con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos. Se trata de un elemento normativo penal, en tanto, la norma remite directamente al código penal para encontrar su significación, esto es a las infracciones de tráfico de estupefacientes previstas en la ley específica.

Este elemento estructural del tipo que especifica y delimita el objeto material sirve para precisar la acción delictiva en los términos exigidos por el código penal. En efecto, el objeto material del testaferrato, esto es, bienes, los individualiza la norma al exigir que sean adquiridos con dinero procedente del delito de narcotráfico y conexos; luego es esa especie de cosas, las adquiridas con dinero procedente del tráfico de estupefacientes y transgresiones conexas, la que es delictiva, para diferenciarla de la oportunidad en que se presta el nombre para la adquisición de los objetos con dinero que no se origina en hechos ilícitos, caso en el cual las conductas serán atípicas y para

distinguirlos de los elementos adquiridos con dinero proveniente de otras infracciones, que lo serán muchas y se presentarán en variadísimas circunstancias, eventos en los cuales los comportamientos no configuran el ilícito del testaferrato, sino el de encubrimiento o lavado de activos.

Empero, en la hipótesis que los bienes se adquieran con dinero que tenga origen en actividades delictivas de narcotráfico, el hecho puede ser justificado, como por ejemplo baste citar los casos de nuestros nacionales que se van a trabajar a Norteamérica y se dedican a enviar remesas para la compra de un bien inmueble, éstas nunca se enteran que sus hijos están dedicados a actividades de narcotráfico, compran la vivienda a su nombre porque sus hijos están fuera del país, por más que sepan que al regreso al país de ellos tienen que devolverles la escritura pública no son testaferratos, pues las madres no están prestando su nombre para adquirir bienes con dinero procedente del narcotráfico y de paso ocultar la propiedad del hijo ni su dinero mal habido.

El comportamiento, entonces, no es delictivo cuando la prestación del nombre para la adquisición de bienes está justificada por una causa legal y lícita frente a la Ley, porque el dolo, la culpa o la preterintención forman parte de la tipicidad, en tanto éstas son modalidades de la conducta y por tanto están referidas a la acción y no a la culpabilidad; luego, siendo la acción delictiva la prestación del nombre para adquirir bienes con dinero procedente del narcotráfico y conexos, es ésta acción la que se realiza con dolo, culpa o preterintención, pero no se examinará la modalidad de la conducta, cuando ella es atípica por faltar el conocimiento o la voluntad.

Un ejemplo de ausencia de testaferrato, pero de diaria ocurrencia, se presenta con el delito de secuestro, cuando la víctima carece de dinero en efectivo y los secuestradores en su lugar reciben fincas, apartamentos, carros, etc., y se valen de terceros; pero como la norma se refiere a bienes adquiridos con dinero procedente del tipo del narcotráfico, no se configura el hecho como testaferrato, porque en el caso del

ejemplo se recibieron bienes y no dinero y como tampoco los secuestrados adquirieron sus bienes con dinero procedente del narcotráfico, no existe punible de testaferrato.

Para la configuración de la trasgresión en examen, la norma citada exige que el sujeto activo del hecho sea diferente del autor de los ilícitos de narcotráfico y conexos, pero tampoco requiere que quien se vale del testaferrato sea el autor del narcotráfico, basta que el dinero con el cual el testaferrato adquiere los bienes provengan del narcotráfico, no tiene que coincidir el sujeto activo del punible del tráfico de estupefacientes con la persona que se vale del testaferrato.

Para que se configure el delito basta entonces con el solo conocimiento del origen del dinero con el cual se adquieren los bienes y la voluntad de adquirirlos a pesar de su procedencia y a sabiendas de su delictuosidad, el sujeto agente preste el nombre.

Como el elemento estructural del tipo aquí analizado se refiere a bienes adquiridos con dinero procedente del delito de narcotráfico y conexos, no puede pensarse que se refiera a cualquier clase de actividad delictiva o a cualquier punible, en tanto, la norma en forma expresa exige el origen del dinero en tales delitos.

En resumen, este elemento permite la estructuración del punible sin la existencia de sentencia condenatoria y menos ejecutoriada por los delitos de narcotráfico o conexos, realizado por la persona que se vale del testaferrato.

En consecuencia, para la adecuación típica del punible de testaferrato, basta que dentro del proceso se pruebe o se demuestre que el dinero provenga del delito de narcotráfico y conexos.



CAPÍTULO IV

4. Elementos subjetivos de la acción

El código penal colombiano habla acerca de los elementos subjetivos de la acción y manifiesta lo siguiente:

"Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley".

Se puede entender por culpa la posibilidad de prever o previsibilidad del resultado no requerido. Esta es otra de las formas de participación psicológica del sujeto en el hecho, junto al dolo el cual se puede definir como la conciencia de querer y la conciencia de obrar, traducidas estas en una conducta externa, es decir, es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito. La preterintención por aparte, es el resultado punible que sobrepasa la intención del autor a denominarse delito preterintencional. El diccionario jurídico de Cabanellas, define al delito preterintencional como aquel que resulta más grave que el propósito del autor, es decir, que el autor del delito obtiene un resultado que no se esperaba y que sobrepasa a lo que él buscó o tenía como fin a cuando cometió el delito.

4.1 El dolo

4.1.1 Concepto

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores, entre los que destacan como los principales Grisanti, Carrara, Manzini y Jiménez de Asúa quienes han emitido una definición completa de lo que se entiende por el dolo.

Según Hernando Grisanti el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito.

Según Francisco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere.

4.1.2 Elementos del dolo

Existen distintos elementos, aportados por distintos autores, del dolo, entre los cuales se pueden señalar:

- 1) Los elementos descriptivos: Señalan situaciones o acciones. Ej.: matar a otro; Por lo general no suelen causar problemas en el ámbito de comprensión del sujeto.

- 2) Los elementos normativos: Son síntesis de niveles de conocimiento como expresiones culturales. Ej.: Exhibición obscena.

Según Mezcal, para valorar el conocimiento o esa voluntad, hay que hacer una valoración paralela en la esfera de lo profano.

- 3) Los elementos esenciales: Son aquellos sin cuya concurrencia no se daría el tipo. Para que al sujeto se le pueda imputar esa situación, el sujeto la debe conocer.
- 4) Los elementos accidentales son de dos tipos:

*Accidentales del tipo: La muerte del otro es un elemento accidental (el homicidio, elemento esencial) que ese sujeto matara a otra persona alevosamente, la alevosía sería un elemento accidental típico, recogido en el tipo.

*Extra típico o generales: que no están recogidos en el tipo y son los agravantes y las atenuantes.

Los principales elementos del dolo y los señalados como tales por los principales autores son los elementos intelectuales y los elementos emocionales.

- 1) Los elementos intelectuales: Se exige el conocimiento de los hechos actuales, aquellos hechos de tipo legal que existen ya en el momento en que el acto de voluntad se realiza y que por lo tanto son independientes de la voluntad del autor. Por ejemplo en el caso de que un hombre seduzca a una mujer es necesario que este conozca que la mujer es menor de 18 años o que el que hurta un objeto conozca que este objeto es ajeno. Lo mismo ocurre a aquel hombre que tiene relaciones con una mujer casada, es necesario que este conozca que esa mujer es casada.

- 2) Elementos emocionales: La escuela positivista combate insuficientemente el concepto clásico del dolo, integrado únicamente por la concurrencia de la inteligencia y

de la voluntad y lo hace consistir en 3 elementos: voluntad, intención y fin. La voluntad se refiere al acto en si, como en el disparo de un revolver que puede ser requerido o accidental. La intención se refiere al motivo por el que el acto con esta intención se ha buscado producir, como en el disparo del revolver, dirigido deliberadamente a matar, se busca (el fin) vengar la ofensa, lograr el robo, defender la persona o ejecutar una orden de autoridad.

4.1.3 Clasificación del dolo

El dolo se puede clasificar en:

1) Dolo determinado: Es aquel que ha sido dirigido a un preciso fin criminoso. Por ejemplo a la muerte de un individuo. También conocido como dolo específico. Consiste en la consecuencia de un fin determinado

2) Dolo indeterminado: Es aquel del cual es informado el hombre que se ha dirigido a un fin malvado previniendo además que de sus actos pueda derivar un evento más grave pero sin desear y querer ese efecto más bien esperando que no ocurra. Según esta distinción quien golpea a su contrario, tiene el dolo determinado hacia el homicidio. Si alguien en cambio da golpes con el solo fin de golpear a su enemigo, al que no quiere dar muerte y aun cuando prevea que de sus golpes puede resultar un efecto letal no quiere sin embargo ese efecto y más bien espera que no ocurra; en tal hipótesis si la muerte ocurre el sujeto esta en dolo determinado con respecto a la lesión y en dolo indeterminado con relación al homicidio. También es conocido como dolo genérico, el que se dirige simplemente a cometer una acción prohibida por la ley penal.

3) Dolo inicial: Un ejemplo típico del dolo inicial sería el de la persona que quiere matar y mata. Existe dolo en el inicio, es una intención que surge en el sujeto del principio.

4) Dolo de daño y dolo de peligro: El dolo de daño consiste en la voluntad consciente de producir un daño en los bienes e interés o en la persona. El Dolo de peligro consiste en poner en peligro los bienes e intereses de la persona.

5) Dolo de ímpetu y dolo de propósito: Se distinguen 4 grados en el dolo.

El primer grado, que es el "sumum" se halla en la premeditación en la cual concurren la frialdad del calculo y la perseverancia en la voluntad malvada.

El segundo grado se encuentra en la simple deliberación, en la cual concurre la perseverancia en el querer malvado, pero no la frialdad del animo.

El tercer grado se halla en la resolución imprevista.

El cuarto grado se encuentra el predominio y choque instantáneo de una pasión ciega, donde no concurre ni la calma del espíritu, ni el intervalo entre la determinación y la acción.

Los dos primeros grados se denominan comúnmente dolo de propósito y los dos restantes dolo de ímpetu.

6) Dolo subsiguiente: Es aquel que surge en el contexto ya iniciado en el que el sujeto no crea la situación. Ejemplo: Un enfermero que advierte que una determinada inyección no es un calmante, sino que es un material nocivo que mata al sujeto. Inicialmente el doctor no iba a matar al paciente pero se encuentra con una situación y posteriormente surge la intención de matar aprovechando la situación.

7) Dolo alternativo: Hay una cierta selección por parte del sujeto. Ej.: pago para que maten a cualquiera de los hijos de mi enemigo.

La clasificación más importante es aquella que atiende a la diferente del elemento intencional en el dolo y así diferencian los autores entre: dolo directo de primer grado; dolo directo de segundo grado; y dolo indirecto o eventual.

a. Dolo directo de primer grado: El sujeto persigue la realización del hecho delictivo. Quiere la realización de ese hecho delictivo y es indiferente que el sujeto prevea el resultado como posible o como seguro.

Ejemplo: Un sujeto quiere matar; dispara y mata. Que se consiga o no es intrascendente a efectos del dolo del sujeto.

b. Dolo directo de segundo grado: El sujeto no persigue el resultado pero pese a ello, actúa y realiza la acción (pero la advierte como segura). Ejemplo: es el del terrorista que quiere matar a un General y pone una bomba en el coche a sabiendas de que con el va un conductor. No pretende matar al conductor pero sabe que hay un porcentaje altísimo de que muera junto con el General al explotar la bomba.

c. Dolo eventual: El agente ha previsto el resultado típicamente antijurídico como probable, no ha confiado en que su destreza, su pericia, impida la realización de ese resultado antijurídico y sin embargo ha seguido actuando, hasta que actualiza ese resultado típicamente antijurídico que había previsto como probable.

El sujeto no persigue el resultado pero se le representa como consecuencia inevitable de su actuar. Por ejemplo: Los mendigos rusos mutilaban a niños cortándoles miembros para así incrementar aún más el sentimiento de piedad y obtener, como

consecuencia, más limosnas. No perseguían la muerte de los niños pero muchas veces esto ocurría como consecuencia de infecciones o desangramientos.

El problema de esta diferenciación se plantea cuando hay que diferenciar entre el dolo eventual de la culpa consciente con representación.

Hay básicamente 2 teorías al respecto que intentan resolver el problema planteado.

A. Teoría del consentimiento o aprobación:

Estamos ante un supuesto de dolo eventual cuando el sujeto de haber sabido el resultado a priori, lo hubiese aprobado. Hay críticas a esta teoría porque en la construcción de la misma hay grandes dosis de la interioridad del sujeto (solo se pueden castigar acciones y no pensamientos según el principio penal del hecho).

Esta teoría se construye sobre la base de la intencionalidad del sujeto y eso casi es imposible de determinar. Pero además hay otra crítica y es que podría considerar como conducta dolosa situaciones de escaso peligro objetivo, que eso si se puede probar.

Otra crítica que se le hace es que parece que no resuelve porque de saberse que consentía sabiéndolo a priori, sería como un dolo directo de primer grado.

B) Teoría de la probabilidad o representación:

Surge como consecuencia de las críticas formuladas a la anterior teoría. Atiende al grado de probabilidad con que la acción que se realiza produciría o no el resultado,

es decir, cuando la acción fue realizada de forma tal que la probabilidad de producción del resultado es alta, estaríamos ante un dolo eventual. Si por el contrario, la probabilidad no era muy alta, estaríamos ante la denominada culpa consciente con representación.

C) Teoría ecléctica:

Últimamente ha surgido una teoría, que enunciaría el criterio delimitador sobre la base de dos requisitos. Para que la acción se considere realizada por dolo eventual, son necesarias dos cosas:

1. Que el sujeto tome en serio la posibilidad de que el resultado se produzca.
2. Que se conforme con dicha posibilidad de que el delito se produzca.

4.1.3 Del caso concreto

Conforme a la norma transcrita en precedencia para la tipificación de un supuesto ilícito se exige la presencia de los elementos: conocimiento y voluntad, es decir, que el sujeto agente sabe que el hecho es delictivo y a pesar de ello libre y voluntariamente lo realiza y en su ejecución no aparecen circunstancias que afecten el conocimiento y la voluntad.

Para ejemplificar, piénsese en el caso de la madre que ignora que el dinero que le envía su hijo para comprar una casa proviene del delito de narcotráfico, como la señora no conocía el hecho punible, mucho menos quería su realización y por tanto, no incurre en el delito de testaferrato.

Significa lo anterior, que aunque en principio parece tratarse de una acción típica no lo es. Como conocimiento y voluntad rigen la acción debe examinarse si tal

conocimiento y voluntad no están afectados por cualesquiera de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en la ley.

Para que la conducta sea dolosa es necesario que el sujeto agente no solo conozca que la conducta que realiza es delictuosa, sino que además quiera realizar ese comportamiento y voluntariamente lo ejecute, entonces, continuando con el mismo ejemplo anterior, la conducta no será delictiva si desconoce su origen ilegal, por ejemplo la adquisición de vivienda con dinero procedente del narcotráfico, porque el autor envió a su madre desde Norteamérica el dinero obtenido con esta inconducta, pero su ascendiente ignora la procedencia del dinero, el comportamiento es atípico, por ausencia de conocimiento, porque la señora no prestó el nombre para adquirir el inmueble, para aparentar ser la dueña de éste ni para ocultar el origen del dinero en el delito cometido por su hijo.

La acción realizada por la señora al prestar su nombre para adquirir una casa con el dinero remitido por su hijo no está dirigida a aparentar ser la propietaria del bien, ni a dar apariencia de legalidad al dinero, porque si ignora la procedencia de éste, no incurre en delito de testaferrato por ausencia no sólo del elemento intelectual, sino también y con mayor razón del volitivo.

También el mismo autor citado Welzel¹⁷ al tratar de la autoría caracteriza al autor del delito doloso como: "aquél que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es titular sobre la realización del tipo" o en términos de Maurach:¹⁸ "Actúa dolosamente quien incluye en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo".

¹⁷ Welzel, Hans, **Derecho penal alemán**, pág. 143

¹⁸ Maurach, Reinhart, **Tratado de derecho penal**, pág. 31

4.2 La culpa

4.2.1 Concepto

Se entiende por culpa como la omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. A esta teoría se le han formulado diversas críticas, lo que no implica que no se reconozca que el concepto de previsibilidad juega un papel de importancia en la culpa, sino tan solo que ese elemento no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que en otras razones, aun siendo previsible el resultado, puede no darse la culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia.

Así, cabe pensar en todas aquellas actividades que siempre comportan un riesgo y que al ser utilizadas por el sujeto con toda prudencia y diligencia, aun siendo previsible determinados resultados dañosos, excluyen toda culpa, a pesar de la previsibilidad, en razón de que la conducta no ha sido contraria a las normas de diligencia y de prudencia.

En este sentido se puede señalar los ejemplos de los trabajos en minas, excavaciones e industrias pesadas, los cuales implican necesariamente riesgos; y que no puede, por tanto, hacerse consistir la culpa en no haber previsto lo previsible, ya que fundamentalmente lo que se requiere es la existencia de una norma que imponga especiales deberes de prudencia y diligencia, debiendo entonces decirse con mayor exactitud que la culpa punible no consiste solo en no haber previsto lo previsible, sino en no haber previsto lo que la ley obliga a prever.

Otras de las teorías más conocidas, de naturaleza objetiva, en contraposición a la teoría de la previsibilidad netamente subjetiva, es la llamada también de la causa

eficiente. De acuerdo con esta teoría, la responsabilidad por el comportamiento culposo se fundamenta en dos requisitos: que el sujeto haya sido la causa eficiencia de un resultado y que haya actuado o se haya servido de medios antijurídicos.

Según esta concepción no interesa para nada el criterio de la previsibilidad. Lo que define a la culpa es que el resultado sea el producto de un acto humano voluntario, de una actividad voluntaria, que pueda ser referido a tal actividad como a su causa y además, que haya actuado con medios contrarios al derecho.

Son numerosas las objeciones que se han formulado a tal teoría. Maggiore la califica, entre otras cosas, de teoría que "no se basta a sí misma", "ultra positivista, materialista y amoral" (se reduciría toda la responsabilidad a una relación material y mecánica entre la acción y el resultado), de una teoría que elimina toda distinción entre la culpa y el caso fortuito (también en el caso, cuando está empeñada la obra del hombre y no se trata del suceso meramente natural, se da la fórmula "acción voluntaria, evento involuntario"; además, observa, la interpretación de fórmula "uso de medios antijurídicos" conduce a insuperables dificultades: ¿Cómo ha de entenderse tal expresión?, ¿ Se trata de los medios contrarios al derecho objetivo?.

En este caso, solo se considerarían los medios expresamente prohibidos por la ley y se tendría culpa solo por inobservancia de un deber legal, pero no puede olvidarse que el legislador no hace sólo referencia a los casos de inobservancia de leyes, reglamentos, ordenes, etc., sino que la fórmula es más amplia y según tal concepción quedaría fuera de consideración un vasto campo de transgresiones culposas.

Antolisei, señala en cuanto a los requisitos de la culpa que enumera esta teoría, que el primero no tiene nada que ver con la culpa, puesto que la causación es un requisito indispensable para la atribución del resultado en todos los hechos punibles y que si se requiere en la culpa, es necesaria también en el delito doloso. Y en cuanto al segundo observa que se trata de un concepto muy vago que no resuelve satisfactoriamente las dudas e incertezas que se presentan en la aplicación practica del

derecho, además, no se adapta a muchos casos de culpa, en especial a los hechos omisivos debidos a negligencia como por ejemplo el que se duerme mientras debería estar despierto, ¿se podría decir que ha hecho uso de un medio antijurídico?.

Otros autores, han señalado como esencia de la culpa la violación de un deber de atención como esencia de la culpa la violación de ese deber. Al respecto observa también con agudeza el mismo Antolisei, que en muchos delitos culposos puede no darse tal falta de atención, como es el caso del médico inexperto que emprende una seria operación sin poseer los conocimientos técnicos indispensables.

Este profesional responderá de las consecuencias dañosas de su hecho aun cuando haya prestado la mayor atención.

Finalmente, a más de otras teorías elaboradas en la doctrina, cabe destacar que para los positivistas, quienes prescinden de la libertad del hombre y entienden que su conducta está determinada exclusivamente por diversos factores, la culpa encuentra su explicación en una falta de reflexión, de inteligencia o de atención que encuentra su raíz en un vicio de la constitución del autor. Con relación a estos sujetos que han de considerarse peligrosos, la sociedad debe defenderse.

En esta debatida cuestión de la esencia de la culpa creemos que una de las opiniones mejor fundadas y que responde plenamente a las exigencias de la teoría normativa, es la sostenida por Antolisei. Según este autor, para comprender la verdadera esencia de lo que es la culpa se debe considerar que en la vida social se presentan situaciones en las cuales, dada una actividad orientada hacia un determinado fin, pueden derivarse consecuencias dañosas para terceros.

La experiencia común o técnica, mantiene determinadas precauciones para evitar que se perjudiquen intereses ajenos. Así surgen las reglas de conducta que pueden ser simples usos sociales como por ejemplo la del poseedor de un arma de fuego, debe descargarla cuando la coloca en un lugar frecuentado o reglas que son

impuestas por el Estado u otra autoridad pública o privada, para disciplinar determinadas actividades más o menos peligrosas, en orden a prevenir en lo posible las consecuencias nocivas que pueda derivarse para terceros, como las que fijan que cuando se realizan trabajos en una vía pública se coloquen determinadas señales.

El delito culposo surge siempre y solamente por la inobservancia de tales normas y la infracción justificada un reproche de ligereza para el agente. La esencia de la culpa está en la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente previstas por las autoridades a fin de prevenir resultados dañosos. A estas reglas de conducta que derivan de los usos se refiere el código cuando habla en general de negligencia, imprudencia o impericia.

Y a la establecida por las autoridades cuando habla de la inobservancia de reglamentos, ordenes, etc. pues si bien la fuente de la norma puede ser diversa, el contenido de la culpa siempre es el mismo, ya que en todo caso, también en la inobservancia de las normas impuestas por la autoridad, se verifica una imprudencia o una negligencia, ya que no solo es imprudente o negligente, el que descuida las cautelas impuestas por los usos de la vida ordinaria, sino también el que descuida las cautelas prescritas expresamente por las autoridades.

La nota conceptual de la culpa está dada por la imprudencia o la negligencia. Su carácter esencial consiste en otros términos, en la inobservancia de las debidas precauciones.

La esencia de la culpa está precisamente en la voluntariedad, inobservancia de todas aquellas normas de conducta expresas o derivadas de la práctica común, que imponen al hombre que vive en sociedad, obrar con prudencia y diligencia, en forma tal de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicos protegidos.

La culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia que nos imponen determinadas normas. Concebida de esta manera la culpa, implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento jurídico.

4.2.2 Los Elementos de la culpa y sus formas

Los elementos de la culpa son los siguientes:

1) La voluntariedad de la acción u omisión

Se requiere, en primer lugar, para que se configure la culpa, la voluntariedad de la conducta, esto es, que la acción u omisión que realiza el sujeto sea voluntaria, que pueda ser referida a la voluntad del ser humano.

La voluntariedad de la acción u omisión o voluntariedad de la causa es el elemento común a todos los delitos y debe encontrarse también en el delito culposo. Se trata de la exigencia mínima para que un hecho pueda tener importancia penal y precisamente, como reflejo de tal exigencia fundamental, ha de interpretarse la presunción del último aparte del Artículo 61 colombiano, según el cual la "acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario".

Se puede decir entonces que en la culpa, en todo caso, puede hablarse de una conducta voluntaria y ello, aun en los casos de delitos culposos omisivos, ya que también en tales casos cabe hablar de voluntariedad en cuanto depende de la voluntad del sujeto el omitir el cuidado debido o el no prestar la atención que le imponen sus deberes. Como lo afirma Petrocelli, no solo puede hablarse de voluntariedad cuando se manifiesta un poder activo de impulso y de inhibición, sino también cuando el sujeto

omite tener pronta o despierta su voluntad en orden a realizar en el momento oportuno el acto debido.

2) La involuntariedad del hecho

La falta de intención o de voluntad del resultado o del hecho, intención o voluntariedad que caracteriza al dolo. El sujeto, por tanto, no debe haber tenido la intención de realizar el hecho constitutivo de delito; el resultado producido debe ser involuntario. En este sentido se dice que el delito culposo es un delito contra la intención.

No debe, sin embargo, creerse, que por ser involuntario el hecho producido, por no constituir tal resultado el fin que se propuso el sujeto, falte a la voluntad, en este caso, la tendencia a la consecución de un fin. También en el delito culposo la voluntad tiende a un fin, aunque en este caso a diferencia del delito doloso, tal fin es ilícito y es diverso al que efectivamente se produce por la acción del sujeto.

3) Que el hecho no querido se verifique por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, ordenes o instrucciones

Se requiere en tercer lugar que el hecho no querido sea la consecuencia de un comportamiento voluntario, contrario a las normas o reglas de conducta que imponen al hombre que vive en sociedad una actuación prudente y diligente en forma tal de evitar hechos dañosos, en lo cual radica la esencia de la culpa.

4.2.3 Teoría acerca de la naturaleza y el fundamento de la culpa

1) Teoría clásica explicativa de la culpa

La escuela clásica fundamenta la representabilidad sobre el libre arbitrio, que supone el dolo en el autor del delito, esto es, la inteligencia y la voluntad como

condiciones de la responsabilidad, la esencia de la culpa está así en un defecto de la voluntad, en la inercia de las facultades de atención y previsión, inercia que la voluntad podría remover, porque no haciéndolo da lugar a la imprudencia o a la negligencia, que son las causas queridas del hecho. La culpa, es la omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias probables y previsibles del propio hecho y la hace descansar sobre la voluntariedad del acto, la falta de previsión del efecto nocivo y la posibilidad de prever.

2) Teoría de la escuela positivista

La escuela positivista sostiene que no existe libertad en las acciones humanas, determinadas solo por influencias, unas congénitas del individuo, otras derivadas del medio y de la vida social y en consecuencia, considera que los delitos culposos tienen su origen en una falta de reflexión de inteligencia o de atención, provenientes de un vicio de constitución del autor y se castigan en virtud del principio de la responsabilidad social porque los individuos desatentos, irreflexivos o que tienen defectuosa su inteligencia son peligrosos, sus actos son antisociales y la sociedad debe usar de su derecho de defensa social.

3) Teorías intermedias

Acercándose a los principios de la escuela clásica o a los de la positivista, teorías intermedias han tratado de explicar el fundamento del castigo en la culpa.

La culpa de una falta de ejercicio en la culpable para poner en nacimiento la atención y todos los delitos de la culpa pueden reducirse a una deficiencia o alteración en el mecanismo de la atención.

El delincuente se presenta inadaptado a la vida civil en su desarrollo elevado, conservando, sin embargo, intactos sus sentimientos altruistas.

Resumiendo los principios expuestos sobre la naturaleza de la culpa, se observa que la teoría clásica descansa sobre el viejo axioma romano: "*Cumpam esse quod cum, a diligente prividevi poterit, non esse provisum, aunt tum denuntiatum esset cun periculum evitari non possit*" , esto es que si el derecho penal clásico se admite como culpa no hubiese previsto, como consecuencia de una acción u omisión voluntarias, tal resultado, efectivo o potencial, que pudo preverse en el momento en que se manifestó la voluntad.

4.2.4 Clasificación de la culpa

1) Culpa mediata e inmediata

Se distingue la "culpa mediata" de la "culpa inmediata"; esta, cuando existe una relación cierta y directa entre la culpa del individuo y el resultado de ella, como si un empleado del tren en marcha deja inadvertidamente abierta la puerta de un vagón de pasajeros y se cae un niño a la vía; aquella, cuando entre la culpa del individuo y su resultado inmediato y directo, surge un hecho nuevo, "indirecto y mediato", que tiene por consecuencia un daño, ejemplo, en el mismo caso expresado del tren en marcha, si al ver caer al hijo, el padre se lanza a socorrerlo y muere el padre, más al hijo no le sucede nada.

El empleado negligente no es responsable de la muerte del padre, quien se lanzo voluntariamente a la vía en socorro del hijo; en una palabra, se responde de la "culpa inmediata" no de la "culpa mediata" porque esta más bien es una ocasión de la causa y no una causa de la causa y la culpa debe tener una relación directa con el hecho incriminado. No hay relación de causalidad.

2) Culpa derivada de hecho ilícito

Se distingue también la culpa derivada de un hecho ilícito de la que no deriva de delito; aquella, cuando interviene el resultado en el momento de cometerse un hecho

punible; ejemplo, si un ladrón nocturno para apoderarse de una gallina, le dispara un proyectil de arma de fuego y mata a una persona que no había visto.

3) Culpa consciente y culpa inconsciente

La división más exacta de la culpa es en culpa consciente y culpa inconsciente, que Carrara denomina culpa con previsión y culpa sin previsión; y que los romanos denominaban "culpa ex ignorancia" y "culpa ex lascivia". En la culpa consciente, el autor del hecho dañoso se representa las consecuencias que puede producir su acto, mientras que en la inconsciente falta en el agente esta representación.

4) Culpa lata, leve y levísima

Asimismo, se divide en culpa lata, leve y levísima, consistiendo la primera en un hecho que solo hubieran previsto todos los hombres; la segunda en un hecho que solo hubieran previsto los hombres diligentes; y la tercera, en un hecho que solo una extraordinaria diligencia hubiera podido prever.

4.2.5 Los modos de la culpa

Si bien nuestro ordenamiento jurídico solo señala expresamente tres modos de la culpa, la doctrina profundiza un poco más aportando algunos otros.

1) Imprudencia

El concepto de imprudencia exige una acción, consiste en obrar sin cautela, en contradicción con la prudencia, es la culpa por acción (culpa in agenda). Los individuos están obligados a observar, en todas las circunstancias de la vida, aquellas condiciones bajo las cuales se hace compatible su conducta, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia, con los intereses jurídicos de los demás, y por tanto a dirigir sus cuidados y diligencias en tal sentido y a emplearlos en tal medida, que no hay otro remedio sino

conocer experimentalmente que ha cumplido con su deber. La conducta contraria es imprudente.

En el derecho español se divide la imprudencia en temeraria y simple. Equivale la primera a la culpa lata, y la segunda a la leve. La imprudencia punible está integrada por tres elementos: Una acción u omisión voluntaria no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causa a efecto que ligue por modo evidente ambos extremos.

La imprudencia es conducta genérica contraria a la policía, conducta no conforme a los intereses generales de seguridad, e implica la mayor parte de las veces una actividad positiva.

2) Negligencia

La negligencia es una omisión, desatención o descuido, consiste en no cumplir aquello a que se estaba obligado, en hacerlo con retardo, es la falta de uso de los poderes activos en virtud de los cuales un individuo, pudiendo desarrollar una actividad, no lo hace por pereza psíquica. Negligencia es, pues, imprevisión pasiva, falta de diligencia.

3) Impericia

En el viejo derecho francés denomina base torpeza la falta de destreza, de habilidad, de propiedad en hacer una cosa y se dividía en torpeza material y torpeza moral. En esta última entra la culpa moral de la ignorancia profesional: el agente responde porque ha descuidado adquirir los conocimientos elementales y necesarios para el ejercicio de su profesión o arte. La torpeza es culpable cuando es grosera y podía evitarla el sujeto tomando ciertas precauciones.

El caso típico es el del albañil que desde el andamiaje en el cual trabaja deja caer un ladrillo que mata a un transeúnte.

No debe confundirse la impericia con la poca habilidad profesional, porque la ley exige en las personas que capacita para un determinado ejercicio profesional ciertas condiciones de estudio y formalidades probatorias, pero entre los capacitados hay diferencias de ingenio, de habilidad, de estudio.

Los profesionales pueden incurrir en culpa diversa de incapacidad, si en sus actos hay falta de prudencia o de cuidado, esto es, por imprudencia o negligencia.

4) Inobservancia de reglamentos

La palabra reglamento se une en sentido amplio, comprende tanto los decretos reglamentarios propiamente dichos, como las leyes, ordenanzas y disposiciones de la autoridad que tengan por objeto tomar medidas propias para evitar accidentes o daños, para la seguridad pública y para la sanidad colectiva.

Las leyes obligan a todos los ciudadanos; sin embargo, algunas se dictan para determinadas personas, como las que se contraen al ejercicio de la medicina, de la abogacía, de la farmacia, de la odontología, de la ingeniería, etc. el profesional puede obrar de acuerdo con la ley que reglamenta el ejercicio respectivo, pero también con imprudencia o negligencia.

Los reglamentos generalmente se dirigen a disciplinar a un determinado ramo de la actividad individual o social, a cautelar a señaladas empresas y pueden emanar de la autoridad o de los particulares, en las empresas privadas.

Cuando se trata de una violación de los reglamentos, que produce resultado perjudicial, basta la demostración de la transgresión, sin necesidad de prueba de la

previsión o no de las consecuencias, porque el legislador se ha sustituido a los ciudadanos en la tarea de previsión.

5) La noción de previsibilidad

Los delitos culposos configurados por el código penal venezolano se componen del elemento subjetivo de la voluntariedad en el hecho inicial y de un coeficiente culposos, consistente en la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia, que en algunos casos, se exige aisladamente y en otros, en forma alternativa.

La noción de previsibilidad es necesaria en los casos de imprudencia o negligencia, porque la una y la otra se manifiestan objetivamente como un efecto en la valuación de las consecuencias de la actuación propia.

6) Pluralidad de sujetos

Cuando la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia son atribuibles a varias personas cada una responde en la medida de su culpa, la de uno no excusa la del otro, no hay tampoco complicidad. La complicidad exige una misma intención criminal y en la culpa no existe la voluntad de producir el resultado. La culpa de cada persona forma un elemento constitutivo del delito.

7) Culpa en la víctima o en un tercero

Cuando hay culpa en la víctima no por eso deja de responder penalmente del resultado delictuoso, el autor por la culpa propia; en nuestro derecho no puede admitirse la compensación de culpas en materia penal. Si toda culpa proviene sobre la víctima como en el caso del transeúnte que se arroja en forma imprevista frente al vehículo, sin que el piloto pueda detenerlo y se mata, la responsabilidad desaparece.

Si el hecho proviene de un tercero, responde éste; y si en el accidente resultan lesionados autor y víctima, el autor puede ser perseguido por las otras víctimas. Puede haber, asimismo, culpa común de las víctimas, que se extingue distintamente.

De conformidad con el Artículo 21 del Código penal colombiano, el delito de testaferrato no puede ser una conducta culposa, pues la ley no prevé que pueda cometerse por culpa, o en otros términos no define la modalidad culposa del testaferrato.

Ya que en este ilícito existe claramente el conocimiento que tiene la persona que presta su nombre, de que el bien que se está adquiriendo procede del delito de narcotráfico.

4.3 La preterintención

Junto al dolo y a la culpa, como forma típica de la participación psicológica del sujeto en el hecho, la doctrina penal se ha referido también a la preterintención como una tercera forma que puede asumir tal participación psicológica. Se trata de una responsabilidad que surge solo a título excepcional.

Sumamente controvertida aparece la naturaleza jurídica del delito preterintencional y el fundamento que tiene en este caso es la atribución al sujeto del resultado no querido o de las consecuencias que exceden de su intención.

Se habla de delito preterintencional cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, la realización efectiva de ese hecho dañoso y la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del

agente y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable; ese plus, es lo que caracteriza la preterintención.

Además, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se de una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo genero de interés lesionado.

En consecuencia, es al examinar la tipicidad del comportamiento el momento en el cual deberán analizarse la presencia o ausencia de dolo, culpa o preterintención, como también deberán examinarse las causales que excluyen la responsabilidad, cuando ellas afectan el conocimiento y la voluntad, como por ejemplo el error de tipo que incide directamente sobre conocimiento y voluntad.

El caso fortuito también excluye la acción, como la insuperable coacción ajena porque no actúa con voluntad entonces no se integra el acto, en consecuencia la conducta es atípica.

En el código penal vigente la conducta culposa o la preterintencional sólo es punible en los casos expresamente señalados por la ley. En consecuencia, por lo general los delitos refieren conductas dolosas y solo por expresa definición legal la conducta es culposa o preterintencional.

Todo lo anterior implica que la única modalidad de la conducta que admite el delito de testaferrato, en estudio, es la conducta dolosa, pues la norma no consagra su realización por culpa o preterintención.



CAPÍTULO V

5. Los elementos positivos del delito

De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito (*lato sensu*) y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los códigos penales.

Como lo venimos a constatar, las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, antijurídica y culpable. Estas ideas se encuentran en la base de nuestro Código Penal. Así, se exige la realización de una acción, la adecuación de ésta a la descripción formulada en la ley: tipicidad y la existencia de una amenaza penal: punibilidad; y que la pena será aplicada sólo cuando el acto es contrario al orden jurídico: antijuricidad; también precisan las condiciones psiconormativas que impiden, total o parcialmente, imputar un acto a una persona: inimputabilidad; y por último, se precisan las condiciones de culpabilidad.

Este concepto descriptivo-normativo del delito sirve a la criminología sólo como un punto de partida para sus investigaciones, pero no es su objeto exclusivo o el fin de sus actividades. Como fenómeno social, el delito puede ser estudiado desde diferentes perspectivas. Puede ser considerado como un hecho puramente jurídico u observado en sus relaciones con la cultura, la religión y la moral. Por esto, no se puede obtener unanimidad en la manera de definir el delito. El concepto normativo debe, sin embargo, ser el punto de partida para las investigaciones criminológicas.

5.1 La tipicidad

Es necesario establecer qué es la tipicidad, ya que dentro del derecho penal, es éste el elemento que determina la punibilidad de las acciones.

La tipicidad puede ser definida así: “Es la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito. Es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto”.

Otros tratadistas han concluido que la tipicidad es la especial característica que debe tener una conducta o acción para que pueda ser considerada como delito. Esta conclusión es la que se ha obtenido del siguiente concepto de tipicidad. “Es una consecuencia del principio de legalidad, pues sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales. El tipo penal llega a ser entonces la abstracta descripción de la conducta y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora”.

Se puede apreciar que la tipicidad es el elemento básico que se debe reunir para que una conducta pueda ser considerada como delito. La conducta debe estar descrita como delito, antes que el sujeto la realice, para que el responsable pueda ser sometido a un proceso penal. Si la acción no está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, no se puede hablar de un delito.

Se puede establecer que cuando se refiere a que la tipicidad es seleccionadora, se está hablando que los legisladores al momento de crear figuras delictivas, seleccionan conductas que han afectado a la sociedad, y consideran que éstas deben ser sancionadas. Es garantista, ya que si una conducta no está individualizada dentro del ordenamiento jurídico penal como delito, no se puede someter a un proceso penal a sus autores. Y es motivadora, ya que al denominar cierta conducta como delito, motiva

a los miembros de la sociedad a no cometerla ya que el simple temor a ser sancionados provoca en el ser humano un rechazo a la realización de ciertos actos.

5.2 La antijuricidad

Los tratadistas del derecho penal, al definir la antijuricidad, se limitan a decir que es lo contrario al derecho. Es por ello que resulta necesario tomar un concepto de un diccionario jurídico para ilustrar al lector lo que comprende este elemento del delito.

“La antijuricidad significa conducta contraria a derecho. Es uno de los caracteres esenciales positivos del delito. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales. Presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal. Este juicio recae sobre la acción realizada, y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos”.

Se puede apreciar del concepto anterior que la antijuricidad va ligada con la acción. Si la acción que se realiza contraviene el ordenamiento jurídico vigente, es una acción antijurídica, y como tal debe ser sancionada.

La antijuricidad también es definida de la siguiente manera: “En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo”.

De la definición anterior se puede apreciar que algunos tratadistas entienden la antijuricidad como parte de conjunto de elementos, se considera que la acción contraria al derecho se realizó, pero no se puede actuar sino hasta que dicha acción sea encuadrada en el tipo, o tipificación de las acciones consideradas como delitos.

Se puede concluir que la antijuricidad es contrariar el ordenamiento jurídico vigente, por medio de la realización de actos que están tipificados como delito en la ley penal. Debido a ello, es que ciertas acciones no son consideradas con antijurídicas en todos los países, sólo en aquellos que tienen incluida dicha acción dentro de su ordenamiento penal. En pocas palabras lo que es considerada como una acción antijurídica en Guatemala, puede que no sea considerada como tal en Italia.

Según el análisis de la investigación el testaferrato es una conducta pluriofensiva, en tanto, protege la salubridad pública, la tranquilidad y seguridad ciudadana, la economía nacional, o lo que es lo mismo, el orden público y el económico, a los cuales debe agregarse además la moral pública; bien jurídico expresamente protegido por la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por su parte, el Código Penal colombiano, en su Título X nominado "Delitos contra el orden económico social", protege como objeto jurídico el orden económico social, bien legal que queda comprendido dentro del más amplio de la moral social tutelado por el constituyente, lo que implica que el legislador ordinario al ubicar dentro de éste título el delito de testaferrato, con la sanción de tal conducta busca defender el interés jurídico del orden económico social, el cual debe ser efectivamente vulnerado o expuesto a peligro para que la conducta sea antijurídica.

Significa lo anterior que, no basta que una conducta típica vulnere el bien jurídico protegido por la ley, para poder predicar que el hecho es punible, es menester verificar primero que no concurra ninguna de las causales que excluyen la antijuricidad, o que justifican el comportamiento. El Código Penal reúne las causales de justificación y las circunstancias excluyentes de culpabilidad.

Destáquese que las causales de ausencia de responsabilidad no puede diferirse su estudio para la sentencia en razón a que, algunas de carácter subjetivo, deben analizarse al tratar la acción esto es en la tipicidad, porque hacen parte de la conducta, tal como se explicó anteladamente, bien por afectar la voluntad, ora por incidir en el

conocimiento, otras de carácter objetivo, cuando constituyan justa causa, se reconocerán al examinar la antijuridicidad y las demás al tratar la culpabilidad de acuerdo al contenido que hoy le corresponde y las demás para proferir sentencia.

5.3 La culpabilidad

Para el tratadista Vela Treviño la culpabilidad es: “La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”. Este concepto de culpabilidad nos presenta que para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto que cometa el delito, pueda ser sancionado.

Entre los tratadistas del derecho penal, hay algunos que sostienen que el concepto de la culpabilidad está íntimamente ligado a la función motivadora de la norma penal, tal es el caso de quien define a la culpabilidad así: “Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posible; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”.

Resulta de los conceptos anteriores que para lograr comprender a su máximo esplendor el término de culpabilidad es necesario exponer, de manera resumida, los diferentes elementos que componen a la culpabilidad. En la doctrina se reconocen tres, principalmente, aunque existen tratadistas que mencionan hasta cinco. Pero la mayoría coincide en los siguientes: imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de obediencia al Derecho.

Esos tres elementos son definidos de una manera breve por los tratadistas Diez Ripollés y Giménez-Salinas así: “a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y

mentalmente sanas, b) Conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma. c) Exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas”.

La culpabilidad, es pues, el elemento que considera al sujeto y la acción. Si el sujeto reúne las características para poder ser sujeto dentro de un proceso, y si la acción cometida es una acción que es contraria al ordenamiento jurídico, y además la circunstancia en que se cometió no encuadra en aquellas causas de justificación reconocidas dentro del ordenamiento jurídico penal vigente.

5.4 La punibilidad

Es éste el último requisito que debe cumplirse para concluir que un delito se ha dado con todos sus elementos. Es, a grandes rasgos, la pena que lleva aparejada una conducta considerada como delito dentro del ordenamiento jurídico. “Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma”.

Hay tratadistas que consideran a la punibilidad como elemento del delito, dicha tendencia se puede apreciar en el concepto anteriormente citado, y en los siguientes: “la punibilidad no sólo es un requisito esencial de la infracción, sino quizás el principal, puesto que sin ella, siempre existirá un injusto, pero para que ese injusto sea penal, es preciso que esté sancionado con una pena.

La punibilidad, es pues, el sancionar una acción antijurídica, tipificada como delito, que sea imputable a un sujeto determinado, y que el sujeto pueda ser imputable; por lo que es la consecuencia de cometer el delito. El imponer la pena, el sancionar al responsable, son consecuencias de la punibilidad.



Los elementos del delito aquí descritos, son los elementos comunes considerados por los diferentes tratadistas del derecho penal. Es claro, que se pudiera dedicar un mayor espacio para lograr desarrollar cada uno de ellos con todas sus consideraciones, pero es claro que el presente trabajo no se puede enfocar en todas sus extensiones.

La breve explicación realizada está enfocada a ilustrar al lector de los elementos que debe reunir una conducta para que ésta sea considerada como delito, así como su definición en la forma más pura.



CONCLUSIONES

Conforme al Código Penal vigente, no está regulado el delito de testaferrato por bienes adquiridos con dinero procedente del delito de narcotráfico y conexos; y es sumamente importante su regulación por las siguientes razones:

1. El testaferrato vulnera el bien jurídico del bien común, objeto jurídico protegido por la Constitución Política de la República de Guatemala, término que abriga los delitos de narcotráfico; pues no existe delito que coincida con el bien común, que no pugne con ella.
2. Dentro del Código Penal se debe de incluir el delito de testaferrato, para así proteger objeto jurídico que queda comprendido en nuestra Constitución como lo es del bien común, incluyéndolo dentro un título especial que incluya todas las actividades delictivas y cuando éstas reportan utilidad económica, ya que no solo, lesiona el orden económico sino que además como se indica, vulnera o pone en peligro el bien común.
3. Restringir el delito de testaferrato a quien preste el nombre para adquirir bienes con dinero procedente del narcotráfico y conexos es reducir la utilidad económica al delincuente y evitar que cualquiera de ellos se puede valer de testaferratos.

Pero hay que hacer una clara distinción entre éste delito y otros, ya que un ejemplo de diaria ocurrencia, es el delito de secuestro extorsivo, cuando la víctima carece de dinero efectivo, los delincuentes reciben bienes muebles o inmuebles y para ello se valen de terceros, sin que tal hecho constituya testaferrato.

4. Con la expedición del Código Penal, el Congreso de la República no solo se quedó corto jurídicamente al no incluir el testaferrato, sino que además legisló



antitécnicamente, pues dictó disposiciones que aparentemente, sancionan los hechos, que provienen del tráfico de estupefacientes.

RECOMENDACIONES

1. Que por medio de capacitaciones por parte de las Instituciones encargadas; Ministerio de Gobernación, Ministerio Público, Organismo Judicial y demás Instituciones estatales que se encargan de velar por el estricto cumplimiento de la ley, se promueva la creación de la figura del testaferrato.
2. Que el organismo legislativo apruebe un proyecto de ley en el cual se crea en el código penal la figura del testaferrato proveniente del narcotráfico como parte del concurso de delitos provocados por el tráfico de estupefacientes.
3. Que el Estado se comprometa a combatir con mano dura la adquisición de bienes con dinero procedente del narcotráfico, por parte de personas que no se dedican a ese ilícito penal.
4. Que se legisle en contra de las personas que presten su nombre para adquirir bienes con dinero procedente del Narcotráfico, testaferreros, cumpliéndose así las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCURT, Nodier, **Curso de derecho penal**, Esquemas del delito, Ed. Nuevo foro, Santafé de Bogotá, 1998.
- ANTOLISEI, Francesco, **Manual de derecho penal**, parte general, Edit. Temis, Bogotá, 1988.
- BACIGALUPO, Enrique, **Manual de derecho penal**, parte general, Ed. Temis, Bogotá, 1994.
- CAPITANT, Henri, **Vocabulario jurídico**, ediciones de palma, Buenos Aires , 1966.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, **Derecho penal fundamental**, volumen I, Ed. Temis, reimpresión 7 ed., Bogotá, 1989.
- FERREIRA DELGADO, Francisco, **Delitos contra la administración pública**, 2a ed., Edit. Temis, Bogotá, 1985.
- IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto, **Conferencia sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares**.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de derecho penal**, parte general, tomo I, Barcelona, Edit. Bósch; 1981.
- MANZINI, Vicenzo, **Tratado de derecho penal**, teorías generales, tomo II, Buenos Aires, Edif. Ediar-1948.
- MAURACH, Reinhart, **Tratado de derecho penal**, tomo II, Ed. Ariel, Barcelona España, 1962.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, **Teoría general del delito**, Edit. Temis, Bogotá, 1984.
- PÉREZ, Luis Carlos, **Derecho penal**, tomo I, partes general y especial, Edit. Temis, Bogotá, 1981.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, **Obras completas**, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, 1998.
- ROXIN, Claus, **Derecho penal**, parte general, *tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, España, 1997.
- ROXIN, Claus, **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**, Barcelona, Edit. Ariel, S.A., 1989.
- SALVAR UNIVERSAL, **Diccionario enciclopédico**, tomo 19, Salvat Editores, S.A., Barcelona, España, 1993.



SOLER, Sebastián, ***Derecho penal argentino***, tomo II, 2a reimpresión, Ed. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

VALENCIA ZEA, Arturo, ***Derecho civil***, tomo II, derechos reales, 3a ed., Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1967.

WELZEL, Hans, ***Derecho penal alemán***, parte general, 11a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

Legislación:

Constitución Política De La República De Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

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

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964