

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

**REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE
FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO,
PRETENSÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD
ES DE OTRA PERSONA**

EDWIN ESTUARDO ZALDAÑA ACEVEDO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2010

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

**REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE
FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO,
PRETENSIÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD
ES DE OTRA PERSONA**

TESIS

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

Por

EDWIN ESTUARDO ZALDAÑA ACEVEDO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto 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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Vocal:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Secretario:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic. José Luis Vallecillos Morales
Secretario:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

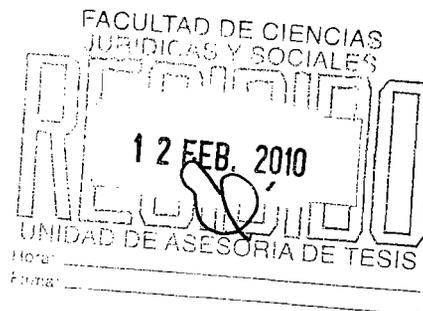
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciada
TERESA VÁSQUEZ VILLATORO DE GONZÁLEZ
Abogada y Notaria
2ª. Avenida 4-29 Zona 5, Colonia Santa Marta
Mixco, Guatemala
Teléfono: 24267213 54145452

Guatemala, 11 de febrero de 2010.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de Asesora de Tesis del estudiante EDWIN ESTUARDO ZALDAÑA ACEVEDO, que me fuera asignada intitulado: **“REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO, PRETENSIÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD ES DE OTRA PERSONA”**, el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, para el efecto procedo a emitir el dictamen siguiente:

- I. Considero que el tema investigado por el bachiller Edwin Estuardo Zaldaña Acevedo, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no sólo reúne los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino que además presenta una temática de especial importancia a nivel nacional, en el sentido de que el ponente logró establecer que efectivamente, es necesario regular las sanciones para la persona que de forma ilícita presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que realmente es de otra persona.
- II. La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos jurídico e inductivo. En lo que respecta a las técnicas de investigación el sustentante aplicó, la observación y las técnicas de investigación jurídico documental, comprobándose con ello que se hizo uso de la recolección de bibliografía actualizada para concluir en el anteproyecto de ley, en el que se hace el análisis jurídico para la inclusión de la figura del testaferra como nueva figura delictiva dentro del Código Penal.



Licenciada
TERESA VÁSQUEZ VILLATORO DE GONZÁLEZ
Abogada y Notaria
2ª. Avenida 4-29 Zona 5, Colonia Santa Marta
Mixco, Guatemala
Teléfono: 24267213 54145452

- III. De tal manera que la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a la claridad y precisión. El sustentante brinda un valioso aporte jurídico enfocándolo desde el punto de vista doctrinario y legal determinando que el órgano facultado para legislar debe revisar la legislación penal y procesal penal existente con el fin de actualizarla, porque hay bastantes casos similares en nuestra sociedad donde personas que nada que ver con los contratos, pretensión o negocios, comparecen en los mismos y ya es de urgencia nacional regular las sanciones correspondientes, siendo con ello interesante la contribución científica que se realizó en el presente trabajo.
- IV. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis, en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.
- V. La bibliografía empleada por el sustentante, fue la adecuada al tema investigado.
- VI. En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece interesante y en medida de conocimiento e investigación ha estado apegada a las pretensiones del postulante, cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y fondo conforme lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.

Derivado de lo anterior, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por el bachiller Edwin Estuardo Zaldaña Acevedo, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico y técnico, aplicación correcta de la metodología y técnicas de investigación, redacción, pertinencia de su contribución científica, puntualización exacta de las conclusiones y recomendaciones arribadas, además de la utilización de la bibliografía atinente al tema investigado.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme

Atentamente,

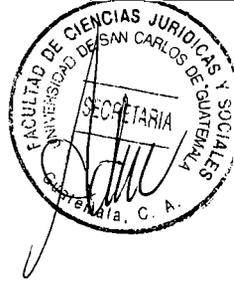
Teresa Vásquez de González
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado No. 4630

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



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

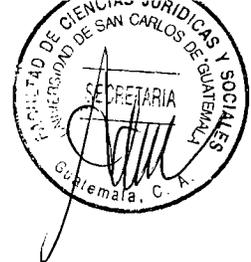
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDWIN ESTUARDO ZALDAÑA ACEVEDO. Intitulado: "REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO, PRETENSIÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD ES DE OTRA PERSONA".

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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/silh.



LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO
7ª - Avenida 19-02 zona 1, 2do. Nivel
Tels. 58506616

Guatemala, 01 de abril de 2010.

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
JEFE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CIUDAD.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
07 ABR. 2010
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Hora: _____
Firma: _____

Atendiendo al nombramiento de fecha dieciocho de marzo de dos mil nueve, para que en calidad de Revisora del trabajo de Tesis de el Bachiller **EDWIN ESTUARDO ZALDAÑA ACEVEDO**, carné estudiantil 9710381, "REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO, PRETENSIÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD ES DE OTRA PERSONA", para rendir el informe respectivo, de conformidad con lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo de la siguiente manera:

Al establecer comunicación con el Bachiller Edwin Estuardo Zaldaña Acevedo, se procedió a revisar el trabajo realizado, el cual se encuentra congruente, quedando como nombre del tema: "REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO, PRETENSIÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD ES DE OTRA PERSONA".

En el trabajo de investigación que realizó la estudiante, se desarrollaron temas de mucha actualidad, el cual tiene contenido científico, realizando un estudio técnico de las fases y aspectos relevantes en la tramitación de un proceso de medidas de protección y sus consecuencias jurídicas, realizando una valorización del tema, por lo que no dudo que constituirá una excelente compensación para las instituciones administrativas y judiciales respectivas.

Dentro del informe final realizado por la estudiante, se efectuaron investigaciones bibliográficas, dentro de las cuales se utilizaron los métodos inductivo o directo y el deductivo o indirecto, que permitieron el estudio de hechos, datos, rasgos doctrinarios y de otros aspectos relevantes. Se agregó el análisis institucional del mismo para que de esta manera se pudieran proporcionar las conclusiones respectivas. Puedo agregar que dentro del trabajo realizado se utilizó en forma adecuada la gramática y lexicografía, utilizando un lenguaje técnico adecuado y que caracteriza a un profesional del derecho, incluyendo en el mismo las instituciones jurídicas y doctrinarias adecuadas y que fueron planteadas en forma objetiva, clara y precisa, que han motivado sus conclusiones y recomendaciones, cuyo objeto será el respeto a la vida, la dignidad, la integridad y la seguridad de la niñez y la adolescencia en Guatemala, para que logren su desarrollo integral.



La bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación se considera ser la más adecuada al tema, ya que se consultaron textos doctrinarios de autores nacionales y extranjeros, utilizando herramientas tecnológicas como el Internet, ya que refieren en forma precisa la temática de la investigación realizada.

Por lo antes relacionado y para los efectos correspondientes, recomendé a la estudiante las correcciones pertinentes en el trabajo realizado y en virtud que el trabajo cumple con los requisitos técnico-legales que la legislación universitaria requiere, emito **OPINION FAVORABLE**, para que se proceda con el trámite respectivo, según el Reglamento de Graduación.

Sin otro particular, me suscribo de usted,



LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 5247

MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

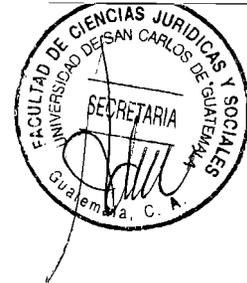
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de julio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDWIN ESTUARDO ZALDAÑA ACEVEDO, Titulado REGULACIÓN DE SANCIONES PARA LA PERSONA QUE DE FORMA ILÍCITA PRESTA SU NOMBRE EN UN CONTRATO, PRETENSIÓN O NEGOCIO QUE EN REALIDAD ES DE OTRA PERSONA. 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.

The block contains three handwritten signatures and two circular official stamps. The top-left signature is followed by a stamp from the 'DECANATO' (Dean's Office) of the Faculty of Law and Social Sciences, University of San Carlos of Guatemala. The middle signature is followed by a stamp from the 'SECRETARIA' (Secretary's Office) of the same faculty. The bottom-right signature is a large, stylized signature without an accompanying stamp.





DEDICATORIA:

- A DIOS:** Por ser la base de mi vida y mi familia.
- A MIS PADRES:** Gerardo Zaldaña Y Rosa Acevedo por ser la fuente, mi inspiración y darme todo su amor.
- A MI ESPOSA:** Tinibell Rendón por ser el apoyo firme.
- A MI HIJO:** Pablo Andrés, por ser el orgullo de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Gerardo Alfonso, Osmar Roberto y Ana Luisa.
- A MIS SUEGROS:** Gabriel Rendón y Azucena Padilla.
- A MI FAMILIA:** Por el apoyo recibido.
- A MIS AMIGOS:** Porque de alguna manera han contribuido a lograr este éxito.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por brindar sus conocimientos.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala
- A:** La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	(i)
--------------------------	------------

CAPÍTULO I

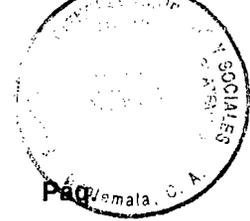
1. Delitos contra la economía en la legislación penal guatemalteca.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. El lavado de dinero.....	12
1.3. Formalidades de los negocios jurídicos que se prestan a actos ilícitos en su otorgamiento.....	13
1.4. Ilícitos civiles que no constituyen delito.....	30

CAPÍTULO II

2. El sustituto en los negocios jurídicos y su penalización.....	33
2.1. Generalidades.....	33
2.2. Elementos del delito contra la economía nacional.....	38
2.3. El sustituto en los negocios jurídicos con fines ilícitos.....	57
2.4. Elementos característicos de la conducta ilícita.....	59
2.5. La naturaleza jurídica de la sustitución ilícita en negocios Jurídicos.....	60
2.6. Derecho penal comparado en la sustitución ilícita.....	61

CAPÍTULO III

3. Formas que adopta el lavado de dinero.....	63
---	----



3.1. Delitos de narcoactividad como medios para el lavado de dinero.....	63
3.2. Teorías acerca de la narcoactividad y el lavado de dinero.....	69

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de crear una forma delictiva para el sustituto en negocios jurídicos con fines ilícitos.....	75
4.1. Elementos que justifican su regulación.....	75
4.2. Propuesta de su regulación.....	83
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

El objeto central de esta investigación es la figura del sustituto en los negocios jurídicos de dudosa procedencia o con fines ilícitos. Estas es una persona interpósita que comúnmente se usa en lavado de dinero y otros delitos conexos.

Esta actividad que mediante el presente trabajo, quedó en evidencia debería ser catalogada como ilegal, ya que generalmente los recursos económicos utilizados son de ilícita procedencia y dicha actividad resulta ser una especie o variante del fenómeno denominado lavado de dinero.

En el presente trabajo se abordan temas como es el caso del negocio jurídico; el fenómeno del narcotráfico; la desviación de fondos; la contratación del Estado, ya que se considera que es en estas actividades, donde se presenta con mayor frecuencia dicha figura.

La hipótesis planteada consiste en determinar la inexistencia de una normativa para esta figura delictiva.

Entre los objetivos esta el de proponer una reforma a las leyes penales que se relacionen directamente con esta.



Entre los métodos científicos de investigación utilizados se pueden mencionar el inductivo, el deductivo, el analítico y el sintético. El primero sirvió para el análisis particular de la figura delictiva que constituye el estudio central de la presente investigación. El método deductivo, para establecer las conclusiones y consideraciones finales de este estudio. El analítico, para descomponer el contenido integral de la figura delictiva en sus distintos factores subjetivos y objetivos y estudiarlos en sus partes. El sintético, para establecer el sumario de todo el contenido teórico con cuyos argumentos se puede considerar sustentado el presente estudio.

El contenido del presente trabajo se ha dividido en cuatro capítulos, de los cuales en el primero se exponen los elementos generales del tema; en el segundo se estudia en forma particular la figura ilícita del substituto en los negocios jurídicos; en el tercero se explican las causas que originan esta práctica ilegal; y finalmente, el cuarto contiene la propuesta de solución a la problemática que suscita esta conducta ilícita.

Por lo expuesto, se espera aportar en la lucha contra la criminalidad en Guatemala, proponiendo la regulación legal al respecto de esta conducta ilícita, que actualmente contribuye a la impunidad.



CAPÍTULO I

1. Delitos contra la economía en la legislación penal guatemalteca

La utilización de un sustituto dentro de un negocio jurídico, con fines delincuenciales, es algo común hoy día, para llevar a cabo negocios ilícitos o con ardid, para sorprender la buena fe de alguno de los otorgantes.

También se presenta en forma común para efectos del denominado lavado de dinero.

Esta última actividad mencionada, se puede entender como aquella actividad humana mediante la cual este sujeto permite que su nombre aparezca en un negocio, contrato o cualquier otra transacción en la que se adquieran bienes, siendo el caso que el verdadero interesado y quien por lo general aporta los recursos económicos de la negociación, es otra persona, la cual mediante dicha figura queda por consiguiente en el anonimato y oculta en la transacción. “El sujeto que firma por otro, es también conocido como “persona interpuesta o interpósito”¹.

Para entender esta conducta ilícita es preciso estudiar como aspectos generales, primero los delitos contra la economía nacional, bien jurídico en el que se encuadraría; y en segundo lugar, la forma del negocio jurídico en el que se gesta.

¹ Diccionario de la lengua española, Pág. 123.



1.1. Aspectos generales

Desde el punto de vista doctrinario, el tratadista Ossorio indica que: “Economía, Administración adecuada de los bienes. Estructura de organismos e instituciones. Ahorro y aprovechamiento del dinero y otros bienes, el trabajo y las energías de toda índole, del tiempo y de cualquier otro elemento que redunde en beneficio individual y social”.²

Desde el punto de vista constitucional, el Artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa que “es un obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y equitativa distribución de la riqueza”

Partiendo del precepto constitucional antes referido, se encuentra que la obligación del Estado desde el punto de vista penal, esta protegido en contra de aquellos actos que atente contra los bienes jurídicos tutelados sobre la materia, como lo son la libertad de industria y el comercio y en general toda actividad económica de la nación,

Para el efecto el lic. Monzón Paz indica que: “El Código Penal, tiene abierto un título dentro de su sistemática con la incorporación de los llamados delitos contra la economía nacional, estos presentan una ofensa al patrimonio, pero se distingue de los delitos que protegen al patrimonio, precisamente en que en estas ofensa llevan incluidas formas

² **Ibid.**



complejas de ejecución ya que en este tipo de delitos se atacan los principios generales de la industria y el comercio, basados principalmente en la buena fe. En esta clase de delitos las personas que intervienen obtienen grandes cantidades de dinero, ya que sus operaciones son desmedidas y afectan principalmente a los sectores más desposeídos, es por ello que el Estado debe intervenir y regular esta clase de ilícitos.”³

Para el efecto el Código Penal, bajo el título de los delitos en contra de la economía nacional y el ambiente, Artículos del 340 al 358, título que está dividido en cuatro capítulos, en el cual se agrupan a todos los delitos o figuras delictivas que se ocupan de regular aquellas acriminaciones que afecten la economía nacional, entre los que se puede indicar en el capítulo primero, el monopolio, la especulación, el delito cambiario, delitos con relación al destrucciones forestales; en el capítulo segundo de agrupan figuras delictivas que tratan sobre delitos que se relacionan con la empresa tales como la quiebra fraudulenta y culpable, alzamiento de bienes, quiebra de sociedades irregularmente constituidas, entre otras; en el capítulo tercero, se regulan los delitos en contra de la economía y el comercio, tales como la infidelidad en materia comercial, uso indebido de nombres comerciales, desprestigio comercial, competencia desleal; por último el capítulo cuarto, regula lo referente a los delitos en contra del régimen tributario.

1.2. El lavado de dinero

Con relación a la evolución que ha sufrido la forma de participación delincuencia, uno de los flagelos que hoy en día amenaza a la seguridad ciudadana y porque no decirlo la

³ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco, parte general**, pág. 132.



seguridad institucional, es la llamada criminalidad organizada o crimen organizado, actividad muy lucrativa que principalmente tiene sus fuentes en la obtención de recursos económicos, por su puesto de manera ilegal, principalmente de en la actividad del narcotráfico, de la desviación de fondos públicos, corrupción, secuestro, estafas, hurtos y robos bancarios, en general de cualquier forma de delinquir, pero por medio de una estructura criminal bien formada.

Estas agrupaciones criminales, luego de obtener los recursos económicos en forma ilegal, necesitan retornar dichos recursos, a la esfera de la legalidad, a efecto de, en primer lugar, desviar las investigaciones sobre su ilícita obtención y naturalmente disfrutar de los mismos, actividad que ha dado por llamarse en el derecho penal, el lavado o blanqueo de capitales.

El tratadista colombiano Figari, señala que: “La actividad de lavar ó blanquera dinero, ha existido siempre, ya que dicha actividad, es tan antigua como la forma de delinquir, y que los agentes de delito una vez consumado el mismo, obteniendo el provecho, tienen que ingeniarse la forma de disfrutar o aprovecharse de tales utilidades”⁴; es aquí donde cobra relevancia dicha actividad, ya que, como lo expone el tratadista antes referido, quien manifiesta que, el fenómeno del lavado de dinero, tiene sus orígenes en la necesidad de los grupos delincuenciales, que con el tiempo se fueron consolidando, hasta convertirse en entes autónomos altamente sofisticados y profesionalizados, de convertir en lícito el capital ilícito; dentro de estos entes considero que se pueden incluir especialmente los

⁴ Figari, Rubén E. **Encubrimiento y lavado de dinero**, pág. 435.



llamados carteles de la droga, agrupaciones creadas por algunos funcionarios de gobierno, así como agrupaciones dedicadas a las ventas de armas, entre otras, quienes dentro de sus estructuras, utilizan a personas que especialmente se dedican al lavado de activos, quienes son los encargados de ingresar a la economía cotidiana y principalmente bajo diversas modalidades, los capitales obtenidos ilícitamente, a efecto de transformarlos en capitales lícitos, actividad que hoy en día, se hace tan compleja para determinar el rastro de su procedencia, ya que se ha detectado que esta actividad ya es de carácter transnacional.

Comúnmente los capitales obtenidos ilícitamente en un Estado, son trasladados a otro, como parte del blanqueo o lavado antes referido, esta actividad naturalmente, a simple vista, no representa ningún problema, pero si se analiza desde la perspectiva de la economía, puede verse que el Estado receptor de los recursos, observa una constante expansión en su economía, la cual es ficticia ya que generalmente los recursos que les ingresan retornan a su país de origen ya con una apariencia de lícitos, por otro lado al Estado de donde salen, se le presenta un problema de fuga de capitales, los mismos por ser descontrolados, provoca la desestabilización de la economía-financiera, por lo que los efectos, que esta actividad provoca, no son de índole de un solo Estado, si no mas bien, por su naturaleza de globalizado, afecta a la comunidad internacional, ya que deteriora la confianza, incentiva la corrupción, desplaza las estructuras tradicionales de producción, se atraen a otras organizaciones delictiva, se desalientan los planes de inversión lícita, además provoca una inestabilidad en la paridad cambiaria y de las tasas de interés, a causa del movimiento de fondos imprevistos; Al respecto los tratadistas Firpo Maldonado y Sacconi, citados por Rubén E. Figari, señalan que: "Si bien las ganancias obtenidas



ilegalmente constituyen un financiamiento de empuje, para muchos negocios lo que genera los consiguientes efectos multiplicadores, esto a largo plazo provoca efectos negativos, ya que trae para el Estado y la sociedad grandes peligros”⁵ los cuales se enumeran así:

- Los países que aceptan dichos capitales, caen en una dependencia de esas corrientes de capital, lo que a mediano y largo plazo provoca la deformación estructural de su macroeconomía.
- En algún momento dicho flujo de dinero se estanca, debido a múltiples razones, entre las que se pueden mencionar, a la rigidez de las transferencias, al detectarse el fenómeno; Al combate del delito subyacente, por lo que al ser atacado, limitaría la obtención de capital ilícito.
- Se ha detectado que estas agrupaciones criminales, con base a su alto manejo de efectivo, invierten en la compra de empresas tradicionales, en especial de prestación de servicios, de producción y otras, lo que lleva a la quiebra a medianos y pequeños productores y comerciantes. d) Por último refieren que el dinero de origen ilícito tornan cada vez ineficiente las alternativas económicas, ya que los potenciales inversionistas, que pretenden invertir en su dinero legal, en determinado sector de la economía, son desalentados de sus planes de inversión, precisamente por la presencia de estas agrupaciones delictivas.

⁵ Ibid.



Es por ello que la actividad del lavado o blanqueo de dinero, atenta contra a economía de los Estados que sufren sus efectos, es por ello que, en el ámbito internacional, los Estados afectados por este flagelo, decidieron combatir dicho fenómeno, para el efecto se creo el Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de activos, conocido por las siglas GAFI, que se puede definir como: un grupo intergubernamental, que establece estándares, desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y últimamente en contra del financiamiento al terrorismo.

Entre los logros de este ente, en materia legal para combatir el lavado de activos, están las llamadas 40 recomendaciones, que constituye el instrumento legal a nivel internacional, para ser implementadas en los países miembros y de esta forma limitar la expansión de esta ilícita actividad, recomendaciones que son de implementación obligatoria, para los países miembros, grupo del cual Guatemala forma parte.

Con relación a la lucha que en Guatemala se libra en contra de dicha actividad ilícita, a manera de antecedente podemos indicar que, como consecuencia a la falta de legislación sobre el tema, Guatemala formaba parte del listado de países no cooperantes para combatir el lavado de dinero, por lo que, se realizaron varios esfuerzos para iniciar el compromiso serio para atacar este nuevo fenómeno antijurídico, el cual se estaba suscitando en la mayor parte del mundo, ante lo cual fue en el año de 1995, que el Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) estableció, en una legislación modelo para controlar el lavado de activos, por lo que entre los esfuerzos se encaminaron, a efecto de establecer una legislación modelo para todos



los países que integran la Organización de las Naciones Unidas, a efecto de combatir en forma conjunta, dicho flagelo que afecta la economía de las naciones.

En ese sentido, fue allí en donde se recomendó una legislación modelo para controlar el lavado de dinero, con el objeto de facilitar a todos los países que desearan la creación de la Ley específica de Lavado de Dinero o bien modernizar las ya existentes.

Para el efecto el Estado de Guatemala, inició el trabajo con el objeto de lograr la exclusión del referido listado, para lo cual fue fundamental, la participación de la Superintendencia de Bancos, institución que se preocupó en el tema y presentó al Congreso de la República de Guatemala, un proyecto de ley, para su discusión, tomando como modelo en anteproyecto antes referido, por lo que, luego del trámite legislativo correspondiente, finalmente se dio la creación del Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la, Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, aprobada en fecha 28 de noviembre del año 2001; por su parte el Organismo Ejecutivo participó mediante la creación del el Acuerdo Gubernativo número 118-2002, de fecha 17 de mayo del 2002, que contiene el Reglamento de la referida Ley; contemplando dicho ordenamiento jurídico entre otros aspectos de la materia, lo relativo a las conductas calificadas como delitos, las formas de participación, la responsabilidad, y las penas a imponer; por su estructura y avanzada técnica legislativa, se considera que esta ley, constituye parte de una verdadera política criminal, la cual sienta las bases para combatir el flagelo que conlleva la actividad ilícita del lavado o blanqueo de dinero y otros activos, provenientes de hechos ilícitos, por lo que se pueden resumir que Ley



Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, contiene normas jurídicas, utilizada para prevenir, controlar y sancionar la actividad del lavado de dinero u otros activos.

Con relación a la definición, de lo que se debe entender como lavado de dinero, desde el punto de vista doctrinario, consultadas varios diccionarios jurídicos, a la presente fecha, no se encontró, definición alguna, por lo que, la Organización de Naciones Unidas, a raíz de la Convención de Viena de 1988, ha venido tratado de desarrollar una definición sobre lo que se debe entender por lavado de dinero, para el efecto la Red de Fiscalización de Crímenes Financieros, nos define dicho fenómeno como: “El método por el cual una persona criminal, o una organización, procesa las ganancias financieras resultado de actividades ilegales.”

La Intendencia de Verificación Especial, de la Superintendencia de Bancos, indica que, según la ley contra el lavado de dinero y otros activos, estas actividades son: “El conjunto de operaciones realizadas por una persona natural o jurídica, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que previenen de actividades delictivas”⁶.

Por lo que se puede concluir, que el delito de lavado de dinero se desarrolla mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro de origen ilícito de los recursos, convertir, transferir, contribuir a ocultar o encubrir el origen ilícito de dinero, así como adquirir poseer o utilizar dinero sabiendo que se derivan de algún delito y darle la apariencia de licito a ese dinero.

⁶ Superintendencia de Bancos. **Preguntas y respuestas de la lucha contra el lavado de dinero y otros activos**, pág. 2.



Desde el punto de vista legal, el Artículo Dos de la Ley Contra el Lavado de Dinero y otros Activos, regula que: “Del delito de lavado de dinero y otros activos: Comete el delito de lavado de dinero y otros activos quien por sí mismo o por interpósita persona:

- Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo o que por razones de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, procedente o se originan de la comisión de un delito.
- Adquiera, posea, administre tenga o utilice bienes a dinero sabiendo, o que por razones de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de delito;
- Oculte o impida la determinación de la venta natural, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o derechos relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razones de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.
- Con el propósito de entender en forma clara la definición legal de lo que se debe entender como la actividad ilícita del lavado de dinero, es necesario conocer el significado de algunos términos utilizados, para el efecto el tratadista Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales, indica que:



- "Invertir: Cambiar el orden, la dirección o la disposición de algo por su contrario, en el tema que tratamos cambiar lo ilícito a lícito.

- Convertir: mudar o volver una cosa en otra. La transformación de un acto nulo en otro eficaz. Cambio modificación.

- Transferir: pasar o mudar de lugar. Conducir de un lugar a otro, transportar transmitir.

- Transacción: Cualquier operación o acto realizado por una persona con las personas obligadas. Negociar un bien inmueble que ha sido comprado con dinero proveniente de un delito, dándole apariencia de una operación mercantil legal.

- Transacción inusual: Es aquella operación cuya cuantía, frecuencia, monto o característica no guarda relación con el perfil del cliente.

- Ocultar: Sinónimo de esconder, encubrir, disimular, guardar silencio, reservarse lo que debía manifestar como por ejemplo la procedencia del dinero que se transporta.

- Bienes: Aquellas cosas de las que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan. Activos de cualquier tipo corporal e incorporal, mueble o inmueble, también pueden ser los documentos o instrumentos legales que acrediten

propiedad y todos los derechos sobre ellos. Son los que utilizan los lavadores de dinero para poder movilizar legalmente sus ganancias ilícitas.

- Lícito: Es todo lo legal jurídicamente, lo permitido, es toda actividad que una persona pueda realizar y que no este prohibido por la ley.

- Ilícito: Es todo lo contrario a la ley. Es todo lo que la ley prohíbe hacer, es una actitud delictiva, por ejemplo no robar, no comercializar, no matar, etcétera. Es una acción que una persona realiza contraria a las normas penales.

- La actividad del lavado de dinero u otros activos, doctrinariamente se dice que opera por medio de tres etapas las cuales se describen así:

- Colocación: es la actividad por medio de la cual, los grupos delincuenciales proceden a colocar en el dinero obtenido ilícitamente, en el sistema financiero del país al que deciden ingresar el capital para el lavado.

- Estratificación: es la actividad por medio de la cual se realizan múltiples transacciones, como por ejemplo, abrir cuentas bancarias a las que se observa un constante ingreso y salida del dinero depositado, hecho que se hace periódicamente, con lo cual se logra que se pueda reconocer o seguir la pista, sobre la procedencia del capital.



- Integración: que consiste en la disposición de los fondos ya ingresados al marco económico legítimo, ya que aparentemente en esta fase del proceso de lavado, ya proviene de actividades económicas lícitas”⁷.

Para llevar a cabo esta fase o proceso de lavado, las agrupaciones delincuenciales, se ven en la necesidad de utilizar a personas tanto naturales como jurídicas, quienes proceden a efectuar las operaciones financieras necesarias para la colocación, estratificación e integración del dinero, es aquí donde cobra relevancia la figura del testaferro, ya que es en esta fase donde se ha detectado su intervención, al prestar su nombre y figurar en negocios jurídicos, contratos o cualquier forma de intervención, en la adquisición de bienes, los cuales realmente no son de su propiedad, ya que solamente presta su nombre y de esta manera el verdadero interesado queda en el anonimato.

1.3. Formalidades de los negocios jurídicos que se prestan a actos ilícitos en su otorgamiento

El negocio jurídico es una institución de derecho civil, con muchos años de evolución, como se apuntará en el apartado correspondiente, (con el interés además de evidenciar los cambios que la tecnología efectúa en este y que se aborda también más adelante), no obstante, con la intención de establecer los criterios más recientes, al tiempo en que se redacta la presente investigación, se menciona a Diez-Picazo, citado por Aguilar, estableciendo la siguiente definición:

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**, Pág. 356.



“El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica.”⁸

Como ya se expuso anteriormente, el código civil guatemalteco no establece ningún tipo de definición de lo que se debe entender como, el negocio jurídico, sin embargo en su Artículo 1252, el cuerpo de leyes mencionado pareciera utilizar los términos manifestación de voluntad, como un sinónimo de éste. Si se entiende de esa forma, ciertamente es una expresión de lo que el autor o autores quieren, aunque para su debida comprensión y relacionando estos conceptos de la norma indicada, es preciso agregar la creación de una situación jurídica o en mejor forma, la reglamentación de una relación determinada.

Por su parte Betti señala por negocio jurídico, la definición siguiente:

“Declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos”.⁹

El Dr. Vladimir Aguilar Guerra, establece su propia definición en los términos siguientes:

“El negocio jurídico es, pues, un acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia

⁸ Aguilar Guerra. Osman. **El negocio jurídico**; Pág. 29.

⁹ **Ibid.**



de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico.”¹⁰

La definición del Dr. Aguilar resulta un poco más extensa que las otras, y por tanto incluyente de mayor número de elementos. Señala entre otros, la voluntad, la exteriorización de la misma y las consecuencias queridas por el agente.

Por la forma en que se redacta el presente capítulo y con la intención de dar más relieve a la institución central del mismo, el negocio jurídico se ha empezado estudiando previamente por su definición, no obstante, como se expresa a continuación, la relación entre acto y negocio jurídico queda expresada en la primera línea de la definición del Dr. Aguilar Guerra.

Efectivamente, el negocio jurídico es un acto jurídico especial, puesto que tiende a un fin, que es consecuencia de la declaración de voluntad.

El Artículo 1251 del Código Civil establece que “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”.

El Artículo 1252 señala que “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que esta lo disponga expresamente”.

¹⁰ **Ibid.**



El Artículo 1253 del cuerpo de leyes mencionado señala que: “El silencio no se considerará como manifestación tácita de voluntad sino en los casos en que existe, para la parte a quien afecta, la obligación de explicarse”.

Según el Artículo 1254, “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces”.

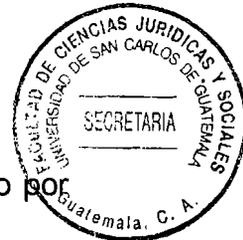
“La incapacidad relativa de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, si oportunamente la hubiere conocido”, según el Artículo 1255.

Finalmente el Artículo 1256 señala que “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”.

Es por ello que se inicia el presente trabajo analizando dicha institución del derecho civil, para el objeto debemos referirnos, a la diferencia conceptual que se da entre, un hecho y un acto jurídico, en ese sentido, desde la perspectiva de varios tratadistas sobre la materia, podemos indicar que:

El hecho jurídico, señala el tratadista, Cabanellas que es: “Fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, transmisión o extinción de los derechos y obligaciones.”¹¹

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 184.



Con esto se quiere expresar que, cualquier acontecimiento, sea natural o provocado por el ser humano y que provoca consecuencias jurídicas en la vida de un conglomerado social, es un hecho jurídico.

Ahora bien, cuesta un poco distinguir entre aquéllos hechos jurídicos humanos, es decir, en los que participa el hombre y los actos jurídicos, toda vez que en los últimos, es cuando se presenta de forma más clara la voluntad humana.

Quiere decir ésto que el acto jurídico es parecido al hecho jurídico voluntario, no obstante precisamente por ello es que algunos autores, como López Aguilar niegan la existencia de un hecho jurídico humano¹² afirmando que estos sólo pueden ser naturales y que lo que si es querido por el hombre se transforma en acto jurídico.

Lo que importa en la presente investigación, es para explicar que todo aquéllo querido por el ser humano, que produce efectos jurídicos y que dichos efectos son deseados también por aquel, constituye un negocio jurídico. Razón por la cual, la relevancia de la relación entre hecho, acto y negocio jurídico.

No obstante lo descrito anteriormente, se puede señalar que existen elementos, por pequeños o mínimos, que contribuyen a realizar una distinción entre acto y negocio jurídico.

¹² López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**, pág. 18.



Para la concreción de las diferencias entre una y otra institución de derecho, se tiene lo señalado al respecto por el doctor Aguilar:

“El elemento básico diferencial entre el hecho y el acto jurídico consiste en que, produciendo ambos consecuencias en el mundo del derecho, sólo éste (es decir, el segundo), es resultado de la voluntad del hombre.

Por lo que, en cuanto al negocio jurídico, es la voluntad creadora de efectos jurídicos.

En este orden de cosas, el hecho jurídico es ajeno a la voluntad; el acto en sentido jurídico es aquel en el que, de una manera u otra, el ordenamiento se plantea la eficacia jurídica de la voluntad de los particulares. Acto jurídico es un concepto suficiente para englobar tanto el acto jurídico en sentido estricto o acto no negocial, y el negocio jurídico”¹³.

Si existen claras diferencias entre negocio y acto jurídicos.

Con la primera parte de la exposición, en la relación entre negocio, hecho y acto jurídico, queda claro que el campo en común entre estos tres temas consiste en que todos provocan consecuencias jurídicas, relevantes para un conglomerado social, cuando no para toda la humanidad. Con sus distinciones cada uno, el provocar efectos jurídicos, es

¹³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit;** Pág. 6.



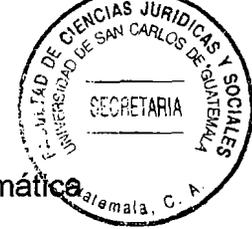
el elemento que los relaciona íntimamente y que por cierto hace importante distinguirlo. Luego, por las características de cada uno.

Previamente a citar a cualquier experto, se hace una explicación personal de la evolución de esta institución de derecho.

El derecho romano ya incluía el término negocio, no obstante al parecer no se utilizaba con una especialización sino obedecía a una variada y poco disciplinada gama de distintas acepciones, lo que hace a los autores, como quienes se citan a continuación, entender que el verdadero antecedente histórico del negocio jurídico, a ser tomado como relevante es el del derecho germano. Empero este hecho tiene lugar en el siglo XIX, y lo torna relativamente reciente.

El Dr. Aguilar Guerra, al respecto de la evolución del negocio jurídico como vocablo técnico señala:

“El vocablo negotium se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos (negotium contractum, sinallagma).



La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny).¹⁴

Las palabras “acto jurídico”, designan una doble significación. Puesto que por una parte se dice acto refiriéndose a una operación jurídica, y señala Marcel Planiol que en este caso “le corresponde la palabra latina negotium”¹⁵.

Mientras que si se trata de un documento destinado a comprobar algo, entonces responde al término “instrumentum”. En todo caso, uno de los aspectos que identifica plenamente al acto jurídico es la voluntad, puesto que sin esta no se logra la realización del primero.

Las normas civiles, y sobre todo sus supuestos, no se pueden llevar a cabo sin la existencia del acto jurídico, y este a su vez sin la voluntad del sujeto, como se aclara más adelante.

Son la causa de la mayor parte de las relaciones de derecho existentes entre los hombres. Con el acto jurídico se producen efectos de derecho, algunos tratadistas como el caso de Trinidad García¹⁶, entienden por acto jurídico el negocio jurídico, llamándolo indistintamente de ambas formas.

¹⁴ Aguilar. **Ob. Cit.**, pág. 7.

¹⁵ Marcel Planiol, Georges Ripert. **Derecho civil**, pág. 117.

¹⁶ **Ibid.**



De conformidad con lo señalado por el autor citado, Planiol, un acto jurídico consiste en las actividades legales que a los sujetos, les permite la legislación, y que estos realizan con la intención de llevar a cabo el derecho”¹⁷.

Un acto jurídico activa una norma llevando la letra muerta de la ley a la realidad práctica, sin olvidar que los sujetos de derecho no actúan movidos por simple acción mecánica, sino más bien como manifestación plena de su voluntad.

Es aquí donde toma importancia la mencionada voluntad, con relación al acto jurídico. Por supuesto, que los sujetos de derecho únicamente pueden hacer aquello que no está prohibido, porque de lo contrario se estaría fuera de la esfera del derecho civil.

Se puede concluir, que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad de los sujetos de derecho que se concretiza en hechos que surten efectos jurídicos dentro del marco de legalidad vigente.

González establece el significado de acto jurídico de la siguiente forma: “Las relaciones en que entramos con nuestros semejantes, ejecutamos otros (actos) que si producirán y producen efectos trascendentes, bien porque los busquemos, bien porque la ley lo disponga en suplencia de nuestro querer. Estos son los actos jurídicos.”¹⁸

¹⁷ **ibid.**

¹⁸ **ibid.**



Por ello es que se llama actos jurídicos a los que van destinados a producir efectos jurídicos entre los hombres, y reciben el adjetivo de jurídicos principalmente por los efectos que producen.

Son actos realizados únicamente con objeto de producir uno o varios efectos de derecho.

Dada la importancia, tanto para la concepción que se debe tener de acto jurídico, así como la explicación conceptual que expone Bonnecase, al referirse al concepto posible del acto jurídico, resulta necesario citarlo textualmente: “conviene distinguir desde luego los conceptos a que puede corresponder un acto jurídico, considerado en sus elementos constitutivos. Este concepto puede ser: psicológico, formalista o mixto. El concepto psicológico exige que el acto resida ante todo en la voluntad interna, es decir real, de quienes han sido partes en él; según este concepto el acto únicamente valdrá por la voluntad en el sentido psicológico, es ella la que necesariamente debe buscarse ante todo, para determinar cual es el alcance de aplicación del acto”¹⁹.

Es importante la cita expuesta, del autor Bonnecase, puesto que permite distinguir la diferencia entre estos importantes conceptos.

“Por el contrario, el concepto formalista pretende que el acto valga únicamente por su forma; en otros términos, la voluntad es inoperante si no se expresa en las fórmulas exigidas por el legislador; además, por lo menos en una doctrina rigurosa, la forma

¹⁹ Bonnecase, Julie. **Derecho civil**, pág. 15.

imperará sobre la voluntad en el sentido de que la presumirá existente y válida, impidiendo, además, que los interesados demuestren lo contrario... El concepto mixto tiene por resultado dar una doble faz al acto jurídico, por lo que hace a las partes, es necesario, según este concepto, reducir el acto jurídico a la voluntad interna produciendo tal principio las consecuencias siguientes, si después de realizarse un acto jurídico, y de haberse hecho constar en una manifestación material, lo destruyen o modifican las partes por medio de lo que se llama un contradocumento”.²⁰

Cada acto jurídico en particular, tiene sus propias reglas, (por supuesto al referirse a los actos jurídicos: ad instrumentum), sin embargo, también existen reglas que se aplican a todo acto jurídico en general. Muchos tratadistas se pierden al establecer elementos de determinados actos jurídicos. En sentido contrario es necesario hacer un pequeño conjunto de reglas que se puedan aplicar a todos los actos jurídicos en general, entre los que se mencionan: formas, condiciones y efectos.

La forma se presenta en un acto jurídico de conformidad con los requisitos que para su perfeccionamiento requiera la ley, según Puig Peña. “Existen actos jurídicos que necesitan de formalidades estrictas y otros que no. En el caso de los actos jurídicos en los que no se necesita una estricta formalidad, es decir que no requieren para su perfeccionamiento formalidades tales como la de ser por escrito, o la solemnidad de constituirse en escritura pública, entonces se conocen con el nombre de actos consensuales”²¹.

²⁰ **Ibid.** pág. 15.

²¹ **Ibid.**



En el caso de los actos jurídicos en los que la ley demanda u ordena la observancia de ciertas formalidades, tal el caso de los contratos que deben por ley ser celebrados en escritura pública, se les conoce con el nombre de actos solemnes.

El negocio jurídico es ciertamente un acto jurídico; sin embargo, se le distingue por ser un acto jurídico especial, desde el punto de vista de incluir una declaración de voluntad, pero esta puede resultar en extremo íntima, como en el caso del testamento o una donación entre vivos, y por lo tanto corresponderle un papel más unilateral, claro, es un acto de voluntad personal, además se entiende que el negocio jurídico corresponde a un ámbito de acuerdos entre determinadas partes.

Por medio del negocio jurídico, el sujeto propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica.

El negocio jurídico crea derechos y obligaciones dentro del marco de legalidad, es decir lo que la ley permite o no prohíbe, y particularmente en el ámbito del derecho civil como propia además del derecho mercantil y el derecho notarial.

Por supuesto un negocio jurídico puede nacer con diferentes vicios o errores pero, en dichos casos también la legislación debe estar preparada para poder superarlos.

Partiendo de que el negocio jurídico es toda declaración de voluntad, tendiente a modificar, transferir o extinguir derechos u obligaciones, siempre y cuando el objeto del mismo esté permitido en ley, su clasificación puede abarcar en sentido amplio una larga



lista de actos, sin embargo visto éste en sentido amplio, puede establecerse como especie del mismo al contrato. Por lo que se procede a ofrecer una clasificación de lo que es un contrato, como manifestación concreta del negocio jurídico.

El contrato, suele agruparse de conformidad con distintos puntos de vista, la clasificación más aceptada y que es propuesta por Puig Peña es: “Los negocios jurídicos unilaterales; los bilaterales; los colectivos complejos; los personales; los patrimoniales; los de disposición; los de obligación”²².

Los elementos que se consideran fundamentales, necesarios, imprescindibles para la constitución de todo negocio jurídico, son aquellos sin los cuales no tendrá efectividad legal, por supuesto que esa situación dependería de la impugnación que una de las partes o un tercero interesado hiciera del negocio encartado.

Por ejemplo un contrato de Mandato Especial con Representación, (común para el cambio de poseedor de vehículo en nuestra sociedad), por medio del cual el titular del derecho como representante no puede firmar un instrumento de compraventa a un tercero, puesto que solo es representante, de lo contrario sería un acto nugatorio.

Dado que el profesional del derecho que autoriza el documento por medio del cual se constituyó el negocio, debe por ley establecer la capacidad de las partes, sin embargo,

²² **Ibid.**



puede ser que se presente el caso de que el notario sea engañado, y además que dicha situación sea un tercero el que impugne el documento.

Queda establecido entonces que cuando se refiere a elementos esenciales del negocio jurídico, se trata de aquellos que de su existencia dependen la “viabilidad” del mismo negocio, por ejemplo la capacidad, la licitud y el consentimiento, según el Artículo 1251 del Código Civil.

Los elementos esenciales del negocio jurídico según el tratadista Ripert Planiol, se pueden agrupar de la siguiente forma: “elementos esenciales comunes; elementos esenciales especiales y elementos esenciales especialísimos”²³.

Los elementos esenciales comunes, son aquellos que aparecen como elementos indispensables en todo contrato o negocio jurídico. Tres son los elementos esenciales comunes en todo contrato: la capacidad, el consentimiento y la causa o fin.

En relación a la capacidad el Código Civil establece: “Art. 8o. (Capacidad) La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad.

Son mayores de edad lo que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.

²³ Marcel Planiol, Georges Ripert. **Ob. Cit;** pág. 117.



La capacidad es la aptitud del hombre de ser sujeto de relaciones de derechos. Existen dos clases de capacidad: capacidad de derecho o de goce y capacidad de ejercicio o capacidad de obrar o de hecho.

En cuanto a quienes son incapaces y por tanto adolecen de esa faltante para celebrar negocios jurídicos, el Código Civil establece en su Artículo nueve: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos”.

La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.

En el Artículo 10 del Código Civil regula que: “Las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones”.

El consentimiento, por aparte, constituye dentro del negocio jurídico la manifestación de aceptación por un lado y por otra parte la manifestación de voluntad. Tal el caso del reconocimiento de deuda.



Elementos esenciales especiales, son los que aparecen en cada clase o tipo de contrato y desde luego, sin su existencia no hay un contrato. Por ejemplo en el caso de los contratos en los que el objeto es un derecho real, sin la entrega efectiva de la cosa o bien, no hay contrato. O como en el caso de la solemnidad que deben llevar algunos contratos, que convierte a la misma en un requisito o elemento esencial especial de dichos negocios jurídicos.

Elementos esenciales especialísimos, existe sin embargo, una clasificación más de los elementos del negocio jurídico, en particular de los elementos esenciales, son los elementos especialísimos, son los propios de cada contrato, como sucede con la compraventa, con el precio de la misma o la renta en el arrendamiento. Un ejemplo de este tipo de elementos se presenta en la compraventa, en la cual el precio de la cosa constituye un elemento especialísimo o la renta para el caso del arrendamiento.

Como se señaló los elementos esenciales encuentran una diferencia más o menos clara con los elementos naturales, sin embargo, en cuanto a la clasificación "elementos esenciales especialísimos", no ocurre igual.

Los elementos naturales son aquéllos elementos que acompañan al contrato y la ley presupone su existencia.

Este tipo de elementos se identifican de los demás debido a que se puede decir que son elementos casi tácitos que en algunas ocasiones si no se expresaron en el negocio jurídico simplemente se presumen.



En todo caso, dichos elementos son prescindibles, es decir que las partes del negocio pueden acordar su existencia o no.

Por lo tanto, los elementos naturales son aquellos en los que las partes se pueden poner de acuerdo con excluirlos del negocio. El problema de estos elementos consiste en que no están expresados de forma taxativa en la ley.

Existen aspectos meramente discrecionales para las partes en el negocio jurídico que no comprometan directamente la validez del negocio. Sin embargo, quien decide cuáles son éstos, o es posible distinguirlos de los elementos esenciales especiales, por ejemplo, en un contrato de compraventa de vehículo se establece que como consecuencia de ser un derecho real deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Mueble e Inmueble. Este trámite comúnmente no es cumplido por parte de interesados o notarios, por lo que en lugar de ser un elemento esencial especial, como normalmente debería de ser, se convierte en un elemento natural, o por lo menos tiende a confundirse con estos.

Los elementos naturales acompañan normalmente al negocio, por ser conforme a su naturaleza; se les sobreentiende aunque no se expresen, pero las partes pueden excluirlos voluntariamente por no ser necesarios. Por ejemplo el saneamiento de ley, por vicios ocultos o evicción contenido en el Artículo 1543 del Código Civil, que debe llevar un contrato, las partes deciden excluirlo, y no por esto se desnaturaliza el negocio.



Por elementos accidentales, señala Castán Tobeñas se deben entender así: “Las determinaciones accesorias, que las partes introducen por su voluntad al negocio jurídico”.²⁴

Son los elementos que no son necesarios para que exista el negocio, ni normalmente se entienden en él, pero la voluntad de las partes puede adherirse al negocio, siendo las cláusulas que las partes determinan para ampliar, restringir o modificar parcialmente un negocio jurídico típico y son fundamentalmente elementos accidentales de importancia tales como: la condición; el plazo y el modo.

En otras palabras, los elementos accidentales del negocio jurídico, son aquellos que introducen las partes por su propia voluntad, modificando el tipo abstracto del contrato, para ampliar o restringir o modificar el negocio jurídico contractual.

1.4. Ilícitos civiles que no constituyen delito

El cuasidelito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro. Pero en la Doctrina Galo manifiesta que “las obligaciones nacen de un contrato o de un delito. Se añadió por algún tiempo como fuente de obligación: el cuasicontrato y el cuasidelito”²⁵.

²⁴ **Ibid.**

²⁵ **Ibid.**



Los delitos o cuasidelitos difieren de los cuasicontratos en que el hecho de donde resulta el cuasicontrato es un hecho permitido por las leyes; en lugar de que el hecho que forma el delito o cuasidelito es un hecho penable.

Resulta de la definición que se ha citado de los delitos y cuasidelitos, que sólo las personas dotadas de razón son capaces de cometerlos; pues los que no la tengan, como los niños, y los interdictos no son capaces ni de malignidad, ni de imprudencia.

Es por esto que si un niño, un interdicto, o una persona que sufra de trastornos mentales, hace alguna cosa que cause daño a alguien, no resulta obligación ninguna; pues lo que han hecho no es un delito, ni un cuasidelito por lo mismo que no hay imprudencia, ni malignidad, en virtud de que son inimputables dicha clase de personas

Para Cassio “el acto u omisión ilícito sería sinónimo de delito (dolo) y cualquier género de culpa o negligencia, de cuasidelito”²⁶.

Entre las conductas que el Código Penal tipifica que pondrían tener alguna relación con relación al negocio jurídico se pueden indicar las siguientes:

“La falsedad material. Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. será sancionado con prisión de dos a seis años.

²⁶ Ibid.



Falsedad ideológica. Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Falsificación de documentos privados. Quien, en documento privado, cometiere alguna de las falsificaciones a que se refieren los dos Artículos anteriores, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Equiparación de documentos. Cuando los hechos previstos en los dos primeros Artículos de este capítulo recayeren en títulos de crédito, nominativos o a la orden, o en letras de cambio, u otros títulos transmisibles por endoso, el responsable será sancionado, en los respectivos casos, con la pena que los mismos Artículos establecen.

Uso de documentos falsificados. Quien, sin haber intervenido en la falsificación, hiciere uso de un documento falsificado, a sabiendas de su falsedad, será sancionado con igual pena que la que correspondiere al autor de la falsificación.

Falsedad en certificado. El facultativo que extendiere un certificado falso concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de una enfermedad o lesión, cuando de ello pueda resultar perjuicio, será sancionado con multa de trescientos a tres mil quetzales”.



CAPÍTULO II

2. El sustituto en los negocios jurídicos y su penalización

Esta teoría obedece a objetivos que son prácticos y determinantes; ayuda a encontrar el más alto grado de precisión en el delito. No se trata únicamente de una afirmación de manera tal que la respuesta que al respecto se señale sea el objeto de la imputación de un hecho criminal. De ahí la precisión que se da en la afirmación acerca de la existencia o no existencia del delito; de esta forma se tendrán garantías para todos los miembros de la sociedad.

2.1. Generalidades

El Código Penal vigente, en su Título II, que regula todo lo relativo al "delito", establece una clasificación y una enumeración de cuándo y en qué forma debe perpetrarse una acción o dejar de realizarse esta, para tomarse como delito; sin embargo, no existe un Artículo que señale lo que se debe legalmente tener por delito o en su lugar, falta. Por lo que resulta difícil fijar la postura del Código con relación a las distintas corrientes dogmáticas que tratan de interpretar al delito por medio de la Teoría del delito. Y no se puede fijar tal postura sin caer en apreciaciones individuales, que por acertadas o idóneas que parezcan, no dejarán de ser eso: la apreciación personal de su jurista. El delito es una conducta contraria a la ley y que ésta la tiene regulada como tal. Dicha conducta puede consistir en hacer o dejar de hacer. Sin embargo, no se trata simplemente de lo que prohíbe, (puesto que también hay cosas que prohíbe la ley que no son precisamente



delitos), además de que en un ilícito hay aspectos que forman un todo granítico y que constituyen los elementos del delito, más para llegar a concebirlo como una unidad portadora de varios elementos, el delito pasó por diversidad de concepciones, que van desde ideas morales hasta psicofisiológicas.

El delito es captado en todos sus elementos y en cada uno de ellos todo el delito, no es posible fraccionarlo o encasillarlo. Cuando me refiero a la palabra "delito", tengo que encuadrarla en un hecho delictuoso y se considera como acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave.

Dentro del delito se encuentra el delito común el que está penado con el código ordinario. También se ubica el delito flagrante o in fraganti, aquél en cuya comisión se sorprende al individuo, se le persigue y aprehende en inmediata persecución o bien acompañado de objetos que infundan vehemente sospechas.

El delito notorio, es el que se comete ante el juez o, en forma que conste públicamente, por último y para terminar, el delito político, que es el que va en contra de la seguridad, el orden del Estado, poderes y autoridades del mismo.

De esta manera la teoría del delito, sería aquella parte de la ciencia del derecho Penal que va a explicar el contenido del delito junto con las características que lo integran. Este principio de legalidad, surge como elemento dentro del pensamiento natural, que se ocupa de construir las bases del nuevo Estado de derecho, con el objetivo de evitar el abuso de autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.



La definición jurídica que nos brinda Bacigalupo del delito es: “el delito es una acción típica, antijurídica y culpable”.²⁷

Existen varias formas para definir al delito, que van de lo más simple a lo más complejo, atendiendo que cada uno de los estudiosos ha sentido la inquietud por los problemas del crimen, ante la imposibilidad de analizar cada una de ellas por separado resulta más conveniente para su comprensión agruparlas en torno a un juicio que se ha seguido para formularlas, a fin de condensar el proceso evolutivo que han tenido las ideas penales respecto al delito, y principalmente comprobar o no la validez de estas ante el derecho penal moderno.

De esta forma, también lo explica Muñoz Conde, quien afirma además que “siendo así se trata de llevar a su justa dimensión el principio de legalidad penal: Nullum crimen sine lege.”²⁸

Es decir que para poder construir una definición más completa, se debe agregar a lo apuntado, párrafos arriba que el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable y, que dicha conducta es un acto o una omisión, a la cual el Estado, ya sea en uso de su poder, o en cumplimiento de su deber, asigna una pena. El ius puniendi, es la facultad del Estado de sancionar las conductas reñidas con la ley.

²⁷ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, pág. 19.

²⁸ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal parte general**, pág. 23.

Pero el hecho de que nuestro Código Penal no ofrezca una definición legal de delito, no es una cosa difícil de entender, sobre todo cuando se verifica que la "teoría del delito", herramienta básica para entender al mismo, tiene apenas un siglo de existir, y los tratadistas aún no llegan a un acuerdo sobre la forma con la cual debe estructurarse la misma y por lo tanto tampoco a una definición de aceptación universal. Aunque es gracias a la teoría del delito que se ha podido llegar a determinados consensos, también es cierto que, en cuanto a la estructura del delito (elementos o elementos positivos o negativos), aún existen discusiones.

La existencia de los elementos en general (tipificada, antijuridicidad y culpabilidad), sirven para definir doctrinariamente al delito (y en algunos países como España, también de manera legal), se podría incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran graves discrepancias. Así, la exigencia de una conducta humana se evidencia por la propia función del derecho penal y del resto del ordenamiento jurídico: ordenar la convivencia de las personas.

De manera que por la teoría del delito, se establece de forma tripartita que el mismo es: una conducta típica, antijurídica y culpable. Además que esta conducta debe tener establecida en la ley una pena o medida de seguridad, es decir, debe adolecer de punibilidad.

Este último elemento, la punibilidad, deja en claro el conocimiento equivocado sobre que delito es una conducta "mala", no es sino una apreciación vulgar y nada científica. Por cuanto el delito, es aquella conducta que tiene asignada en la ley penal, una sanción.



Es lo establecido en éste último párrafo lo que debe sentar la diferencia entre el derecho penal con cualquier otra rama del derecho, y lo que sienta las bases para la discusión sobre qué conductas debe el Estado penalizar, pena que debe imponer y su proporción en relación con la gravedad del delito.

El concepto que se debe tener acerca de lo que es delito, debe incluir el hecho de que la conducta calificada como tal, es una actividad contraria al orden jurídico y que dicho orden jurídico protege ciertos intereses que afectan, es decir, el grupo de personas que se afecta con la conducta ilícita debe ser la mayoría de la sociedad. Interés social, que es parte del status quo que protege el derecho. Esa vulnerabilidad de la cual adolecen la sociedad y que se encuentra regulada en ley se puede clasificar como "bienes jurídicos tutelados".

En suma, la conducta de quien comete un delito reviste de antijuridicidad, puesto que es contraria al orden jurídico establecido. La antijuridicidad, en sentido formal, una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que pone en peligro un bien jurídico tutelado; y que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la que demanda el derecho, por tanto un injusto penal.

Es por tanto, un injusto penal. Este injusto debe sancionarse, por lo que la conducta tipificada como antijurídica e ilícita, tiene asignada una pena.

La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. Y la culpabilidad, se vuelve un reproche al sujeto, porque pudiendo haber actuado



en distinta forma, no lo hizo. En otras palabras, pudiendo haberse abstenido de violentar la ley, no omitió dicha conducta y delinquirió.

Al constituir la tipicidad la encuadrabilidad de la conducta a la norma contenida en la ley, es evidente que no se incluye en dicha descripción de ese elemento del delito la sanción, sino solo la descripción de la conducta. Ahora bien, la pena o sanción asignada, requiere de otro elemento, el cual es la punibilidad, que constituye un elemento totalmente autónomo en el delito, y la discusión en torno a su naturaleza es ser un elemento del delito o de la pena, pareciendo más, en criterio personal, un asunto de pena y no de delito.

El problema de la punibilidad, estriba en que se deben establecer las condiciones objetivas o externas que se presente en determinada conducta. Sin embargo, como se dijo, el delito debe ser considerado en tres aspectos especiales: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

2.2. Elementos del delito contra la economía nacional

Es el elemento prioritario que requiere el delito para existir se puede llamar acción, actividad, hecho o acto. También se puede decir que es un comportamiento voluntario que en ocasiones puede tener ante el Derecho Penal, responsabilidad, imprudencia o preterintención.

Esta conducta sólo la adopta el ser humano, porque el es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo, aquí se descartan a las personas morales.



La conducta sólo se puede manifestar de dos formas que son: acción y omisión.

La acción es la facultad para actuar, se da por movimientos o comportamientos, sus elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad conocida también como nexos causal. *Voluntad.* acto de querer o intención de cometer el delito.

- **Actividad.** hacer o actuar, hecho encaminado a producir el ilícito.
- **Resultado.** consecuencia de la conducta.
- **Nexo de Causalidad.** es lo que une a la causa con el efecto.

La omisión es realizar la conducta típica con abstención de actuar, no hacer o dejar de hacer, puede ser simple (propia) o comisión por omisión (impropia).

Simple, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea involuntaria o imprudencial, con lo cual se produce el delito.

Comisión por omisión.- es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.

De esta forma la conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional), activo (acción o hacer positivo), o, negativo (inactividad



o no hacer) que produce un resultado. La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

Los elementos de la acción son:

Voluntad. Es el querer por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

Actividad. Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

Resultado. Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

Nexo de causalidad. Es el ligamen o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Se insiste en que el nexo causal debe de ser material, ya que si es moral, espiritual, o psicológico, será irrelevante para el derecho penal.



La omisión (Artículo 18) consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar.
Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión. La omisión simple, también conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe de hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.

La comisión por omisión, también conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos.

Los elementos de la omisión, son los mismos que los de la acción, con la aclaración de que en los delitos de simple omisión, no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado.

Los albores de la teoría del delito, los encontramos en la Edad Media, con “la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio... que se le daba a la pena...”²⁹ por lo que “la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino

²⁹ Bustos Ramírez. **Manual de derecho penal español**, pág. 131.



al mismo tiempo permite graduarla³⁰ lo que permite una medida a su imposición. En la teoría del delito, lo que “permite una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas, son los elementos o entidades”³¹.

Se iniciaba con todo aquello una nueva corriente de pensamiento, más analítico, que más tarde vendría a incorporar la antijuridicidad, como acompañante unida indisolublemente a la culpabilidad, dentro de la teoría del delito. Lo que va generando diferentes momentos dentro de la concepción del delito.

El tipo por otra parte, constituye un presupuesto necesario y en cierta forma especial, en cuanto a la política legislativa del crimen, que ha de considerarse de esta forma, para el establecimiento de normas tuitivas.

Solo son hechos delictivos aquellos que aparecen descritos en un tipo legal. Tipo legal, es por tanto, aquella parte de una disposición legal que describe un determinado hecho. La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuridicidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

³⁰ **Ibid.**

³¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 188.



El delito debe definirse de forma tripartita, incluida en esta; la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad. Sin embargo; los elementos del delito son: la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas como elementos negativos del delito.³² Sin embargo, para la presente investigación, nos encontramos en los tres elementos mencionados.

Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas; se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto (como comportamiento activo), como a la omisión de un comportamiento humano.

La función del concepto de acción no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento, humano.

La acción incluye dos fases, estas fases se conocen como el "iter criminis", que significa el camino del crimen hasta su realización, es la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación.

Fase interna: Ocurre en el pensamiento del autor del delito, en donde se propone la realización de un fin, para llevar a cabo ese fin selecciona medios necesarios, esta

³² De Mata Vela y De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco**, Pág. 141.



selección sola ocurre a partir de la finalidad, cuando el autor esta seguro de lo que quiere decide resolver el problema como lo quiere.

Fase externa. Después de realizar internamente el autor del delito, ejecuta la actividad en el mundo externo; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.

La acción como elemento positivo del delito consiste en una manifestación de la conducta humana, consiente o inconsciente, algunas veces positiva o negativa que causa una modificación en el mundo exterior y esta previsto por la ley.

Cuando falta la voluntad no hay acción penalmente relevante como en los siguientes casos:
Fuerza Irresistible. Nuestro Código Penal indica en su Artículo 25, que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad, o sea que en este caso lo toma como ausencia de voluntad.
Movimientos reflejos son los reflejos físicos o movimientos instintivos no constituyen acción, pues tales movimientos no están controlados por la voluntad, quien tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia de ello causa un daño no tiene voluntad puesta en ello.
Estado de Inconsciencia. Se pueden realizar actos que no dependen de la voluntad y en consecuencia no hay acción penalmente relevante, ejemplo un sonámbulo o un hipnotizado.

Para el derecho penal, la acción, es todo comportamiento derivado de la voluntad, y la voluntad implica siempre una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin; la acción es siempre un ejercicio de una voluntad final.



Como se expresó, a los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas son los llamados tipos. Cuando algún hecho realizado por un sujeto, se adecúa a un tipo penal, entonces se genera la tipicidad.

Encuadrabilidad de la conducta humana al molde contenido en ley (es decir el tipo).

En cada tipo, se encuentra no un hecho aislado, y por tanto divorciado de los demás elementos del delito, o peor aún, ajeno a las características individuales del delincuente. Todo lo contrario. En un tipo se puede encontrar elemento subjetivo, lo mismo que uno objetivo. “Lo que permite para nuestra investigación, el inferir, cuando hablemos de error de tipo, dar relevancia el referirse a uno u otro, toda vez, que en la renovación de derecho penal de España, se distingue ya, una diferencia entre el dolo natural y uno llamado dolo malo, recayendo en el primero y por tanto en el aspecto objetivo de la tipicidad, un error de tipo”³³.

Cabe recordar que a diferencia de la antijuricidad y la culpabilidad, la tipicidad si resulta un tema exclusivamente penal.

La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuricidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

³³Zaffaroni, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**, pág. 29.



Antes de desarrollar el tema de la tipicidad, hablaremos de lo conocido en la ley penal como tipo penal.

Es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. Y se define como “La descripción de la conducta prohibida en la norma”, a esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico.

El hecho se subsume bajo el tipo penal que está considerando, Este tipo penal se denomina de la adecuación y se diferencia con otros tipos penales por su amplitud, el tipo de garantía contiene dos elementos que de acuerdo con el principio de legalidad, condicionan la aplicación de una pena y que puedan no caber dentro del tipo de la adecuación, (Ejemplo: Desistimiento en la tentativa), la teoría del tipo penal consiste en permitir establecer que la acción realizada es la acción prohibida por la norma y sancionada con pena por la ley, y procede descomponiendo cada uno de los elementos que integran la descripción, el elemento fundamental de la descripción es la acción, según que el delito se agote en la acción corporal o requiera una consecuencia que es producto de la misma, distinguiéndose, delitos de actividad, delitos de peligro y delitos de lesión, junto a la acción hay delitos en los que adquiere importancia el sujeto de la acción, pues no todos los delitos pueden ser cometidos por cualquiera que tenga capacidad de acción como por ejemplo en el hurto, en éste cualquiera que se apodera de cosa mueble ajena es autor.

Hay ciertos delitos que solo pueden cometerlos un número reducido de personas aquellos que tengan las características especiales del autor requeridas en el tipo penal. Como en los delitos de funcionarios públicos, (por ej. Prevaricato, malversación, peculado, doble



representación) estos sólo podrán ser cometidos por un autor que sea funcionario, juez, abogado, etc., estos delitos que contienen una exigencia específica respecto del sujeto activo se denominan Delitos Especiales, estos pueden ser propios e impropios, propios; cuando la característica especial del autor es el fundamento de la punibilidad. (Ejemplo: prevaricato), la acción sólo es delito si la realiza el sujeto específico. Impropios; cuando la característica especial del autor no es fundamento de la punibilidad sino una circunstancia que agrava o atenúa la pena (Ejemplo: parricidio, todos pueden cometer un homicidio, pero si la acción de matar es cometida por un ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima el hecho será más grave.)

En cuanto a la estructura del tipo se tienen elementos normativos y elementos descriptivos. Elementos normativos: Son aquéllos que implican una valoración del juzgador. Elementos descriptivos: Describen en su totalidad la conducta.

Cuando los elementos exteriores se alcanzan con la voluntad del autor, una conducta es contraria a la norma cuando el autor se representa los siguientes elementos:

- Un cierto comportamiento (siempre que no haya causado exclusión)
- Un resultado, la muerte de una persona.
- Relación Causal entre acción y resultado.

Compuesto por los elementos de la conciencia del autor, que constituye la infracción a la norma.



En algunos casos es preciso preguntarse si el autor ha tenido voluntad de realizar los elementos desvalorativos (voluntad de realizar el tipo objetivo). Cuando se dice “ante sorpresa”, se deduce que no quiso causar la muerte. Si no que actuó con error sobre uno de los elementos del tipo, la relación causal. No tuvo voluntad de causar. El error de Tipo es la ausencia del dolo, lo que determina que no puede haber adecuación de la acción a un tipo doloso. Pero puede subsistir la tipicidad con relación a uno culposo, si el error fuere evitable y existe el tipo culposo en la ley.

Cuando el orden jurídico no permite determinada conducta, se supone entonces que el actuar en contra de esa disposición, constituiría un acto contrario a la juricidad, lo que técnicamente se nombra como antijuricidad. Por tanto, es la antijuricidad, el calificativo que recibe todo hecho, que se encuentre reñido con lo que el orden jurídico permite, y que además constituye en latu sensu, un injusto penal.

Es, por tanto, la antijuricidad, en sentido formal, una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que pone en peligro un bien jurídico tutelado; y que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la que demanda el derecho, por tanto un injusto penal.

El juicio des valorativo que un juez penal hace sobre la acción típica en la medida en que esta pone en peligro un bien jurídico tutelado. Por lo tanto, la juricidad es el tema, dentro de la teoría del delito, que más controversial relación enfatiza con el error, puesto que el realizar un hecho contrario a la juricidad, presupone ya un dilema, el preguntarse, si el sujeto que lo cometió lo hizo en conocimiento de su antijuricidad, y/o en comprensión de esta misma, o por



ignorancia raza de lo antijurídico de su actuar. He aquí una de las principales formas del error de prohibición moderno.

La culpabilidad da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente. Por tanto, se entiende por culpabilidad, la reprochabilidad que en diferentes grados, (y por ende regulable), se le aplica al infractor de una norma penal. En otras palabras, el responsable de un injusto penal típico, tiene necesaria e indisolublemente que relacionarse con la culpabilidad, puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado, "curado", justificado, inculpado o eximido de toda responsabilidad, de conformidad con el grado de reprochabilidad que resulte asignado a su acción.

Durante mucho tiempo el término de culpabilidad, fue visto, entendido y tratado, desde un ángulo psicológico. Durante mucho tiempo, la conducta humana que encerraba un hecho ilícito, no se analizó si provenía de un acto deliberado o no. Santo Tomás de Aquino, explicaba que las acciones que podían ser deliberadas eran humanas, aunque no distinguió que las no deliberadas fuesen acciones del hombre. Feuerbach citado por Zaffaroni hablaba de una "causación psíquica del delito"³⁴.

"Todos los autores, hasta la época de Franz Von Liszt, consideraban claramente el componente del delito que es la culpabilidad"³⁵. Sin embargo, todavía hasta mediados del

³⁴Zaffaroni. **Ob. Cit.**, pág. 14.

³⁵Bustos Ramírez. **Ob. Cit**; pág. 130.



siglo XIX, encontramos que la misma, era referida como la fuerza moral o aspecto moral del delito.

Con relación a la pena, se puede indicar que existen múltiples tratadistas que se refieren a la materia, los que coinciden en que la pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado.

En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino.

En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del "terror penal", consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites.

El Estado liberal clásico, preocupado en cambio por someter el poder al derecho, en esto consiste el "Estado de derecho", buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre razón. Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución.



Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena adonde no era necesaria.

La progresiva aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo.

En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático.



Surgió, así, la fórmula sintética de Estado social y democrático de derecho. El derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan.

En cuanto derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida, y sólo en la medida de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto derecho penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el derecho penal.

Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el derecho penal del Estado social y democrático de derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de Derecho penal autoritario.

Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las



garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.

La función del derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (normas primarias). También en estas habrá de reflejarse la función del derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal de un Estado social y democrático de derecho.

Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la norma (primaria).

Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la teoría del delito, y no sólo la de la pena, deberá basarse, pues, en la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal del Estado social y democrático de derecho.



El derecho penal positivo fija, ciertamente, un marco que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica.

Este marco constituye un límite infranqueable para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina. Cuanto más generales son los principios a considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del Derecho positivo.

La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural. De ahí que la evolución histórica de la teoría del delito refleje fielmente la evolución más general de las ideas: el positivismo (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del XX), el neokantismo (desde principios de siglo XX hasta la 2ª Guerra Mundial), el ontologismo fenomenológico (desde los años 30 hasta los 60) y el funcionalismo (en Derecho penal desde los años 70 hasta el presente) que han determinado las fases más características de la moderna teoría del delito.

Esta evolución no ha de detenerse. Uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas. Hay que rechazar este planteamiento, que encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y



neutral. La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido. El neokantismo advirtió la dimensión valorativa de las categorías de la teoría del delito, pero no su significado político. Desde 1970 se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la función político-criminal del derecho penal (funcionalismo)^{1a}. Pero la política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del derecho penal como cometido del Estado.

Según se ha señalado anteriormente, cada modelo de Estado exige una particular concepción del derecho penal y de su función. La imagen del Estado social y democrático de derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del derecho penal, pero esta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito.

Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del derecho penal, esta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: Estado, derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia.

La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible. La contestación a este interrogante



ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio.

El entendimiento del derecho penal de un Estado social como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las normas que castigan con una pena el delito (normas secundarias) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al derecho penal de un Estado no sólo social, sino también democrático y de derecho, ha de estar sujeta, como sabemos, a ciertos límites.

El principio de legalidad impone, por una parte, que el delito se determine con la suficiente precisión: el delito ha de estar específicamente tipificado; y, por otra parte, exige que el delito constituya infracción de una norma primaria.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico-penal, cuando dicho ataque no esté justificado por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente. El principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente a su autor en determinadas condiciones.

Finalmente: "el carácter de última ratio del derecho penal ha de condicionar la punibilidad del hecho a que manifieste una suficiente gravedad y necesidad de pena. Estos son los elementos que trata de articular en un sistema la teoría del delito, sistema no sólo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es



el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito de cultura impone al derecho penal.³⁶

2.3. El sustituto en los negocios jurídicos con fines ilícitos

El término sustituto proviene del latín testa-ferro, que significa, cabeza de hierro, según el diccionario de uso común es la "Persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona"³⁷.

Es de suma importancia hacer mención que, el hecho que una persona suplante a otra para el cumplimiento de determinados actos, no es ilegal, ya que nuestro ordenamiento jurídico, tiene regulada la forma legal como se puede llevar a cabo esta actividad, para lo cual el Código Civil es muy amplio en regular la figura del mandato en cualquiera de sus modalidades, lo que en con este trabajo se trata de regular, es aquella actividad en la que se encubre al verdadero interesado en un negocio jurídico, ya sea por ser ilegal o porque el interesado carece de legitimación para actuar por tener algún impedimento legal.

Se considera oportuno tomar en cuenta lo mencionado por el licenciado. Monzón Paz, refiere que el actual Código Penal, establece un Capítulo para agrupar las figuras delictivas relacionadas a la falsedad personal, los que refiere, que se tratan de la ejecución de ciertos actos que conllevan un atentado contra la fe pública investida por el

³⁶ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**, pág. 89.

³⁷ **Diccionario de la lengua española**, pág. 1868.



Estado para la ejecución de ciertos actos los que, al ser alterados por estos actos constituyen verdaderos atentados a la colectividad.

El autor Bustos Ramírez señala que: “Existe muchas formas de distraer la atención criminal sobre terceras personas o sobre instituciones o personas jurídicas ficticias. Estas, las empresas, han dado en utilizar lo que se conoce en política criminal con el nombre sustituto para cubrir sus actividades”³⁸.

El autor Galdos señala que: “La persona que, participando de hecho ilícitos sin ser el autor, es decir que interviene como cómplice, puede llegar a asumir en delitos patrimoniales el rol de sustituto de estos”³⁹.

El tratadista español López Díaz citado por Bustos Ramírez señala que en España: “El sustituto es también vulgarmente conocido como Hombre-paja, indicando que es una figura jurídica que tiene validez legal siempre y cuando sea utilizada con buenos fines y validada por un Notario, que permite que una persona actúe en nombre de otra, es lo que comúnmente se conoce como Substituto legal ya que es más que un simple apoderado o administrador pues su figura es utilizada para adquirir propiedades de otra persona, indica además que en la practica, la figura del sustituto es utilizada mayormente con fines oscuros de cara a beneficiar ilícitamente a la persona a la que representa o interesada por medio de la evasión de impuestos y el pago de cantidades a la seguridad social, es decir en este caso serían Testaferros ilegales; señala además que desde el

³⁸ **Ibid.**

³⁹ Galdos, Jorge y Jaime. **La pena**, pág. 46.



punto de vista del sustituto ilegal, los hay de dos clases: los testafierros ilegales existentes que son los que existen físicamente y los testafierros ilegales inexistentes, es decir personas físicas inexistentes o fallecidas que son utilizadas para enmascarar a los verdaderos interesados en evadir impuestos o evadir la acción de la justicia para no hacer frente a las responsabilidades civiles y penales consecuencia de sus lucrativas actividades⁴⁰. (sic).

2.4. Elementos característicos de la conducta ilícita

Los elementos de esta acción al tener la calidad de delito, podrían ser dos: Elemento objetivo y el elemento subjetivo.

El elemento objetivo constituido por la conducta prohibida, por consiguiente será toda actividad humana, por medio de la cual una persona permita que su nombre figure en un negocio jurídico, sin tener interés en el, ya que el propietario, financista y beneficiario de los frutos es otra persona, cuyo objetivo principal es el de lavar o limpiar el dinero obtenido en forma ilícita.

El elemento subjetivo, constituido por los sujetos que intervienen activa o pasivamente en el hecho ilícito,

⁴⁰ Bustos Ramírez, **Ob. Cit;** pág. 89.



El sujeto activo o prestamista del hecho, por consiguiente puede ser toda persona individual o jurídica, que preste o permita que su nombre figure en un negocio jurídico, sin ser el verdadero interesado.

El sujeto pasivo será la persona individual o jurídica que resulte dañado por la actividad del sujeto activo.

2.5. La naturaleza jurídica de la substitución ilícita en negocios jurídicos

La naturaleza jurídica de la presente figura consiste en ser una conducta eminentemente contraria a derecho, es decir, su antijuridicidad es evidente, por lo que se constituye en su principal indicador de naturaleza de delito, ya que con dicha actividad se oculta la procedencia de la inversión y por consiguiente al verdadero interesado, lo que causa una agravio a la seguridad jurídica de la negociación o contratación.

A criterio del sustentante la figura del substituto podría ser de naturaleza pluriofensiva, en cuanto que protege distintos bienes jurídicos, tal es el caso de la economía, seguridad pública, administración pública, la moral social y el orden económico, por consiguiente el testaferrato no es más que una forma de lavar o limpiar dinero frutos de delito, por cuanto con él se adquieren o administran bienes provenientes de actividades ilícitas, dándole apariencia de legales a su origen.

Es criterio del sustentate, que el delito de substitución es de conducta permanente, toda vez que se perfecciona en el momento en que por medio de un contrato, instrumento



público, o cualquier otra forma legal de transferir bienes en propiedad, dicho bien pasa a propiedad de quien realmente no lo es, por lo que continúa perfeccionándose mientras subsista la condición de sustituto y dure la ilícita simulación; por consiguiente se trata de una acción que debería ser ilícita, ya que causa daño a bienes jurídicos que deben ser tutelados por la ley penal.

2.6. Derecho penal comparado en la sustitución ilícita

El Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000, en la Parte Especial, que regula lo relativo a los delitos en Particular, en el Título X, De los Delitos contra el Orden Económico, Capítulo Quinto, Del Lavado de Activos, Artículo 326 regula que: “Substituto. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero proveniente de delitos de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.”

Se encuentra regulada en la República de Colombia, la cual inicialmente se originó como una conducta ilícita incluida en el Artículo sexto del Decreto 1856; posteriormente es adoptada como legislación permanente por el Artículo séptimo del Decreto extraordinario 2266 del año 1991, el cual estableció que quienes presten su nombre para adquirir bienes provenientes de ilícitos, incurrirá en prisión de 5 a 10 años, y multa de 2000 a 5000 salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los bienes respectivos.



Del análisis de la norma antes transcrita, encontramos que en dicha legislación, está claramente definida la figura del sustituto como ilícito penal, y hace referencia a la acción punible, la cual es la de prestar el nombre para la adquisición de bienes, pero no cualquier clase de bienes, sino que más bien, para que se tipifique la acción ilícita, dichos bienes deben provenir del narcotráfico o de delitos conexos; se puede observar que la pena es un tanto severa ya que la pena a imponer va de los 6 a 15 años de prisión, una pena accesoria de multa y el comiso de bien objeto de negociación ilícita, por lo que considero que en la citada legislación dicha actividad está severamente sancionada ya que lesiona bienes jurídicos que el Estado está en la obligación de tutelar, por lo que se considera aconsejable que en nuestra legislación también se regule dicha figura como ilícito penal.



CAPÍTULO III

3. Formas que adopta el lavado de dinero

El llamado "lavado de dólares", es una actividad por demás nociva para cualquier economía dependiente se entienda. Tal como las afirma el premio Nobel, que se citó anteriormente, esto hace más notorio que el principal interesado en nivel internacional por contrarrestar las actividades del tráfico de drogas sea el Estados Unidos, pero no es precisamente un asunto moral o médico, sino más bien un asunto económico. Ya la guerra contra el narcotráfico y cualquier tipo de narcoactividad habida, debe ser considerada por sus repercusiones económicas y en segundo escalón si se quiere, se puede situar a las sociales.

3.1. Delitos de narcoactividad como medios para el lavado de dinero

La expresión narcotráfico, alude a diferentes actividades u omisiones, contrarias al orden jurídico, con el objeto de producir o fabricar; movilizar o traficar; vender o comercializar, así como consumir drogas, fármacos o estupefacientes.

Guatemala es un país que, dada su cercanía territorial con Estados Unidos, ha utilizado preferentemente el narcotráfico como escala en el transporte de sustancias ilícitas al norte. Razón por la que no sorprende ver al Gobierno de Estados Unidos, decidido a ayudar a nuestro país en su lucha contra el narcotráfico, y la embajada de aquel país, ha donado una serie de equipo y técnicos que capacitan a las autoridades competentes.



Todo lo anterior, a reserva de que dicha narcoactividad, se niega el Estado de derecho y contraviene el orden jurídico nacional, toda vez que existen normas tuitivas que las prohíben, por el solo hecho de considerarse potencial y verdaderamente portadora de una serie de riesgos sociales y económicos para el país.

En la mayoría de países, la comercialización de las drogas cuyo consumo puede determinar una afición nociva tanto para el individuo drogadicto, como para la sociedad, está sometida a riguroso control legislativo. Este se exterioriza a través de las leyes especiales, vinculadas al ejercicio de la medicina y de la farmacia, así como en disposiciones punitivas de los respectivos Códigos Penales, que castigan las distintas etapas de este tráfico.

El Latinoamérica, cobra especial relevancia, dada la coyuntura que se vive, y el auge del tráfico de países como Estados Unidos en el que según datos de la Organización de Naciones Unidas, para el año 2000 eran aproximadamente 30 millones de los consumidores de drogas⁴¹, por lo mismo, es el principal interesado en combatir cualquier actividad que se preste al expansionismo de la red de productores, que abastezcan a sus consumidores.

Este factor, sumado a la influencia política que ejercen en la mayoría de países de Latinoamérica, consecuente que estos últimos dispongan de un significativo porcentaje de su presupuesto gubernamental, para sumarse a la lucha. Esto pese a que muchos de estos países no son consumidores, o bien, su grado de consumidores no es muy grande.

⁴¹ Miller, Benjamin F. Burt, John J. **Salud individual y colectiva**, pág. 180.



"En el momento actual y dados sus especiales características, el delito tiene proyecciones internacionales, que dificultan tanto su prevención como su sanción".⁴²

La Ley Contra la Narcoactividad, es una respuesta a las presiones internacionales, concretamente de los gobiernos del norte, porque se regule y se penalice de forma más agravada las conductas que tienden a dichas prohibiciones. Sin embargo, debemos hacer hincapié, en que la pena es y será una "amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres",⁴³ que es la forma en que definen los autores del proyecto alternativo alemán.

Según dijera Milton Friedman, premio Nobel de Economía, conocido como el padre del neoliberalismo estadounidense y citado por el doctor González Durán señala que: "las prisiones estadounidenses están llenas de narco-delincuentes. La lucha contra las drogas es un desastre al que me opongo no por razones económicas sino morales. Es en extremo inmoral el que los Estados Unidos destruya países productores como Colombia o Perú, mientras nosotros (Estados Unidos) ni siquiera imponemos nuestra propia legislación antidrogas. Es igualmente inmoral que nuestro Gobierno lleve a cabo una política que convierte en inhabitables los centros de las grandes ciudades de Estados Unidos y que cada día cobra víctimas inocentes".⁴⁴

⁴²Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, pág. 758.

⁴³**Ibid.**

⁴⁴González Durán, Mario. **La narcoactividad**, pág.17.



Cita con la cual se ilustra el panorama tan desalentador de países tercermundistas como Colombia y Perú, no se diga como Guatemala.

Sin embargo, en todo este fenómeno delincuencia, no hay que olvidar que es producto también de la serie de descomposición social y de las economías deterioradas.

Situación que incluye el desgaste sufrido por la guerra civil vivida en el país la que deterioró aún más la economía y dejó establecidos grupos armados que han pasado a fortalecer el crimen organizado como ha venido en llamársele todo lo cual al amparo de un endeble Estado democrático y de derecho que pretende instaurarse desde la década de los ochenta y que tiene una oportunidad aún mayor desde la firma de la paz.

La situación nacional posibilita a su vez un cambio en el proceso de democratizar la justicia que bien puede establecer bases para la construcción del sistema de aplicación y determinación de penas, así como de criminalización-descriminalización y penalización-despenalización.

El narcotráfico ya no es como lo fuera en principios del siglo XX una actividad aislada, si no toda un estructura de organización disciplinada y empresarialmente pensada, la que la respalda y que hace aún mayor la creciente preocupación por la también creciente fuerza que adquiere dicha actividad que por lógica consecuencia se gana el calificativo legal de ilícita.



Por supuesto como se explicó, la serie de desórdenes que conllevan éste tipo de actividades es inaceptable sobre todo para economías tan pequeñas como la guatemalteca, en donde pese a lo dañino que pueda ser la existencia de empresas fantasmas o de empresas que aún siendo lícitas se dedican a la cercanía que tendrían con su origen ilícito. Este dinero aunque activa en cierta medida la circulación del dinero, no genera de la misma forma en que lo haría una empresa lícita.

Por otro lado, el lavado de dinero comúnmente emplea gente lugareña, es decir, guatemaltecos, dada la situación económica referida y la insistencia de las actividades de la economía formal, por lo que los más propensos a pagar por la ilicitud de dicha actividad son los mismos guatemaltecos, especialmente aquellos aún siendo honrados son consentidores y por lo tanto, responsables indirectos de la delincuencia.

Aún y no siendo guatemaltecos o más aún centroamericanos, los que cumplen condenas por la narcoactividad son comúnmente los trabajadores de la última línea, nunca los dirigentes, por tanto, es otro mal que produce la citada actividad, que convierte no sólo la economía de los países en subdesarrollo, en traspaso de sus actividades ilícitas, sino a sus habitantes en delincuentes, siendo por tanto la penalización de dichas actividades, ineficaz, al encerrar a los trabajadores menos importantes en la cadena de no sólo el lavado de dólares, sino de toda la actividad del narcotráfico en general.

El consumo de sustancias que producen alteraciones fisiológicas en el ser humano se encuentra prohibida por una norma jurídico penal en los códigos penales de casi todos los países del mundo, consecuentemente con el daño progresivo y ulteriormente mortal que le



puede llegar a producir a un ser humano en particular y por análoga vinculación, a la sociedad en su conjunto. Es de conocimiento común los terribles daños del uso no controlado de este tipo de sustancias, sin embargo si escasa es la ilustración sirve de ejemplo, según establece una teoría a cerca del desaparecimiento de la cultura Maya, esta sociedad se diezmo hasta casi el exterminio por el consumo indiscriminado de una planta estupefaciente o alucinógena, según dicha teoría.

El consumo generalizado de estas sustancias en algunos países del mundo, adicional al costo que asciende este producto en cualquiera de sus presentaciones, dada la dificultad para comercializarse por la serie de sanciones con que se castiga la misma y por tanto la poca competencia, resulta muy atractiva la actividad de producirla y luego distribuirla, prometiendo y de hecho movilizando grandes cantidades de dinero. A estas actividades por tener el vínculo con "narcóticos", se les ha denominado: "narcoactividad".

Es necesario enfatizar, que la expresión "consumo" no se configura de la misma manera puesto que al consumirse no se trafica, así como tampoco se establece una vinculación estricta con el resto de la sociedad, en otras palabras vender no es lo mismo que consumir. Por esa razón al Ley Contra la Narcoactividad, que es la ley especial sobre la materia, establece la diferencia entre ambas conductas: posesión para el consumo una, y la otras tráfico ilegal.



“Consumo, especialmente de drogas, consiste en la posesión de drogas, fármacos genéricos, para el consumo personal”⁴⁵, consumo se puede entender como destruir o extinguir la salud. En ese mismo sentido, tenencia o posesión también se encuentra criminalizado, puesto que al prohibirse consumir también se hace con su posesión, como argumento de menor a mayor. Por tanto, las conductas prohibidas por la ley son ambas, tanto el consumo como la posesión, dado que puede descubrirse a alguien que aún no habiendo consumido ya lo tenga en su poder. Este mismo hecho da consecuencia a una segunda situación, que alguien en realidad no quiera el producto para consumirlo sino para venderlo es decir, para traficar con él. Por lo mismo en la práctica se establece que la diferencia radica entre ambas, es decir posesión para el consumo y posesión para la venta, en relación a la cantidad que posee el sujeto encartado.

3.2. Teorías acerca de la narcoactividad y el lavado de dinero

Según el licenciado Monzón Paz, la persona que ejecuta el uso o consumo de drogas, fármacos o estupefacientes: "es considerado en la doctrina como un verdadero enfermo que necesita tratamiento especializado mediante el internamiento en un centro de readaptación y no como un delincuente cuya conducta merece la aplicación de una sanción".⁴⁶

El Estado constitucionalmente debe proteger a la colectividad, de toda agresión que le cause daño o exponga al peligro. Este peligro puede presentarse en diferentes niveles, puede ser próximo o remoto, probable presunto o abstracto, efectivo o concreto.

⁴⁵ **Diccionario de la lengua española**, Pág. 343.

⁴⁶ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Ob. Cit**; pág.162.



En los delitos llamados de narcoactividad, el bien jurídico tutelado es la salud, que se encuentra inmerso en la seguridad colectiva. El narcotráfico, no sólo atenta contra el Estado de Derecho y la institucionalidad en el país, sino también en contra de la salud de los ciudadanos, que como consumidores o traficantes arriesgan la vida.

En protección de la cual, fue promulgada la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República, así como declarada de interés público la adopción por parte del Estado, de las medidas necesarias para prevenir, controlar, investigar, evitar y sancionar toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes, psicotrópicos y las demás drogas y fármacos susceptibles de producir alteraciones del sistema nervioso central y cuyo uso es capaz de provocar dependencia física o psíquica.

En palabras del doctor González Duran, Narcóticos son: "sustancias que producen sopor; relajación muscular y embotamiento de la sensibilidad, como acontece con el uso indiscriminado del cloroformo, el opio, la belladona etc."⁴⁷

Rodríguez Devesa por su parte, establece que se entiende por droga: "Cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con un aparente perjuicio para la sociedad"⁴⁸ Corrientemente estupefacientes, narcóticos, barbitúricos o fármacos reciben la denominación genérica de droga. No obstante

⁴⁷ González Durán, Mario. **Ob. Cit;** pág. 18.

⁴⁸ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español,** pág. 143.



lo mencionado, es preciso puntualizar que las drogas son en su mayoría sustancias que tienen aplicaciones medicinales, aunque ciertas dosis lleguen a producir resultados mortales.

El licenciado Monzón Paz, señala que debemos entender por sustancias estupefacientes: "las materias orgánicas o vegetales de poder narcótico; que obran mediante la depresión de las actividades del sistema nervioso"⁴⁹. Las principales sustancias estupefacientes son el opio, la morfina, la cocaína, la heroína, el hasich y otras, incluidas en la lista determinada en el Código de Salud, contenido en el Decreto número 90-97 del Congreso de la República.

Por sustancias psicotrópica se entiende cualquier droga natural o sintética. Se puede afirmar que narcoactividad alude a una serie de actividades (valga la repetición), que aún se pueden anticipar del prefijo narco.

Por lo tanto se tiene que: narcotráfico, narcoadicción, narcopolítica, narcoconsumo, narcocomercialización y otras. Sin embargo entre estas las principales son: el consumo, la tenencia, la inducción, la administración, la instigación, la confabulación, la fabricación o producción y la comercialización.

Por otra parte, tráfico se encuentra en el Diccionario de Derecho Usual como un sinónimo de comercio, y se le da la definición de "introducción y lucro ilegal con droga".⁵⁰

⁴⁹ Monzón Paz. **Ob. Cit;** pág. 162.

⁵⁰ Ossorio. **Ob. Cit;** pág. 758.



La seguridad colectiva, por otra parte, está constituida "por la certeza de la protección que el Estado debe otorgar a la comunidad para desarrollar normalmente sus actividades".⁵¹

La política criminal en torno a la narcoactividad resulta preciso abordarla desde dos puntos de vista: Por un lado la política criminal del Estado de Guatemala y por el otro, estos aspectos políticos son consecuencia del conjunto de la política, que involucra política exterior y política internacional. Por el lado de la política criminal del Estado de Guatemala, con la lógica limitación de ser un tema bastante amplio y no poder por tanto más que expresar los aspectos conclusivos a que han llegado connotados autores nacionales, en realidad no existe tal política criminal.

Por el lado de la política exterior, la misma se refiere a los asuntos nacionales que tienen cierta repercusión en el exterior. Indudablemente el narcotráfico y la narcoactividad son temas que, le importan mucho a nuestros vecinos del Norte. Particularmente a los Estados Unidos de Norte América, los que "fuerzan" políticamente hablando, al Estado de Guatemala a endurecer, equivocadamente las sanciones.

Lo mismo, en cuanto a la política internacional, irremediablemente debe verse como una afectación a la población guatemalteca que si bien no ha entrado en el consumo alarmante de narcóticos, ya participa en el corredor de drogas hacia Estados Unidos que por eso presiona para que Guatemala recrudezca su lucha contra el narcotráfico. En todo esto, se ve por supuesto afectada la libre determinación de las políticas internas que

⁵¹ Monzón Paz. **Ob. Cit.** pág. 162.



permiten incluso la vulneración a principios de soberanía (que no son las primeras ni mucho menos).

Esto permite a los mismos Estados Unidos de Norteamérica, por medio de sus órganos respectivos, dirigir la lucha contra la narcoactividad en flagrante intromisión en asuntos internos, al caso pretendiéndose la total incapacidad de las instituciones nacionales al dirigir operativos incluso en nuestro propio territorio.





CAPÍTULO IV

4. Necesidad de crear una forma delictiva para el sustituto en negocios jurídicos con fines ilícitos

Una de las formas más comunes de delinquir, es la que se da dentro en la administración pública, concretamente mediante la desviación de fondos públicos, para ello el legislador preveo dicho fenómeno delincuencial y dedicó dentro del Código Penal, el título XIII, relacionado a los delitos contra la administración pública, en especial los Capítulos IV y V, el primero de los indicados regula lo relativo a, los delitos de peculado y malversación, contemplados dentro de los artículos del 445 al 448 relacionados al peculado y malversación, y el segundo capítulo, de los indicados lo relativo a las negociaciones ilícitas, en los artículos del 449 al 452; Dicha acriminaciones regulan las formas en que un funcionario público puede incurrir en delito con ocasión del cargo que ostenta, estas figuras, son las que a criterio del sustentante más interesan para efectos del presente trabajo, ya que es fuente de obtención de recursos, por medios delictivos.

4.1. Elementos que justifican su regulación

Generalmente esta agrupación de delitos, tutela actos concretamente que están relacionados con la apropiación de fondos, u otras propiedad y valores, o su uso indebido, por parte de una persona que tenía encomendados los mismos para otros usos, como guardián o administrador de ellos.



El elemento diferencial de este grupo de delitos, con relación a la apropiación indebida, se encuentra en que, en estos el autor del delito es un funcionario o empleado público, que por lo general, son las persona que custodia dichos caudales públicos, ante lo cual en esta clase de delitos, solo puede ser sujeto activo un empleado o funcionario público y por consiguiente el sujeto pasivo será el Estado.

Para el efecto el Lic. Chicas Hernández, señala que “El Estado como persona jurídica requiere la existencia de personas físicas que manifiesten su voluntad, y esas personas físicas se relacionan directamente con los órganos administrativos, constituyéndose en titulares de ellos y asumiendo el ejercicio de las facultades que se encuentran dentro de la esfera de competencia de cada uno de los órganos.”⁵²(sic).

Las formas de la delincuencia son variadas y se han ido transformando conforme a los periodos de la historia y los tipos de sociedad.

Actualmente se observa un desarrollo general de formas de delincuencia organizada basada en el modelo de la mafia siciliana o de la camorra napolitana, dedicadas principalmente al tráfico de drogas y de materias nucleares (especialmente en Rusia) facilitando por la evolución de los medios de comunicación.

Los países occidentales tienen actualmente formas comunes de delincuencia, tanto en su frecuencia como en el tipo de infracciones.

⁵² **ibid.**



El término genérico de delincuencia abarca varios tipos básicos de comportamiento delictivo con criterios combinables: sin pretender ser exhaustivo, puede citarse la delincuencia cotidiana o delincuencia menor, la delincuencia juvenil, la delincuencia por imprudencia, el crimen organizado, la delincuencia económica y financiera, los atentados a personas, que comprenden básicamente los abusos sexuales, los atentados a las normas y al orden público y, finalmente, el terrorismo.

Cada una de estas categorías presenta características propias, aunque a largo plazo se observa un crecimiento de la delincuencia de la delincuencia económica y financiera y de la delincuencia cotidiana con atentados a bienes y a personas, generalmente de gravedad limitada.

Entendiendo la figura del sustituto o persona interpuesta, como aquella actividad mediante la cual una persona permite que su nombre figure en algún negocio jurídico, sin tener interés directo en el, hecho que generalmente va aparejado de una actividad ilícita ya que, el objeto de dicha actividad es el de ocultar al verdadero interesado en determinado negocio, dicha actividad la podemos relacionar más que todo en hechos relacionado con el narcotráfico de drogas y mas recientemente con actividades ilícitas de funcionarios, que por sus atribuciones se ve impedido en participar en negocios en los que es arte el Estado, por lo que utiliza a terceras personas para que formen empresas mercantiles, para que con su nombre se presenten a participar en alguna licitación y se le adjudiquen compras de bienes, prestaciones de servicios y construcciones de obras publicas, los cuales se les adjudican en condiciones preferentes, ya que los verdaderos interesados son quienes al final determinan a que persona les otorgan los referidos



contratos o negocios; y aún mas, grave lo constituye el hecho que funcionarios públicos que han cometido actos ilícitos desvían los fondos obtenidos anómalamente, para lo cual utilizan a terceras personas y de esta manera no verse involucrados en el hecho.

“Substituto. El que presta su nombre en un contrato, prestación o negocio que en realidad es de otra persona.”⁵³

Para Cabanellas el contrato es: “Convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa.”⁵⁴

Efectivamente y a pesar de que la forma del contrato varía conforme evolucionan los medios de comunicación, existen palabras en la definición del mismo que deben permanecer para explicar su esencia de forma más exacta. Por contrato se entiende: “Un acuerdo, entre dos o más personas, mismo que genera una relación jurídica destinada a provocar consecuencias jurídicas para las partes, convirtiéndose en ley para estas y que el resto del conglomerado social debe respetar”⁵⁵. Según la ley guatemalteca, es decir, el Código Civil, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. Todo lo cual se encuentra regulado en el Artículo 1518 del cuerpo de leyes mencionado. Ahora bien, este tema cobra especial relevancia para la presente investigación, debido a la forma en que finalmente se considere otorgado el consentimiento

⁵³ **Diccionario ilustrado océano de la lengua española**, pág. 1435.

⁵⁴ Cabanellas de Torres. **Ob. Cit**; pág. 337.

⁵⁵ Aguilar, Vladimir. **Ob. Cit**; Pág. 453.



en los contratos electrónicos, especialmente cuando se tiene contratos celebrados por internet, entre presentes lo mismo que entre no presentes. La clasificación del contrato que se acepta en la presente investigación es la siguiente:

- Por negociación o por adhesión;
- Consensuales, reales o formales;
- Gratuitos u onerosos;
- Típicos o atípicos;
- Instantáneos, duraderos o de ejecución periódica;
- Unilaterales o bilaterales;
- Principales y accesorios;
- Entre vivos o de última voluntad;
- Intuito personae o impersonales;
- Conmutativo o aleatorio.

El Artículo 1587 del Código Civil señala que: Los contratos son unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente.

El Artículo 1588, establece que son consensuales, cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos; y reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa.



En su Artículo 1589, señala la ley que son principales, cuando subsisten por sí solos, y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.

El Artículo 1590, determina que es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito, aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

El Artículo 1591, establece que el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.

El Artículo 1592, estatuye que son condicionales los contratos cuya realización o cuya subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes; y absolutos, aquellos cuya realización es independiente de toda condición.

Del Artículo 1517 al 1529 del Código Civil regula lo relativo al contrato señalando lo siguiente:

Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.



Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.

La persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Si no se ha fijado plazo, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente.

La oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos. La respuesta se dará lisa y llanamente.

Cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta.



Si la oferta se hiciere sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento.

El contrato por teléfono se considera celebrado entre presentes, y tanto en este caso como en el del Artículo anterior, el contrato se reputa celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Si por alguna circunstancia la aceptación llegare tardíamente a conocimiento del oferente, éste lo comunicará sin dilación al aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios.

Si el negocio fuere de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiere dispensado, se reputará concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

Se considera inexistente la aceptación, si antes de ella o junto con ella, llegare a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

No tendrá efecto la oferta si el proponente falleciere o perdiere su capacidad para contratar, antes de haber recibido la aceptación: o si falleciere o perdiere su capacidad la otra parte antes de haber aceptado.

Los derechos y obligaciones de los contratantes pasan a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de la ley, de la convención o de la naturaleza misma del contrato.



La actividad del sustituto se puede interpretar como la simulación en la inversión, pignoración, venta, posesión de ganancia, transferencia de mueble e inmuebles, por las personas que por diferentes motivos, generalmente ilícitos, utilizando nombres y documentos de identificación de familiares u otras terceras personas, para que a nombre de esta se adquiriera determinados bienes patrimonial, sin haber aportado el dinero o valor alguno, simulando un acto lícito para ocultar su verdadero origen ilícito.

Es criterio del autor que esta figura debe ser sancionada, como una figura delictiva, ya que quien participa como sustituto a sabiendas de la actividad que realiza, no puede quedar impune en su actuar ya que afecta la seguridad jurídica de los actos personales, así como a terceras personas que con dicho actuar se ven afectadas en su patrimonio, por lo que a criterio del autor, se debe regular dicha actividad, la cual podría quedar incluida dentro de los delitos regulados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y otros Activos, e incluirse como una nueva figura delictiva.

4. 2. Propuesta de su regulación

Como consideración a la propuesta de regular como ilícito penal, a la figura del sustituto o interpósita persona o persona interpuesta, como es conocida esta actividad en la doctrina jurídica, considero oportuno referirme inicialmente al bien jurídico tutelado, en esta clase de actividad y de esa manera determinar, si la misma podría presentar algún daño o lesionar un bien jurídico.



Figari, al referirse a la institución en materia penal del bien jurídico tutelado, señala que “El bien jurídico protegido o tutelado hace alusión a que en el ámbito social existen determinados bienes o valores que en razón de su relevancia o importancia que tiene para la comunidad, el legislador se interesa expresándolo en una norma jurídica, para lo que los hace ser considerados como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena penal, los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados”⁵⁶.

No es posible una conducta típica sin que afecte un bien jurídico ya que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de la tutela jurídica de estos bienes, consecuentemente y como ya se analizó en la parte del trabajo que trata sobre la figura del testafarro, se determina claramente que dicha actividad, efectivamente lesiona un bien jurídico, cual es en primer lugar, el de la economía nacional ya que a criterio del sustentante dicha actividad es una variante o forma de lavar dinero proveniente de hechos ilícitos, además de lesionar otros bienes jurídicos, como la seguridad jurídica y en determinados casos el patrimonio de personas, afectadas por el ilícito subyacente al lavado e activos, por ser, una actividad que lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados; por lo que, en razón con lo tratado anteriormente en este trabajo y de la lectura de las normas penales especial antes referida y de los considerandos de la ley objeto de estudio.

⁵⁶ Figari. **Ob. Cit**; pág. 435.



Dicha actividad actualmente no se encuentra regulada en el ordenamiento penal guatemalteco, es por ello que, se considera que la figura del testafarro, debe de ser incluida en forma clara y precisa dentro de la ley objeto de estudio, a efecto de que dicha actividad no quede en la impunidad, por falta de una legislación que la regula taxativamente, tal es el caso de la legislación colombiana, señalada dentro del presente trabajo, la cual dedica un artículo para regular dicha actividad como ilícito penal.

Es necesario sancionar la figura del sustituto como ilícito penal, ya que afecta la seguridad jurídica de los actos personales, así como de terceras personas en su patrimonio, debiéndose regular dicha actividad en la ley penal especial de Ley contra el lavado de dinero y otros activos. Al momento no se encuentra regulada la acción por la que una persona permita que su nombre figure en algún negocio jurídico, sin tener interés en el mismo.

La figura del sustituto como ilícito penal, debe ser sancionada ya que quien participa en dicha forma, a sabiendas de la actividad que realiza, no puede quedar impune en su actuar toda vez que afecta la seguridad jurídica de los actos personales, así como a terceras personas en su patrimonio, por lo que, podría quedar incluida en la ley que se mencionó.

Por las razones expuestas se propone a continuación un proyecto de ley de cómo quedaría la reforma propuesta:



Debe tomarse en cuenta que es necesario establecer una sanción la figura del sustituto como ilícito penal, ya que afecta la seguridad jurídica de los actos personales, así como de terceras personas en su patrimonio, debiéndose regular dicha actividad.

Además de que es necesario establecer la forma en que participa como sustituto una persona en negocios jurídicos.

Y además precisar el contenido de los distintos ilícitos que puedan integrar la conducta que atentan contra la economía.

Se debe modificar el Decreto 67 - 2000 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra el lavado de dinero y otros activos, en el sentido de incluir una norma legal que contenga:

“El sustituto en negocio jurídico con fines ilícitos. Se entiende por sustituto la persona que se presta su nombre en un contrato, prestación o negocio que en realidad es de otra persona. Esta conducta es un delito. Al responsable de este delito se le sancionará con una pena de cuatro a ocho años de prisión.”



CONCLUSIONES

1. El tránsito comercial se ve limitado si no existe confianza entre las partes, la que depende de la seguridad jurídica en la identidad de los sujetos que intervienen y que la propiedad sobre los bienes que comercializan esta respaldada debidamente con pruebas.
2. Si se llevan a cabo negocios por medio de terceros, pero esta representación no es del conocimiento de la otra parte, obviamente se trata de un fraude. Esta constituye, una de las conductas más comunes hoy en día.
3. La sustitución de un individuo por otro, para los efectos de poder llevar a cabo una transacción comercial, indudablemente permite el lavado de dinero y garantiza la impunidad para los sujetos involucrados.
4. Entre los delitos contra la economía nacional, no se encuentra tipificada aún la conducta ilícita de prestar el nombre para que terceros puedan llevar a cabo negocios jurídicos que les permitan lavar dinero.
5. El Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República a omitido regular en el Código Penal la figura delictiva en la cual se imponga sanción a la persona que actúa en nombre de otro, garantizando la impunidad de éste último.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, como el principal garante del libre tránsito comercial, tiene obligación de establecer políticas criminales tales como la de crear figuras delictivas por medio del Congreso de la República que tiendan a asegurar la certeza jurídica de los negocios jurídicos y la procedencia legal de los fondos y los bienes que son objeto de comercio.
2. El Congreso de la República de Guatemala, debe crear figuras delictivas en el Código Penal, tendientes a perseguir a todas aquellas personas que prestan su nombre en transacciones comerciales en las cuales compran o venden bienes económicos que en la práctica no les pertenecen, sino únicamente aparecen en el contrato, como forma fraudulenta de poder llevarlo a cabo.
3. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debe promover el estudio y propuesta de ley al Congreso de la República, del sancionamiento de formas modernas de lavado de dinero, entre los cuales se encuentra la sustitución de un individuo por otro, para los efectos de poder llevar a cabo una transacción comercial.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto número 67-2001, en el sentido de que, se debe incluir la figura del testafarro, como un delito, debiéndose incluir un Artículo adicional en dicha ley, para sancionar a la persona que se presta su nombre en un contrato, que en realidad es de otra persona.



5. El Estado de Guatemala por medio del Congreso de la República y más específicamente la comisión legislativa de asuntos penales, debe revisar el Código Penal a efecto de crear una figura delictiva en la cual se pueda sancionar a la persona que actúa en nombre de otro, garantizando la impunidad de éste último.

BIBLIOGRAFÍA



AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 4ª ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1983.

BERDUGO, Ignacio. **Derecho penal parte general**. España: Ed. Paxis SA, 1996.

BONNECASE, Julien. **Derecho civil**. México: Ed. Harla, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1993.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, SRL. 1993.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y foral**, Ed. Reus, Madrid, 1961.

CASTILLO GÓNZALEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. 12ª ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2,001.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. 4t.; Barcelona, España: Ed. Casa Bosch, 1996.

CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio. **Apuntes de derecho administrativo**. Guatemala, Ed. Universitaria, Depto. Publicaciones Facultad de Ciencias Económicas, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1993.

DE MATA VELA, José Francisco. et. al. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Parte General, Guatemala: Ed. Artemis & Edinter, S.A. 2001.

DE MATA VELA, José Francisco y De León Velasco Héctor Aníbal. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1996.



Real Academia de la Lengua. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España: Ed. Espasa, 2000.

Diccionario ilustrado océano de la lengua española. España: Ed. Espasa, 2004.

FIGARI, Rubén E. **Encubrimiento y lavado de dinero**. España: Ed. Ariel, 2001.

GALDOS, Jorge y Jaime. **La pena**. Perú: Ed. PPU, 1998.

GONZÁLEZ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Fundación Mirna Mack, 1998.

GONZÁLEZ DURÁN, Mario. **La narcoactividad**. Guatemala: (s.e.) 1996.

GONZÁLEZ DURÁN, Mario. **Documento memoria de la conferencia de derecho penal**. Guatemala: Congreso Epaminonda González, 1996.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. España: Ed. Tecnos S.A., 1994.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1982.

MARCEL PLANIOL, Georges Ripert. **Derecho civil**. México: Ed. Harla, 1998.

MILLER, Benjamin F. Burt, John J. **Salud individual y colectiva**. México: Nueva Editorial Interamericana, S.A. 2001.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco parte general**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1980.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general**. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Argentina: Heliasta SRL, 1983.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español.** Barcelona, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio. **La pena.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1999.

Legislación:

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

Código Civil, Decreto-Ley número 106 del Jefe de Gobierno de Guatemala. 1963.

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

Código Penal, Ley 599 de 2000, del Congreso Colombia.

Ley de contrataciones del Estado. Decreto Ley 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley Contra el Lavado de Dinero y otros Activos. Decreto 67-2000, Congreso de la República de Guatemala, 2000.