

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



**IMPUTACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA EN LA COMISIÓN DE
DELITOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

CÉSAR DANILO MONROY GALINDO

GUATEMALA, MAYO 2010

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

**IMPUTACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA EN LA COMISIÓN DE
DELITOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CÉSAR DANILO MONROY GALINDO

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2010

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estradas
SECRETARIO: Lic. Avidan Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTA: Licda. Mara López Cambran
VOCAL: Lic. Pedro Marroquín Chinchilla
Secretario: Lic. Héctor Echeverría Méndez

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
VOCAL: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera
Secretaria: Licda. Dora Renee Cruz Navas

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

Lic. Jacobo Adrián Álvarez Marroquín
Abogado y Notario Colegiado N°. 5232
4 Av. 12-07 2° Nivel Of. 204 zona 1, Guatemala
Tel. 22326548-24325329.



Lunes, 20 de Julio de 2009.

Señor:

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy

Presente.

En atención a providencia de esta Unidad de fecha veintidós de mayo del dos mil nueve, mediante la cual se me notifica el nombramiento como Asesor de Tesis del Bachiller César Danilo Monroy Galindo, con carné 85-12909, y oportunamente emanar el Dictamen correspondiente, habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN :

- a) El trabajo de tesis se intitula "IMPUTACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA EN LA COMISION DE DELITOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS".
- b) El tema que investiga el Bachiller Cesar Danilo Monroy Galindo, es un tema muy significativo, importante y de actualidad para quien gusta de profundizar en el análisis si es procedente la Imputabilidad (atribuirle) a la Persona Jurídica Colectiva en la comisión de Delitos de Lavado de Dinero u otros activos, por ser un ente carente de las características que posee el ser humano, así como las teorías doctrinarias que tratan de la Evolución histórica del concepto jurídico de persona, Concepto moderno de Persona Jurídica, Concepto Jurídico y clasificación de Persona Jurídica en la Doctrina Moderna, Principales Teorías sobre la naturaleza de la Persona Jurídica Colectiva, Teorías de la Responsabilidad Penal, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Colectivas, Orientaciones Modernas de la Responsabilidad de la Personas Jurídicas Colectivas, Los Principios que informan al Derecho Penal, el concepto de Delito, La Culpabilidad, La Punibilidad, La Autoría y Participación, Estudio de la Legislación Guatemalteca de acuerdo al tema a investigar y la Tipificación de los actos cometidos por la Persona Jurídica Colectiva, finalizando con un análisis jurídico y doctrinario del tema tratado. De las diferentes leyes y tratados internacionales, el trabajo esta contenido en seis capítulos, dentro de los cuales fueron desarrollados ampliamente los temas.



- c) Para la realización del trabajo de tesis se utilizo el método inductivo deductivo, como técnica científica, amplia bibliografía, así como leyes vigentes en nuestro medio, que sirvieron de base al estudio jurídico-doctrinario (o comparativo) del tema, mediante el uso de ficheros, procediéndose a su redacción en forma lógica y científica.
- d) Durante el tiempo que asesoré la presente investigación, discutimos algunos puntos de trabajo, los cuales razonamos, así mismo comprobé que hizo acopio de una bibliografía bastante actualizada, que permitió arribar a conclusiones y recomendaciones dignas de ser tomadas en consideración en reformas a la legislación vigente.
- e) En virtud de lo anterior concluyo informando a usted, que procedí a la asesoría de la investigación encomendada y me es grato:

OPINAR:

I) Que en el trabajo asesorado se cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

II) Que es procedente que el mencionado trabajo continúe con el trámite respectivo.

Con muestras de mi consideración y respeto al Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Atentamente,

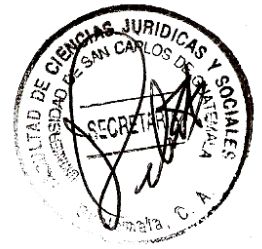
Lic. Jacobo Adrian Alvarez Montenegro
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES


Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, tres de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EFRAÍN ANTONIO RUIZ BARRIENTOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CESAR DANILO MONROY GALINDO, Intitulado: "IMPUTACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA EN LA COMISIÓN DE DELITOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS".

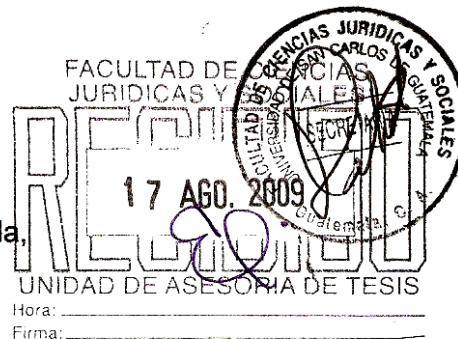
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/mbbm

Lic. Efraín Antonio Ruiz Barrientos
Abogado y Notario Colegiado N° 4842
4ª. Av. 5-13 Jardines de San Juan, Mixco, Guatemala,
Tel. 2432-8676 5568-9698



Guatemala, 14 de agosto de 2009.

Señor:

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy.
Presente.

En atención a la providencia de esta Unidad de fecha tres de agosto de dos mil nueve, en la que se me notifica el nombramiento como Revisor de Tesis del Bachiller **CESAR DANILO MONROY GALINDO**, y señalándome que oportunamente emita el Dictamen correspondiente, habiendo revisado el trabajo encomendado hago constar lo siguiente:

- a) Que procedí al análisis y revisión del trabajo de tesis intitulado: **IMPUTACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA EN LA COMISION DE DELITOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**. Para establecer si se puede o no imputar algún delito a la persona jurídica colectiva.
- b) Que se realizaron las adiciones y modificaciones, especialmente en lo que se refiere al capítulo seis subtítulo planteamiento del problema, por lo establecido en ese artículo podría ser declarado inconstitucional ya que al imponer una sanción a la persona jurídica colectiva se estaría violentando principios doctrinarios y derechos de terceros que al momento de la comisión del hecho delictivo no tuvieron ninguna relación con él.

- c) Que el presente trabajo constituye un valioso auxiliar para los estudiantes del curso de Derecho Penal II, enfocando que solo algunas personas jurídicas pueden ser objeto de imputación e imposición de una pena.
- d) Que el trabajo de tesis que he revisado quedó contenido en seis capítulos, cuyo contenido se obtuvo utilizando el método inductivo como técnica científica, bibliografía variada y amplia, comparación y análisis de la legislación nacional e internacional que sirvieron de base al estudio jurídico comparativo del tema, el cual queda debidamente estructurado.
- e) Que al revisar la presente investigación, hice especial énfasis en la correcta redacción y ortografía de la misma, además de haber comprobado que las conclusiones y recomendaciones realizadas constituyen supuestos válidos para reformar la legislación vigente.
- f) En virtud de lo anterior informo que la presente investigación reúne los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público emitiendo **DICTAMEN FAVORABLE** y señalo que es procedente que el mencionado trabajo continúe con el trámite respectivo.



Con muestras de respeto al Señor Jefe de esta Unidad.

Atentamente,

Lic. Efraín Antonio Ruiz Barrientos
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Efraín Antonio Ruiz Barrientos.

Abogado y Notario

Col. No. 4842



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de febrero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CESAR DANILO MONROY GALINDO, Titulado IMPUTACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA EN LA COMISIÓN DE DELITOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS:

Quien en todo momento me ha guiado, me ha dado sabiduría y ha permitido que alcance mis objetivos, ya que todo lo que se obtiene es por su voluntad.

A MI MADRE:

Blanca Elisa Galindo de Monroy quien con su esfuerzo me apoyó incondicionalmente y sin su ayuda y enseñanza no habría tenido todas las posibilidades, ni hubiera seguido el camino correcto para conseguir este objetivo. Este éxito también es suyo.

A MI PADRE Y ABUELAS:

César Augusto Monroy Salan, Elisa Galindo, Angelina Salan Vela, que en paz descansen. Gracias por su apoyo.

A MI FAMILIA:

Especialmente a Edwin Oswaldo, Rosa María Monroy Galindo, a mi cuñada Luvia Lisset Juárez de Monroy; quienes al igual que mi madre compartieron conmigo alegrías y tristezas de mi vida; gracias, por su apoyo y comprensión para entender lo importante que para mí es alcanzar esta meta, la cual deseo que sea beneficio para cada uno de ustedes.

A LOS LICENCIADOS:

Adrián Jacobo Álvarez Marroquín, quien aparte de asesorarme y guiar me en la realización de mi tesis siempre compartió sus conocimientos y me ayudo como un amigo; Enio Enrique Ríos, quien me apoyo desprendidamente para salir adelante en mis estudios; Efraín Ruiz Barrientos quien tuvo a bien revisar mi tesis.

**A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA:**

Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, porque en sus aulas he obtenido infinidad de conocimientos que ahora me permiten convertirme en un profesional.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1 Evolución histórica del concepto jurídico de persona.....	1
1.1. Concepto de persona y status para ser considerado persona.....	1
1.2. La persona jurídica combinada.....	3
1.3. Concepto moderno de persona jurídica.....	6
1.4. Concepto jurídico y clasificación de persona jurídica en la doctrina moderna.....	6
1.5. Principales teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica.....	7

CAPÍTULO II

2. Orientaciones modernas de la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas.....	15
2.1. Teoría de la responsabilidad penal (concepción genérica).....	17
2.2. Doctrinas eclécticas.....	21
2.3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas.....	25
2.4. Antecedentes y posición actual.....	27
2.5. Posturas con relación a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas colectivas en el derecho histórico.....	31
2.6. Doctrinas eclécticas.....	35

CAPÍTULO III

3. Del delito.....	37
3.1. Naturaleza del delito.....	37
3.2. Definición de delito.....	37
3.3. Niveles analíticos de la teoría del delito.....	40

	Pág.
3.4. La imputabilidad en el delito.....	40
3.5. La culpabilidad.....	46
3.6. Naturaleza de la culpabilidad.....	48
3.7. Concepción sintomática del delito.....	50
3.8. Formas de culpabilidad.....	52
3.9. La punibilidad en el delito.....	53
3.10. La punibilidad como elemento del delito.....	55
3.11. La punibilidad en las personas jurídicas colectivas.....	56

CAPÍTULO IV

4. La autoría y participación.....	61
4.1. Concepto de autor.....	62
4.2. Delimitación del concepto ontológico de autor.....	64
4.3. La autoría mediata.....	67
4.4. Coautoría.....	70
4.5. La participación.....	72
4.6. Formas de participación.....	74

CAPÍTULO V

5. Análisis de la legislación guatemalteca con relación al delito de lavado de dinero u otros activos.....	79
5.1. Análisis de las normas y principios en la ley contra el lavado de dinero u otros activos.....	79
5.2. Fundamentos para la persecución del delito de lavado de dinero u otros activos.....	80
5.3. Planteamiento del problema.....	83
5.4. Desglosamiento y análisis del Artículo 5 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos.....	83
5.5. Conclusión del estudio y análisis del tema tratado.....	91

CAPÍTULO VI

Pág.

6. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas.....	97
6.1. Planteamiento del problema.....	97
6.2.Responsabilidad de la persona jurídica colectiva.....	99
6.3 Órganos individuales y colectivos para el control del delito de lavado de dinero u otros activos.....	104
6.4.Derecho comparado.....	111
6.5.Aplicación de administración de justicia en el delito de Lavado de Dinero u otros Activos a la persona jurídica colectiva en las repúblicas de Centro América.....	112
CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119

INTRODUCCIÓN

Entre los estudiosos del derecho han surgido ciertas discrepancias en cuanto si a la persona jurídica colectiva se le puede imputar un acto delictivo y ser objeto de una sanción, este trabajo aborda el estudio de la problemática que presenta la actividad penal del estado de Guatemala, en el delito de lavado de dinero, regulado en el Artículo cinco del Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, (Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos) en el cual se le imputa un delito a la persona jurídica colectiva como si ella lo hubiere cometido. Resulta de importancia establecer si se podrá atribuírsele responsabilidad penal a la persona jurídica colectiva, por hechos cometidos por sus directivos o administradores, tal como lo establece el artículo citado.

En virtud de lo anterior se trata de establecer si se puede imputarle responsabilidad penal a la persona jurídica colectiva, por hechos cometidos por sus directivos o administradores, como sucede en el delito tipificado en el Artículo cinco de la Ley contra Lavado de Dinero u otros Activos.

Los objetivos de la presente investigación son: Determinar si es posible atribuir a la persona jurídica colectiva una acción u omisión que de origen a un delito, aun por lo establecido en el Artículo 38 del Código Penal vigente; determinar la forma de imputación a la persona jurídica colectiva como sujeto activo del delito, además establecer si las sanciones a imponer son de carácter penal, administrativo o civil, comprobar si es posible perseguir y sancionar a un ente jurídico colectivo, en los delitos cometidos por sus órganos, además se determinará el contenido de la norma en cuestión, realizando un análisis jurídico de ella, y así presentar propuesta de reforma a la misma.

Se analiza la aplicación de la Corriente Moderna y como afectaría si no se realiza, en cuanto a la imputación a la persona jurídica colectiva.

El presente trabajo ha quedado contenido en seis capítulos que comprende: Capítulo I se señala la evolución histórica y las principales teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica colectiva; capítulo II se desarrolla lo relativo a las orientaciones modernas de la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas; capítulo III se define y se explica la naturaleza del delito, la imputabilidad, la culpabilidad y punibilidad; capítulo IV se definen y se explica la naturaleza de la autoría y participación; capítulo V se estudia la legislación guatemalteca con relación al delito de lavado de dinero u otros activos; capítulo VI breve análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas.

Para realizar la presente investigación se ha utilizado el método inductivo, que permitió partir de las propiedades singulares para llegar a las propiedades generales; y el método deductivo que ayudo a partir de lo general hacia las características singulares de los fenómenos; con los cuales se analizó las particularidades de los Artículos cuatro y cinco del Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, (Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos) y el Artículo 38 del Decreto Número 17-73 (Código Penal) dejando claro que a la persona jurídica colectiva, no se le puede imputar y sancionar penalmente, por lo establecido legal y doctrinariamente.

Entre las técnicas empleadas se utilizó fichas de trabajo, que permitieron ir reuniendo los datos obtenidos a través de libros de texto y de entrevistas con diversos catedráticos universitarios y otros profesionales del derecho, además de ir ordenando toda la información recopilada; y la presente investigación se realizó en el orden señalado en los capítulos que la misma contiene, buscando ante todo aportar al mínimo que sirva en lo sucesivo para el enriquecimiento académico de los estudiosos del derecho.

CAPÍTULO I

1. Evolución histórica del concepto jurídico de persona

1.1. Concepto de persona y status para ser considerado persona

El concepto de persona jurídica, no es algo que haya surgido repentinamente, que haya sido producto espontáneo de la mente humana. El concepto de persona jurídica, es el que se le dio “al sujeto individual o colectivo haciéndolo capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones durante el transcurso de la evolución de la sociedad”.¹

Según mi criterio, a nivel general, persona jurídica es el sujeto individual o sujeto colectivo integrado por dos o mas personas individuales que pueden obtener derechos y contraer deberes.

Derecho romano, el concepto que se tenía de persona no era el que actualmente se encuentra en vigencia, ya que si bien es cierto que en aquel tiempo la persona se podía definir (como se hace en el derecho moderno) así: Todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. También lo es que para tener una personalidad completa, se necesitaba reunir tres elementos que en ese entonces se denominaba status

¹ Zenteno Barillas, Julio César. **La persona jurídica**. Pág. 1.

Dichos status, se resumen de la siguiente forma:

- a. Status libertatis que consistía fundamentalmente en que la persona debería ser libre y no esclavo;
- b. Status civitatis comprendía este el hecho de la nacionalidad, es decir, que además del status libertatis, para tener la condición de persona requería ser ciudadano romano, y no latino o peregrino;
- c. Status familiae era el tercer requisito que se exigía y el cual consistía en el hecho de ser jefe de familia y no estar bajo ninguna potestad.

Por lo tanto el individuo que gozaba de libertad, era reconocido como ciudadano romano y jefe de familia, ante el derecho romano adquiría el atributo de persona. En sentido contrario no se consideraban personas: los esclavos, el latino o peregrino y el que se encontraba bajo patria potestad.

En el derecho romano con el termino caput, se resumía el conjunto de elementos que conformaban la personalidad jurídica. Y ante la posibilidad de que en cualquier momento se perdiera un status, también se perdía la personalidad. A ese acontecimiento, consistente en la pérdida de la personalidad, se le denominó *diminutio capitis*.

1.2. La persona jurídica combinada

El derecho romano también reconoció capacidad jurídica a otros entes, tales como: El estado, los municipios, las colonias, gremios de ciertos oficios, las ciudades, las asociaciones y otras.

Todas esas asociaciones o entidades no fueron agrupadas bajo una sola denominación que las abarcara a todas, así como no dieron una sola definición de ellas. Sin embargo se puede afirmar que consideraron como personas jurídicas a las asociaciones o instituciones que perseguían fines de utilidad colectiva y a las cuales la ley les reconocía capacidad jurídica.

Históricamente está registrado que en un principio los romanos reconocieron y regularon empíricamente tipos singulares y concretos de personas jurídicas, en los que a su juicio existía clara distinción entre los fines colectivos y la suma de los intereses individuales. Es necesario resaltar que los jurisconsultos romanos, no hicieron clasificación general de las personas jurídicas. Sin embargo, los comentarios actualmente señalan dos tipos de personas jurídicas:

- a. Las corporaciones o asociaciones que esencialmente estaban constituidas por una colectividad de personas. Se les llamaba *universitates personarum*.

b. Las fundaciones cuyo elemento básico era ser una masa de bienes destinados a un determinado fin. Se le llamaba universitates rerum.

Por deducción lógica se arriba a la conclusión de que los jurisperitos romanos reconocieron como principales personas jurídicas de tipo corporativo o asociación (universitates personarum), a las siguientes:

El estado, para los romanos, la soberanía es la característica que separa al estado de las demás personas, como son las personas jurídicas de carácter individual.

Dicha característica aparecía tan patente, que la actividad patrimonial del estado nunca fue equiparada a la de otras personas jurídicas colectivas, conservando dicha actividad su carácter político administrativo, por lo que la distinción que actualmente hace la doctrina moderna entre la actuación del estado como soberano, regulada por el derecho publico y su actividad como simple persona jurídica titular de derechos patrimoniales, no se delinea en el derecho romano.

La personalidad del estado, aparece mas claramente en el aspecto económico, ya que es en el tesoro público donde repercute los actos de venta, compra, arrendamiento aceptación de herencia y otros llevados a cabo por el estado.

Civitates, es una organización análoga y de configuración similar a la del estado como persona jurídica. Estaba constituida por las providencias que se regían muchas veces

por estatutos escritos. La extensión de su capacidad jurídica en el orden patrimonial sufrió problemas, por ejemplo en sus facultades para recibir legados y fideicomisos.

Corporaciones privadas y voluntarias (colegios sacerdotales), para la existencia de estas personas jurídicas se requería la reunión de por lo menos tres individuos para formarlas, pero una vez constituidas podían continuar con un solo individuo; además necesitaban un fin lícito y contar con sus propios estatutos.

Para la existencia lícita de la asociación, manifestada en el reconocimiento de su propio nombre, Roma exigió la autorización del estado, el cual decidía sobre la moralidad o legalidad del fin que la asociación se proponía. En su organización se marca una cierta analogía con las corporaciones públicas.

En cuanto a su capacidad jurídica, su extensión es análoga a la de las civitates. Tenían además la facultad de licenciar esclavos, es decir que podían otorgar la libertad a los mismos.

La disolución tenía lugar por muerte de todos los miembros o renuncia de su condición de tales, por realización del fin o por decisión de la autoridad.

1.3. Concepto moderno de persona jurídica

Actualmente, la categoría de persona jurídica, se ha convertido en un concepto jurídico fundamental para poder estudiar y comprender el Derecho, este concepto, abandono el campo del derecho Civil y ahora se extiende a todas las ramas del Derecho: Constitucional, Penal, Civil, Laboral, Mercantil, Notarial, Administrativo, etc.

Persona jurídica es un concepto jurídico fundamental, porque está presente en todas las manifestaciones del derecho; incluye tanto a los seres humanos individualmente hablando, como ha determinadas agrupaciones y asociaciones de personas, a las que el derecho reconoce como sujetos del derecho, con personalidad jurídica y por ende con capacidad para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos.

1.4. Concepto jurídico y clasificación de persona jurídica en la doctrina moderna

La doctrina española sostiene que persona es: El ser investido de poder jurídico que generalmente actúa por si o por medio de otro. Sin embargo la doctrina más aceptada en la actualidad es la que sostiene que todo sujeto de derecho será persona, considerándose como persona, todo ser capaz de derechos y obligaciones. Para que pueda adquirir derechos atributos y obligaciones, se necesita que tenga una investidura para proyectar y recibir los efectos jurídicos, dicha investidura recibe el nombre de Personalidad, o lo que es lo mismo que toda persona debe tener personalidad. La personalidad consiste en la condición que el derecho exige y confiere para poder tomar

parte del mundo jurídico, es la investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de las relaciones jurídicas. Se es persona si se tiene personalidad. Sobre la base de lo anterior existen movimientos doctrinarios que dividen a la persona en: a) personas físicas o individuales; b) personas jurídicas, sociales, morales, colectivas o abstractas, considerando es más adecuado llamarle persona jurídica colectiva por cuanto que al referirse a persona jurídica se hará referencia al ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones jurídicas y su naturaleza individual o colectiva nos permite diferenciarlas claramente; y c) agrega que cuando se refiere a éste ser se está abarcando no solo al que tiene una realidad psicológica, sino que también al ser que le corresponde una realidad pensada, al que no tiene existencia material perceptible por los sentidos, sino que existen en las ideas, decisiones y actividades de los hombres. Como el tema principal de esta investigación se refiere a las personas jurídicas colectivas el tratadista Gastoso y Acosta, la define así: “Las personas sociales, morales o jurídicas, son aquellos seres abstractos o de razón, formados por una colectividad de personas, o un conjunto de bienes que tienen por objeto realizar un fin humano y legítimo y son capaces de derechos y obligaciones.”²

1.5. Principales teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica colectiva

Aceptado universalmente el principio de que la personalidad jurídica es inherente al hombre como tal, surge para los juristas el problema de explicar y fundamentar la razón o el motivo para que se le dote de personalidad a los entes colectivos.

² **Ibid**, Pág. 23

Sobre este problema, se han enunciado muchas teorías, como: de la ficción, de la realidad, de los derechos sin sujeto, la organicista, del patrimonio colectivo, de la unidad de un conjunto de normas, las explicaciones normativas, etc.

Por la naturaleza del presente trabajo, únicamente abordare las tres teorías mas citadas tanto a nivel del derecho interno, como derecho internacional.

a. Teoría de la ficción legal: Es sostenida esta teoría por varios representantes de la escuela de historia, siendo sus mas destacados exponentes: Federico Carlos Savigny y Rodolfo Ihering.

Esta teoría sostiene que, solo el ser humano individualmente hablando, tiene capacidad de derecho, en virtud de su facultad de razonar y de reflexionar; en consecuencia, la personalidad jurídica de las personas jurídicas colectivas, constituye una mera ficción o invención del legislador, ya que tales entes carecen de facultades para razonar y reflexionar. No obstante ello, el derecho les da vida, confiriéndoles personalidad jurídica por razones de interés social, político y económico.

Savigny afirma que esta ficción, “se refiere únicamente a los entes colectivos del derecho privado, tal es el caso de las fundaciones o asociaciones que tienen una

existencia artificial o contingente y no vivirían sino por la voluntad de los individuos. El referido autor, justifica esa ficción por la existencia de un patrimonio y su fin”.³

El mismo autor, acepta que existen otros entes colectivos que tienen existencia natural o necesaria, como las ciudades y las comunidades anteriores en su mayor parte el estado, siendo innegable -afirma- en este caso, su existencia.

Esta teoría fundamenta su criterio de ficción en el hecho de que para que una asociación de hombres tenga personalidad jurídica, no basta con el acuerdo y la voluntad de sus miembros, sino que es necesario el reconocimiento o autorización del estado.

En el campo del derecho internacional privado, la teoría de la Ficción considera que una persona jurídica colectiva, no tiene existencia jurídica fuera del país donde ha sido creada, es decir, carece de personalidad más allá de los límites del estado donde se constituyó, pues siendo que es una creación del legislador, este no puede darle una existencia universal, sino únicamente local; solo puede tener existencia en el extranjero, si obtiene el reconocimiento, concesión o nueva creación del estado extranjero donde va a actuar. Entre los defensores de esta posición están los autores: Laurent, Rolin, Westlake, Fiore y Weiss.

³ **Ibid**, Pág. 24.

- b. Teoría de la realidad: Esta teoría es producto de la labor intelectual de varios tratadistas y surge como contrapartida del individualismo sostenido por la teoría de la Ficción y la influencia y estudio del fenómeno social dentro del campo del derecho.

Para esta teoría, la persona jurídica colectiva, no es una ficción, sino un fenómeno objetivo, una realidad, es la manifestación de una de las facultades más esenciales del hombre como la es la de asociarse; de ahí que el derecho lo único que hace, sea reconocer su existencia y su calidad de sujeto del derecho.

El autor Valery, nos dice: “La personalidad moral (de la persona jurídica colectiva) no es obra del legislador sino el producto de la combinación de ciertos y determinados elementos: Aparece un ser nuevo dotado de propiedades que no pertenecen a estos diversos elementos considerados aisladamente. Si la ley interviene en la formación de las personas morales, no es para hacerlas nacer, sino únicamente para constatar su nacimiento y para determinar cual será su estado.”⁴

Dentro del campo del derecho internacional privado, la teoría de la Realidad, considera que la persona jurídica colectiva, tiene vida internacional, es decir que tiene existencia fuera del país donde ha sido creada, extendiendo en otro territorio su actividad y por ende realizar actos sin temor de ver su capacidad jurídica desconocida, no teniendo mas limitaciones, que el orden publico y las buenas

⁴ **Ibid**, Pág. 26.

costumbres de otro estado. Entre los tratadistas que comparten esta teoría, podemos mencionar a: Víctor Romero del Prado, Pillet, Despagnet, Surville y Arthuys, Malagarriga.

- c. Teoría de los derechos sin sujeto: Esta tesis fue formulada por Windscheid, quien afirma que los derechos de la personalidad no tienen sujeto, en el sentido humano de la expresión. En este sentido se pronuncia Brinz, quien sostiene que la persona jurídica es un fantasma, y que lo único que hay es un patrimonio que no pertenece a alguien, sino a algo. Siendo ese algo, el fin, ya que la realización de un fin puede exigir la afectación de un patrimonio. En otras palabras en las personas jurídicas no hay sujeto, sino un conjunto de bienes, destinados a un fin. Los derechos y obligaciones de estas personas no son obligaciones y derechos de un sujeto, sino del patrimonio; y los actos realizados por los órganos no valen como actos de una persona jurídica colectiva, sino como actos que los órganos ejecutan en representación del fin a que el patrimonio se encuentra consagrado.

La crítica que se le hace a esta teoría es la siguiente: Que no pueden existir derechos sin sujeto. Hablar de derechos sin titular es contradictorio, toda vez que el concepto de deber se encuentra ligado inseparablemente al concepto de persona;

Existen personas jurídicas colectivas que carecen de patrimonio, sin dejar por ello de ser sujetos de derecho.

d. Tesis de Francisco Ferrara: Sostiene que las asociaciones humanas deben ser consideradas como sujetos de derecho, ya sea que se trate de colectividades puramente naturales o de sociedades establecidas voluntariamente para el logro de tales o cuales fines. Estas agrupaciones de individuos son, incuestionablemente, realidades y pueden tener derechos y obligaciones distintos de las obligaciones y derechos de sus miembros; pero ello no significa que posean una realidad independiente, un alma colectiva diversa de las de los individuos que a ellas pertenecen.

Francisco Ferrara define las personas jurídicas como: “Asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho.”⁵

La definición anterior contiene los elementos siguientes:

1. Una asociación de hombres
2. Fin a cuyo logro se encuentran destinadas y
3. El reconocimiento.

e. La persona jurídica colectiva en la legislación guatemalteca, del análisis de la legislación guatemalteca (Artículos 15 al 31, 1728 y 1729 del Código Civil, 14, 221, 352 al 355 del Código de Comercio, 206, 210, 216, 217 y 218 del Código de Trabajo, cuatro y 13 del Código Municipal y 31 al 35 del Código de Derecho

⁵ García Maymez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** Pág. 290

Internacional Privado) referente a la persona jurídica colectiva, se puede afirmar que nuestra legislación vigente, acepta la teoría de la realidad, tanto a nivel del derecho interno, como a nivel del derecho internacional, donde se evidencia con mas claridad esta posición doctrinaria. A manera de aclaración se debe apuntar que en nuestra legislación la persona jurídica colectiva, tiene la denominación únicamente de persona jurídica, lo cual es inadecuado, por cuanto que la persona individual también es persona jurídica, ya que ambas están inmersas dentro del campo de lo jurídico.

A nivel del derecho internacional publico, y en los tratados internacionales suscritos por parte de Guatemala, (se citan algunos: Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU), Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Se evidencia que la doctrina y la comunidad internacional, se inclinan a favor de la teoría de la Realidad en cuanto a la existencia de los estados, al afirmar que la existencia política de los estados, es independiente de su reconocimiento por los demás estados.

CAPÍTULO II

2. Orientaciones modernas de la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas

Como se pudo establecer anteriormente, la doctrina y el derecho reconocen la existencia y calidad de sujeto de derechos y obligaciones al ente jurídico colectivo, a través de una investidura que es la personalidad moral (de la persona jurídica colectiva) producto de la combinación de ciertos y determinados elementos. Apareciendo así un ser nuevo dotado de propiedades distintas de las obligaciones y derechos de sus miembros; pero ello no significa que posean una realidad independiente, un alma colectiva diversa de las de los individuos a que ellas pertenecen.

El objeto de la investigación, es determinar si procede imputar a la persona jurídica colectiva alguna clase de responsabilidad penal, por tener la atribución de un sujeto de derechos y obligaciones independiente de los individuos que la integran.

La corriente doctrinal moderna, se orienta generalmente en el sentido de mantener el principio negativo de la responsabilidad, considerando que admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, sería tanto como atacar el dogma de la personalidad de la pena, pero, el estado reconoce el derecho de defenderse de los delitos que puedan cometer las personas jurídicas o entes colectivos, y se autoriza la imposición no de penas, sino de medidas de seguridad. Las legislaciones modernas aceptan por lo general, este sistema, pues su mayoría adoptan el principio de la responsabilidad

individual, pero en sus leyes especiales consignan medidas de seguridad o de defensa. Sin duda la corriente actual se apega a las conclusiones que sobre el tema, adoptado en el segundo congreso internacional de Derecho Penal, realizado en Bucarest, y que dice así: “Comprobado el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellas representan una fuerza social considerable en la vida moderna; considerando que el orden legal de toda sociedad puede ser gravemente perturbado cuando las actividades de las personas jurídicas colectivas constituyan una violación de la ley penal, resuelve: 1) Que deben establecerse en el Derecho Penal interno medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelvan también su responsabilidad; 2) Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas colectivas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración o en la dirección de los intereses de la persona jurídica, o que hayan cometido la infracción valiéndose de los medios proporcionados por la misma persona jurídica. Esta responsabilidad individual podrá ser, según los casos, agravada o reducida”.⁶

La legislación guatemalteca penal vigente en el Artículo 38, haciendo reserva indiscutiblemente a las anteriores conclusiones y a otras legislaciones, como la de los Estados Unidos de América, México, Cuba, Holanda y Yugoslavia, acepta la

⁶ De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 216.

responsabilidad individual de sus miembros, al responsabilizar de los delitos que puedan cometer, sus directores, administradores, funcionarios o empleados que hubieren participado en el hecho y sin cuya participación no se hubiese podido cometer el delito. Tal postura es la más recomendable, pues ni se viola el principio fundamental de la personalidad de la pena, ni se actúa injustamente penando a los que no participaron en el hecho delictivo y ante todo, se protege a la sociedad de los posibles ilícitos penales que puedan cometer las personas jurídicas que hoy día tanta relevancia ha cobrado en nuestro medio; en definitiva, se acepta la participación de los entes colectivos como sujetos activos del delito.

2.1. Teoría de la responsabilidad penal (concepción genérica)

Según el autor español Federico Puig Peña, la responsabilidad es el “deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado. En tal virtud la responsabilidad no debe confundirse con la imputabilidad, ya que esta es una expresión jurídica que denota una propiedad o condición del hombre, en consecuencia a las personas jurídicas colectivas pueden serle atribuidos los actos que realiza y las consecuencias naturales de los mismos.”⁷

Mientras que la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad es una realidad. A excepción de: El menor de edad, y de quien en el momento de la acción u omisión, posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o

⁷ Puig Peña, Federico. **Derecho penal**. Pág. 278

de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente. Todas las personas son imputables, pero solo son responsables cuando, habiendo ejecutado un acto, estén obligados a dar cuenta de él. Asimismo la responsabilidad no debe confundirse con la culpabilidad, ya que esta es un elemento esencial de la responsabilidad. Según la doctrina alemana, que es generalmente sostenida hoy, la culpabilidad no es solo el nexo psíquico entre el autor y el acto, como lo sostenía la doctrina clásica, sino que trata de un juicio por el que se afirma que una conducta antijurídica es reprochable a una persona a consecuencia de determinados hechos objetivamente existentes.

Definitivamente la culpabilidad se refiere a una determinada situación de hecho psicológica, pero valorizada normativamente. La culpabilidad, es la declaración de que un individuo, responsable de sus actos, debe merecer una sanción.

A criterio personal es muy importante tratar el tema de la responsabilidad penal, porque esta constituye el efecto de una acción de dolo o culpa que se le va a atribuir a determinada persona.

En un afán ilustrativo se transcriben varios conceptos vertidos por tratadistas internacionales referentes a la responsabilidad penal:

“Un determinado estado subjetivo del individuo aunque resultante del concurso de requisitos comunes y propios de la culpabilidad por el cual afirmarse de la capacidad del sujeto para asumir las consecuencias jurídico penales que acarrea el hecho delictivo.”⁸

“Se le aneja a un acto u comisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable y carente de excusa absoluta. Se traduce en la aplicación de una pena: privativa de libertad, pecuniaria, limitadora de derechos, de índole moral, contra la vida misma y de otras clases.”⁹

“La que se concreta en la aplicación de una pena, por acción u omisión (dolosa o culposa) del autor u otra, es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad prohibida de voluntariedad presunta (demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor o inductor y el resultado) y de orden publico.”¹⁰

Teorías sobre la responsabilidad penal, largo tiempo domino en el Derecho Penal, sin oposición alguna, la doctrina que fundamentaba la imputabilidad y la responsabilidad penal en el libre albedrío, pero en los últimos siglos la evolución filosófica dio a luz doctrinas contrarias a las creencias libero-arbitristas.

⁸ Ramírez Gronda, Juan D. **Diccionario jurídico**, Pág. 252.

⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 577.

¹⁰ **Ibid**, Pág. 579

Entre las numerosas teorías propuestas para resolver el problema básico de la imputabilidad y la responsabilidad penal, encontramos las siguientes:

Teoría de la responsabilidad penal basada en el libre albedrío (Escuela Clásica)

Según esta teoría la responsabilidad penal de la persona, es consecuencia de su responsabilidad moral. Poniendo como ejemplo el individuo que no se ha determinado libremente, que desconoce el alcance moral del hecho que ha ejecutado, que ha obedecido a un impulso al que no ha podido reaccionar, no puede ser declarado responsable.

Para que un individuo sea imputable y responsable de sus actos la Escuela Clásica, señala que deben ocurrir las siguientes condiciones: a) Que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos; b) Que goce de la libertad de su voluntad, de su libre capacidad, es decir, de la facultad de poder escoger entre diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinarse libremente mediante la potencia de su voluntad. “Solo cuando concurren estas dos condiciones puede un individuo ser declarado responsable y culpable, pues ha querido el delito y lo ha ejecutado libremente cuando hubiera podido y debido abstenerse de ejecutarlo.”¹¹

¹¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 404.

Concluyendo, esta escuela basa la responsabilidad penal en el libre albedrío, o sea, en el señorío de la voluntad del hombre de manifestarse en el sentido que quiera, y en consonancia con el discernimiento.

Teoría de la responsabilidad social (Escuela Positivista), esta escuela cambia el viejo criterio de la Escuela Clásica de la responsabilidad moral, por el de responsabilidad social, negando rotundamente la existencia del libre albedrío. Es así como sostiene que el hombre es responsable no porque haya obrado mas o menos libremente, sino porque vive en sociedad, y si recibe las ventajas de esta, es justo que asimismo sufra las restricciones necesarias para la seguridad de la misma.

Consideran que el fundamento de la Escuela Clásica del libre albedrío, es peligroso y sostiene que el principio de la defensa social debe ser la aspiración de toda la legislación punitiva. Es suficiente que exista un hecho atentatorio en contra de la sociedad, para que esta tenga, no, solo el derecho, sino también el deber de defenderse. De tal manera que no interesa quien ha sido el que lo ha realizado, pues todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable, cualquiera sean las condiciones en las que haya cometido el hecho.

2.2. Doctrinas Eclécticas

Entre los sistemas extremos, del libre albedrío y determinismo, se han formulado, las doctrinas intermedias que sin partir de bases puramente metafísicas, no llegan al

determinismo radical absoluto de la Escuela Positiva. Entre estas doctrinas encontramos:

- a. Doctrina de la normalidad: Desarrollada por Von Liszt, en Alemania. Sostiene que la responsabilidad es la facultad de obrar normalmente, así todo hombre espiritualmente maduro y sano con conciencia no perturbada es imputable. La imputabilidad equivale a la capacidad de determinarse de una manera normal.
- b. Doctrina de la intimidación: Según esta doctrina que es sostenida por Bernardino Alimena, la responsabilidad penal descansa no solo en la responsabilidad social, sino también en la capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejercita mediante la pena. Es decir, que la base de la misma es la intimidabilidad, criterio compartido por autores modernos como Impallo Meni, y Vannini.
- c. Teoría de la identidad personal o semejanza social: Formulada por Gabriel Tarde, sostiene que para la existencia de la responsabilidad penal, son condiciones indispensables, las siguientes: 1) La identidad personal del delincuente consigo mismo antes y después del delito; 2) Su semejanza social con los individuos con quienes vive y por quienes ha de ser penado. La primera condición supone que el delincuente sea el mismo. Si un loco (enajenado) es irresponsable, es precisamente porque no es el mismo. La segunda supone un cierto fondo de parecido necesario entre los individuos, para que sean responsables los unos frente a los otros; es decir, es preciso que el autor y la víctima sean compatriotas sociales, en mayor o

menor medida; que presenten un número suficiente de semejanzas de origen social. “Si el loco es irresponsable, es porque se ha dissociado de los demás. De ello se infiere que la defensa social contra los criminales debe dirigirse a reconciliarlos con la sociedad, asimilándolos en su seno.”¹² Como se puede apreciar esta doctrina tiene un gran parecido con la doctrina de la normalidad de Liszt, por lo que se le hace a ambas la siguiente crítica, que es materialmente imposible encontrar un hombre que sea completamente normal, pues el número de gentes que no son del todo normal es infinito.

d. Teoría de la libertad relativa: Esta doctrina sostenida por Prins, “se fundamenta en que en todo ser humano hay un elemento de libertad; la posibilidad de querer y de escoger, entre varios motivos y un elemento de necesidad, la huella que dejan en su carácter los influjos de familia, de raza, de medio, de época, etcétera, todo lo cual determina la dirección de su elección”.¹³

e. Teoría psicoanalítica esta doctrina distingue los siguientes factores: El yo (que lo constituye la parte conciente de la personalidad) el Súper Yo (que lo constituye la conciencia moral y social que depende del ambiente en que vive el hombre), y el Ello (que lo constituye el inconsciente). Los factores antes aludidos intervienen en el delito de diversa manera. Pudiéndose responsabilizar a una persona en cuanto el conciente de su personalidad, es decir, el yo, haya participado en la acción criminal.

¹² Puig Peña, **Ob. Cit**; Pág. 284.

¹³ **Ibid.** Pág. 285.

Esta doctrina psicoanalítica es sumamente sugestiva, pero en la actualidad es firmemente criticada, toda vez que la concepción unitaria y totalitaria de la personalidad humana es una verdad que desconoce dicha doctrina, la cual es sostenida en Alemania entre otros autores por Alexander y Staud.

- f. Teoría de la peligrosidad: Esta teoría surgió en el afán de superar la discusión del libre albedrío y determinismo, y sostiene que la responsabilidad penal hay que declararla única y exclusivamente sobre la base de la peligrosidad del delincuente.

En la peligrosidad se distingue, la que surge con ocasión de un delito y la peligrosidad sin delito. La peligrosidad con ocasión de delito es la que cae, en la orbita propia del Derecho Penal, y a la cual llama Eugenio Calón, “peligrosidad criminal. La peligrosidad sin delito, es la que se refiere a la llamada mala vida, en la cual están incluidas las prostitutas, los vagos, rufianes, proxenetas, anormales, peligrosos en general, etcétera”.¹⁴ Esta peligrosidad podrá interesar como profilaxis social y requiere medidas de tipo preventivo. Es llamada por el citado autor, peligrosidad social.

No es cierto como lo sostiene esta teoría, que la responsabilidad penal, se declare exclusivamente sobre la base de la peligrosidad del delincuente, toda vez que la peligrosidad debe apreciarse como base para la aplicación de las medidas de seguridad y aún, como uno de los elementos para la determinación de la pena,

¹⁴ Monzón Matta, Marco Tulio. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal vigente.** Pág. 21

únicamente en esos aspectos, pero nunca considerarla como el único fundamento de la misma, ya que en este caso sería, como dice el autor Sebastián Soler, llegar a la anulación del Derecho Penal, en esencia jurídica.

- g. Teoría de la voluntariedad: Esta teoría asienta las verdaderas bases de la responsabilidad, la mayoría de tratadistas en la actualidad coinciden en que no tiene de objeto seguir la discusión sobre la cuestión del libre albedrío y el determinismo, que esta controversia pertenecerá al campo de la moral, o si se quiere a la religión, pero que en modo alguno a un Derecho de realidades tangibles como es el Derecho Penal.

Según esta doctrina no hay porqué discutir sobre si la voluntad humana actúa libremente o, por el contrario, esta determinada. Basta con que actúe, es decir, que intervenga en el acto el hombre. Solo a él, se le podrá declarar culpable de sus actos cuando los haya realizado con su voluntad consciente. Es decir, con conocimiento del hecho que realiza y con conocimiento de lo que está ejecutando. Suficiente es, entonces, que la acción o la omisión sea voluntaria, es decir, proveniente de la voluntad libre cohibida del agente.

2.3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas

Como se determinó anteriormente, la persona jurídica colectiva es un sujeto independiente, que goza de derechos y obligaciones, distintos de las obligaciones y

derechos de sus miembros individualmente considerados, pero eso no significa que posea una realidad independiente, ya que el ente colectivo carece de las facultades de discernimiento y decisión, características que solo poseen sus miembros (los humanos), es lo que hace depender de la voluntad de los órganos que la integran, siendo la falta de una de esas características es la que la hace inimputable y libre de responsabilidad, de cualquier acto ilícito cometido por alguno de sus órganos. Este razonamiento es con fundamento en lo anteriormente expuesto y en lo siguiente:

a. Principios informadores del derecho penal

a.1. Principio de intervención mínima: Este principio impide en un estado democrático la expansión del Derecho Penal, debiendo quedar este reducido a su mínima expresión y no extendiéndose con la imposición de sanciones.

a.2. Responsabilidad por los hechos: El principio de intervención mínima, obliga al estado a sólo perseguir aquellas acciones concretas que impidan la convivencia social. Por ello, solo se juzgara a las personas naturales por acciones concretas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos.

a.3. Principio de culpabilidad: Una de las finalidades del Derecho Penal es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibidas, debido a que afectan gravemente la convivencia social. Se espera que de esta forma la persona individual respete esta normativa y sepa que si la incumple será sancionada. El

Derecho Penal motiva a la persona individual para que evite ciertos comportamientos perjudiciales.

a.4. Principio de personalidad de la pena. El principio de personalidad de las penas impide castigar a alguien por hechos ajenos. Hoy en día ya nadie puede admitir la imposición de sanciones por hechos cometidos por algún otro.

a.5. La exigencia de dolo o imprudencia. No puede existir un delito si no hay dolo o imprudencia en su autor. Ello quiere decir que no basta que se produzca un resultado lesivo o que se realice un comportamiento peligroso. Para que haya delito, el autor debe haber querido el resultado, o al menos, haberlo producido por no haber puesto el debido cuidado.

a.6. La Exigencia de comprensión de ilicitud. Para que una persona sea culpable, es necesario que conozca que la conducta que va a realizar es prohibida y que pueda respetar dicha prohibición.

2.4. Antecedentes y posición actual

Anteriormente, muchas legislaciones 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 otras causas como las creencias religiosas o bien el propósito de herir la imaginación popular y hacer cobrar horror a lo malo (legislación Mosaica) y finalmente para la venganza o simbolismo jurídico.”¹⁵ Así por ejemplo:

- a. Los objetos inanimados, los antiguos castigaban a las cosas inanimadas no por creerlos sujetos activos de responsabilidad, con conciencia y libertad de obrar, sino con el propósito de hacer cobrar horror a lo malo y de hacer sentir en las personas - hombres- la satisfacción de la venganza.

- b. Los animales, igual como sucedió en cuanto a las cosas inanimadas, no era que el legislador o el juez les atribuyera, capacidad delictiva por creerlos dotados de libertad y conciencia, sino que lo hacía con el afán de influir terror. Así la justificación de las condenas, debe encontrarse en causas extrañas, verbigracia: Creencias religiosas, el propósito de herir la imaginación popular, por corregir la negligencia de los poseedores de animales, por otros motivos como la satisfacción de venganzas y por simbolismo jurídico.

Es la Edad Media, la época en que se manifiesta con mayor vigor, siendo frecuentes los procesos contra animales, que se desarrollan conforme a rígidas formas procesales con asistencia de abogados que patrocinaban a los animales acusados.

¹⁵ Puig Peña, **Ob. Cit**; Pág. 280.

Entre estos y como procesos celebres, encontramos: “El entablado en el siglo XV por el obispo de Lausana contra las sanguijuelas que infestaban las aguas de Berna; el seguido en el siglo XVI por los habitantes de Autun (Francia) contra los ratones que invadían sus campos; Cítense además otros no menos famosos; También las langostas que desolaban las tierras de labor fueron a veces excomulgadas por no abandonar las tierras que ocupaban.”¹⁶

Ya hace varios siglos que los penalistas están de acuerdo en que la capacidad para delinquir solo reside en los seres racionales (humanos), pues no es posible hablar de delincuencia y de culpabilidad sin que ocurran la conciencia y la voluntad. Y que esa voluntad consciente solamente se encuentra en el hombre. Para que pueda hablarse de infracción criminal es necesario, pues proyectar el concepto hacia la persona humana, único ser que tiene capacidad de darse cuenta de la acción punible que realiza. Más al decir que solamente el hombre puede ser sujeto del delito, o ¿también el hombre que reunido con otros hombres constituyen una persona social? En otras palabras, ¿cómo la persona humana puede ser considerada en su individualidad específica, o por el contrario, formando grupos superiores a ella, tienen capacidad criminal?

Como se ha podido apreciar, en las diferentes épocas de la historia del derecho y en los diferentes estados de la humanidad, se ha legislado lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales. Estas legislaciones le han

¹⁶ Cuello Calón, **Ob. Cit**; Pág. 310.

dado diferentes matices a la responsabilidad penal de las personas morales o también conocidas actualmente como jurídicas colectivas. De esa manera y tal como quedó explicado, en la actualidad existe absoluto acuerdo tanto en las legislaciones como en las diferentes corrientes doctrinarias del Derecho Penal, con relación a que solamente el ser humano dotado de capacidad de raciocinio, puede ser autor del delito y es el que debe de responder por los hechos delictivos cometidos por las personas jurídicas colectivas.

En otras teorías como plantea el tratadista Eugenio Cuello Calón, “surge una duda. Se refiere ésta afirmación al hombre individual, o también al hombre cuando reunido con otros hombres constituye una persona social.”¹⁷ Y es aquí en donde nuevamente principia otra de las interminables polémicas en la doctrina jurídico penal, tratando de determinar si existe responsabilidad criminal de las personas jurídicas, sociales o colectivas, o si por el contrario, no pueden ser sujetos de tal responsabilidad, en otras palabras, si estas pueden constituir sujetos activos de delito, o por el contrario no pueden serlo. Anteriormente no se reguló ese aspecto en el abrogado Código Penal Guatemalteco. Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa. Sin embargo como novedad jurídica, el actual Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que regula ese aspecto, en su Artículo 38 indicando claramente que las personas jurídicas individuales o físicas responderán por los hechos delictivos que pueda cometer una persona jurídica colectiva o moral.

¹⁷ **Ibid**, pág. 321

2.5. Posturas con relación a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas colectivas en el derecho histórico

Según el tratadista Federico Puig Peña, “se pueden distinguir las siguientes posturas:

- a. “La primera postura esta caracterizada por el criterio negativo de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, sociales o colectivas: Esta corriente se origina en el Derecho Romano y se defiende con argumentos del derecho privado, con las teorizantes de la doctrina de la ficción y de la abstracción, como Savigny y Aurent sostienen el criterio negativo de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas así:
 - “Solamente en la persona individual se dan las notas de conciencia y voluntad que constituyen la base de la imputabilidad penal (Pessina).
 - “La responsabilidad penal de las personas morales ataca el principio jurídico de - La personalidad de las penas - pues al castigar a una persona colectiva, se castiga no solo a los que intervienen en la ejecución del acto criminal sino también a los miembros que no participaron en el mismo. (Hipel).
 - “Como las personas jurídicas solo están constituidas para un fin lícito determinado, no son susceptibles de pena, puesto que ese fin no puede ser nunca la ejecución de un delito. (Feverbach).

- “No puede hablarse de imponer penas a una corporación pues la más importante en el Derecho Penal, es la privativa de libertad, sanción que no puede ser aplicada por su situación. (Finger)”.¹⁸

Esta tesis es sostenida además, de los indicados, por: Florián, Sánchez Tejerína, Cuello Calón y por el maestro de la Universidad Complutense de Madrid, José María Rodríguez Devesa, “quien sostiene que no puede negarse que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicas relevantes, y por ello en principio podrían ser sujetos activos de un delito; Pero les falta la capacidad de culpabilidad (la culpabilidad es siempre individual) y la capacidad de pena (por el principio de la personalidad de las penas).”¹⁹ El problema le parece ficticio, ya que se trata en definitiva de poner marcas a determinadas actividades de entes corporativos; esto pertenece (según dice) al Derecho Penal cuando los individuos que los componen constituyen una asociación criminal, y no es preciso para ello exceder las fronteras de la responsabilidad penal individual. Cuando no todos los que componen el ente colectivo están implicados en sus actividades criminales, el extender a ellos la pena sería una palmaria injusticia. Cualquier otro caso puede ser resuelto con medidas civiles y administrativas, que pueden llegar a la disolución de la sociedad y confiscación de sus bienes pasando por la intervención del estado y otras medidas de control que caen fuera del Derecho Penal.

¹⁸ **ibid**, Pág. 321.

¹⁹ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 374.

b. Segunda postura del criterio positivo de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, sociales o colectivas. Esta corriente es producto de la doctrina del Derecho Penal Alemán, siendo sus argumentos los siguientes: Las personas jurídicas no son seres ficticios, sino personas reales, dotadas de conciencia y voluntad propia, distintas e independientes de los asociados (Zitleman) hay algo más que la mera adición de los asociados nace un nuevo ser real que tiene una voluntad independiente de las de aquellos.

La responsabilidad penal de las personas morales (sociales o colectivas) no ataca el principio jurídico de la personalidad de la pena sino por el contrario, la reafirma. Si el hecho culpable ha sido un acto corporativo, la pena que se imponga a la corporación es justa respecto a los miembros que han intervenido, puesto que está en la naturaleza de todo organismo social que sus miembros soporten el bien y el mal que les sobrevenga, si todos participan de los honores y ventajas, justo es que participen de las penas impuestas contra ellos.

“Los delitos de las asociaciones son posibles jurídicamente; cualquier sociedad puede contratar, puede celebrar contratos dolosos o leoninos, o no cumplir los celebrados.”²⁰ Esto aparte de que la corporación es un sujeto de bienes jurídicos que pueden ser criminalmente lesionados o destruidos.

²⁰ De León Velasco, **Ob. Cit**; Pág. 214

Existe finalmente la posibilidad de poner penas a las asociaciones (personas jurídicas, sociales o colectivas), por ejemplo: La muerte mediante su disolución, y sobre todo las pecuniarias, además puede ser sometida a la vigilancia de la autoridad y ser privadas de privilegios o derechos honoríficos.

Esta corriente es en la actualidad sostenida por el maestro de la Universidad Nacional Autónoma de México, Raúl Carranca y Trujillo, quien sostiene “que si algunas penas, como la de prisión, es imposible aplicarla a las personas morales (jurídicas, sociales o colectivas), esto no obliga a desconocer su responsabilidad criminal del mismo modo que ocurre cuando la pena de multa no puede ser eficazmente cumplida por un delincuente insolvente, o la pena de muerte con una persona anciana. Sobre el problema de la imputación, dice que se distingue entre la imputación moral y la imputación legal; la primera es evidente imposible en las personas jurídicas, pero no así la segunda. No puede ignorarse la responsabilidad criminal en que incurren, en la vida moderna, las personas morales; desde el punto de vista de la doctrina, se considera, que esta responsabilidad esta ya solidamente sustentada en una firme corriente científica que superando el dato de la voluntariedad, se basa tan solo en la imputación legal del hecho dañoso.”²¹

²¹ Carranca y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**. Pág. 251.

- c. Tercera postura de exclusión de la responsabilidad colectiva, se mantuvo principalmente por el Derecho Romano. En este derecho, Ulpiano decía que la acusación puede dirigirse contra los que administran la ciudad, no contra la ciudad misma. Únicamente en el periodo de la decadencia se admitieron medidas de policía contra algunos entes morales.

- d. Cuarta postura denominada por algunos autores de rectificación y por otros positivo negativo, esta representada por el derecho Canónico, que presenta claramente dos épocas: la primera, abiertamente romana o negativa, iniciada por Sinibaldo Fieschi, (mas tarde por Inocencio IV), en el siglo XIII, y otra posterior, en la que prevalece la doctrina de Bartolo en el sentido de la responsabilidad colectiva.

2.6. Doctrinas eclécticas

Los principales representantes de estas doctrinas son Jellinek y Goldschmidt, de tal manera que las referidas doctrinas llevan sus nombres.

- a. Doctrina Jellinek, sostiene que la posibilidad de perseguir criminalmente a las personas morales debe entenderse limitada únicamente a las contravenciones y nunca a las hipótesis del delito;

- b. Doctrina Goldschmidt, esta doctrina le da un sesgo sorprendente al problema, dándole por lo cual un nuevo curso. Sostiene que los delitos de las sociedades deben restringirse al dominio del Derecho Administrativo.

- c. Tesis pragmática, para esta doctrina no debe entrarse a discutir el problema de si las personas morales, son o no susceptibles de ser responsables desde el punto de vista de la culpabilidad. Es suficiente tener en cuenta que ellas son capaces de responder casualmente en el sentido de la responsabilidad objetiva. En este terreno es indiscutible que la sociedad puede producir de echo efectos criminales, puesto que puede ser el centro impulsor de una actividad criminal o ser el punto de referencia aun sin culpa alguna de las causas que han contribuido a producir el resultado.

CAPÍTULO III

3. Del delito

En este capítulo se tratara lo relacionado al delito y sus elementos positivos. El motivo de la investigación y tema a tratar es para determinar si procede imputarle a una persona jurídica colectiva, la comisión de un acto antijurídico y en consecuencia la imposición de una sanción.

3.1. Naturaleza del delito

Ha resultado realmente difícil para los distintos tratadistas de la materia, en todas las épocas y diversos lugares abordar el tema de la naturaleza del delito. Estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo y lugar, la ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política.

3.2. Definición de delito

El Código Penal guatemalteco, no da una definición de delito. Sin embargo, hay numerosas definiciones, siendo las más importantes:

- Definición formal: “Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena”.²² Esta definición aun siendo cierta, no aclara el concepto por cuanto no deja de ser una formula vacía y tautológica.

- Definición sustancial: “Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal.”²³ Esta definición explica el fundamento del delito y los motivos que impulsan al legislador a sancionar unas conductas. Sin embargo, no responde a la naturaleza concreta del delito.

- Definición dogmática: “Delito es la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable”.²⁴ Algunos autores añaden el requisito de punible. Esta definición sirve para determinar en concreto si una conducta es delictiva y es la que interesa para la presente investigación.

El criterio del investigador es inclinarse en la definición dogmática, por contener todos los elementos descritos en la doctrina.

- a. Elementos característicos del delito, se hace necesario desintegrar el delito en sus elementos característicos para conocer su conformación tal y como lo instituyó la corriente técnica jurídica; en ese sentido se habla de una serie de elementos

²² González Cauhape-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág.27

²³ **Ibid.** Pág. 27

²⁴ **Ibid.** Pág.27

positivos constitutivos del delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo.

La doctrina describe los elementos positivos del delito de la manera siguiente:

1. La acción o conducta humana,
2. La tipicidad,
3. La antijuridicidad o antijuricidad,
4. La culpabilidad,
5. La imputabilidad y
6. La punibilidad.

b. Utilidad de la teoría del delito: Se puede definir la teoría del delito como la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general y cuales son sus características.

El interés no es tan solo doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. El juez, el fiscal o el abogado que se encuentre frente a un hecho concreto debe tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un delito o, por ejemplo ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación. En efecto, en muchos casos la descripción de la acción prohibida que se realiza en la parte especial del Código Penal no es suficiente para determinar si un hecho es delito o no. Es necesario tomar en consideración también la parte general de dicho código, así como el resto del ordenamiento

jurídico. La función de la teoría del delito es generar un sistema de análisis, para poder tomar en consideración en forma lógica, ordenada y garantista todo estos aspectos.

Para determinar si una conducta concreta es delictiva, hay que ir analizando si se dan cada uno de los elementos. Así se logra uniformar criterios de interpretación de la norma, limitándose el ámbito de arbitrariedad del legislador, del juez o del fiscal. De esta manera, la aplicación de la teoría del delito incrementa la seguridad jurídica.

3.3. Niveles analíticos de la teoría del delito

Un delito es, antes que nada, una acción o conducta humana, es por ello que se tiene que destacar todos los resultados producidos por las fuerzas de la naturaleza.

De entre todas las acciones humanas que se realizan el legislador selecciona unas y las describe en la parte especial del código. Estos supuestos, eminentemente descriptivos, en los que se individualiza la conducta prohibida son llamados tipos. Se dirá que una acción es típica cuando se adecua la descripción realizada por la ley penal. En el caso de que la acción no se encuadre en ningún tipo diremos que es atípica.

3.4. La imputabilidad en el delito

La imputabilidad como un elemento positivo de este podría definirse así.

- a. Definición de imputabilidad: Se dice que un individuo considerado como capaz ante la ley es imputable siempre que pueda probarse que obró con plena comprensión del alcance de su acto, así como de las consecuencias del mismo.
- b. Reflexiones previas: La imputabilidad resulta ser un tema muy controvertido en el campo del Derecho Penal; algunos juristas estudiosos del Derecho Penal aseguran que su lugar no está en la teoría del delito, sino en el tratado del delincuente específicamente, por considerar que la imputabilidad más que un concepto jurídico, es un concepto psicológico que cobra vida en el personaje llamado delincuente, actitud que al parecer no está muy alejada de la realidad, sin embargo, hay otro buen número de autores sosteniendo que la imputabilidad es un elemento positivo de la infracción, por lo que debe estudiarse dentro de la teoría del delito; como explicaba el ex catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Palacios Motta, “si bien es cierto que la imputabilidad posee, ingredientes psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales que limitan la conceptualización jurídica del mismo”.²⁵ También hay que atender que juega un papel decisivo en la construcción del delito, ya que no tendría objeto de conducta típicamente antijurídica, si no existe un sujeto a quien pueda ser imputada como culpable; y es aquí precisamente donde surge el otro problema que consiste en estudiar la imputabilidad como elemento independiente, o bien estudiarla como presupuesto de la culpabilidad como lo hace la doctrina

²⁵ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Pág. 102

alemana. Se considera en todo caso, que no importa como se estudie, con tal que sea dentro de la teoría del delito, para hacer la construcción jurídica.

- c. Contenido y definición: La imputabilidad asume el papel de un elemento positivo más del delito, con una marcada tendencia subjetiva por cuanto es el elemento previo más relevante de la culpabilidad ya que el sujeto activo del delito, antes de ser culpable tendrá necesariamente que ser imputable. El fundamento de la imputabilidad se ha dicho, que radica en la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales, que en última instancia van a determinar la salud mental y la madurez biológica, que constantemente exigen las legislaciones penales, para que el agente pueda responder de los hechos cometidos, es decir que la imputabilidad formalmente hablando esta condicionada a cierto limite. Que la ley propone sujetándose a ella, habrá que considerar imputable a los sujetos que en su persona reúnen las características biopsíquicas que requiere la ley, para tener la capacidad de ser responsable de los hechos típicamente antijurídicos cometidos.

Si se acepta creer que de la imputabilidad nace la culpabilidad y de esta a su vez nace la responsabilidad, resulta imperativo deslindar cada uno de estos conceptos que funcionan estrictamente relacionados. Puig Peña sostiene que la "imputabilidad es una expresión del hombre, en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza y las consecuencias naturales de los mismos como su causa formal, eficiente y libre;

mientras que la responsabilidad, es el deber jurídico que incumbe al individuo de dar cuenta del hecho realizado.”²⁶

La imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad es una realidad, todas las personas con excepción de los menores de edad y los enajenados mentales son imputables, pero solo son responsables, cuando habiendo ejecutado un acto, estén obligados a dar cuenta de el, es decir, que el estado de imputable es anterior al delito, mientras la responsabilidad nace en el momento de su comisión; de ahí que la culpabilidad venga a ser la declaración de que un individuo responde de sus actos por ser imputable, debe ser merecedor de una sanción. Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión, causas de inculpabilidad con relación al hecho cometido.

Con relación a su definición, la imputabilidad se ha conceptualizado de la manera siguiente: “Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.”²⁷ “Es la capacidad de actuar culpablemente, capacidad que se reconoce a todo hombre por ser inteligente y libre, o sea, dotado de inteligencia y libertad. “Es imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente, por la ley, para

²⁶ Puig Peña, **Ob. Cit**; Pág. 276.

²⁷ De León Velasco y De Mata Vela. **Ob. Cit**; Pág. 179.

poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad.”²⁸

Como opinión, se define la Imputabilidad como la capacidad psíquica que tiene determinado sujeto para saber que su comportamiento va a producir efectos de responsabilidad penal por su actuar.

d. Naturaleza de su función: En el Derecho Penal moderno ha quedado totalmente abandonado el viejo problema que presentaba la naturaleza de la imputabilidad y sus consecuencias de responsabilidad penal. A pesar de que en un tiempo esta cuestión fue motivo de encarnizada lucha entre los representantes de las dos grandes escuelas del Derecho Penal, la clásica y la positivista, han surgido dos teorías que de manera ecléctica trataban de solucionar el problema.

La Escuela de Juristas o Escuela Clásica: Sostiene que la imputabilidad se basa en la responsabilidad moral y el libre albedrío del delincuente, concibiendo así dos clases de sujetos, unos imputables y otros inimputables, como actualmente lo regula el Artículo 23 Código Penal, vigente.

La Escuela Positivista: En completa discrepancia con la anterior, basa la imputabilidad en la responsabilidad social del delincuente. El hombre es responsable, decían, no porque haya obrado mas o menos libremente, si no porque vive en sociedad, por lo

²⁸ Carranca y Trujillo, **Ob. Cit**; Pág. 415

cual toda persona es siempre penalmente responsable, sean cualesquiera las condiciones fisiopsíquicas en las que pudo haber cometido el delito, basándose en el determinismo consideraron que todos los sujetos son imputables y responsables socialmente, es decir, que excluían la inimputabilidad.

Después sin partir de bases puramente metafísicas, como consideraban el libre albedrío de los clásicos, ni llegar tampoco al absoluto determinismo de los positivistas, aparecieron otras teorías como: La normalidad de Von Lizst, la intimidabilidad de Bernardino Alimena, la identidad personal o semejanza social de Gabriel Tarde y la teoría psico-analista de Alexander y Staub, que como dijimos trataron de conciliar el conflicto, colocándose en un punto intermedio entre una y otra, sin percatarse, como bien dice Puig Peña, que el problema no era susceptible de términos medios, por lo que fueron olvidadas.

Actualmente podríamos decir que ha reinado la teoría de la voluntad, por cuanto los penalistas modernos han decidido rechazar el antiguo problema del libre albedrío y el determinismo, por considerar que dicho problema no pertenece al campo jurídico, sino al campo moral y religioso. Aseguran que en el Derecho Penal no hay por que discutir, si la conducta humana actúa libremente o esta predeterminada, basta con que la conducta humana sea voluntaria, es decir, que para que el sujeto sea responsable penalmente, basta que haya ejecutado el delito con voluntad, consciente y libre, esta concepción no investiga si la voluntad esta determinada por un conjunto de factores o es producto del libre albedrío.

3.5. La culpabilidad

Como un elemento positivo del delito se define así: Un comportamiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente.

- a. Definición de culpabilidad, los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: “En sentido lato significa la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal.”²⁹

Derivado de la presente investigación puedo decir que la culpabilidad es el juicio que se le hace al autor de un hecho que pueda ser declarado antijurídico o justificativo si cumple con los elementos establecidos dentro de la teoría del delito.

- b Función subjetiva de la culpabilidad: La culpabilidad además de constituir un elemento positivo, para la construcción técnica de la infracción, tiene como característica fundamental ser el elemento subjetivo del delito, es decir, que su función esta íntimamente relacionada con el protagonista del delito, toda vez que se refiere a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo; de ahí que para poder juzgar una conducta humana, como ilícita en el campo penal, es

²⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 188.

necesario que además, de ser típica y antijurídica, sea culpable. La culpabilidad radica en la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal, que puede tomarse de manera dolosa o culposa, dependiendo de la intención de cometer el delito, o bien de la comisión de la acción por negligencia, imprudencia o impericia.

En la actualidad, este aspecto es de vital importancia, si se toma en cuenta que en un principio se castigaba al delito con relación al daño causado, imputándolo ingenuamente, muchas veces a los animales y hasta a los objetos inanimados, posición que fue totalmente abandonada. Desde la edad media, cuando con un sentido más lógico se principió a castigar el delito sobre la base de la intención que su autor tenía para realizarlo, por lo que se podría afirmar que desde esa época la culpabilidad principia a tomar auge como el aspecto subjetivo del delito alcanzando su mayor perfección en la técnica alemana, en la primera mitad del siglo antepasado.

Las doctrinas y las legislaciones penales modernas no titubean hoy día en analizar la conducta humana para determinar la culpabilidad del delincuente, como presupuesto de la punibilidad, entrando a discutir únicamente la naturaleza de la culpabilidad en la comisión del delito.

3.6. Naturaleza de la culpabilidad

La culpabilidad, como se expuso anteriormente se concentra en la conducta que puede asumir el sujeto activo del delito; con relación a su naturaleza. Siempre se ha discutido, si la relación entre sujeto y el acto es de índole psicológica o bien tiene una naturaleza normativa, hay dos teorías sobre la naturaleza de la culpabilidad:

- a. Teoría psicológica: Sostiene que la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado; es decir, que el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico. Su fundamento radica, según Carranca y Trujillo en que “el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de atacarla o no, de aquí la reprochabilidad de su conducta, o sea su culpabilidad, con razón de que el sujeto ha podido actuar conforme a derecho.”³⁰

- b. Teoría normativa: Sostiene que no basta la relación de causalidad psíquica entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado, sino es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en un reproche, por no haber realizado la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. El concepto que el normativismo expresa sobre la culpabilidad queda indicado de la siguiente manera: Para la concepción normativa de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un

³⁰ Carranca y Trujillo, **Ob. Cit**; Pág. 413.

proceso atribuible a una motivación que llevo al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Solo se podrá llevar a la reprobación una omisión o un hacer, si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es un juicio y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia.

Consecuentemente se puede decir que los aspectos fundamentales de esta teoría son:

- a. La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.
- b. La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.
- c. La culpabilidad tiene como fundamento, en consecuencia la reprochabilidad y la exigibilidad.
- d. La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

La contradicción existente entre estas dos teorías, se considera ha sido superada, entre otras, por los conceptos del preclaro profesor español Eugenio Cuello Calón, al sostener que una “acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a mas de una relación de causalidad psicológica entre el agente y la acción, un juicio de reprobación de la conducta de este, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues ejecutar un hecho que esta prohíbe, ha quebrantado su deber de obediencia.”³¹ Sobre esa base sostiene, que el reproche de la culpabilidad, recae únicamente sobre la relación de causalidad psíquica, entre el agente y el hecho delictivo; mientras que el juicio de culpabilidad recae sobre el acto aislado.

3.7. Concepción sintomática del delito

El Derecho Penal voluntarista, representado por la escuela de Kiel cuyos principales exponentes son: Tesar y Kollman, quienes desligándose totalmente de la teoría de lo injusto y de la antijuridicidad misma, sostienen que la culpabilidad elemento fundamental por el que gira toda la teoría del delito, estimando el resultado de la acción delictiva como un síntoma o manifestación de la defectuosidad psíquica del agente. Claro esta que no puede dársele crédito, por cuanto se encuentra en contradicción con el Derecho Penal vigente guatemalteco, que para la imposición de la pena se basa en un supuesto injusto típico realizado. Lo importante y aventurado de dicho planteamiento

³¹ Cuello Calón, **Ob. Cit**; Pág. 411

es que tiende a desplazar la antijuricidad por la culpabilidad, sin entender que en la antijuricidad la relación se da entre la acción ejecutada y la norma penal, mientras en la culpabilidad la relación se da entre el agente y su acción delictiva, por lo tanto mientras la antijuricidad tiene un carácter puramente objetivo, la culpabilidad es marcadamente subjetiva.

Resumiendo se podría decir que su naturaleza es claramente subjetiva, como dice Rodríguez Devesa, radica fundamentalmente en la actitud psíquica del sujeto, formada por los motivos, las decisiones de voluntad que toma o deja de tomar el sujeto y los elementos subjetivos del injusto que de no computarse en la culpabilidad no podrían ser imputados.

a. Elementos de la culpabilidad, para que exista culpabilidad es necesario que sé de una serie de elementos, sin los cuales desaparece la situación de culpabilidad del sujeto:

a.1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Para poder elegir entre distintas opciones, es necesario tener un cierto grado de madurez psíquico, así como capacidad para entender lo que sé esta haciendo y comprender la ilicitud de una norma. Por ello, no podrá ser culpable un niño, un loco o alguno que carezca de raciocinio.

a.2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. Solo tiene sentido reprochar a una persona por un comportamiento antijurídico, si conocía a grandes rasgos que era prohibido. No se podrá decir que alguien eligió libremente cometer un delito cuando ignoraba que dicha conducta era prohibida.

a.3. La exigibilidad de comportamiento distinto. El derecho puede exigir comportamientos incómodos pero nunca heroicos o imposibles. Por ello no se hará un juicio de reproche al sujeto que eligió una conducta antijurídica, cuando cualquier otra opción hubiese supuesto un grave perjuicio para su persona.

La ausencia de cualquiera de estos elementos, elimina la culpabilidad. Estos elementos son graduables, por lo que sí existe alguna causa que los desdibuja pero sin eliminarlos, se atenuará la culpabilidad.

3.8. Formas de culpabilidad.

La culpabilidad como manifestación de la conducta humana dentro del delito, encuentra su expresión en dos formas básicas:

a. El dolo: Que expresa el límite máximo de la culpabilidad, se convierte en su forma más grave y se ha definido así: “Conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito.” (Jiménez de Asúa) “Voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.” (Cuello Calón); “es decir, que el dolo es el propósito o la intención

deliberada de causar daño, de lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado. Rodríguez Devesa, dice que actúa dolosamente el que sabe, lo hace y quiere hacerlo; asignándole al saber un elemento intelectual, intencional y cognoscitivo; y al querer un elemento volitivo o emocional.”³²

- b. La culpa: Es el límite mínimo de culpabilidad, que representa una menor gravedad y se ha definido así: “Es el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.” (Cuello Calón).

“Es la ausencia de previsión de lo posible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.”³³ la culpa proviene de obrar ante un bien lícito (por lo establecido en el Código Penal vigente) cuyos efectos son antijurídicos basándose en la negligencia (obrar pasivo), imprudencia (obrar activo), impericia (falta de experiencia) del sujeto activo.

3.9. La punibilidad en el delito

Es necesario reparar previamente, que el presente apartado se dedica exclusivamente a revisar la naturaleza funcional de la punibilidad como parte del delito, es decir, cual es el papel que juega esta en la construcción técnica del delito, que es objeto de estudio, en esta parte de la investigación lo que se trata no es solo, de analizar la pena como

³² De León Velasco y De Mata Vela. **Ob. Cit**; Pág. 171.

³³ **Ibid.** Pág. 171.

instituto de la ciencia penal, sino mas bien de ubicarla funcionalmente dentro de la teoría del delito.

a. Definición de punibilidad: “Es la situación en que se encuentra quien, por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo. Sin embargo existen circunstancias en que, aún existiendo la infracción penal y el autor de la misma, este no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador.”³⁴

El estudio de la punibilidad dentro de la teoría del delito, se puede afirmar que se circunscribe a resolver el eterno problema que se plantea en la doctrina jurídico Penal, para tratar de averiguar si la pena es un elemento característico del delito o bien es una consecuencia del mismo, lo cierto es que desde los inicios de la construcción técnica del delito, hasta nuestros días, no ha habido unidad de criterios entre los tratadistas para ponerle fin al conflicto, lo único que se ha alcanzado es establecer perfectamente dos marcadas corrientes, una que considera la punibilidad como elemento del delito y la otra que la considera como su consecuencia, partiendo de estos criterios, algunos tratadistas convienen en decir que la penalidad al definir el delito que parte de el, y otros convienen en excluirla.

a.1. Análisis de la punibilidad en el delito, basado en la investigación he podido comprobar que los tratadistas a la fecha no han llegado a un acuerdo y por lo tanto

³⁴ Ossorio. **Ob. Cit**; Pág. 630

han mantenido lo que se podría decir el eterno problema que se plantea en la doctrina jurídico penal, para tratar de averiguar si la pena es un elemento característico del delito o bien es una consecuencia del mismo, al hacer el análisis con relación al tema. La punibilidad se tiene que considerar que es una consecuencia del delito, porque puede haber una acción, típica, antijurídica y culpable pero no punible, por existir causas que van a eximir de responsabilidad penal al actor (Titulo III Código Penal vigente) por lo mencionado anteriormente mi criterio es que la punibilidad debe ser considerada como una consecuencia del delito y no un elemento.

3.10. La punibilidad como elemento del delito

Los que sostienen este criterio, creen que la conducta humana típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito requiere que este sancionada con una pena, de esta manera la punibilidad resulta ser el elemento esencial del delito. En la teoría jurídica del delito, que se dedico al estudio de los requisitos para la existencia de la punibilidad, se le consideró así, al decir de Beling que el delito era la acción antijurídica, culpable, sancionada con una pena y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad. Según Puig Peña, “se ha sostenido que la punibilidad no solo es un requisito esencial de la infracción penal, sino quizás el principal puesto que sin ella, siempre existirá un injusto, pero para que ese injusto sea penal, es preciso que este sancionado con una pena.” Y citando el ilustre Jiménez de Asúa, señala que en ultimo

término lo que caracteriza al delito es la punibilidad.”³⁵ Con idéntico criterio asienta Cuello Calón, que “el delito es una acción punible y que la punibilidad es uno de sus caracteres mas destacados, en tal sentido, para que la acción constituya delito, además de los requisitos antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de punibilidad, siendo este el de mayor relieve penal.”³⁶

Es evidente que para que se comparta el criterio de esta corriente, la punibilidad es la característica diferencial del delito, que debe aparecer en todas las definiciones, de ahí que algunos autores reduzcan su definición a lo que consideran lo esencial, por ejemplo: Indican que el delito es simplemente todo acto señalado con una pena.

3.11. La punibilidad en las persona jurídicas colectivas

La punibilidad en la persona jurídica colectiva únicamente podrá ser a través de una sanción administrativa o civil, como consecuencia de la ilicitud cometida por ella. Dentro de la teoría general del delito, no es posible atribuirle punibilidad a una persona jurídica colectiva, por no ser capaz de razonar y actuar por sí sola. Únicamente podrá atribuírsele a la persona jurídica individual la comisión de una acción delictiva que la va a hacer acreedora a un castigo.

³⁵ Puig Peña, **Ob. Cit.** Pág. 194.

³⁶ Cuello Calón, **Ob. Cit.** Pág. 616

a. Planteamiento del problema

¿Podrá penalmente atribuírsele responsabilidad de un acto ilícito a la persona jurídica colectiva y en consecuencia declarar una situación de punibilidad?

En la actualidad se puede considerar como principio firme, la concepción jurídica de que sólo el hombre puede ser objeto activo de delito. Sólo el hombre puede ser denominado delincuente, ya que el hecho ilícito requiere siempre una voluntad y una inteligencia, facultades que sólo el ser humano capaz posee, aunque ese principio no siempre ha sido reconocido por las legislaciones, hasta el punto de que históricamente se le atribuyó responsabilidad criminal a los animales, a los seres inanimados y aún en nuestros días a las personas jurídicas colectivas.

Desde hace varios siglos los penalistas están de acuerdo en que la capacidad para delinquir sólo reside en los seres humanos o racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad, sin que concurra la conciencia y la voluntad y que esa voluntad conciente solamente se encuentra en el hombre capaz.

Para que pueda hablarse de infracción criminal es necesario pues, proyectar el concepto hacia la persona humana, único ser que tiene capacidad de darse cuenta del hecho que realiza, más al decir que solamente el hombre puede ser objeto del delito. Como se ha podido apreciar en las diferentes épocas de la historia del derecho y en sus diferentes estados, se ha legislado lo referente a la responsabilidad penal de la

persona jurídica colectiva o moral, en las cuales se han dado diferentes matices al tema: Es así como encontramos que unas legislaciones han llegado a establecer quienes son las personas físicas que deben responder por los hechos delictivos cometidos por las personas jurídicas colectivas y otras en cambio no regulan al respecto.

El debate ha sido arduo y aún no es posible considerarlo concluido, ya que la opinión de muchos penalistas es adversa en admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas colectivas. Por lo que aún sigue planteándose la cuestión sobre si la persona jurídica colectiva puede o no tener capacidad o atribuírsele responsabilidad criminal. Es decir si es o no posible que las personas morales puedan cometer delitos previstos y reprimidos por la ley penal.

b. Responsabilidad penal (concepción genérica): la responsabilidad penal es una institución del derecho penal que se refiere a la obligación que tiene el sujeto activo del delito de responder ante la ley y la sociedad del hecho punible cometido. La persona que razone y comprenda la realización de sus actos es responsable de ellos y cuando estos actos constituyan delito, la responsabilidad es de carácter penal; es decir que la existencia de responsabilidad penal en el delincuente presupone que ha de imponérsele una pena por el delito cometido.

Diversos estudiosos del Derecho Penal han definido la responsabilidad penal de la siguiente forma: Ipallomeni citado por Maggiore, expresa “La responsabilidad penal es

la obligación de sufrir una pena a causa de un delito.” Luego de que se pruebe que la persona es penalmente responsable, porque todas las condiciones materiales y morales previstas por la ley como esenciales a un delito se encuentran existentes en el hecho imputado.³⁷

Definición de pena: “Es el conjunto de condiciones requeridas para que una persona pueda ser sometida a una sanción penal”.³⁸

El jurista Cuello Calón, la define así “La responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado y sufrir sus consecuencias jurídicas.”³⁹

De las definiciones anteriormente citadas se observa que la obligación de soportar la consecuencia específica del delito constituye la responsabilidad penal que recae sobre el delincuente, lo cual lo diferencia con la responsabilidad civil, que impone la obligación de indemnizar a la víctima del ilícito penal y que tiene carácter accesorio a la responsabilidad; además se rige por los principios del derecho civil y puede hacerse efectiva en forma inmediata sobre terceros que no han intervenido en la ejecución del delito.

³⁷ **Ibíd.** Pág. 35.

³⁸ Poroj Subbuyuj, Oscar Alfredo. **Responsabilidad de las personas jurídicas, penas y medidas de seguridad.** Pág. 50

³⁹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Pág. 422

La consecuencia del delito es la pena que solo puede imponerse al autor o partícipe de un delito que sea penalmente responsable; y para que un sujeto se le considere así es menester que el delito que se le imputa aparezca configurado con todos los elementos esenciales para su existencia, por lo tanto tiene que haber una acción positiva o negativa que pueda atribuírsele a un sujeto activo, que sea antijurídica o contraria a derecho, típica adecuándose a una figura delictiva, que el autor o partícipe sea imputable, porque comprende el carácter de ilicitud del acto y culpable porque su conducta es reprochable por no concurrir en el acto ninguna causa de exclusión de la culpabilidad. A la vez estos elementos descritos se constituyen en los presupuestos necesarios de la responsabilidad penal por lo que podemos establecer que la responsabilidad penal es la consecuencia del delito y determina que el sujeto activo sufrirá una pena como resultado de la retribución que el estado en nombre de la sociedad le impone como un castigo a su actitud culpable y por el contrario al no existir ninguno de los presupuestos anteriormente descritos o existir alguna excusa absolutoria que excluya de penalidad al sujeto no podrá hablarse de alguna clase de responsabilidad penal para el individuo. Es decir que un individuo es responsable si es capaz de razonar y actuar, sabiendo que lo que hace es contrario a derecho y a pesar de eso lo hace.

CAPÍTULO IV

4. Autoría y participación

El análisis de este tema es para determinar si la persona jurídica colectiva, interviene de alguna manera en la comisión del delito de Lavado de Dinero u otros Activos, ya que en el artículo cinco de la ley en mención se le responsabiliza de la comisión del ilícito penal cometido por uno o algunos de sus órganos, se pudiese interpretar esa atribución como si fuera cómplice y en consecuencia se le impone una pena siendo esta el centro de la presente investigación.

Con el propósito de definir doctrinariamente que es la autoría y participación dentro del campo del Derecho Penal se expone lo siguiente:

Definición de autoría penal: "Expresión que comprende a cuantos están afectados por la comisión de un delito, tanto si toman parte directa en su ejecución como si fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo, o bien si cooperan a la ejecución de un hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado. La autoría puede ser inmediata directa, mediata moral y de cooperación necesaria."⁴⁰

Definición de participación criminal. "Algunos códigos la definen con mas o menos variantes como la atribuida a aquellas personas que toman parte en la ejecución del hecho delictivo o prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no

⁴⁰ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 74.

habría podido cometerse. Corrientemente, a esos partícipes necesarios se les sanciona con igual pena que a los ejecutores del delito, diferenciándolos así de quienes cooperan de cualquier otro modo, es decir, en forma que no resulta indispensable para llevar a efecto el hecho criminoso, o que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo; cómplices. Si la ayuda no hubiere sido pactada con anterioridad, quienes la prestan tendrían calidad de encubridores.”⁴¹

4.1. Concepto de autor

Según el concepto ontológico o real de autor, este será el sujeto a quien se le pueda imputar un hecho como suyo. Welzel, señalaba que autor es el anónimo de los tipos legales. Así en el Código Penal en su Artículo 36.- (Autores). Son autores: “ 1° Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito; 2° Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo; 3° Quienes cooperan a la realización del delito...../.”; Artículo 123 del Código Penal, es autor del delito de hurto quien tomare, sin la debida autorización cosa mueble, total o parcialmente ajena. El verdadero autor de un hecho es aquel que lo realiza y del que se puede afirmar que es “suyo” .⁴²

Sin embargo, el concepto ontológico de autor no coincide con el concepto legal de autor. El Código Penal, no requiere la propia realización de uno de los tipos de la parte especial, sino que considerara autores a sujetos que en realidad son partícipes

⁴¹ **Ibid.** Pág. 548.

⁴² González Cauhape-Cazaux Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Pág. 119.

especialmente importantes. Así el Artículo 36 del Código Penal, considera también como autores a inductores y cooperadores necesarios, entre otros.

A la hora de diferenciar la autoría y la participación hay que recurrir al concepto ontológico de autor. Ello es necesario porque solo quien es autor en sentido estricto puede realizar un tipo sin necesidad de la concurrencia de otra persona. Los partícipes están sometidos al principio de accesoriedad de la participación respecto del hecho realizado por el autor real. Por mucho que el código establezca que el inductor es autor, para que se de inducción fuere necesaria la existencia de un hecho antijurídico por parte del autor real, porque la inducción a cometer un hecho atípico sin la participación de aquel no es delito. En este sentido, el Código Penal, en su Artículo 17, señala que la inducción, la instigación, la conspiración, la proposición o la provocación a cometer el delito no son en si misma punibles, salvo cuando la ley lo indique expresamente.

Por ejemplo, la inducción a cometer homicidio no se sancionara si el inducido no inicia la ejecución de este delito. Como lo indica dicho artículo, la excepción se dará cuando el código cree un tipo penal que describa este tipo de acciones. Ver Artículo 389 Código Penal.

4.2. Delimitación del concepto ontológico de autor

Para delimitar que hay que entender por autor en un sentido real u ontológico, la doctrina ha elaborado una serie de teorías:

- a. Teoría unitaria: Según esta teoría no es posible distinguir entre autoría y participación, sino que toda persona que interviene en el hecho es autor. Se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones por que toda condición necesaria para que se dé, el resultado sea causa del mismo.
- b. Teoría diferenciadora: Esta teoría reconoce que deben diferenciarse entre autores y partícipes. Dentro de ella se diferencian distintas concepciones de autor:
 - Concepto extensivo de autor: Este concepto parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En ese sentido reconoce que todos los que aportan alguna intervención que afecta al hecho es igualmente causa del mismo. Sin embargo, reconocen que la ley debe distinguir distintos grados de responsabilidad. La distinción tendrá que basarse en un concepto subjetivo, será autor quien obre con animó de autor y participe quien obre como participe. Esta es la teoría subjetiva de la participación que es el complemento necesario al concepto extensivo de autor. No obstante puede llevar a soluciones contradictorias. Tómesese el ejemplo clásico en la doctrina, de la madre que pide a su hermana que mate a su hijo recién nacido. Sobre la base de este concepto la madre sería autora y la tía,

que efectivamente mato a su sobrino, respondería como partícipe del delito de infanticidio.

- Concepto restrictivo de autor: Este concepto parte de que no todo lo que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. La participación supone ampliar la pena a personas que por su actuar son causa del delito pero que no lo realizan. El problema será delimitar cuándo se está actuando como partícipe y cuándo como autor.
- c. Teoría objetivo – formal: Lo decisivo es realizar actos ejecutivos previstos en el tipo legal. Por ejemplo, el clavar un puñal en el pecho de la víctima. El problema se plantea en una serie de supuestos:
- En los delitos en los que solo se hace referencia al resultado, sin fijar los Medios, el concepto puede ser muy amplio. Por ejemplo, en el homicidio, podría ser autor el que le da la pistola al que dispara. En los casos de autoría mediata. Cuando se realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. En la coautoría, cuando uno de los coautores no realiza ninguna acción típica en sentido estricto. Si uno se sube encima de otro para robar una manzana, el que está debajo no comete ninguna acción típica.
- d. Teoría objetivo-material: Intentó superar los defectos de la teoría anterior. Será autor el sujeto que aporte la contribución objetivamente más importante.

Parte de la idea de que no todas las condiciones son causas sino solo algunas, en realidad es un concepto muy subjetivo que tampoco resuelve muchos problemas.

- e. Teoría del dominio: Esta teoría tiene su origen en el finalismo. Es autor doloso quien domina finalmente la ejecución del hecho, quien tiene en sus manos el curso del suceso típico. El dominio del hecho se puede manifestar de varias formas:

Dominio exclusivo de la acción: Se da cuando alguien ejerce el dominio sobre los propios actos, como cometer el delito en forma directa, sin ser determinado por otro.

Dominio de la voluntad: Se da cuando alguien participa en la ejecución directa pero ejerce el dominio de la voluntad ajena son los supuestos de autoría mediata.

Dominio funcional: Varios autores se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito, la coautoría. Mir Puig, junto a este requisito del dominio, exige la pertenencia del hecho, o en otras palabras, el poder decir que el hecho era suyo.

4.3. La autoría mediata

Se da la autoría mediata cuando se realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Existe una relación entre el autor mediato y la persona instrumento que se invierten los papeles. Normalmente, autor es el que realiza materialmente el hecho y el hombre de atrás es participe, sin embargo, en la autoría mediata el autor es el hombre de atrás, mientras que la persona instrumento no comete delito.

Se excluyen de estos casos los supuestos en los que se utiliza a una persona como instrumento material, es decir en los casos de ausencia de acción: Si Arturo empuja a Baudilio contra un cristal para romperlo, Arturo actuaría como autor inmediato, y ello porque realmente la acción de Arturo hubiese sido igual si en vez de empujar a Baudilio empuja una estatua.

No cabe autoría mediata en supuestos de delitos especiales los que solo pueden cometer determinados sujetos, como los delitos de funcionarios cuando el autor mediato no reunía dichas características. Si alguien engaña a un juez para que dicte una resolución injusta, no podrá cometer delito de prevaricación. Por el contrario, si puede darse cuando sea la persona instrumento la que no reunía las características (el funcionario que ordena a su secretaria quemar archivos de suma importancia).

Tampoco puede admitirse la autoría mediata en los delitos de propia mano, que requieren una realización personal. No será autor mediato de violación el que obligue a un inimputable a forzar sexualmente a una mujer.

a. Formas de autoría mediata: La autoría mediata puede aparecer de forma variada. Lo fundamental es que el autor mediato tenga el dominio final del hecho y pertenencia del mismo, y el autor inmediato o instrumento no cometa un delito. Partiendo de este principio, se señalan diversos ejemplos en los que existe autoría mediata:

El instrumento (autor mediato) realiza una conducta atípica. El autor mediato realiza para la ejecución del tipo penal la acción de otro que actúa sin tipicidad: Joaquín insinúa a Simón que agarre un cable ocultándole que era de alta tensión. Simón lo agarra y muere electrocutado. En este caso la acción de matarse así mismo es atípica. Si se considera al hombre de atrás inductor no podríamos castigarlo, por cuanto la inducción de un hecho atípico es atípica (principio de accesoriedad de la participación). Por ello, el concepto de autor mediato permite evitar la impunidad en estos dos supuestos.

En lo expuesto anteriormente el tratadista Eduardo González Cauhape-Cazaux. Expone "Sería muy discutible considerar este supuesto como de inducción al suicidio, por cuanto el mismo implica la voluntad por parte del suicida. Pero aún cuando así

fuere, solo con el concepto de autoría mediata se podría condenar al hombre de atrás, como autor de un homicidio o asesinato y no sólo por inducción al suicidio.”⁴³

El instrumento actúa sin dolo. El autor utiliza la acción de otro sujeto que actúa sin dolo es el caso del médico que decide matar a un paciente y le da la jeringuilla con dosis letal de morfina, a la enfermera, que ignora tal circunstancia, para que se la inyecte al enfermo. En estos casos existe en el instrumento, la enfermera, un error de tipo invencible.

El instrumento actúa bajo causa de inculpação. El autor utiliza a una persona inimputable (un menor o un enajenado) para cometer un delito o somete a un imputable a un miedo insuperable: Eliseo le pone una pistola en la cabeza a Jorge obligándole a disparar contra Francisco.

Características de la autoría mediata a través de estructura de poder son:

El autor mediato: Dispone de un aparato organizado que funciona como una maquina, Puede consumir delitos sin ponerse de acuerdo en cada caso concreto, generalmente respondiendo a un plan preestablecido. El ejecutor es fungible, es una pieza en el engranaje, el Autor mediato tiene el dominio del hecho, al igual que muchos de los eslabones de la cadena de mando. Pero si alguno de los eslabones inferiores se

⁴³ González Cauhape-Cazaux, **Ob. Cit**; Pág. 123.

opone, no hay problema en reemplazarlo (fungibilidad). Sin embargo, puede haber integrantes de la estructura que solo respondan en tanto que participes.

Algunos autores, no obstante prefieren resolver estos casos a través de la coautoría, la cooperación necesaria de la inducción.

b. Configuración legal de la autoría mediata: En el Código Penal vigente no se contempla directamente la figura de la autoría mediata. Sin embargo, los supuestos de autoría mediata son encuadrables en el Artículo 36.2, estableciendo que son autores los que fuercen a otro a ejecutar los actos propios del delito. Bajo el término forzar se deben incluir los diversos supuestos de coacción o engaño que permiten al autor mediato forzar al inmediato para que realice la acción típica y antijurídica.

4.4. Coautoría

Se entienden por coautoría la participación, auxilio o cooperación de dos o más personas que sin la misma no hubiera podido cometerse.

Según Mir Puig, “son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Los coautores porque cometen el delito entre todos, se reparten el tipo de la autoría.”⁴⁴

⁴⁴ González Cauhape-Cazaux. **Ob. Cit**; Pág. 124.

En la coautoría no rige el principio de accesoriedad de la participación, según el cual el participe solo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor. El principio rector será el de imputación recíproca de las distintas contribuciones, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable o extensible a los demás. Para que ello pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones: Oswaldo y Tomas vierten veneno en el café de Zoila. Sin embargo, las dosis que cada uno echa no son suficientes para matar, aunque sí la suma de ambas. Si Oswaldo y Tomas se habían concertado previamente responderán como coautores. Si no solo se les pudiese imputar a cada uno de ellos un delito tentado de asesinato, salvo que la coincidencia fuera previsible.

a. Delimitación de la coautoría, lógicamente las diferencias entre coautores y otros que participen dependerán del concepto ontológico de autor que se tenga. En estos apuntes, se parte de la base de que el autor es aquel que tiene dominio del hecho y su pertenencia. Serán coautores no solo los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino también todos aquellos que aporten una parte esencial en la realización del plan en la fase ejecutiva. De esta manera, el hecho es una obra colectiva, en la que se comparte su realización al distribuirse entre cada uno de los autores. A todos los coautores les pertenece el hecho, para hablar de coautoría es necesario lo siguiente:

La necesidad de un mutuo o plan común, no necesariamente ha de ser previo y expreso puede ser tácito y darse la ejecución del hecho.

La realización por parte del coautor de algún acto esencial en la realización del plan en la fase ejecutiva. Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor, todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias del autor en los delitos especiales.

Por ejemplo en el delito de violación de sellos (Artículo. 434 Código Penal) la secretaria del funcionario que abra con los sellos, no podrá ser coautora. Cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan o lo hubiesen podido prever de acuerdo con la práctica general, el exceso tan solo se imputa al coautor responsable (Artículo 40 Código Penal)

4.5. La participación

La participación es la acción y efecto de participar, de tener una parte en una cosa o tocarle algo de ella. Por participación se debe entender la intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto al autor. No realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquel. La definición de partícipe surge en oposición a la de autor. Será partícipe aquel que no tiene el dominio final del hecho, o que no puede hacer el hecho como suyo.

a. Fundamento del castigo, las principales teorías que intentaron explicar los fundamentos de la punibilidad de las conductas de participación son:

Teoría de la corrupción también es conocida como teoría de la culpabilidad. El fundamento del castigo reside en la culpabilidad del partícipe por corromper al autor, es decir, por hacerlo culpable. Será necesario para que exista participación que el autor principal sea culpable.

Teoría de la acusación, el fundamento de la punibilidad radica en que el partícipe cause un resultado. Como el hecho se realiza a través del autor se genera mayor distancia respecto al hecho y se da menor punibilidad. El inconveniente de esta teoría es que se podría ser partícipe de un hecho típico pero justificado.

Teoría de la participación en lo ilícito, el fundamento del castigo radica en la prohibición de favorecer un hecho ilícito. Esta teoría, es considerada la más acertada, es necesario que la acción principal sea típica y antijurídica.

- b. La accesoriedad en la participación, el principio de accesoriedad limitada en la participación significa, por una parte, que la participación es accesorio respecto del hecho del autor, y por la otra, que no depende de la culpabilidad del mismo. La responsabilidad penal del partícipe está subordinada a la clase de delito cuyo dominio final perteneció al autor.

Dentro de la accesoriedad se distinguen dos aspectos:

Aspecto interno, la participación requiere el dolo de contribuir a un injusto, es decir, el partícipe debe saber que está participando en un delito y querer hacerlo. La doctrina alemana exige que el hecho principal sea doloso, mientras que la española admite la participación dolosa en delitos culposos. El partícipe actuará imprudentemente respecto al resultado típico principal, pero no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida. Por ejemplo el copiloto que incita al piloto a ir a gran velocidad, produciéndose como consecuencia el atropello de una persona. En este caso se considera más aceptable la postura alemana. Lo que nadie admite es que la participación sea imprudente.

Aspecto externo, para que la participación sea punible el hecho principal ha de estar al menos en fase de tentativa. La participación en la tentativa delimita el inicio de la punibilidad del partícipe. No debe confundirse con la tentativa de participación que es impune.

4.6. Formas de participación

a. La inducción, se encuentra regulada en el Código Penal. Artículo 36.2 “Son autores quienes induzcan directamente a otro a ejecutar el delito. El código equipara, por razones de política criminal, el inducir con el autor. Sin embargo, doctrinariamente la inducción es una forma de participación. Inductor es el que causa voluntariamente

en otro, mediante influjo psíquico, la resolución y realización de un tipo de autoría doloso o imprudente.

a.1. Elementos de la inducción son los siguientes:

Tipo objetivo: La acusación en otra persona, mediante influjo psíquico, de la resolución y realización de un tipo doloso de autoría. El inductor debe causar en el otro la determinación de cometer un delito. El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación siempre que posea la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada. La inducción debe ser sobre una persona concreta para que realice un delito concreto. El inducido ha de realizar un tipo doloso de autoría. Es decir, el inducido tendrá que realizar una conducta del Artículo 36.1 del Código Penal.

Tipo subjetivo: Debe existir dolo en el inductor, el inductor no solo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho (doble dolo). No cabe una inducción por imprudencia, es decir, sin voluntad de inducir. Salvador no advierte que al contarle a Ricardo las infidelidades de su esposa le hace surgir la idea de matar a esta.

b. La animación o aliento, esta figura esta contenida en el Artículo 37.1 del Código Penal, cuando indica que serán cómplices quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer un delito. Incluiría aquellos casos en los que no se llega a

la inducción. El enunciado de este artículo es muy amplio. Para no llegar a situaciones manifiestamente injustas ha de entenderse de forma muy restrictiva.

- c. La cooperación, el Código Penal distingue dos tipos de cooperación. Una es la llamada cooperación necesaria, que equipara a la autoría, y otra es la complicidad en sentido estricto.

La cooperación necesaria se encuentra regulada en el Artículo 36.3 del Código Penal, que establece “Son autores quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.” El Artículo 37 del Código Penal, en sus epígrafes 2, 3 y 4 contiene diversas formas de participación. La característica común a todos los actos de participación se inicia antes o en el momento de cometer el delito. El Artículo 37.2 exige una promesa previa de cooperación. Si no existe esa promesa estaríamos ante el encubrimiento del Artículo 474 del Código Penal.

El principal problema residirá en delimitar la cooperación necesaria de la complicidad Gimbernart acude al criterio de escasez. Será cooperación necesaria aquella que es difícil de conseguir según las circunstancias. En la misma línea. Rodríguez Mourullo recurre al criterio de sustitubilidad de la contribución. Si la contribución del partcipe es insustituible será cooperación necesaria. En cualquier caso no siempre será fácil delimitación y habrá que analizar cada caso concreto.

“La complicidad, así como la animación y el aliento, se castiga imponiéndose la pena del autor, reducida en un tercio. Si se es cómplice de tentativa se impondrá la pena reducida en dos tercios. (Artículos 63 y 64 del Código Penal).”⁴⁵

b. La presencia en la ejecución del previamente concertado, el Código Penal, en su Artículo 36.4 equipara como autor a aquel participe que habiéndose concertado previamente, este presente en el momento de la ejecución. Alejandro Rodríguez. “Señala que este texto viene claramente influenciado por la antigua doctrina del Tribunal Supremo Español del acuerdo previo. Este mismo autor critica la inclusión de esta equiparación por entender que se incumple con los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho.”⁴⁶

Esta equiparación sola podría justificarse en tanto, en cuanto dicha presencia sirve para asegurar la realización del delito, bien sea para dar apoyo al autor directo o para sustituirlo en el caso de que este no pueda realizar la acción. Por ejemplo, varios hombres entran en una casa para violar a una mujer y mientras uno yace con la víctima los otros contemplan la escena, eliminando por su mera presencia cualquier posibilidad de resistencia efectiva por parte de la víctima. De igual forma, dos sicarios se presentan armados a matar a una persona y solo uno dispara. En ese caso, el primer sicario falla o se le encasquilla el arma, el segundo asegura la consumación del asesinato. De alguna manera, la equiparación al autor se fundamenta en que este

⁴⁵ González Cauhape-Cazaux.**Ob. Cit;** Pág.128

⁴⁶ **Ibíd.** Pág. 128.

participe tiene en cierta medida características semejantes al autor ontológico al mantener el dominio sobre el hecho.

Por lo expuesto, se considera, que para evitar una excesiva amplitud del concepto de autor para que una persona pueda ser considerada como tal conforme al Artículo 36.4 del Código Penal será necesario:

- Que exista un concierto previo con el o los autores directos.
- Que este en el lugar de los hechos al momento de su ejecución.
- Que tenga una posibilidad real de intervenir para asegurar la ejecución.

Como se pudo comprobar en la investigación y análisis realizado concerniente a la autoría y participación, se estableció que para que se de, esta figura jurídica dentro del Derecho Penal, es necesario que se proporcionen (voluntad y acción) una serie de elementos para declarar responsable a un sujeto de un acto delictivo, en este caso la persona jurídica colectiva carece de las características que dan origen a los elementos necesarios por lo cual, no se le puede encuadrar en ninguna de las figuras jurídicas establecidas en los Artículos 36 y 37 del Código Penal vigente, siendo improcedente querer imputar un delito a un ente colectivo.

CAPÍTULO V

5. Análisis de la legislación guatemalteca con relación al delito de lavado de dinero u otros activos

5.1. Análisis de las normas y principios en la ley contra el lavado de dinero u otros activos

El problema de lavado de dinero se puede abordar desde la perspectiva de la prevención y desde la perspectiva de la represión, para entender que significan ambas se dan los conceptos:

La función preventiva: Es aquella que pone el acento en el diseño de un modelo normativo e institucional que evite la comisión de hechos de lavado, provenientes de un delito con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito.

La función represiva: Se ocupa de aplicar las normas mencionadas y de activar las instituciones para perseguir la comisión de hechos de lavado ya ocurridos.

Los dos conceptos generan análisis diferentes debido a que las actividades materiales dirigidas a lograr una mayor prevención difieren de las actividades dirigidas a descubrir, perseguir y sancionar a quienes delinquen. Las actividades de prevención y represión

comparten elementos importantes. En primer lugar, ambas parten de una descripción común de las acciones básicas que constituyen la conducta no deseada. Así por ejemplo, la descripción del tipo penal la elaboración de conceptos tales como operación sospechosa tienen consecuencia en ambas actividades, y en segundo lugar las actividades represivas tienen un efecto preventivo a futuro.

5.2. Fundamentos para la persecución del delito de lavado de dinero u otros activos

La convención de Viena, y el grupo de los siete países mas industrializados del mundo crearon una organización llamada Grupo de Acción Financiera (GAFI) en la cual acordaron a través de una resolución denominada Recomendación 4 del GAFI, en la que se promueve las medidas que sean necesarias para tipificar y la penalizar dentro del derecho interno de cada país el delito de lavado de dinero. En observancia a lo establecido en los tratados aceptados y ratificados por Guatemala, se crearon y sancionaron los decretos números 73-2000 (Convención de Viena) y 67-2001 (Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos) ambos del Congreso de la Republica de Guatemala.

a Tipificación penal del delito de Lavado de Dinero u otros Activos, la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, define el tipo penal y tipifica el delito de la manera siguiente:

a.1. Se establece en el Artículo dos. Del Delito de Lavado de dinero u otros activos.

“Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona:

a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión este obligado a saber, que los mismos son productos, proceden o se originan de la comisión de un delito;

b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo o que por razón de su cargo, empleo, oficio, o profesión este obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;

c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derecho relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión este obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.”

a.2. Establece en el Artículo cuatro. Personas Individuales. “El responsable del delito de lavado de dinero u otros activos será sancionado con prisión inmutable de seis a veinte años, mas una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito; el comiso, perdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia

en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país.

Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutara inmediatamente que haya cumplido aquellas.”

En este artículo se dan todos los elementos fundamentales y efectos de una acción antijurídica como son la culpabilidad y la imposición de una pena, a la persona jurídica individual como resultado de la acción, hasta aquí no se hace ninguna crítica con relación del tema que se está tratando, porque se cumplen las características establecidas en los principios doctrinarios y la ley.

a.3. Se establece en el Artículo cinco. Personas Jurídicas. “Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales, los delitos previstos en esta ley cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de su negocios...../”

En este Artículo se puede apreciar un elemento positivo del delito como es la acción o conducta humana realizada por uno de los órganos por lo que se procede

al análisis del Artículo cinco de la ley en mención, que es objeto de la presente investigación y que se tratara de demostrar.

5.3. El planteamiento del problema

Es determinar sí a la persona jurídica colectiva se le puede atribuir una acción delictiva, imputársele culpabilidad, e imponérsele una pena como se hace en el artículo abajo citado.

Personas jurídicas (Artículo 5 Dto. N° 67-2001). Establece. “Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales, los delitos previstos en esta ley cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de su negocios..... En este caso además de las sanciones aplicables a los responsables se impondrá a la persona jurídica colectiva una multa...../”

5.4. Desglosamiento y Análisis del Artículo 5, de la Ley Contra El Lavado de Dinero u otros Activos, en este análisis se tratara de establecer lo siguiente:

Del delito como se hizo anteriormente referencia en el Capítulo VI del Código Penal guatemalteco vigente los legisladores omitieron dar una definición de delito, por este motivo se adopto y es de mi interés para el desarrollo del presente trabajo, la mas

aceptada y completa definición como es la dogmática que establece “Delito es la acción o conducta, típica, antijurídica y culpable”.⁴⁷

Esta definición se compone de los elementos positivos del delito siendo:

b.1. La acción o conducta humana: Es la traducida en actos externos que pueden ser calificados como delitos y motivar una reacción penal. Esa acción es un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida, ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana, convirtiéndose en el sujeto activo del delito ya que es quien lo comete o participa en su ejecución.

- Para la ejecución de esta clase de delitos se requiere del dolo como elemento subjetivo para realizarse. Tómesese en cuenta la definición clásica del finalismo, “Dolo es el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo.”

- El delito tipificado en el Artículo cinco. De la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos. Esta manifestado el dolo directo, es decir la voluntad del autor a través de los órganos regulares que integran a la persona jurídica colectiva, que quieren directamente la producción del resultado típico, sea como fin directo propuesto o como uno de los medios para obtener aquel fin, como con el dolo eventual, es decir con aquella voluntad del autor en donde el resultado no es querido directamente sino que se le acepta como posibilidad y a pesar de ello se sigue actuando. El Artículo en mención establece “Serán imputables a las personas jurídicas,

⁴⁷ González Cauhape-Cazaux. **Ob. Cit**; Pág.27

independientemente” “los delitos previstos en esta ley cuando se tratase de actos realizados por sus órganos regulares”. Por lo establecido en estos dos fragmentos del artículo en mención el legislador transfiere una acción (humana), a un ente carente de voluntad propia, esa voluntad es una característica exclusiva que sólo el ser humano posee, por lo cual la imputación que se le hace a la persona jurídica colectiva queda desfigurada con relación a los elementos positivos del delito.

b.2. Típica, es la descripción de una conducta prohibida por una norma. La tipicidad en la ley penal. Las principales funciones del tipo son:

Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes: De todas las acciones antijurídicas el ordenamiento selecciona las más intolerables y lesivas para los bienes jurídicos más importantes a efecto de castigarlas penalmente. Para el análisis de la conducta típica es muy importante hacer una pausa en su primera función ya que esta instituye lo siguiente, para crear una conducta y esta ser considerada típica es necesario un comportamiento humano, o sea que esta función permite limitar una imputación excesiva por las diferentes conductas.

Función de garantía: su fundamento se encuentra en el principio de legalidad, por ello solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

Función motivadora general, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan a realizar la conducta prohibida. La conducta típica como bien se explica es la primera función que es realizada por un humano, conducta que en el Artículo cinco de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se le atribuye a la persona jurídica colectiva como autora o cómplice del hecho y a través de esta atribución se tipifica el hecho como una conducta propia del ente. Y al atribírsele esta conducta al ente se violenta el principio de personalidad de las penas estableciendo el mismo que se impide castigar a alguien por hechos ajenos. Su significado es que hoy en día ya nadie puede admitir la imposición de sanciones por hechos cometidos por alguna otra persona.

b.3 Antijuricidad, es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento humano es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. En el análisis que se hace se dan las siguientes características: a) Es una conducta humana; b) Analizar si se enmarca dentro de los tipos penales de la parte especial del código Penal o de otras leyes penales. La antijuricidad es otro elemento importante del delito, porque en esta es donde se va a encuadrar la conducta humana en el tipo. La valoración de esta conducta es una parte significativa para determinar la imputación que se le va a hacer al autor de un hecho delictivo. La persona jurídica colectiva, es un ente y no un ser humano

siendo este el motivo por el cual queda desfigurado otro elemento del delito en que se podría imputar un hecho delictivo a la persona jurídica colectiva.

b.4 Imputable, el jurista Manuel Ossorio en su diccionario da una Definición de imputabilidad: “Se dice que un individuo (humano) considerado capaz ante la ley es imputable siempre que pueda probarse que obro con plena comprensión del alcance de su acto, así como de las consecuencias del mismo.”⁴⁸

El jurista Luis Jiménez de Asúa. En su tratado de Derecho Penal, define la imputabilidad como: “La capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.”⁴⁹

El tratadista Raúl Carranca y Trujillo en su obra de Derecho Penal da la definición de Imputabilidad: “Es imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo lo que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad.”

En las definiciones anteriormente dadas los tratadistas con relación a la imputabilidad establecen que un sujeto considerado capaz ante la ley es imputable.

⁴⁸ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 368

⁴⁹ Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal.** Pág. 97

Como se hizo mención el ex catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Jorge Alfonso Palacios Motta, en sus apuntes de Derecho Penal, establece “para que la imputabilidad sea un elemento positivo de la infracción, esta debe contener los ingredientes psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales.”⁵⁰ Que limitan la conceptualización del mismo, también hay que entender que juega un papel decisivo en la construcción del delito, ya que no tendría objeto una conducta típicamente antijurídica, si no existe un sujeto a quien pueda ser imputada como culpable.

El elemento fundamental de la Imputabilidad radica en la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales que en última instancia van a determinar la salud mental y la madurez biológica, que constantemente exigen las legislaciones penales, para que el agente pueda responder de los hechos cometidos. Es decir, que la imputabilidad formalmente hablando esta condicionada a ciertos límites que la ley propone, sujetándose a ella habrá que considerar imputable a los sujetos que en su persona reúnen las características biopsíquicas que requiere la ley, para tener la capacidad responsable de los actos típicamente antijurídicos cometidos.

Cuello Calón, plantea que la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad es una realidad. Todas las personas (a excepción de unas) son imputables, pero solo son responsables, cuando habiendo ejecutado un acto, estén obligados a dar cuenta de él, es decir, que el estado de imputable es anterior al delito, mientras la responsabilidad

⁵⁰ Palacios Motta. **Ob. Cit;** Pág. 102

nace en el momento de su comisión, de ahí que la culpabilidad viene a ser la declaración de que un individuo responde de sus actos (por ser imputable), debe ser merecedor de una sanción. Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión (causas de inculpabilidad) con relación al hecho cometido.

La escuela de juristas o escuela clásica, sostenía que la imputabilidad se basaba en la responsabilidad moral y el libre albedrío del delincuente, concibiendo así dos clases de sujetos, unos imputables y otros inimputables (actualmente lo considera así el Artículo 23 del Código Penal). La Imputabilidad es el elemento del delito por el cual se define la capacidad y responsabilidad del autor, es decir, que la imputabilidad formalmente hablando esta condicionada a ciertos limites, siendo estos los ingredientes psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales, que la ley propone, para considerar al autor de un delito, culpable y posteriormente responsable. Este elemento positivo del delito, es uno de los elementos fundamentales porque a través de este se determina la capacidad de obrar que tiene el imputado. Esta capacidad es única porque requiere de ciertos ingredientes que poseen determinadas personas se habla de determinadas personas porque existen los menores de edad, los enfermos mentales y los entes colectivos.

En esta investigación lo que interesa es determinar si a la persona jurídica colectiva se le puede imputar un delito, por lo establecido anteriormente no es posible porque esta carece de los ingredientes que la doctrina y la ley especialmente requieren para

imputar un hecho delictivo. La legislación guatemalteca requiere que se den esos ingredientes, por lo cual solo podrá imputarse un hecho delictivo a uno o algunos de los miembros que la integran porque estos si poseen los ingredientes establecidos por la ley.

b.5. Culpable, es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente. Es el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando es un adulto con todas sus facultades que sabe y conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga exigible otra conducta. Una vez afirmada la antijuridicidad de la conducta, el estudio pasa a centrarse en el autor (persona humana capaz).

b.6. Elementos de la culpabilidad

Para que exista culpabilidad es necesario que se de una serie de elementos, sin los cuales desaparece la situación de culpabilidad del sujeto:

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad para poder elegir entre distintas opciones, es necesario tener un cierto grado de madurez psíquico, así como capacidad para entender lo que se está haciendo y comprender la ilicitud de una norma. Por ello, no podrá ser culpable un niño o un loco.

El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, solo tiene sentido reprochar a una persona por un comportamiento antijurídico, si conocía a grandes rasgos que era prohibido. No se podrá decir que alguien eligió libremente cometer un delito cuando ignoraba que dicha conducta era prohibida.

La exigibilidad de comportamiento distinto, el derecho puede exigir comportamientos incómodos pero nunca heroicos o imposibles. Por ello no se hará un juicio de reproche al sujeto que eligió una conducta antijurídica, cuando cualquier otra opción hubiese supuesto un grave perjuicio para su persona.

La ausencia de cualquiera de estos elementos, elimina la culpabilidad estos son los elementos de los cuales carece la persona jurídica colectiva. Estos elementos son graduables, por lo que si existe alguna causa que los desdibuja pero sin eliminarlos, se atenuara la culpabilidad.

5.5. Conclusión del estudio y análisis del tema tratado

Al analizar la presente investigación se pudo comprobar que la persona jurídica colectiva, dentro del Derecho Penal moderno, se le puede considerar un ente incapaz en el sentido de la palabra para la comisión de un acto ilícito por carecer de los elementos para la comisión de un acto ilícito.

Esta aseveración se hace con fundamento de los principios y doctrinas que informan al Derecho Penal y por lo establecido en la ley siendo alguno de ellos:

- a. Principio de exigencia de dolo o imprudencia: No puede existir un delito si no hay dolo o imprudencia en su autor. Ello quiere decir que no basta que se produzca un resultado lesivo o que se realice un comportamiento peligroso. Para que haya delito, el autor debe (voluntad) haber querido el resultado o al menos, haberlo producido por no haber puesto el debido cuidado. Como se pudo establecer el verbo rector es querer o sea que para cometer un delito se requiere voluntad, elemento del cual carece la persona jurídica colectiva, por lo cual es imposible imputarle un hecho delictivo.

- b. Principio de culpabilidad: De este principio se extrae el principio de personalidad que consiste en impedir castigar a alguien por hechos cometidos por algún otro. En el Artículo cinco la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se violenta el principio de personalidad, en este artículo se atribuye un hecho delictivo cometido por una persona (órgano del ente) a otra persona, como lo es la imputación que se le hace a la persona jurídica colectiva.

El concepto de culpabilidad se convierte en un límite de la capacidad sancionadora del Estado. El Estado solo podrá imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad conforme a la ley. Tal como lo estipula el Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, Artículo 10 del Decreto Numero 17-73 (Código Penal). Artículo cuatro del Decreto Número 51-92 (Código Procesal Penal). Del principio de legalidad se extrae el

principio de personalidad, la exigencia de dolo o imprudencia y la exigencia de la comprensión.

c) El fundamento legal está establecido en el Artículo 38 del Código Penal Guatemalteco, vigente el cual regula que la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas recaerá en sus órganos y no en el ente. La inimputabilidad consiste en que la persona jurídica colectiva carece de las características propias del ser humano como son la salud mental y la madurez biológica para decidir la ejecución de un acto.

Además se hace mención de los requerimientos establecidos para que una persona pueda ser declarada culpable:

- En primer lugar tiene que haber cometido un ilícito;
- En segundo lugar el resultado prohibido ha de haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propiamente imprudente;
- En tercer lugar, la persona debe tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba cometiendo un delito.

d. Principio de personalidad de las penas: El principio de personalidad impide castigar a alguien por hechos ajenos. Hoy día nadie puede admitir la imposición de

sanciones por hechos cometidos por algún otro. Este es un principio doctrinario muy importante y además legalmente reconocido en el Decreto 6-78 del Congreso de la Republica de Guatemala (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José) Artículo cinco. Derecho a la Integridad Personal. “ 3.- La pena no puede trascender de la persona del delincuente;.../..”; d) (El Jurista Guillermo González Cauhape-Cazaux en sus apuntes de Derecho Penal establece) principio de exigencia de ilicitud. “Para que una persona sea culpable es necesario que conozca que la conducta que va a realizar es prohibida y que pueda respetar dicha prohibición.” Estos son unos de los principios que le dan las directrices al Derecho Penal moderno, para prevenir se cometan injusticias al momento de inculpar a una persona. Otro fundamento muy importante para determinar si una persona es imputable es la teoría del delito, porque esta indica los elementos que se deben dar para imputar un delito, dispositivos que provienen de una característica que solo el ser humano normal posee.

Por lo tanto y con fundamento en las doctrinas y corrientes que informan al Derecho Penal moderno, no es procedente imputar a una persona jurídica colectiva, hechos cometidos por otra persona jurídica individual, como se hace en el Artículo cinco de la Ley Contra el Lavado de Dinero U Otros Activos. El contenido de este artículo violenta los principios doctrinarios y legales determinados anteriormente.

Aparte de los fundamentos citados anteriormente. La doctrina alemana y española insiste en el hecho de que la acción penalmente relevante siempre será humana, con

esto apoyo mi criterio que las personas jurídicas colectivas no se les puede imputar una acción antijurídica y posteriormente declararlas responsables. Por lo tanto en esos países y en Guatemala se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero esa responsabilidad va a recaer en los órganos tal como se encuentra establecido en el Artículo 38 del Código Penal vigente.

Sin embargo, constituyen excepción algunas legislaciones como el sistema Sajón, el Código Penal Francés, los Derechos Musulmán y Canónico que establecen los estatutos relativos a los delitos y responsabilidad penal de las personas jurídicas, la palabra persona comprende también las corporaciones. Los motivos son de política criminal. Se considera desacertado hablar de una responsabilidad penal de personas jurídicas colectivas. Tal y como lo sostienen varios tratadistas la norma penal esta dirigida a personas jurídicas individuales y el delito siempre será cometido por seres humanos, independientemente que en su ejecución se utilice un ente como instrumento para cometer el delito. Por eso, cuando se cometa un delito por medio de una persona jurídica colectiva, se deberá sancionar a las personas que dirigieron y decidieron la realización del delito.

Seria positivo por razones de política criminal, que a las personas jurídicas colectivas se les impusiera una sanción. En este sentido se pueden establecer sanciones de tipo administrativo o civil (multa, suspensión, disolución o expropiación). Tal como lo establece el Artículo 1664 del Decreto Número 106 (Código Civil) vigente.

CAPÍTULO VI

6. Responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas

La Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. En su Artículo cinco se le imputa a la persona jurídica colectiva un delito cometido por sus órganos regulares y esta imputación trae consigo una responsabilidad y en consecuencia una pena que consiste en el pago de una multa. Como se observo anteriormente la persona jurídica colectiva, es un ente incapaz dentro del Derecho Penal para cometer e imputarle un hecho delictivo por carecer de los elementos positivos del delito.

6.1. Planteamiento del problema

¿Podrá penalmente atribuírsele responsabilidad penal a una persona jurídica colectiva por hechos cometidos por alguno de sus miembros?

La Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, por su naturaleza es catalogada como una ley penal especial, en la que se le imputa un acto ilícito, se responsabiliza y se penaliza con la imposición de una multa a la persona jurídica colectiva de un delito cometido por uno o algunos de sus miembros.

En la actualidad se puede considerar como principio firme, la concepción jurídica de que sólo el hombre puede ser objeto activo de delito. Sólo el hombre puede ser

denominado delincuente, ya que el hecho ilícito requiere siempre una voluntad y una inteligencia, facultades que solo el hombre posee, aunque ese principio no siempre ha sido reconocido por las legislaciones hasta el punto de que históricamente se le atribuyó responsabilidad criminal a los animales y aún a los seres inanimados.

Desde hace varios siglos los penalistas están de acuerdo en que la capacidad para delinquir solo reside en los seres humanos o racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad, sin que concurra la conciencia y la voluntad, y que esa voluntad conciente solamente se encuentra en el hombre.

Para que pueda hablarse de infracción criminal es necesario pues, proyectar el concepto hacia la persona humana, único ser que tiene capacidad de darse cuenta del hecho que realiza, mas al decir que solamente el hombre puede ser objeto del delito, surge una duda ¿Solo el hombre individual puede ser sujeto del delito, o también el hombre que reunido con otros hombres constituyen una persona social? Dicho de otra forma ¿Tiene capacidad criminal las personas jurídicas colectivas? A estas preguntas se les dará respuesta posteriormente.

El debate ha sido arduo y aún no es posible considerarlo concluido ya que la opinión de muchos penalistas es adversa en admitir la responsabilidad delictiva de las personas jurídicas colectivas. Por lo que aún sigue planteándose la cuestión sobre si las personas jurídicas colectivas pueden o no ser sujetos con capacidad y

responsabilidad delictiva. Es decir si es o no posible que las personas morales puedan cometer delitos previstos y reprimidos por la ley penal.

6.2. Responsabilidad de la persona jurídica colectiva.

- a. Principio de culpabilidad, vinculado a la aplicación de las sanciones, se hará referencia a los criterios sobre la base de los cuales se va a imputar una acción de lavado de dinero, realizada en el marco de una entidad jurídica como responsabilidad de esta. La cuestión nos remite, por supuesto, a una cuestión que va tomando cada vez mayor centralidad en el derecho penal moderno, la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas.

Este breve desarrollo solo tiene la función de actuar como presupuesto teórico, es decir como un desarrollo de conceptos que resultan útiles para el avance de este trabajo.

Se tomaran algunas ideas de autores de indudable relevancia en la ciencia jurídica penal con el objeto de asegurar que lo afirmado esta a la altura de la discusión moderna de la materia. La culpabilidad es concebida, en el derecho penal, como posibilidad empírica de haber actuado conforme el mandato legal. En este concepto la culpabilidad queda vinculada a las particulares aptitudes de una persona física (humana) que interviene en el mundo, presuponiendo aptitudes psico-físicas para poder haber cumplido con el mandato legal.

Esta concepción de la culpabilidad fue diseñada para un derecho penal de personas físicas y por lo tanto ha puesto barreras al desarrollo de una responsabilidad propia de las entidades jurídicas colectivas en el ámbito del derecho penal, ya que dichas entidades carecen de las particularidades personales que fundan la culpabilidad.

Sin embargo la necesidad político-criminal de sancionar a las entidades, hizo que dichas penas se instalaran en el ámbito del derecho penal el caso de la legislación guatemalteca, con el recurso de la responsabilidad objetiva o de imputación de la culpabilidad del órgano como culpabilidad de la persona jurídica en cuyo nombre actuaba. De este modo, vía responsabilidad objetiva o culpabilidad del órgano se obvió la elaboración de una culpabilidad particular de las entidades jurídicas.

- b. Concepto de responsabilidad objetiva: Tendencia relativamente moderna que se aparta del fundamento forzoso en culpa o dolo, para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios.
- c. Concepto de imputación de culpabilidad: "Imputación es el conocimiento de los fenómenos jurídicos, la imputación es una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante.(Smith)."⁵¹ Mas, aparte ese concepto jusfilosófico, ofrece importancia en el Derecho Penal por cuanto significa la atribución, a una persona determinada, de haber incurrido en una infracción penal sancionable.

⁵¹ Ossorio. **Ob. Cit**; Pág. 368.

“De que algunos autores afirmen que imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. (Jiménez de Asúa).”⁵²

- d. Concepto de culpabilidad los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: “En sentido lato, significa la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal.”⁵³

Las formas de imputación fundadas en la responsabilidad objetiva o en la responsabilidad del órgano conllevan algunas consecuencias que deben ser evitadas:

La Responsabilidad Objetiva para la entidad viola la garantía de culpabilidad de la entidad jurídica que, creemos, el derecho penal o penal administrativo no pueden obviar en un Estado de derecho, la imputación a la entidad jurídica de la culpabilidad del órgano conlleva el riesgo de la irresponsabilidad organizada. En efecto, la división funcional de tareas es tal que puede darse una relación circular de responsabilidades que establezca una organizada irresponsabilidad de todos los órganos, llevando una regresión al infinito en la búsqueda del culpable, lo que torna en ineficaz esta tesis desde el punto de vista político criminal.

⁵² **Ibíd.** Pág. 368

⁵³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 188

Para superar estas posiciones, el profesor alemán Bernd Schunemann propone la constitución de la culpabilidad de la entidad jurídica por medio de tres criterios que permiten la imputación a la entidad por su responsabilidad propia que evitan los inconvenientes de los criterios de imputación detallados, estas tres tesis se adecuan a las garantías del estado de derecho al crear un instrumento teórico para que las entidades jurídicas puedan desvincularse de responsabilidad aún cuando sus órganos sean malintencionados o negligentes y, por otra parte, evita quedar atada a la culpabilidad de los órganos que, como se dijo, conlleva el riesgo en las organizaciones del regreso al infinito.

Schunemann plantea fundar la responsabilidad de las personas jurídicas en tres presupuestos:

- Que si una persona física, realiza en el giro u objeto normal de la empresa, una acción ilícita debe ser conminada con pena o una multa administrativa;
- Que dicha acción hubiera debido redundar en beneficio de la empresa;
- Que falten o sean incompletas, las medidas de dirección o vigilancia necesarias para evitar tales hechos (Que existan controles internos para asegurarse que el empleado cumpla con el deber de vigilancia cuando es debido, o cumpla con las medidas relativas para permitir la colocación de dinero en el sistema financiero).

Según la tesis de Schunemann, basta con el fallo objetivo de las medidas necesarias de dirección y vigilancia, sin que sea necesaria una acción individualmente culpable del órgano de control superior. Esto implica que las entidades podrán evitar su responsabilidad estableciendo todos los controles internos y patrones de seguridad indicados en las normas nacionales e internacionales para el lavado de dinero. Pero si la entidad no ha cumplido con dichos patrones y se dan los otros presupuestos de imputación la entidad debe responder.

La legislación guatemalteca hubiera tomado como principio para determinar la culpabilidad de la persona jurídica colectiva la tesis del profesor alemán Bernd Schunemann, y en La Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, deberá establecer en un Artículo lo siguiente: Las personas obligadas deberán designar funcionarios encargados de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, así como cumplimiento de las obligaciones que la presente ley impone, incluidos el mantenimiento y envío de registro adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas e inusuales para determinar en que momento se inicia con el ilícito. Estos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes. Como la Superintendencia de Bancos a través de la Intendencia de Verificación Especial (IVE) que deberá velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas.

Si se llegara a dar el ilícito, el legislador hubiera establecido en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Qué para establecer un acto delictivo y sancionar a la persona jurídica colectiva en el delito de Lavado de Dinero u otros Activos, se va a tomar

como base probatoria la relación entre la resolución final de la causa penal que se realice contra el órgano y el trámite del proceso administrativo (Super Intendencia de Bancos) y por lo determinado posteriormente en ambos, iniciar el proceso contra la persona jurídica colectiva ya sea por la vía civil o administrativa pero no dentro del procedimiento común penal ya que éste está diseñado para juzgar personas jurídicas individuales.

6.3 Órganos individuales y colectivos para el control del delito de Lavado de Dinero u otros Activos.

a. Personas obligadas y sus obligaciones, para prevenir la comisión del delito de lavado de u otros activos. La Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, establece en el Capítulo IV quienes son las personas obligadas, así como sus obligaciones, para el control y prevenir la comisión del delito del Lavado de Dinero, especificándolas en el Artículo 18. De las personas obligadas. “Para los efectos de la presente ley se consideran personas obligadas las siguientes:

- 1) Las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos.
- 2) Las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores.

- 3) Las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.
- 4) Las entidades fuera de plaza denominadas off-shore que operan en Guatemala, que se definen como entidades dedicadas a la intermediación financiera constituidas o registradas bajo las leyes de otro país y que realizan sus actividades principalmente fuera de la jurisdicción de dicho país.
- 5) Las personas individuales o jurídicas que realicen cualesquiera de las siguientes actividades:
 - a) Operaciones sistemáticas o sustanciales de encaje de cheque.
 - b) Operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o compra de cheques de viajero o giro postales.
 - c) Transferencia sistemáticas o sustanciales de fondos y/o movilización de capitales.
 - d) Factoraje.
 - e) Compra venta de divisas.
 - f) Cualquier otra actividad que por la naturaleza de sus operaciones pueda ser

utilizado para el lavado de dinero u otros activos, como se establezca en el reglamento.

6) Las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos.

7) Las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores.

8) Las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.

Artículo 19. Programas. “Las personas obligadas deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos idóneos para evitar el uso indebido de sus servicios y productos en actividades de lavado de dinero u otros activos.

Estos programas incluirán, como mínimo:

a) Procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y de conocimiento de los antecedentes personales, laborales y patrimoniales de los empleados.

b) Capacitación permanente al personal e instrucción en cuanto a las responsabilidades y obligaciones que se deriven de esta ley. La capacitación también deberá abar

car el conocimiento de técnicas que permita a los empleados detectar las operaciones que puedan estar vinculadas al lavado de dinero u otros activos y las maneras de proceder en tales casos.

c) Establecimiento de un mecanismo de auditoria para verificar y evaluar el cumplimiento de programas y normas.

d) La formulación y la puesta en marcha de medidas específicas para conocer e identificar a los clientes.

Asimismo las persona obligada deberá designar a funcionarios gerenciales encargados de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, así como obediencia de las obligaciones que la presente ley impone, incluido el mantenimiento y envío de registro adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas e inusuales, estos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes. La Superintendencia de Bancos a través de la Intendencia de Verificación Especial (IVE) deberá velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo.

b. Clasificación de la acción dolosa y culposa de las personas obligadas para la prevención del delito de Lavado de Dinero u otros Activos.

b.1. Tipificación administrativa dolosa, se trata así de un tipo penal (administrativo) que presupone la acción dolosa del órgano o ejecutor, se aplican a este tipo de criterios los utilizados en análisis del tipo penal de lavado que ya vimos. Es importante destacar que tanto en este caso como en el de la sanción por imprudencia a las entidades se presupone que la acción del órgano o ejecutor ha sido delictiva y tal carácter de su acción solo puede ser determinado en juicio penal. De este modo para aplicar la sanción administrativa en el caso de Guatemala, se llevara un proceso administrativo ejecutado por la Superintendencia de Bancos, la cual determinara la sanción a imponer, cabe agregar y considerar que la imputación de la acción del órgano a la entidad no debe ser directa, sino que se deben aplicar, tanto en este caso como en el de la imprudencia que a continuación se analizara, criterios de aplicación autónomos a la persona jurídica en la línea de los desarrollos teóricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas.

b.2. La tipificación administrativa culposa, como una forma de proveer a la instrumentación de mecanismos de prevención, la norma abajo descrita crea la necesidad de elaborar con gran prudencia el contenido del deber de cuidado. El incumplimiento de la norma por parte de una entidad dará lugar a la posibilidad de una sanción en caso se produzca un hecho de lavado de dinero. El respeto del principio de legalidad exige que, la conducta dará lugar a que la sanción sea lo mas determinada posible. Ello obliga a una importante precisión de las reglas, precisión que esta lejos de lograrse con conceptos tales como operaciones imprudentes, etcétera. El legislador ha creado la figura penal administrativa del lavado de dinero

cometido con temeridad o imprudencia grave (Ley contra El Lavado de Dinero u Otros Activos), establece el Artículo 31. Procedimientos y sanciones. “Las personas obligadas a que se refiere el Artículo 18 de la presente ley serán responsables por incumplimiento de las obligaciones que esta les impone y serán sancionadas por la autoridad administrativa competente con multa de diez mil dólares (EUA\$10,000.00) a cincuenta mil dólares (EUA\$50,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a la gravedad del hecho; además tener que cumplir con la obligación omitida que hubiere dado lugar a la sanción en plazo fijado por la autoridad competente y sin perjuicio de responsabilidades penales en que hubiere incurrido.” Que penaliza a las personas jurídicas por el daño producido (ingreso de dinero proveniente de actividades ilícitas al sistema financiero) como consecuencia del incumplimiento grave del deber de cuidado por parte de sus órganos o ejecutores. La norma asigna a los entes encargados de control un papel de vigilancia y estos serán sancionados cuando se produzca un resultado disvalioso por el incumplimiento grave de este deber de vigilancia, no así cuando el lavado se produzca a pesar de la debida vigilancia desarrollada por los entes encargados del control. Esto obliga, por un lado, a determinar con gran cautela que conductas constituyen temeridad o imprudencia grave y que conductas son consideradas imprudencias o negligencias menores o no es considerada negligencia en modo alguno, pues ése es el límite de la pretensión punitiva de la norma. También resulta necesario proveer de mecanismos para que los entes puedan demostrar que se han conducido con el debido cuidado, pues de otro modo se les coloca en una peligrosa situación de inseguridad jurídica.

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros activos. Artículo 19. “Programas. Las personas obligadas deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos idóneos para evitar el uso indebido de sus servicios y productos en actividades de lavado de dinero u otros activos..... /.”

El análisis de los artículos anteriormente citados para que surtan la eficacia en el sistema de patrón a utilizarse deberá ser realizado antes de la comisión del hecho y no después, ya que si se realiza después de todos los riesgos, cual va a ser el objeto de crear planes de prevención, si los riesgos ya son reales. Para ello debería recurrirse, tal como se afirmó precedentemente, a lo que Roxin denomina prognosis objetivo posterior. Este método consiste en que el interprete de un hecho delictivo (en el caso de las entidades jurídicas de Intendencia de Verificación Especial (IVE), la Super Intendencia de Bancos, el Ministerio Público, deberá colocarse hipotéticamente en el rol de un especialista en el ámbito de trafico de que se trate (en este caso es el sistema financiero el bien jurídico protegido) en el momento de la realización del hecho, para evaluar así si la acción violadora de los controles debía ser prevista por estos. Si el desarrollo del conocimiento al momento de realización del hecho indicaba que debía ser previsto y, por lo tanto, abortado por los sistemas de control de la organización, el presupuesto se habrá cumplido y podrá responsabilizarse a la entidad. Pero si los patrones de control y vigilancia cumplieron con las normas de calidad, el hecho solo será imputable a la persona física que actuó como órgano.

Esta tesis se entrelaza con la propuesta de autorregulación, ya que la iniciativa de las mismas entidades financieras así como las calificaciones obtenidas en el sistema autorregulatorio serán antecedentes importantes al momento de evaluar sus responsabilidades. Esta línea de análisis fomenta la colaboración empresarial, a partir de que se le otorga una vía de escape si cumplen con las normas. Las entidades que colaboren se benefician al tener argumentos para su defensa, a partir de la vigilancia de la garantía de culpabilidad.

Cabe destacar que la ley noruega establece estos requisitos, entre otros, como criterios que podrán ser tenidos en cuenta al momento de decidir sobre si ha de imponerse o no la pena y su cuantificación. Por ello, no es necesario esperar la aplicación de sanciones para el caso en concreto para aplicar estas reglas, sino que la reglamentación de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros activos, Artículos 18,19 y 31. Podría establecer estas condiciones de imputación como obligatorias para la interpretación de responsabilidad, coadyuvando al respeto de las garantías constitucionales y a la colaboración de las entidades en el diseño y cumplimiento de sistemas de control internos y eficaces.

6.4. Derecho comparado

Ciencia cuyo objeto se refiere al estudio, análisis, semejanzas, diferencias y comparación de las legislaciones de diversos países y que se ha convertido en un medio importante para la reforma de la legislación penal de otros países adoptando

aquellas leyes e instituciones que mayor éxito han alcanzado en la lucha contra la criminalidad y la administración de justicia.

6.5. Aplicación de administración de justicia en el delito de Lavado de Dinero u otros Activos. A las personas jurídicas colectivas en las repúblicas de Centro América.

a. En Guatemala, la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, señala en el Artículo 5. “Personas Jurídicas. Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad de sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales, los delitos previstos en esta ley, cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios.” En este artículo a la Persona Jurídica Colectiva, se le atribuye el hecho delictivo y se le sanciona con multa, como si ella fuera responsable de los delitos cometidos por sus órganos o ejecutores.

b. En la república de Honduras, El Decreto Numero 45-2002 del Congreso Nacional de la República de Honduras, Ley Contra el Delito de Lavado de Activos. Capítulo III, Del Delito de Lavado de Activos. Artículo 12.- “Independientemente de la responsabilidad penal de sus directivos, gerentes o administradores, cuando se constituya practica institucional de una empresa la perpetración o facilitación de los delitos tipificados en esta ley, se sancionara a la persona jurídica con el cierre definitivo y multa del cien por ciento (100 %) del monto del lavado.”

Estas dos legislaciones se apoyan para tipificar y sancionar a la persona jurídica colectiva en el delito de Lavado de Dinero, en el Criterio Positivo de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas colectivas, criterio que se explico en el Capitulo IV. De este trabajo de investigación. La republica de Guatemala, en el Código Penal vigente, en el Artículo 38 se fundamenta en la Corriente Moderna, dándose así una antinomia el Código Penal vigente y La Ley contra El Lavado de Dinero u Otros Activos.

c. En la república de El Salvador, Decreto Numero 498 de la Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador. Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Capitulo II De los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos. Art. 4. “El que depositare, retirare, convirtiere o transfriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas..../. En el caso de las personas jurídicas, las sanciones serán aplicadas a las personas naturales mayores de 18 años, que acordaron o ejecutaron el hecho constitutivo del lavado de dinero y de activos.../..”

d. En la república de Nicaragua, resolución número CD-SIBOIF-524-1-MAR-5-2008. Norma para la Gestión de Prevención de los Riesgos del Lavado de Dinero, Bienes o Activos y del Financiamiento del Terrorismo. Capitulo I Programa y Responsabilidad de Prevención. Artículo 5.- “Es responsabilidad de la Asamblea General de Socios o Accionistas, Junta Directiva, Funcionarios y empleados de cada entidad, supervisada, proteger la integridad de la misma ante los riesgos LD/FT (Lavado de Dinero/Financiamiento del Terrorismo) en interés propio y del

sistema financiero, y dar cumplimiento a la leyes, reglamentos y normas sobre la materia.”

Estas dos legislaciones se apoyan en la Corriente Moderna, que se orienta en el sentido de mantener el principio negativo de la responsabilidad de la persona jurídica colectiva, esta corriente fue explicada mas ampliamente en el Capitulo V del presente trabajo, haciéndose constar el avance que ha tenido el Derecho Penal Moderno, con relación a la imposición de una sanción.

- e. En la república de Costa Rica. Presenta vacíos legales y no hay regulación para ciertas actividades económicas. Informe del Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), Costa Rica presenta debilidades en el control de Lavado de Dinero, que la convierten en un posible destino para esa actividad ilícita, según se desprende de un informe de la institución en mención.

CONCLUSIONES

1. El concepto de persona jurídica colectiva legal y doctrinariamente no abarca la totalidad de los atributos del ser humano, únicamente ciertas conductas externas reguladas por un ordenamiento jurídico, que produce determinadas consecuencias jurídicas.

2. Toda persona jurídica es creada para fines lícitos, en ese sentido la persona individual, al crear la persona jurídica colectiva lo hace en algunas ocasiones con el objeto de ilicitud, para la comisión del delito de Lavado de Dinero u otros Activos.

3. Debido que la persona jurídica colectiva, carece de los atributos y características de la persona humana o individual, no se le podría imputar por la falta de esos atributos, en un proceso penal el delito de Lavado de Dinero u otra Activos. Por lo que es necesario una acción legal por otra vía.

4. La república de Guatemala, en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, aceptó y convirtió en ley la corriente Moderna, que establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es imputable a la persona individual

que desempeñe cargos de administración, representación o ejecución, ya que sin la participación de alguno de estos, no se hubiere podido cometer el acto delictivo.

RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia, con la iniciativa de ley que le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala, deberá exponer dentro de los motivos de reforma de la sección II de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, que Guatemala, aceptó la doctrina de la Corriente Moderna, que establece que la responsabilidad penal es individual, convirtiéndola en ley, y así se reconoce que la persona jurídica individual y colectiva, son diferentes en derechos y obligaciones.

2. Que la Corte Suprema de Justicia, solicite al Congreso de la República de Guatemala, la reforma de la sección II de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, para que instituya al autor de un delito y al trasgresor de una norma administrativa, para no violentar los principios de Culpabilidad y el de Personalidad de las penas.

3. El Congreso de la República de Guatemala, a través del procedimiento establecido en ley, debe reformar el artículo nueve, capítulo III, sección I de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, en la cual se establezca qué para inculpar a una persona jurídica colectiva, debe hacerse a través de un procedimiento administrativo.

4. Que el Congreso de la República de Guatemala, reforme el Artículo cinco de la Ley contra el Lavado de Dinero u Activos, indicando que para inculpar a la persona jurídica colectiva, se establezca también un procedimiento administrativo, para poder iniciar acción contra la persona natural y/o colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Editorial Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos De Guatemala, 1998, 332 págs.
- CARRARA, Francesco. **Derecho penal**. Impresora y Ediciones Rodríguez México, 1993, 230 págs.
- CALDERON M. Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**. Ediciones Orión. Guatemala, 2005, 362 págs.
- CABANELLA, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974, 2,332 págs.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal**. Editorial Bosch, Barcelona España, 1961, 300 págs.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor A. y José F. De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Ediciones Edit-Art. Guatemala, 1989, 825 págs.
- DE MATA VELA, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**, Ediciones Superiores. Guatemala, 1983, 129 págs.
- GONZALEZ CAUHAPE-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Fundación Miran Mack, Guatemala, Mayo de 2003, 162 págs.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Impresora y Ediciones Rodríguez. México, 1982, 367 págs.
- MORO, Tomás. **Diccionario jurídico espasa**. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1989.
- ORTIZ GALLARDO, Alba Luz. Tesis (s.l.i) **Ineficacia de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el gobierno de Guatemala, en el combate frontal contra el narcotráfico**. Biblioteca Central Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2006, 90 págs.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1988, 797 págs.
- PORTOCARRERO, Felipe S. **Derecho procesal administrativo**. Escuela Tip. Salesiana Perú, 1943, 110 págs.

PAZ PONCE, Jorge Amilcar. Tesis (s.l.i) **El delito de lavado de dinero u otros activos en relación al proceso penal.** Biblioteca Central Universidad de San Carlos de Guatemala. 2007, 95 págs.

POROJ SUBUYUJ, Oscar Alfredo. Tesis (s.l.i) **Responsabilidad de la personas jurídicas, penas y medidas de seguridad en el nuevo sistema penal.** Biblioteca Central Universidad de San Carlos de Guatemala. 2003, 109 págs.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Ediciones Nauta, S.A. Barcelona, España. 1962, 200 págs.

RODRÍGUEZ VILLAR, Pacífico. **Prevención del lavado de dinero en el sector financiero.** Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina 2001, 192 págs.

ROMÁN COTO, Mario Luis. Tesis (s.l.i) **La autonomía del delito de lavado de dinero u otros activos.** Biblioteca Central Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. 2004, 77 págs.

VALERA, Casimiro A. **Valoración de la prueba.** Ediciones Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990, 144 págs.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Talleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1984, 250 págs.

ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro. **Marco jurídico del lavado de dinero.** Ediciones Oxford Universidad, S. A. de C.V. México D.F. México 200, 301 págs.

ZENTENO BARILLAS, Julio César. **La persona jurídica.** Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1985, 54 págs.

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

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

Decreto Número 73-2000 del Congreso de la República de Guatemala. (Convenio de Viena)

Decreto Número 36-2003 del Congreso de la República de Guatemala. (Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

Decreto Número 6-78 del Congreso de la Republica de Guatemala. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica).

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

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