

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



**LA FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE
LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS**

ADITI DEVI ARCHILA LOOL

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**LA FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE LOS DELITOS COMETIDOS POR
PERSONAS JURÍDICAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ADITI DEVI ARCHILA LOOL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente	Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Secretaria	Licda. María Del Carmen Mansilla Girón
Vocal	Lic. Luis Fernando González Toscano

Segunda Fase:

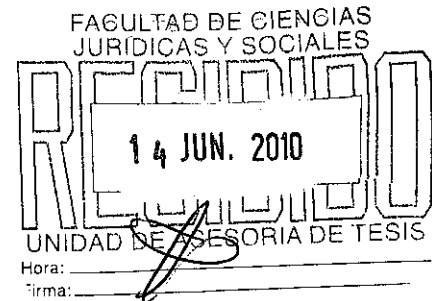
Presidente	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario	Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Vocal	Lic. Héctor René Granados Figueroa

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

LICENCIADO JORGE SAMUEL CABRERA SARAVIA
ABOGADO Y NOTARIO
2ª Avenida 9-59 Zona 7 Colonia Rafael Landivar.
Tel. 23352959.



Licenciado
Marco Tulio Catillo Lutfn
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Ciudad Universitaria.



Estimado Licenciado Castillo,

Con fundamento en la providencia dictada por esa coordinación, en la que se me asigna como **asesor**, del trabajo de tesis de la bachiller **ADITI DEVI ARCHILA LOOL** titulado **LA FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS**.

Realicé un análisis del tema y del contenido del mismo, el cual se efectuó con mi asesoramiento, indicándole a la bachiller **ADITI DEVI ARCHILA LOOL**, lineamientos técnicos sobre la elaboración del presente trabajo de tesis, quien en su desarrollo y estudio profundizó temas de importancia jurídica y científica; como es la situación normativa actual en que se encuentra regulada la persona jurídica, la responsabilidad penal de ésta y la falta de sanción penal sobre los delitos cometidos por la persona jurídica, debido a su naturaleza jurídica.

Respecto al contenido científico y técnico, considero que el presente tema de tesis constituye una fuente de conocimiento sobre la forma en que se procede a sancionar a las personas jurídicas, pues las sanciones establecidas para las personas jurídicas son las mismas que para las personas individuales, siendo la actual legislación incongruente con la naturaleza de las personas jurídicas.

Las conclusiones y recomendaciones son concluyentes y en mi opinión necesarias para la aplicación de sanciones justas a todas las personas responsables de la comisión de un delito, sin que su naturaleza jurídica sea un obstáculo a la aplicación de justicia. Se tomó como fundamento doctrinario el estudio que realizaron juristas reconocidos a través de la historia, obtenida de la bibliografía descrita en el presente trabajo, la cual me parece adecuada.

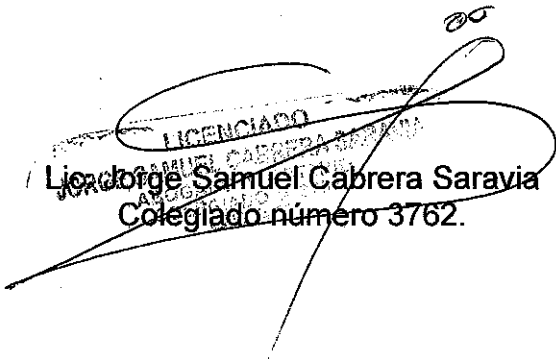
Los métodos utilizados fueron el analítico, sintético e inductivo; de forma integral para realizar un análisis del tema, los factores que lo propician en la sociedad

guatemalteca; reconstruyendo la información obtenida de forma sintética. Por consiguiente el presente trabajo de tesis reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



En base a lo expuesto, procedo a emitir dictamen **FAVORABLE**. Sin otro particular, me suscribo de usted, como su atento servidor.

Atentamente,

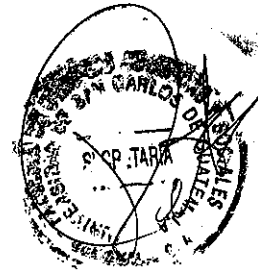

LICENCIADO
Jorge Samuel Cabrera Saravia
Colegiado número 3762.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ALBA LETICIA ALVIZURIS TORRES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ADITI DEVI ARCHILA LOOL, Intitulado: "LA FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS".

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 TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



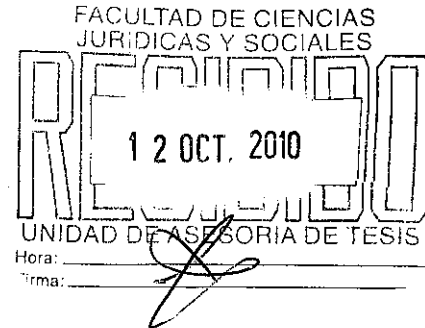
cc.Unidad de Tesis
MTCL/slh.

Licda. Alba Leticia Alvizuris Torres
Abogada y Notaria
7ª Calle 5-89 zona 5 Enriqueta Villa Nueva
Tel. 57031297



Guatemala 16 de agosto del año 2010

Licenciado
Marco Tulio Catillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Ciudad Universitaria.



Estimado Licenciado Castillo.

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de la providencia dictada por esa coordinación, me dirijo a usted para rendirle informe sobre la labor que desarrollé como Revisora del trabajo de tesis de la bachiller **ADITI DEVI ARCHILA LOOL**, titulado: **LA FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS.**

Analiqué detenidamente el trabajo de tesis ya referido, el cual se efectuó bajo mi inmediata dirección y supervisión, indicándole a la bachiller Aditi Devi Archila Lool, aspectos técnicos sobre la elaboración del trabajo, quien en su desarrollo y estudio profundizó temas de suma importancia, como la ausencia normativa de la responsabilidad penal y las principales personas jurídicas utilizadas en la comisión de hechos delictivos.

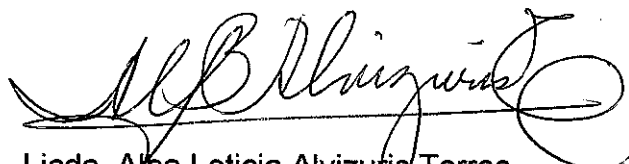
Respecto al contenido científico y técnico, considero que la presente tesis constituye una fuente de conocimiento sobre la forma en que se procede a sancionar a las personas jurídicas, debido a que en la legislación guatemalteca no hay una forma específica de aplicar la ley en estos casos; tomando en cuenta la realidad histórica jurídica, de las personas jurídicas y los antecedentes de la responsabilidad penal de éstas.

Las conclusiones y recomendaciones son fácticas y concluyentes del tema desarrollado en el presente trabajo y presentan un aporte significativo al ordenamiento jurídico guatemalteco, siendo su eje central combatir la impunidad que se propicia al dejar de sancionar a las personas jurídicas que cometen hechos delictivos.

La metodología para la elaboración del presente trabajo, se utilizó de forma práctica, realizando la observación y análisis científico, a través del método analítico, que se complementó con el método sintético e inductivo, para realizar la recopilación y reconstrucción de toda la información recabada de conformidad con su estudio y desarrollo, para concluir en que existe **FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS**. Así mismo la bibliografía utilizada es idónea como fundamento doctrinario para el desarrollo del presente tema. Por consiguiente, el presente trabajo de tesis reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Después de hacer algunas correcciones al trabajo, las que fueron consensuadas con la postulante, considero: que la presente tesis llena los requisitos exigidos por el Normativo respectivo, por lo que mi dictamen es **FAVORABLE**. Sin otro particular, me suscribo de usted, como su atenta servidora.

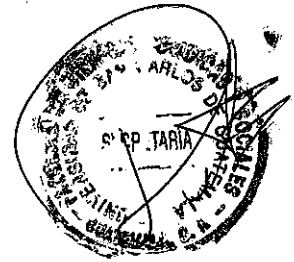
Atentamente,



Licda. Alba Leticia Alvizuris Torres
Colegiada número 5466.

Alba Leticia Alvizuris Torres
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 5466





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ADITI DEVI ARCHILA LOOL, Titulado LA FALTA DE SANCIÓN PENAL SOBRE LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

7000

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS: Por el amor incondicional que me ha brindado en el transcurso de mi vida, y por dirigir todos mis actos en este esfuerzo.

A MIS PADRES: Luis Archila y Vilma Lool, por todo el amor que me han dado y por ayudarme a alcanzar todas mis metas.

A MIS ABUELITOS: Marina Consuelo y Benito Lool, por sus palabras de aliento en cada paso de este camino.

A MIS TÍAS: Porque han sido una fuente de luz e inspiración en el transcurso de mi vida.

A MIS AMIGOS: Por ser incondicionales en cada etapa estudiantil que vivimos juntos, y ser una fuente de ánimo y consuelo en momentos de angustia y porque me han brindado una mano de solidaridad cuando más la he necesitado.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por darme la oportunidad de ser parte de ella y, por haberme brindado a los mejores catedráticos.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	i

CAPÍTULO I

1. Realidad histórica jurídica de las personas jurídicas.	1
1.1. Derecho romano	21
1.2. Derecho germánico	21
1.3. Derecho Canónico	22
1.4. Definición	22
1.5. Clasificación.	26
1.5.1. Persona jurídica individual.	26
1.5.2. Persona jurídica colectiva.	28
1.6. División de las personas jurídicas colectivas.	33
1.6.1. Personas jurídicas colectivas de derecho público.	33
1.6.2. Personas jurídicas colectivas de derecho privado.	37
1.7. Distinción entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado.	39
1.8. Elementos de la persona jurídica colectiva.	42

CAPÍTULO II

2. Ausencia normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	51
2.1. Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	53
2.2. Evolución del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.	62
2.3. Código Penal.	65
2.4. Código Tributario.	66
2.5. Ley Contra la Delincuencia Organizada.	71
2.6. Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo.	73

CAPÍTULO III

3. Principales personas jurídicas utilizadas en la comisión de hechos delictivos. .	77
3.1. Sociedades mercantiles.	77
3.2. Organizaciones no gubernamentales.	85
3.3. Fundaciones.	99

CAPÍTULO IV

4. La regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Guatemala de frente a los desafíos de la sociedad.	97
4.1. Reforma a la normativa penal.	97
4.2. Contenido del proyecto del Código Penal para Guatemala.	102
4.3. Solución a la problemática.	104

CONCLUSIONES	109
RECOMENDACIONES.	111
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

En Guatemala, la formación, inscripción y posterior utilización de personas jurídicas para la comisión de hechos delictivos o para la evasión de algunas obligaciones tributarias, se ha convertido en una práctica reiterada.

Mi interés en el tema radica en que dentro del sistema jurídico guatemalteco, actualmente las normas jurídicas que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son extremadamente escasas y las existentes sólo tratan de regular lo relativo a este fenómeno, perdiéndose en un limbo jurídico que únicamente propicia impunidad para la persona jurídica de que se trate y de sus representantes legales y personeros involucrados.

La hipótesis planteada para el presente trabajo es el vacío normativo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, fortalece los niveles de impunidad y refleja un interés directo que beneficia a personas individuales.

El objetivo de esta investigación es proponer reformas a la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del texto del Código Penal; así como establecer las diversas clases de responsabilidad penal en que pueden incurrir y las diferentes sanciones aplicables a cada tipo penal.

Así al realizar la integración del contenido del presente trabajo decidí utilizar los métodos de investigación: analítico por medio del cual describí y observe cada uno de los elementos de la persona jurídica, que demuestra que no encuadra su naturaleza dentro de la normativa penal guatemalteca; sintético se utilizó para hacer una reconstrucción precisa de los elementos y factores que influyen en la problemática que conlleva la falta de sanción penal de las personas jurídicas; inductivo con el cual se tomo como punto de partida los factores generales que influyen en la problemática social con respecto al presente tema, para concluir específicamente en que el problema radica en la falta de encuadramiento jurídico de la naturaleza abstracta de estos entes colectivos. Asimismo utilice las técnicas de investigación bibliográfica y documental; para obtener información directa de la sociedad, y doctrina que fundamenta este informe final.

La investigación se encuentra conformada por cuatro capítulos. En el capítulo uno hago una reseña histórica de las personas jurídicas, que han existido a lo largo de la historia, su definición, clasificación, y los elementos de la persona jurídica colectiva; el capítulo dos está relacionado a la ausencia normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y un análisis de la Ley contra la Delincuencia Organizada y la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo; el capítulo tres menciona las principales personas jurídicas utilizadas en la comisión de hechos delictivos; y el capítulo cuatro trata sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Guatemala de frente a los desafíos de la sociedad.

CAPÍTULO I

1. Realidad histórica jurídica de las personas jurídicas

Para determinar con precisión el estatus de la institución de la persona jurídica es necesario rastrear su huella histórica. La variedad de posiciones en cuanto a la naturaleza de la persona jurídica hace imposible referirse a todas ellas, por lo que expongo brevemente aquéllas que han merecido un mayor reconocimiento de parte de la doctrina. Se puede decir al respecto que ha habido incluso algunos autores, como el caso de David, De Duguit o De Vareilles - Sommieres, que han negado su existencia

Tomando como punto de partida el trabajo del jurista Carlos Fernández Sessarego, éste indica que: “En esta búsqueda de las posiciones que fundamentan la persona jurídica, se encuentra el nombre de Sinibaldo dei Fieschi o Inocencio IV cuya obra es muy meritoria al punto tal que Gierke se refiere a ella en los siguientes términos: “La doctrina de las personas jurídicas se presenta en la obra de Inocencio IV en un estado de imprevista perfección que despierta maravilla, a pesar de que no falte una cierta preparación anterior. Él le dio a tal doctrina una marcadísima configuración, de la misma manera que Savigny lo hiciera después en nuestro siglo, con cuyas enseñanzas concuerda también materialmente de modo verdaderamente remarcable.

Manifiesta Fernández que el aporte de Sinibaldo dei Fieschi es tan significativo en la elaboración de un concepto sobre la persona jurídica que se ha sostenido con razón

que él fue el más eficaz representante en Italia de la doctrina romano-canónica, como Savigny fue el más autorizado vocero de la misma corriente de pensamiento en Alemania. Agrega que para Ruffini es una grave inexactitud histórica considerar a Savigny como el autor de la teoría de la ficción. Esta afirmación sólo puede sustentarse si se desconoce la obra de Sinibaldo dei Fieschi. El autor expresa que con Inocencio IV se configura la teoría de la ficción, que dominó tanto en el foro como en la doctrina por más de seis siglos, hasta que Savigny la refrescó y la recompuso y se hizo fuerte gracias a la gran autoridad de su nombre. Esta teoría, según Ruffini, reconquistó tanto vigor que se impuso a través del presente siglo como la dominante en el derecho privado, a pesar de los fieros ataques y de los ingeniosísimos sistemas que le fueron contrapuestos.

Los antecedentes históricos con los que contaba Sinibaldo dei Fieschi para elaborar su teoría sobre la persona jurídica eran escasos. Pobre fue, en este aspecto, el aporte del derecho romano. El derecho canónico y el germánico contribuyeron con nuevos elementos, pero éstos se encontraban aún en trance de ser elaborados coherentemente. Los glosadores no manejaban el concepto de persona jurídica. Esta escuela, siguiendo los lineamientos del derecho romano, no logra diferenciar la organización de personas, el grupo humano, del aspecto formal consistente en la reducción de esta pluralidad de seres humanos a la unidad, mediante un proceso de abstracción mental. Para ellos la universitas no era sino un conjunto de personas.

Sobre esta base surge la teoría de Sinibaldo dei Fieschi en la cual se considera que la persona jurídica es una ficción, preparando de este modo el camino para los posteriores desarrollos de Savigny”.¹

En relación a la posición de Savigny, diré que éste es un seguidor de la huella de Sinibaldo dei Fieschi, y generalmente es considerado como el primero que en la época moderna proporciona una explicación sobre el tema de la persona mediante una vigorosa teoría de vasta repercusión en la doctrina jurídica. Es necesario destacar, como es sabido, la invaluable contribución ofrecida por este autor al desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, así como cabe incidir en sus valiosos estudios referidos al derecho romano.

“La teoría de la ficción tuvo en Alemania numerosos seguidores. Sin embargo para Savigny, que ha ofrecido tan valiosos aportes en beneficio de una teoría moderna del derecho, sólo el hombre concreto e individual - de carne y hueso- es persona para el derecho. Es este ser humano, individual, singular, irrepitible, el único que merece este calificativo. Cualquier otro sujeto de derecho solamente puede adquirir la calidad de persona a través de una ficción, de una construcción conceptual sin asidero en la realidad de la vida, como es el caso del concebido y de la persona jurídica. En este sentido Savigny expresa que, la capacidad jurídica fue demostrada como coincidente con el concepto de hombre singular”.²

¹ Fernández Sessarego, Carlos. **Naturaleza tridimensional de la persona jurídica**. Pág. 9.

² **Ibid.**

Considero que la tesis de Savigny, conceptualiza a la persona jurídica como un ente ideal, un algo abstracto sumamente necesario en el mundo real de las relaciones sociales, por medio del cual el derecho logra canalizar sus finalidades normativas en el orden jurídico social; Pues sólo a través de esta forma dada a la persona jurídica puede regular su desenvolvimiento en la sociedad, elevando a este ente ficticio, abstracto, irreal a la categoría de persona jurídica, pero sólo como una forma legal y técnica para admitir su existencia jurídica mas no real; sin embargo, es considerada como una persona totalmente distinta a la persona individual, es decir la persona física o natural, quien es elevada a la categoría de hombre singular por la capacidad de razonamiento que es inherente a éste.

Desde mi punto de vista me resulta antagónico determinar que, una persona jurídica es inexistente, cuando necesariamente existe por estar conformada primordialmente por personas reales, corpóreas, es decir por el hombre singular como lo llama Savigny; y que al momento de organizarse el hombre singular de forma colectiva en la sociedad, deja de ser real, y se convierte en una apariencia es decir una ficción, que necesita ser reconocida por el derecho para ser dotada de personalidad jurídica para poder actuar en el mundo de lo normativo.

Por lo tanto, considero que de conformidad con lo expuesto por los exponentes de la teoría de la ficción, cuando el hombre actúa individualmente y exterioriza su voluntad en la sociedad, es considerado como una persona real, es decir existente físicamente, lo cual es inherente a su naturaleza humana; pero si se organiza como una colectividad

determinada para actuar en la sociedad, deja de existir y se niega automáticamente su realidad física; por consiguiente, se da la problemática en el derecho de aceptarlo o no como tal, por lo que, por medio de la técnica jurídica legal se pretende resolver el problema, y se admite de manera formal que esa colectividad determinada es una persona jurídica ficticia, para poder normarla dentro del ordenamiento jurídico positivo.

De tal manera me resulta que la propuesta que hace Savigny al explicar la naturaleza de la persona jurídica, por medio de la teoría de la ficción, es acertada para facilitar el desenvolvimiento de los negocios jurídicos que realizan las personas individuales de forma organizada como una pluralidad de individuos; siendo una visión fragmentaria de este fenómeno jurídico social.

La tesis de Savigny, como consecuencia de su propio planteamiento de reducir a la categoría jurídica de persona sólo el ser humano individual, deviene en un artificio formal que contradice lo que es el derecho, en el cual una comunidad de seres humanos, regulan valiosamente sus propias conductas ya sea a través de normas consuetudinarias o legales. El derecho es siempre, y necesariamente, vida humana social. Una exigencia de su propia naturaleza de ser social, de su dimensión coexistencial. Es así que, como se ha dicho a menudo, el ser humano no obstante su unidad ontológica, tiene dos vertientes que se dan simultáneamente. Me refiero a la individual y a la social. Sin dejar de ser un ente singular, idéntico a sí mismo, el ser humano es, al mismo tiempo, un ente coexistencial. Es decir, que no puede vivir ni realizarse como tal fuera de la sociedad.

La persona jurídica no puede dejar de ser al mismo tiempo, en el plano coexistencial, una pluralidad de seres humanos vivientes que realizan en común una actividad valiosa. Es inaceptable, frente a lo que en realidad es el derecho, proponer un planteamiento individualista, reductivista, que pretende transformar a la persona jurídica en sólo una estructura formal, es decir que no puede convertirse en un centro al cual sólo se le atribuyen situaciones jurídico subjetivas como son los derechos y las obligaciones. La propuesta de Savigny encuentra su fundamento en una visión positivista del derecho, que lo reduce a un nivel formal, en el cual toda situación jurídica subjetiva es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo.

Los detractores de la teoría de la ficción la critican al decir que su defecto está en el desconocimiento de la realidad de la vida social. Consideran esta posición no sólo como anacrónica sino también como errónea, en la cual el individuo aislado es todo, mientras que el individuo asociado es nada. De ahí que estos detractores siguiendo la inspiración de Federico De Castro y Bravo, al hacer un balance de la concepción formalista sobre la persona jurídica, constatan que, la doctrina ha evolucionado hacia una toma de conciencia más profunda del problema, poniendo en tela de juicio a la concepción formalista de la persona jurídica y así, efectivamente, se ha hecho la crítica de los excesos dogmáticos a que ha llegado aquella doctrina, tratando de buscar, por otra parte, una nueva base teórica en que apoyar el concepto de persona jurídica.

Por lo expuesto, la tesis de Savigny en los actuales tiempos cuenta con un número menor de seguidores. La tesis de Savigny sobre la persona jurídica es correcta pero

sólo es válida, según mi concepto, para explicar su dimensión formal. Se trata de una visión fragmentaria es decir, que, toma en cuenta solo una perspectiva de éste fenómeno jurídico.

Como opositora a la teoría de la ficción encontré la teoría que se ha dado en llamar realista con múltiples derivaciones, entre las que se puede anotar la de la persona real-ideal, la teoría de la voluntad, la llamada individualista, la teoría del derecho subjetivo.

Contrariamente a lo sostenido por Savigny, la teoría realista observa que los grupos humanos jurídicamente actuantes no podían desvanecerse en una ficción. Según esta teoría, había que concederle a la persona jurídica una existencia igual a la de los seres humanos individuales, una verdadera existencia, es decir una entidad real. En este sentido, se concibe otorgar a dichas personas jurídicas, por ser una pluralidad de individuos organizados, una vida autónoma, independiente, una propia voluntad de acción y un particular interés. Frente a éste ente, sostiene que el ordenamiento jurídico no lo crea sino que se limita a su simple reconocimiento. De ahí que esta teoría es también conocida, indistintamente, bajo las denominaciones de orgánica, antropomórfica o de la realidad.

El mérito de la posición de la teoría de la realidad es el haber desvinculado el concepto de persona de cualquier referencia al hombre y de haber reconocido que, además de los sujetos individuales, los entes colectivos no constituyen una ficción sino una realidad. El error de esta teoría se encuentra, sin embargo, en sostener que la realidad

de la persona jurídica es existente por sí misma, anterior al reconocimiento del ordenamiento jurídico.

Los postulados de Savigny y de la teoría realista se han impuesto por largo tiempo en el pensamiento jurídico. La mayoría de los juristas que asumen el tema se apegan a la teoría de la ficción, considerando que la persona jurídica no es más que un centro ideal, una mera abstracción desvinculada de la realidad y el mundo de los valores.

Existe también la concepción elaborada por el italiano Francesco Ferrara, la cual destaca sobre la persona y, por consiguiente, sobre la denominada persona jurídica. Se produce un notorio salto de calidad, un decisivo progreso, en lo atinente a la persona jurídica. La obra de Ferrara es importante e insoslayable para quien se asome al conocimiento de lo que es la persona jurídica.

Ferrara reconoce que la concepción moderna sobre la persona jurídica se basa en la concatenación de tres elementos como son el derecho romano, el derecho germánico y el derecho canónico. Estos elementos se mezclan en la edad media y es a partir de aquellas diversas corrientes de pensamiento que surge una nueva concepción de la persona jurídica.

Ferrara se adhiere a la teoría formalista, como la mayoría de los juristas que tratan la materia referente a la naturaleza de las personas jurídicas. Dentro de esta concepción, siguiendo la huella de Savigny y de conformidad con la apreciación del autor, se

distingue claramente la situación ontológica del ser humano del concepto jurídico de persona. Esta última es una cualidad abstracta, ideal, suministrada por el ordenamiento jurídico y no resultante de la individualidad corporal y psíquica. El hombre es persona para el derecho cuando es reconocido como ente jurídico, dotado de derechos y deberes, por el ordenamiento jurídico. Dentro de este planteamiento, como se advierte, no coinciden las nociones de ser humano y de persona, siendo este último un concepto de mayor amplitud en la medida que la calidad jurídica de persona puede atribuirse por el ordenamiento jurídico a cualquier ente que no sea el hombre.

De acuerdo a esta teoría, la personalidad es un producto del ordenamiento jurídico, y surge por el reconocimiento del derecho objetivo. El hombre no es persona por naturaleza, sino gracias al reconocimiento que hace el derecho objetivo de esa cualidad o aptitud; esta cualidad es una relación ideal, inconcebible sin el ordenamiento jurídico.

La historia demuestra que por largo tiempo ha existido una clase de hombres a los que se les negaba la calidad de sujetos de derecho como es el caso de los esclavos. Así también la personalidad puede también perderse como consecuencia de una condena penal – lo que sería la muerte civil –.

La personalidad jurídica es una forma jurídica, no es un ente en sí mismo. Es un modo de regulación, un procedimiento de unificación, la forma legal que del derecho objetivo reciben ciertos fenómenos de asociación y de organización. Por ello, la persona jurídica

no es una cosa, sino un modo de ser de las cosas. Para esta teoría resulta vano, tratar de encontrar detrás de la persona jurídica cualquier especial entidad orgánica o psicológica que la ley considere sujeto de derecho. La persona jurídica es la forma jurídica mediante la cual ciertos grupos de personas se hacen presentes en la vida del derecho. Es la configuración legal que estos grupos asumen para participar como tales en la vida social. Es así que la personalidad es una marca o huella jurídica, una investidura que viene del exterior y se sobrepone a los fenómenos asociativos. De este modo, por ejemplo, Incitatus, el caballo de Calígula, podría ser persona.

Se manifiesta también por esta teoría que en Roma se concedió la calidad de persona a ciertos dioses como Apolo y Júpiter, mientras que en los derechos orientales se reconoció como personas a las plantas, a los animales, a las cosas inanimadas.

De esta cuenta Ferrara representante de esta teoría indica que no encuentra ninguna dificultad, por consiguiente y desde un punto de vista técnico formal, para la personificación de entes no humanos. No obstante esta conclusión lógica, Ferrara se pregunta si el otorgamiento de la calidad de persona a los entes no humanos es compatible con la finalidad del derecho, que es un producto de la vida social que atiende a la realización de los intereses humanos. Sobre la base de esta comprobación, Ferrara se explica el que en determinadas épocas históricas se hubiese concedido personalidad a entes no humanos. Es que con esta concesión se perseguía la realización de intereses sociales de distinta índole. Y ello porque el hombre es

siempre el punto central del derecho, y el derecho sólo existe para ordenar las relaciones humanas.

En síntesis, cuando el ordenamiento jurídico concede la calidad de persona a entes que no son seres humanos debe tenerse en cuenta que esta atribución de personalidad no es otra cosa que una forma de realización de intereses humanos.

Las personas jurídicas son para esta teoría, al igual que la concesión de personalidad a Apolo o a Júpiter, formas de realización de intereses humanos. Esta es la razón por la cual el ordenamiento jurídico crea a las personas jurídicas. Éstas surgen como pluralidad de hombres que se renuevan en el tiempo y que persiguen un fin común, o un fin supremo de defensa o solidaridad humana, o un objeto particular de los coasociados. Como estas colectividades permiten la realización de intereses humanos es que el ordenamiento jurídico le otorga la calidad abstracta e ideal de personas, considerándolas como sujetos de derecho. El interés de las colectividades no es, por lo demás, distinto del de sus integrantes. Se trata de un interés común, un punto de coincidencia de los miembros de las colectividades.

Se indica también que las personas jurídicas están conformadas por seres humanos. Pero, no se trata de hombres singulares sino asociados ordenados a un fin. La composición de la persona jurídica está formada por la asociación de individuos para la obtención de un fin propio – corporaciones – o para la obtención de un fin ajeno – instituciones –.

Pero, el que el ordenamiento jurídico otorgue la calidad de persona jurídica a las colectividades, no significa que la capacidad jurídica se atribuya a una pluralidad de seres humanos, sino que la personalidad jurídica se concede a su unidad ideal. Las personas jurídicas, no obstante significar la realización de intereses humanos y estar constituidas por seres humanos, no constituyen una realidad corporal, orgánica, sino un ente ideal, una abstracción. La persona jurídica no es un hombre grande.

Para explicar este pensamiento, puedo indicar que si bien es cierto, el ser humano es la resultante de una suma de células, no por ello se sostiene que me encuentro frente a una gran célula.

La persona jurídica es así, una unidad intelectual sintética y, al no poseer una existencia separada e independiente de la pluralidad, ella consiste en la propia pluralidad abstractamente considerada; es decir, como masa unitaria. La persona jurídica resulta existente en la pluralidad. Y esto es tan cierto que para Ferrara ella dura mientras dura la pluralidad. Se sostiene que la unidad sintética en cada instante es idéntica a la pluralidad cambiante de la masa, de la cual no es sino su representación ideal. De esta comprobación se sigue que la voluntad de la asociación como ente ideal es la voluntad de los concretos actuales miembros, es decir una voluntad colectiva. Esta voluntad, por consiguiente, no es la suma de las voluntades singulares de los asociados sino el producto de aquellas voluntades singulares en cuanto que por influencias y reacciones psíquicas recíprocas las voluntades singulares se modifican, pero voluntad que no es la emanación de un ente místico colectivo, que

puede considerarse como voluntad de este organismo social. Se trata, por consiguiente, de una voluntad común de los asociados y no una voluntad del ente ideal asociación.

En lo que se refiere a las instituciones, que para esta teoría son las fundaciones, ellas tienen un substrato que está formado por la organización de individuos para la consecución de un fin ajeno, que le es impuesto desde el exterior por el fundador.

Así también se considera que lo que hace que las instituciones, es decir, las fundaciones, alcancen la categoría de personas jurídicas no es el fin por ellas perseguido, ni el fundador, ni el patrimonio, ni los destinatarios sino el consejo de administración. Ello porque no se puede elevar a la categoría de sujeto de derecho a la finalidad, en cuanto ella es una mera abstracción, ni al grupo de destinatarios que pueden ser indeterminados, ni al patrimonio que puede faltar. Sólo puede ser substrato de la persona jurídica el consejo de administración, que es la organización de donde emana e irradia la actividad de la institución. Se trata de una administración entendida no con significación económica ni como función, sino como organismo administrativo, como unidad ideal. Es el grupo ideal de los administradores, los que individualmente pueden ir cambiando a través del tiempo.

Por lo expuesto, puedo comprobar que en la concepción de la teoría formalista cabe distinguir los conceptos de persona y de persona jurídica. La persona es el sujeto de derecho, un concepto genérico, que comprende a todos los sujetos de derecho.

Persona, por excelencia, es el ser humano. Al lado de los seres humanos existen otras personas, como son las denominadas personas jurídicas. Ambas son sujetos de derecho y, como personas, constituyen una categoría jurídica ideal, abstracta, una pura forma jurídica, un ordenamiento legal unitario. Para explicar su posición, esta teoría utiliza un ejemplo ilustrativo, un parangón, como es el de considerar que la noción de persona, por su generalidad, sería semejante a la de animal para la zoología. En cambio, el concepto de persona jurídica es una categoría especial de la genérica noción de persona, por lo que se le compara a una especie del género animal. A este efecto se hace referencia al animal marino. Señala que, al referirse a esta última categoría, quiere expresar una clase de los seres que pertenecen al reino zoológico.

Finalmente deseo referirme a la persona en la teoría kelseniana, donde Hans Kelsen, a través de su difundida teoría pura del derecho se opone, con rigor científico, a los planteamientos antes referidos, una extraordinaria y coherente construcción del derecho, la misma que dominó el pensamiento jurídico occidental durante varias décadas. Dicha construcción teórica, por su calidad científica y por la explicación global de lo jurídico que proporciona, constituyó una formulación en la cual el formalismo jurídico encontró su más acabada y exquisita elaboración conceptual. Su planteamiento, aceptado por la gran mayoría de los juristas en décadas pasadas, respalda, a elevado nivel, el postulado imperante del positivismo jurídico que, en el siglo XIX y en gran parte del siglo XX, dominó el pensamiento jurídico.

Kelsen depura la teoría formalista sobre la persona llevándola, con maestría y lúcida coherencia, a sus últimas consecuencias. Es el gran artífice de un constructivismo conceptual, desarraigado de la realidad de la vida, donde la persona es exiliada de la naturaleza, extraída de su hábitat social, para reducirla a tan sólo un centro ideal de imputación de normas, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que atribuyen derechos y deberes o, como se diría actualmente, de situaciones jurídicas subjetivas. El ser humano resulta, así, reducido a un producto ideal del ordenamiento jurídico positivo.

En la base de la teoría de Kelsen se encuentra una substancial negación de los postulados de la escuela histórica del derecho. Esta refutación se formula en el sentido de negar que los derechos subjetivos sean anteriores o precedan al llamado derecho objetivo, es decir, al ordenamiento jurídico positivo. Para Hans Kelsen, por el contrario, el derecho subjetivo se reduce al objetivo en la medida que ambos no son, para este autor, de distinta naturaleza, por lo que no se les puede considerar como fenómenos diferentes. El constructivismo jurídico llega, así, a su más enfática afirmación al desconocer la primacía de los derechos subjetivos para reducirlos, confundiéndolos, con el derecho objetivo. O, dicho en otros términos, asimilándolo al aparato formal-normativo del cual emana, según Kelsen, la calidad de persona que se atribuye al ser humano, con absoluta prescindencia y desconocimiento de su calidad ontológica y de su inherente dignidad.

De este planteamiento resulta que el centro y eje del derecho es la norma, en cuanto estructura formal del derecho. La persona y los valores son para Kelsen extraños al derecho. Son, simplemente, elementos metajurídicos.

La mencionada eliminación del derecho subjetivo, al asimilarlo simple y llanamente al objetivo, reduce el derecho a sólo lo formal. Se le ha depurado de forma rigurosa, de toda contaminación proveniente de la naturaleza, de la realidad de la vida, de los valores. Se ha producido, así, una rígida eliminación de todo aquello que no sea puramente formal. El derecho aparece, por consiguiente, como, una construcción conceptual, un coherente edificio exclusivamente normativo donde queda terminantemente excluida la realidad de la vida y los criterios valorativos.

En síntesis, al haberse depurado el derecho subjetivo no queda sino identificar, al derecho con el ordenamiento jurídico positivo. Todo aquello que no se encuentra dentro de sus lindes no es jurídico. Todo lo que es ajeno o extraño a la norma jurídica deviene, dentro del planteamiento propuesto por Kelsen, como transistemático. La vida humana social y los valores resultan, como se ha anotado, entes metajurídicos, situados más allá de la frontera del derecho.

Reducido el derecho subjetivo al objetivo, depurado de todo elemento de la naturaleza, no existe ya ningún obstáculo teórico para afirmar, como lo hace Kelsen, que carece de sentido referirse a la persona como si se tratase de un ente o una realidad independiente de la pura normatividad.

La persona, tanto física como jurídica, es para Kelsen tan sólo un ente espectral, una expresión unitaria personificadora para un total de deberes y facultades jurídicas.

Dentro de este marco conceptual, de carácter formalista, la persona resulta ser un ente ideal, por decir algo, así como un fantasma, una mera construcción del pensamiento normativo. La persona deja de ser el hombre, de carne y hueso, para convertirse tan sólo en un centro unitario de un complejo de normas que se ubica en la relación lógico formal del derecho. De este modo, el ser humano en cuanto tal, como unidad psicosomática sustentada en la libertad, queda fuera del derecho, pertenece al mundo de la naturaleza que no es, propiamente, el del derecho.

Considero que en la teoría pura del derecho, la cual es expuesta por Kelsen, para determinar o explicar la naturaleza de la persona jurídica, él de cierta manera admite que el contenido de las normas está conformado por conductas humanas en su aspecto formal; y que en realidad el ser humano es solamente un ente metajurídico; es decir tan sólo una forma jurídica de carácter técnico, que la norma utiliza para la realización de sus propios fines. Por consiguiente, el hombre ha quedado desterrado del derecho, fuera de sus fronteras, las cuales encierran un aparato formal normativo. Se realiza una depuración teórica del derecho, el cual se ve reducido a una disciplina cuyo objeto de conocimiento es ideal, es decir la norma jurídica.

Dentro del esquema propuesto por Kelsen: “En el ámbito de su teoría pura, tanto la persona física o natural como la persona jurídica o colectiva participan de la misma

estructura formal en cuanto ambas personas resultan ser tan sólo, como está dicho, la unidad de un conjunto de normas. Ambos conceptos, el de persona física y el de persona jurídica, son tan sólo construcciones auxiliares de la ciencia jurídica, la personificación de un conjunto de normas jurídicas, de obligaciones y autorizaciones. Si alguna diferencia existe entre ambas ella radica, en la división de funciones. Estas funciones se ponen de manifiesto en lo que designa como orden jurídico total y orden jurídico parcial. El mencionado autor distingue entre orden jurídico total y orden jurídico parcial se fundamenta en que en la conducta humana, que es el impuro contenido metajurídico de las normas, es dable diferenciar un elemento de carácter personal o subjetivo de otro de estructura material u objetiva. El primero, según Kelsen, se refiere al sujeto mismo de la acción o de la omisión, mientras que el segundo se contrae a la acción u omisión consideradas en sí mismas.

La distinción a que hace referencia Kelsen pretende diferenciar, dentro de su planteamiento formal, entre dos elementos claramente distinguibles. De un lado, el quién, o sea el ente que realiza la acción o incurre en omisión, del qué hecho u omitido. Kelsen nos explica que en la norma integral se recogen o determinan ambos elementos aunque es posible, también, que la norma sólo contenga a uno de ellos con prescindencia del otro.

El planteamiento indica a una doble distinción, es decir, entre orden jurídico total y orden jurídico parcial, de un lado, y entre elemento personal o subjetivo y elemento objetivo o material, del otro, le permite extraer, sin dificultad dentro de su esquema

formal, la conclusión que, cuando se alude a las personas jurídicas o colectivas, no se trata sino en realidad de actos u omisiones que se refieren a conductas de hombres individuales. De ahí que cuando el ordenamiento jurídico imputa deberes o derechos a las llamadas personas jurídicas debe entenderse, siempre y únicamente, que tales derechos o deberes sólo podrán ser cumplidos o incumplidos mediante acciones o conductas de seres humanos individuales; es decir, de personas físicas o naturales. De lo expuesto se concluye, por tanto, que sólo comportamientos de personas individuales pueden constituirse en el contenido de las normas jurídicas.

La distinción entre orden jurídico total y orden jurídico parcial permite a Kelsen expresar que, en el caso de las personas jurídicas, el orden jurídico total sólo hace referencia al elemento que designa como objetivo o material. Es decir, en este orden jurídico total se mencionan tan sólo los derechos o deberes correspondientes sin ninguna alusión a quién debe ser, en el nivel existencial, el titular de tales derechos o deberes, es decir, al facultado o al obligado según sea el caso”.³

Sin duda alguna el concepto de persona jurídica, no surgió repentinamente, consiste en una categoría jurídica, determinada por las condiciones materiales de la sociedad.

De acuerdo al licenciado Zenteno: “El concepto de persona jurídica, no ha existido siempre, en la comunidad primitiva, no podía existir, por cuanto que en este estadio de la humanidad, no existió lo que hoy conocemos como derecho”.⁴

³ Fernández Sessarego. **Ob. Cit.** Pág. 20.

⁴ Zenteno Barillas, Julio Cesar. **La persona jurídica.** Pág. 7.

A decir del autor citado, el concepto de persona jurídica, se fue formando junto al lento imperceptible proceso de evolución del derecho.

Es a partir del esclavismo que la ciencia ha encontrado las pruebas más remotas de una concepción jurídica de persona o sujeto de derecho y desde ese estadio histórico de la humanidad hasta la fecha, se le han asignado las más variadas interpretaciones.

Sin embargo lo que hoy se conoce como persona jurídica, moral, ficticia o colectiva; es producto de un largo proceso de formación histórico social y, tiene su origen en la combinación de tres elementos:

- a) El derecho romano;
- b) El derecho germánico; y,
- c) El derecho canónico.

Estos tres elementos se entremezclan en la edad media y del contacto y de la labor intelectual surge la moderna concepción de persona jurídica colectiva, luego de sucesivas transformaciones. Por consiguiente, su aportación en el afán por conceptualizar a la persona jurídica y determinar su verdadera naturaleza, contribuyó en gran manera con lo que hoy en día se conoce respecto de éstas. Y con el objeto de entender de mejor manera estos tres elementos a los que me he referido, describiré brevemente cada uno de ellos:

1.1. Derecho romano

En este derecho se reconoció una voluntad colectiva que se identifica con el Estado, aunque no en la forma que hoy se entiende como persona jurídica colectiva. La noción más antigua, aparece en la fase del imperio, con motivo de la constitución de los municipios o ciudades independientes, denominadas **ius singulorum** – el derecho de cada quien-. Después se extendió a las cofradías de sacerdotes y artesanos, luego al Estado, dioses y templos. En la época del Digesto y las Leyes de Ulpiano, nace el concepto de corporación, pero considerada como sujeto del derecho o personas jurídicas colectivas de naturaleza ficticia.

1.2. Derecho germánico

En el derecho germánico, se menciona a las agrupaciones humanas con carácter de corporación orientada al cooperativismo. El condominio pro-indiviso y el consorcio fraternal, son las asociaciones económicas que se manifiestan en los siglos XI y XII durante el feudalismo. Este tipo de asociaciones fueron inicialmente conformadas por la estirpe familiar; asimismo que se origina en este derecho la llamada personalidad de las leyes.

1.3. Derecho canónico

Este derecho fundamenta toda la teoría del derecho, en las sagradas escrituras y la

concepción idealista, desvincula a las asociaciones de personas del poder del Estado y sostiene que las asociaciones están sometidas al poder y la voluntad de Dios. De esa concepción, nace la idea del instituto sobre la asociación.

Con posterioridad, con el aporte de los glosadores y post glosadores – ideólogos del Sacro Imperio – y otros juristas, la concepción de persona jurídica colectiva se enriquece y de la reunión de nuevas ideas, se construye toda una teoría sobre ella.

1.4. Definición

Del diccionario del autor Manuel Ossorio, se extrae la siguiente definición: “La expresión es una de las más delicadas en el tecnicismo del derecho, de un lado, superada la esclavitud en todos los países, y a un lado el so juzgamiento de los regímenes tiránicos, en la actualidad, y hace mucho, toda persona es sujeto de derechos y obligaciones, y por ende jurídica. Ahora bien, con olvido de ello e instaurando no pequeña confusión, persona jurídica se refiere por un amplio sector de la doctrina, que el uso ha impuesto, a los sujetos de derechos y obligaciones que no son la persona natural o física, es decir, ni el hombre ni la mujer.

Vélez Sársfield, pretendiendo justificar el calificativo, expresa que se les denomina personas jurídicas, porque no existen sino con un fin jurídico; cosa rebatible sin dificultad, puesto que no es algo jurídico lo que las crea por lo general sobre todo las

privadas, sino una finalidad económica, política, cultural, deportiva o de otro género que tiene que adoptar para su funcionamiento ese ropaje jurídico, cosa muy distinta.

De ahí que se hayan propuesto numerosas substituciones para el tecnicismo: personas abstractas, artificiales, civiles, ficticias, incorporales, de existencia ideal, no físicas o morales, que se analizan brevemente en sus respectivas voces, en cuanto al acierto o inconsistencia”.⁵

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

Se indica también que: “Las personas jurídicas – llamadas también abstractas, sociales, colectivas o morales – han sido objeto en la doctrina de diversas definiciones que pretenden recoger las notas diferenciales de las mismas, aunque en realidad éstas no hacen más que responder al punto de vista particular de quien las formula. Fue clásica la definición que las considera como “aquellos seres abstractos o entes de razón formados por una colectividad de personas o un conjunto de bienes que tienen un fin humano racional y que son capaces de derecho y obligaciones”. Tratando de puntualizar más su concepto, Dusi las define como “aquellos entes abstractos que

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 570.

persiguen fines de utilidad colectiva, a los que, como medio para la consecución de éstos, concede la ley personalidad jurídica patrimonial”. Por su precisión, quizá sea sin embargo, la más aceptable la definición de Ruggiero: “Toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada o de un conjunto de bienes, a la que para la consecución de un fin social durable y permanente se reconoce por el Estado de capacidad de derechos patrimoniales”.⁶ (sic)

Me parece acertado el comentario vertido por De Diego, el cual manifiesta: “Es necesario aceptar la noción de la persona jurídica porque el individuo no es bastante para realizar todos los fines de la vida y necesita colaboración, siendo un hecho de realidad histórica la tendencia del hombre a agruparse en sociedades más o menos extensas y ello ha determinado, a su vez, la existencia en todos los tiempos de personas jurídicas. Por eso, la persona jurídica se esboza ya en la época romana, sin llegar a tener la capacidad jurídica que le es inherente. Fue en la Edad Media, como consecuencia de las teorías romanistas, germánicas y canónicas, cuando empezaron a sentarse los principios del desenvolvimiento de las sociedades en general y de las personas jurídicas en particular. Singularmente influyó el derecho canónico, pues en la terminología escolástica se habla ya de las corporaciones o universitas personarum y de las funciones o universitas honorum; pero en la legislación civil continúan la sociedad y personas jurídicas desenvolviéndose sin principios sólidos respecto a su naturaleza, ni siquiera en la época del Código Napoleónico en que todavía no se reconoció a la persona jurídica el carácter de sujeto de derecho y con personalidad independiente de los individuos que la constituyen. La Revolución Francesa,

⁶ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo I. Pág. 329.

esencialmente individualista, quiso destruir las antiguas manos muertas, porque estimaba que entre el individuo y el Estado no debían existir organismos intermedios. Durante todo el siglo XIX esta concepción se acentuó más en el derecho francés, en el cual, para que las asociaciones autorizadas adquiriesen personalidad, era necesario su reconocimiento como establecimiento de utilidad pública, a partir de 1901, sin embargo, se inicia un régimen de libertad”.⁷

En base a las definiciones anteriores puedo indicar que: las personas jurídicas son entes incorpóreos, formados por dos o más personas individuales, que se organizan de tal forma para lograr la realización de determinados fines permanentes o temporales, que logran obtener el reconocimiento del Estado, para ser considerados como sujetos de derechos y obligaciones, que los eleva a la categoría de persona jurídica distinta a la de los miembros que la integran.

Por ende es necesario que se realice la distinción que existe entre personas jurídicas y al respecto se anota la siguiente clasificación:

1.5. Clasificación

A decir del profesor Alfonso Brañas: “Desde el punto de vista corriente y más generalizado, sólo existe una clase de persona: la individual (o natural o física). Desde el punto de vista jurídico, existen además, las denominadas personas jurídicas (o sociales, morales, colectivas o abstractas). Una y otra clase de personas, son objeto de

⁷ **Ibid**, Pág. 330.

preferente estudio en el derecho civil, aunque conviene recordar que el estudio y la regulación sistemática de las personas jurídicas no alcanzaron verdaderamente importancia sino hasta la segunda mitad del siglo pasado. Persona individual. Se dijo. Es el ser humano. Producto de la actividad de éste, la persona jurídica reviste muy variadas formas o especies... y su naturaleza ha sido y es objeto de amplios estudios doctrinarios”.⁸

De lo anteriormente anotado, puedo expresar que hoy día el derecho clasifica a la persona jurídica en: persona jurídica individual y persona jurídica colectiva, mismas que desarrollo a continuación.

1.5.1. Persona jurídica individual

A esta persona jurídica, también se le conoce como persona individual, natural, física, o persona jurídica individual, denominación a la que se le considera como la más exacta.

Esta denominación se refiere al ser humano, en cuanto ser capaz de adquirir derechos y contraer deberes, dentro de la esfera del mundo jurídico. Reconocido por el Estado como persona jurídica; siendo la personalidad jurídica, la investidura necesaria para ingresar en el mundo de la norma jurídica.

Indica el licenciado Zenteno: “Lo que delimita a la persona jurídica individual, no es la totalidad del ser humano, hay actos, hechos y conductas que se producen y que realiza

⁸ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 24.

la persona, que no entran dentro de la esfera de lo jurídico, por ejemplo: el hecho de comer, dormir, reír, etcétera, o conductas que son reguladas por la moral, los convencionalismos sociales, la religión, la estética, entre otros; sino únicamente los fenómenos que se dan en la persona o los hechos o actos producto de su conducta exterior, que interesan al derecho y que están reguladas por medio de normas jurídicas, atribuyéndoles consecuencias de carácter jurídico. Ejemplo de ello es el nacimiento, la muerte, la mayoría de edad, el celebrar contratos, contraer matrimonio, ser padre o madre de familia, la comisión de un delito, elegir, ser electo, domiciliarse en el extranjero, etc.”.⁹ (sic)

Basándome en lo anteriormente expuesto, me parece interesante mencionar que no todas las manifestaciones de voluntad de la persona individual son precisamente hechos o actos jurídicos; existe una marcada diferencia entre los hechos y los actos jurídicos, la cual radica específicamente en la voluntad que se exterioriza en el mundo para producir efectos o consecuencias jurídicas, a lo cual se le llama acto jurídico, a diferencia del hecho jurídico que se produce y tiene consecuencias jurídicas en el mundo del derecho pero es ajeno a la voluntad de la persona que lo manifiesta; es decir, que es algo involuntario pero que sucede y ha producido consecuencias jurídicas.

Es importante enfatizar que la persona jurídica no está dotada de raciocinio al igual que el hombre como ser humano, pero si está dotada de algunos aspectos de éste, pues lo que constituye a un ente colectivo no es en si la totalidad de la persona humana, sino

⁹ Zenteno Barillas, Julio César. **Ob. Cit.** Pág. 19.

únicamente es el elemento indispensable para exteriorizar su voluntad y darle cumplimiento a sus fines como persona jurídica.

De lo expresado puedo inferir que la personalidad jurídica individual, es la esfera del ser humano dentro de la cual el derecho le otorga facultades y le impone obligaciones durante su existencia, concediéndole personalidad, comprendiéndose esta como la investidura jurídica necesaria para entrar en el mundo de lo jurídico, la cual conlleva la capacidad para el ejercicio de esos derechos y obligaciones.

1.5.2. Persona jurídica colectiva

La persona jurídica colectiva también ha recibido otras denominaciones dentro de las cuales están: persona moral, persona abstracta, persona colectiva, persona ficticia. Sin embargo y en concordancia con otras personas creo que es adecuado referirse a ella como persona jurídica colectiva, ya que con ello se hace énfasis al ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones jurídicas, permitiendo su naturaleza diferenciarla claramente de la individual.

Respecto a este tipo de persona jurídica anota el licenciado Zenteno: “El hombre es por naturaleza, un ser social. Desde los albores de la humanidad, se ha percatado de su impotencia para emprender aislada e individualmente ciertas tareas y satisfacer determinadas necesidades, razón por la que se ha visto obligado a buscar la cooperación de otras personas, para la consecución de los más diversos fines, ya sean

económicos, políticos, humanitarios, deportivos, etc. A la par de esa asociación voluntaria, se encuentran las colectividades humanas, políticamente organizadas no en forma voluntaria, sino como resultado de las relaciones sociales de producción que se establecen necesariamente entre los hombres (base económica) y la supraestructura jurídica y política que se levante sobre esa base.

A estos entes colectivos formados por la asociación de personas jurídicas individuales o colectivas (una empresa, un sindicato, un club) o los conglomerados humanos ligados a una organización política – social (el Estado), el derecho les reconoce como sujetos de derecho, otorgándoles personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones”.¹⁰

Se define a la persona jurídica colectiva como: “Asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por un ordenamiento jurídico, como sujeto de derecho”.¹¹

Por consiguiente la persona jurídica, o moral, la defino como una persona ficticia capaz de tener derechos y obligaciones; y de ser representada judicial y extrajudicialmente, siempre y cuando obtenga su reconocimiento como tal del Estado. La doctrina la conceptualiza como un ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva, y para alcanzar sus fines se le otorga capacidad de goce y de ejercicio.

¹⁰ Zenteno Barillas, Julio César. **Ob. Cit.** Pág. 39.

¹¹ Ferrara, Francisco. **Teorías de las personas jurídicas**, Pág. 290.

Como condición indispensable para que pueda nacer a la vida del derecho una persona moral, ésta debe cumplir tres requisitos fundamentales:

- a) Que surja como entidad distinta e independiente de las personas que la conforman;
- b) Que sea reconocida por el ordenamiento jurídico como persona jurídica; y,
- c) Que se le otorguen las características de capacidad de goce y de ejercicio.

Para explicar la naturaleza jurídica de las personas morales se han propuesto cuatro teorías que se engloban en dos corrientes antagónicas; las dos primeras dicen que las personas jurídicas son una ficción, y las dos segundas dicen que son una realidad.

Dentro de las teorías que afirman que la persona jurídica es una ficción se encuentran:

a) Teoría de la ficción doctrinal

Sus partidarios creen en la persona ficticia ya que es una necesidad, una ficción jurídica. Se le critica el hecho de que se le niegan los derechos subjetivos y por ende el sujeto de derecho tampoco existe. También se le critica porque se oculta en la personalidad jurídica el verdadero y real concepto que es el de la propiedad colectiva que se contrapone con la propiedad intelectual. Hay ciertos patrimonios destinados a un fin que tienen como dueño a la afectación y no a una persona en particular. Esos bienes están afectados a fines específicos.

b) Teoría de la ficción legal

Esta teoría afirma que las únicas personas que realmente existen son las naturales, pero por el evidente interés de la generalidad, el legislador crea una persona análoga que es una ficción jurídica que pasa a ser el resultante de una concesión del legislador.

De conformidad con esta teoría, únicamente el ser humano y de manera individual, tiene capacidad de derecho; es decir, de adquirir derechos y obligaciones, en virtud que es un ser pensante con raciocinio; en consecuencia la personalidad de las personas jurídicas constituye una mera ficción o invención del legislador, por no ser inherente a este tipo de personas las cualidades del pensamiento y reflexión. El derecho en su afán de querer encuadrar la existencia de la persona jurídica en el mundo normativo, por razones de interés social, político, económico; crea la manera de sumergirla en este mundo normativo a través de la forma llamada personalidad jurídica; no bastando la simple organización de las personas individuales con motivo de asociación, sino siendo necesario que el Estado la reconozca como tal.

Así, atendiendo a la teoría propuesta por Savigny, interpreto que, esta ficción, se refiere únicamente a los entes colectivos del derecho privado, tal es el caso de las asociaciones que tienen una existencia artificial y no vivirían sino por la voluntad de los individuos. Asimismo, este autor trata de justificar la ficción de la persona jurídica en relación a que existe un patrimonio y un fin.

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

Por otro lado existen las teorías que afirman que la persona es una realidad, dentro de las cuales destacan:

a) Teoría de la realidad técnica de la persona jurídica

Esta teoría sostiene que es posible otorgar derechos que son propiamente humanos a otras personas, ya que es sumamente necesario para el correcto funcionamiento de la sociedad.

b) Teoría de la realidad objetiva

Mediante esta teoría se equipara a las personas jurídicas colectivas con las naturales, ya que son independientes, pero a la vez semejantes, traducándose en el siguiente esquema aritmético:

$7+5=12$ >Persona natural

$7+5= (7+5)$ >Persona jurídica

Es decir para esta teoría son aritméticamente iguales.

Entre otras teorías que se refieren a la naturaleza jurídica de la persona jurídica está la teoría normativa de Kelsen, por la cual afirma su creador que la persona jurídica es un concepto inminente al ordenamiento jurídico y que no es una realidad o un hecho, sino que una categoría jurídica, una creación del derecho. Establece esta teoría que en el mundo del derecho hay deberes que recaen coerciblemente en personas, siendo indiferente para el ordenamiento si esa persona es jurídica o natural, ya que dicha persona tiene que responder y de no hacerlo será apremiada.

1.6. División de las personas jurídicas colectivas

En la doctrina no existe una clasificación uniforme sobre la división de las personas jurídicas; sin embargo, han coincidido en separarlas en las áreas de derecho público y derecho privado, razón por la cual trataré de explicar a continuación cada una de ellas:

1.6.1. Personas jurídicas colectivas de derecho público

En un primer plano están aquéllas que el derecho interno reconoce, y para lo cual, me respaldaré en el numeral uno del Artículo 15 del Código Civil guatemalteco, el cual de manera textual establece:

“Artículo 15. Son personas jurídicas:

- 1º El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley;
- 2º Las fundaciones y las demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley;...”

Así pues desarrollando el contenido textual citado, diré que estas personas no se rigen por el Código Civil, sino por leyes y reglamentos especiales, de tal suerte que de cada una de ellas puedo anotar lo siguiente:

a) El Estado

La doctrina moderna lo define como un sujeto con personalidad única, pero que actúa en el ámbito civil y en el público dependiendo de la situación. Así en un litigio puede estar en situación de desigualdad con la otra parte, pero en otro litigio puede estar en situación de igualdad. Sería nefasto que se considerara al Estado con dos personalidades ya que una no se haría responsable de la otra; estimo que mejor es que sea una sola persona pero con órganos diferentes y manifestaciones distintas. Cuando el Estado actúa en el derecho privado se le aplican las normas de éste a menos que aparezca claramente lo contrario.

De esa cuenta cuando el Estado actúa en el derecho privado en materias patrimoniales lo hace bajo el nombre del fisco actuando como un individuo más. Pues hablar de fisco o del Estado en materia patrimonial es lo mismo.

b) Las municipalidades

Son corporaciones de derecho público, con un asiento legal en un determinado territorio para gestionar los intereses de ese territorio, son personas de derecho público con patrimonio propio; además, buscan asegurar la participación de la comuna para un mayor progreso en todos los aspectos.

c) Iglesias

La Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Artículo 37. Personalidad jurídica de las iglesias.- Se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica. Las otras iglesias, cultos, entidades y asociaciones de carácter religioso obtendrán el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme las reglas de su institución y el Gobierno no podrá negarlo si no fuese por razones de orden público”.

En un segundo plano, puedo referirme a las personas jurídicas colectivas reconocidas por el derecho internacional público, siendo ellas:

A) Los Estados, como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de

dominación que se ejerce en determinado territorio.

- B) Los organismos internacionales, como las instituciones creadas por dos o más Estados en virtud de un tratado para determinados fines, y provistos de lo que en derecho se denomina personalidad jurídica propia, distinta a la de sus miembros que lo componen.

- C) La beligerancia, la cual es una situación de hecho que se da cuando existe un conflicto armado dentro del territorio de un Estado, entre el gobierno establecido y un grupo parte de la población que se ha alzado en armas con el propósito de derrocarlo, y asumir el poder político. Si el conflicto se prolonga en el tiempo y el grupo alzado en armas obtiene un control sobre una parte del territorio del Estado y además está organizado bajo una autoridad responsable, entonces surgen las premisas necesarias para que sean reconocidos como sujetos transitorios del derecho internacional público.

- D) Los insurgentes, mismos que constituyen grupos alzados en armas que al igual que los beligerantes, luchan por derrocar un gobierno establecido, pero con la diferencia que los insurgentes no ejercen control sobre parte del territorio de un Estado. Estos al igual que los beligerantes son sujetos transitorios del derecho internacional público.

- E) Sujetos sui generis, los cuales son aquellos Estados que tienen escaso territorio

y una exigua población , y en algunos casos, su defensa y sus relaciones a nivel internacional están parcial o totalmente manejadas por otros Estados, sin caer por supuesto, en la categoría de protectorados o territorios en fiducia. Estos Estados son reconocidos como sujetos del derecho internacional público y tienen en las Naciones Unidas un espacio, a pesar que son únicos en su especie.

1.6.2. Personas jurídicas colectivas de derecho privado

Iniciaré indicando que la Constitución Política de la República de Guatemala, consagra como derecho fundamental la libertad de asociación, estableciendo textualmente que: “Artículo 34.-Se reconoce el derecho de libre asociación...”. De tal suerte que son derechos constitucionalmente protegidos los de crear organizaciones que típicamente gozan de personalidad jurídica.

Así, puedo decir que existe hiperprotección constitucional para ciertas organizaciones de especial relevancia (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, comunidades religiosas o asociaciones profesionales).

Nadie duda que forme parte del contenido esencial de esos derechos o libertades no sólo la libertad de creación, sino también la necesidad de que las leyes respeten la libertad de configuración, de organización y de actuación de las mismas. Si la personalidad jurídica es instrumento de actuación de las organizaciones sociales, podría concluirse que: para poder actuar las organizaciones sociales deben tener

personalidad jurídica, pues carecer de ella sería en realidad condenarlas a la inoperancia.

Pero cabe enfocar el problema en otros términos, la cuestión estriba en determinar la diferencia de actuación que pesa sobre una organización según que goce o carezca de personalidad; y esa diferencia de actuación se extrae determinando el régimen jurídico que resulta aplicable a las organizaciones sin personalidad. Si se articula ese régimen de manera que la organización pueda funcionar sin graves inconvenientes, aunque acaso con mayores disfuncionalidades o trabas prácticas que, a la postre, dimanarían de la decisión de los dirigentes de la organización de no regularizarla para que pueda adquirir personalidad, la relevancia constitucional de la cuestión decae.

Por esta última razón considero que la cuestión de la personalidad jurídica es en general constitucionalmente irrelevante, siempre que el régimen jurídico de la organización carente de personalidad respete materialmente el contenido esencial de las libertades constitucionales.

Dentro de las personas jurídicas de derecho privado están, en primer plano aquellas que su interés es público como es el caso de las fundaciones. Y dentro del mismo plano se encuentran las personas jurídicas de derecho privado con interés privado, organizándose las que tienen interés lucrativo como en el caso de las sociedades mercantiles; y las que su interés no es lucrativo como son las asociaciones.

Y dentro de un segundo plano están aquéllas contempladas por el derecho internacional privado, tales como: lucrativas y no lucrativas. Entre las cuales se encuentran las entidades, asociaciones, empresas civiles y mercantiles como las transnacionales.

1.7. Distinción entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado

Para distinguir a una persona de uno u otro derecho se pueden utilizar los siguientes criterios:

a) El fin del ente

Las personas de derecho público buscan un fin público. Mientras que las personas de derecho privado buscan un fin privado, el cual puede ser lucrativo o no lucrativo.

b) El valor de las manifestaciones de voluntad

Según sea el tipo de manifestación de voluntad que dan, las personas de derecho público dan su voluntad para un fin público y por ende esta voluntad es mayor que la de las personas de derecho privado.

c) Institución

Las personas de derecho público las instituye, o crea, el Estado u otro órgano público, a través de un acuerdo o decreto de Estado; a excepción de la iglesia católica debido a que su reconocimiento es especial por su historia. Y las personas jurídicas de derecho privado emergen por iniciativa de particulares, por medio de escritura pública.

d) Poderes de imperio

Las personas jurídicas de derecho público gozan de imperio, esto significa que pueden dictar normas de carácter jurídico y que son obligatorias; como por ejemplo el servicio de impuestos internos, mientras que las personas de derecho privado no.

e) Control administrativo

Las personas de derecho público están sujetas a un control administrativo que suele ser generalmente la Contraloría General de Cuentas, mientras que las personas privadas no suelen tener un control administrativo externo.

Interesante resulta observar los aspectos que toma en cuenta la jurisprudencia para diferenciar a las personas entre públicas y privadas, y dentro de ellos están:

a) Iniciativa para la creación del ente

Las personas públicas nacen de resoluciones de la autoridad pública, por antítesis, las personas privadas nacen de la iniciativa particular.

b) Potestades públicas

Las personas de derecho público gozan de imperio, pero se le objeta dicha característica porque no es poco frecuente que existan personas jurídicas de derecho privado que bajo ciertas concesiones legales tienen facultades de imperio.

c) La naturaleza del fin

Las personas públicas buscan satisfacer fines públicos mientras que las personas privadas satisfacen fines de sus integrantes o fundadores.

d) La fuente de los recursos

Las personas públicas obtienen recursos de la sociedad entera, en cambio las personas privadas obtienen los recursos de sus integrantes, o del fundador si corresponde.

1.8. Elementos de la persona jurídica colectiva

En base a lo anteriormente anotado y como elementos de la persona jurídica colectiva, puedo indicar aquellos que le objetivan y que son esenciales para su existencia, mismos que cito a continuación.

A) Pluralidad de sujetos

La persona jurídica colectiva se caracteriza por estar integrada por dos o más personas jurídicas individuales, tal el caso de los colegios profesionales, una sociedad anónima, entre varias existentes.

Por supuesto, la persona jurídica colectiva puede integrarse por dos o más personas jurídicas colectivas, como por ejemplo la ONU, la OEA, etc., los consorcios, las transnacionales, las federaciones, confederaciones, etc., en todo caso debe quedar claro que la persona jurídica colectiva, forma una entidad distinta de sus miembros individualmente hablando.

B) Fin

Hasta ahora la mayoría de tratadistas han abordado el tema de la persona jurídica colectiva, con una fuerte influencia privatista o civilista, por lo cual se afirma que el fin debe ser determinado y lícito, no importando que el mismo sea público o privado.

El estudio de la persona jurídica en general, debe abordarse como un concepto jurídico fundamental que abarque todas las ramas del derecho, necesariamente hay que abandonar la esfera civilista y ubicar este enfoque horizontalmente; es decir, estudiar a la persona jurídica colectiva en toda su dimensión, tanto a nivel del derecho público como del derecho privado.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, puedo afirmar que no se encuentran problemas en determinar el fin de las personas jurídicas colectivas en el derecho privado interno y en algunos casos del derecho público interno; pues el mismo se encuentra establecido en la ley, sus estatutos, reglamentos o la escritura social, según sea el caso. El problema surge por ejemplo, en el caso de los fines del Estado, pues según sea la concepción materialista o idealista que se sustente, así serán los fines que se le asignen al mismo. A nivel del derecho internacional privado y en virtud del desarrollo de las fuerzas productivas y la división internacional del trabajo; los fines de las empresas transnacionales por ejemplo, son difíciles de determinar. A nivel del derecho internacional público, la teoría del fin lícito de la persona jurídica colectiva, se quiebra con la existencia de los insurgentes y los beligerantes, quienes son aceptados como sujetos del derecho y en este caso lo lícito o ilícito de su actuación entra dentro del campo de lo axiológico y lo político. En esa virtud, el elemento de finalidad es aplicable al derecho privado, pero no exactamente en el campo del derecho público, en los casos anotados.

C) Patrimonio

De acuerdo a la concepción civilista, toda persona jurídica colectiva posee un patrimonio, el cual consiste en el actual o potencial conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a ella, los cuales son ponderables en dinero.

El patrimonio pertenece a la persona jurídica colectiva y no a sus miembros, ya que las aportaciones de bienes o dinero que cada socio proporciona, pasan a ser propiedad de la persona jurídica, desprendiéndose cada socio de la propiedad de los mismos. Sobre esto también considero que se debe tener presente que en el caso de las organizaciones no lucrativas, éstas forman su patrimonio con aportaciones dinerarias o en especie que pueden concederles Estados, organismos, instituciones internacionales o personas individuales ajenas a la persona jurídica colectiva que recibe.

El problema de la concepción civilista, es el de considerar que el patrimonio consiste en el actual o potencial conjunto de derechos y obligaciones ponderables en dinero; lo cual no es aplicable a otras ramas del derecho y aun dentro del mismo derecho civil; los tratadistas, al abordar el tema de los bienes afirman que son las cosas susceptibles de ser apropiadas y que se encuentran en el comercio de los hombres. En base a ese criterio, hacen una clasificación de las cosas que están dentro o fuera del comercio de los hombres, pero se debe a que hay cosas que están fuera de ese comercio y que son imponderables en dinero, pero que pueden formar parte del patrimonio de una persona jurídica individual o colectiva.

En el campo del derecho internacional público, hay que recordar las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, que declararán determinados monumentos históricos como por ejemplo las pirámides de Tikal, los recursos de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, no pueden ser apropiados, pues ellos son patrimonio común de la humanidad, que dicho sea de paso, es una nueva persona jurídica del derecho internacional.

En tal virtud, considero que el concepto de patrimonio, debe rebasar la concepción civilista e incluir cosas no ponderables en dinero, sino en valores de diferente naturaleza y por ello considero que el patrimonio no es un elemento esencial de la persona colectiva, al menos en el derecho internacional público, donde no es requisito tener actuales o potenciales derechos y obligaciones para que acaezca su existencia o se efectúe su reconocimiento.

A decir de Capilla Roncero: “La constitución de un titular de posiciones jurídicas, distinto respecto de los sujetos que lo crean..., implica que las titularidades patrimoniales de la persona jurídica constituida se separan y constituyen patrimonio propio de la misma. Este efecto de la personalidad jurídica es capital; hasta el punto de que podría decirse que en cierto sentido la sustancia esencial de la personalidad jurídica de derecho privado es constituir un instrumento de creación de patrimonios autónomos.

Aquí se cumple formalmente, una regla clásica: aquélla según la cual, salvo previsión legal contraria, toda persona tiene un patrimonio y sólo un patrimonio; el llamado, por eso, patrimonio personal.

Esto explica que, puestos a admitir la posibilidad de que se constituya un patrimonio empresarial individual separado del restante patrimonio del empresario, las leyes hayan optado por desvirtuar el cauce societario, admitiendo las sociedades anónimas y limitadas de un solo socio, que gozan de personalidad jurídica propia, distinta de la personalidad del socio único.

La separación patrimonial implica la nota de ajenidad patrimonial entre la persona jurídica y sus miembros, creadores o dirigentes. Por ese motivo, no se comunica la naturaleza de las titularidades de la persona jurídica al derecho de participación patrimonial que los miembros tengan: este último es mobiliario aunque el patrimonio de la persona jurídica sea exclusivamente inmobiliario”.¹²

D) Reconocimiento

Este es el elemento que consagra a la persona jurídica colectiva como sujeto del derecho, con personalidad jurídica para entrar en el campo de lo jurídico, en virtud del reconocimiento de su existencia, por parte del derecho. Gracias a ese reconocimiento, la persona jurídica colectiva, forma una entidad distinta de sus miembros individualmente considerados. Así, por ejemplo en el derecho del trabajo, se habla de

¹² Capilla Roncero, Francisco. **Teoría general de las personas jurídicas**. Pág. 24.

la constitución de un sindicato por parte de los trabajadores y de una posterior autorización del Estado, para iniciar actividades – Artículos 216 y 217 del Código de Trabajo –, en el derecho mercantil, se habla de la constitución de una sociedad, por parte de varias personas – socios fundadores – y una posterior inscripción en el Registro Mercantil – Artículos 14, 16, y 17 del Código de Comercio –.

Sin embargo, el derecho guatemalteco ha regulado lo relativo a las asociaciones, uniones o comités de hecho; es decir, que operan, actúan, adquieren derechos y obligaciones, sin tener el reconocimiento del Estado, siendo en este caso, imposible imputar responsabilidad jurídica a esos entes, por lo que en este caso, los responsables serán los miembros individualmente considerados que la forman, tal y como lo establecen los Artículos 23 del Código Civil, 222, 223 y 224 del Código de Comercio, y el párrafo tercero del Artículo 44 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En la esfera del derecho internacional público, la existencia del Estado, es independiente del reconocimiento del mismo, por parte de otros Estados. En consecuencia, el reconocimiento opera en forma declarativa constatando su existencia y no en forma constitutiva, dándole vida jurídica. Esta posición se encuentra consagrada en el Artículo 3 de la Convención Panamericana Sobre Derechos y Deberes de los Estados; y los Artículos 9 y 12 de la Carta de la OEA. Por lo tanto, para que el Estado exista, únicamente se requiere que reúna los elementos de: Población, territorio, gobierno y capacidad de sujetos, la existencia de un conflicto armado interno en un país, y el dominio de una porción de territorio por parte de ese grupo. En este

caso, el reconocimiento no es sino la constatación de un hecho real, manifestado a través de actitudes de terceros sujetos del derecho internacional público, teniendo como fundamento, móviles humanitarios. El reconocimiento de estos y de los insurgentes – que se diferencian de los beligerantes por no tener un territorio bajo su control – como sujetos del derecho internacional, los convierte en sujetos transitorios, por cuanto que su existencia dura mientras esté vigente el conflicto armado, y luego desaparecen, ya sea porque tomen el poder o porque sean derrotados.

De lo expuesto en este capítulo considero que a través de la historia y de los aportes doctrinarios realizados por los grandes expositores de las teorías que pretenden explicar la naturaleza de la persona jurídica, realizando una diferenciación entre personas jurídicas colectivas y personas jurídicas individuales, y de la problemática jurídica en que se encuentra el derecho al normar la conducta de un ente abstracto, que, cuyas consecuencias son reales; se crea la forma de acoplar a la sociedad humana la conducta de entes inhumanos con manifestaciones de voluntad que producen efectos jurídicos; y lo hace a través de la forma jurídica denominada en el mundo de lo normativo como personalidad jurídica; que es la investidura jurídica otorgada por Estado a la persona ya sea individual o colectiva, para que sea considerada como un sujeto capaz de contraer derechos y obligaciones, y así poder actuar en el mundo jurídico.

Asímismo se garantiza de forma constitucional el derecho de asociación de la persona individual, a manera que se respete el atributo de sociabilidad, el que es inherente al

ser humano. Por consiguiente, me resulta lógico pensar que la persona jurídica también goza de ese atributo de sociabilidad; toda vez que se encuentra integrada por personas físicas o individuales, y que a pesar de que el Estado debe reconocerla como tal, hay que reconocer que tampoco podría existir aunque de forma ficticia, si no se organizan las personas individuales, y todo gracias al atributo de la sociabilidad, pues no es un ente capaz de valerse por sí mismo al ser abstracto, sino necesita que sea dirigido y administrado por los seres que la componen; aunque claro está que en el mundo de lo normativo se le reconoce una personalidad distinta a la de sus integrantes.

Por consiguiente soy del criterio que, en el afán del derecho de crear una forma jurídica para las personas ficticias, ha dejado muchos aspectos de la misma sin normar, pues se ha visto a la persona jurídica de una forma fragmentaria, de tal manera que muchas de las exteriorizaciones de voluntad que ésta hace se quedan fuera del mundo jurídico, provocando así que puedan ser utilizadas como un medio para la comisión de hechos delictivos, lo cual provoca una desestabilización en el orden social, económico y jurídico; toda vez que al no haber norma concreta que regule la conducta de la persona ficticia de conformidad con su propia naturaleza, se cae en lo que se llama impunidad.

De tal forma, creo que es necesario crear tipos penales, principios de derecho, sanciones, formas de control administrativo para este tipo de personas abstractas de conformidad con su propia naturaleza, y así se determinaría una real diferencia y distinción entre personas individuales y colectivas, lo cual se llevaría a la práctica y no

sólo quedaría plasmado en pensamientos filosóficos doctrinarios, que han aportado una gran base y despliegue de lo que fue en épocas antiguas, y lo que podría ser o está siendo en la actualidad.

Considero que en la doctrina e incluso en la ley se clasifica a la persona en individual y colectiva o jurídica; sin embargo, a la hora de desarrollar los principios penales que la rigen no se toma en cuenta que la persona jurídica es abstracta y pretenden aplicar sanciones imposibles de cumplir por su misma naturaleza; pues como podría aplicársele la pena de prisión a una persona que es abstracta; es decir que no es corpórea; cómo podría aplicársele la pena de muerte, si ésta no tiene vida; por consiguiente, se deben ampliar los principios del derecho penal actualizándolos a la realidad que se vive, y a la problemática que surge al no contener en ellos una adecuación a este tipo de personas abstractas. De tal forma se desarrolla al respecto el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

2. Ausencia normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Previo a adentrarme en el tema del presente título, estimo que se hace necesaria una modificación sustancial del régimen de aplicabilidad de las penas impuestas por el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene el Código Penal, en virtud que las normas contenidas en el, relativas a la responsabilidad penal en que incurren las personas jurídicas, fueron redactadas por el legislador para que las penas sean de aplicación exclusiva respecto de las personas físicas que la representan.

Es decir que, si la orientación al regular este tipo de hechos delictivos es punir a las personas individuales, la reforma que señalo supra, no tiene nada de novedoso; así que lo especial del tema radica en que pueda punirse a la persona jurídica, a más de que las eventuales sanciones penales recayesen sobre las personas físicas que las dirigen, componen, integran los consejos de vigilancia o tienen alguna clase de intervención.

El tema es trascendente e importante debido a que en la actualidad de manera constante, se llevan a cabo actividades ilícitas en el orden del derecho tributario, el derecho del trabajo y de la seguridad social; en donde se alude reiteradamente al fraude efectuado a través de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles,

figurando dentro de ellas con especial índice de comisión las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, así como las sociedades anónimas especiales – como los bancos del sistema – y por supuesto las asociaciones y fundaciones; pues suele acudir a las formas de asociación, como estratagema tendiente a cometer algunos tipos de ilícitos; siendo en consecuencia entonces de interés social y facultad del ius puniendi del Estado, sortear el velo de la personería para penetrar en la verdad que se esconde tras la persona jurídica, y hacer prevalecer la justicia cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley.

Se trata pues de buscar una forma de hacer responsable penalmente al ente abstracto que representa la persona jurídica; más allá de que la ley penal alcance exclusivamente a los individuos que la integran, dirijan y/o administren.

La dirección del ente jurídico conlleva una eventual responsabilidad penal de los directores, socios, accionistas, integrantes de consejos de vigilancia, administradores, presidentes, representantes legales y demás cargos que con jerarquía suficiente pueden dirigir, administrar, vigilar, etc., sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, fundaciones, cooperativas, bancos, etcétera, incluyendo dentro de ellas por supuesto a las sociedades de hecho, así como el concepto de empresa en tanto no fuere unipersonal.

Las consideraciones anteriores las expongo en virtud de estimar, que los entes jurídicos, se han de regir por los principios básicos del derecho penal, debido a que adquieren facultades y contraen obligaciones carentes de signos de humanidad.

Por supuesto, comprendo que les son aplicables, a las personas jurídicas, los principios generales más allá de que no exista un actuar u omisión del ente que no provenga de la actuación humana, en cuanto hecho jurídico relevante a los fines de la punición. Así, resultaría difícil hablar de culpabilidad, dolo, culpa de la persona jurídica sin apuntar a sus integrantes, como también de acción, adecuación a tipos penales, aunque los conceptos de antijuricidad y legalidad si puedan observarse en el desarrollo o camino de las personas jurídicas.

Sobre esta base inicial, y más allá de las sanciones penales que se aplicaren respecto de las personas físicas, las penas de multa e inhabilitación también pueden aplicarse respecto de personas jurídicas, y no como una mera medida cautelar sino como sanción firme temporal o a perpetuidad.

2.1. Antecedentes de la responsabilidad penal de personas jurídicas

El derecho romano fue tomado como fuente para la familia jurídica romano germánica y para la del common law, y el Estado guatemalteco pertenece a la familia jurídica romano germánica, por lo cual cuando se estudia el derecho guatemalteco es

necesario el estudio del derecho romano, a fin de ubicar los principales antecedentes de la institución de que se trate.

De esa cuenta diré que, el derecho civil se divide en derecho civil patrimonial y derecho civil no patrimonial, por lo cual es necesario precisar que el derecho romano en lo civil patrimonial es muy parecido al derecho civil patrimonial guatemalteco, por que el Código Civil de Guatemala de mil novecientos sesenta y tres se inspiró en el derecho civil español y éste se inspiró en el derecho romano.

En el derecho romano existió el derecho civil – entre otras ramas del derecho como el derecho penal, procesal y el derecho administrativo – y dentro de éste se estudió a la asociación y a la fundación. En tal sentido en el derecho romano no existió el comité ni la comunidad campesina ni las cooperativas, las empresas individuales de responsabilidad limitada, las empresas comunales ni las sociedades, al menos como las que existen hoy en día. Es decir, en lo que se refiere a las sociedades es necesario determinar que no existieron como se conocen ahora, porque en el derecho romano no existió el derecho comercial.

En el derecho romano existieron dos tipos de instituciones que fueron consideradas como un contrato consensual, por virtud del cual dos o más personas – denominadas *socci* – se obligaban recíprocamente en poner en común bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común.

El derecho romano señalaba que la sociedad es un contrato consensual, así de ella se refiere Gayo al indicar: “Lo esencial es que exista un consentimiento, importando poco la forma en que éste se exprese. Mas el consentimiento ha de ser constante y duradero”.¹³

“La aportación de cada socio puede ser distinta, y no sólo en la cantidad, sino también en la calidad. Cabe, en efecto, que un socio contribuya con dinero a todo común, mientras otro presta sus propios servicios. No surge, sin embargo, la relación contractual cuando algún socio no aporta nada. De la misma manera, y vista siempre la necesaria comunidad de fin, no se concibe un contrato por el que uno de los socios comparte tan sólo las pérdidas, sino también las ganancias.

Cuando nada se ha convenido sobre el reparto de pérdidas y ganancias, unas y otras se dividen por partes iguales – y no en proporción a las aportaciones -; y si se han determinado únicamente las ganancias, por ejemplo, y no las pérdidas, se aplica a éstas la misma medida que a aquéllas.

Cuestión controvertida fue la de si un socio podía obtener más ganancias y menos pérdidas que los demás. Quinto Mucio consideró que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad”.¹⁴ Servio Sulpicio se pronunció en sentido contrario a la naturaleza de la sociedad; y su opinión llegó a prevalecer.

¹³ Torres Manrique, Fernando Jesús. **Personas jurídicas**. Pág. 16.

¹⁴ **Ibid.** Pág.20.

“Figuras típicas – y las más difundidas – de sociedad eran la *societas omnium bonorum* y la *societas unius rei*. La primera se caracteriza por la aportación común de todo el patrimonio, de todos los bienes, presentes y futuros de cada socio, y tanto adquiridos intervivos como *mortis causa*; la segunda es derivada, según parece, del desarrollo del comercio internacional, y se endereza a una sola operación o a una serie concreta de actividades, verbigracia al comercio de esclavos.

La *societas omnium bonorum* tienen su entronque en el antiguo *consortium familiar*, que hoy conocemos mejor gracias al reciente descubrimiento de fragmentos de las Instituciones de Gayo que faltan en el manuscrito de Verona. El *consortium* es una comunidad doméstica surgida entre los filifamilias a la muerte del pater, y a imagen suya puede constituirse también entre extraños, mediante un acto especial – *certa legis actio*. Este *genus societatis proprium civium romanorum* desaparece en la época antigua, entrando en su lugar, por obra de la corriente del *ius gentium*, la *societas*, accesible tanto a romanos como a extranjeros”.¹⁵

La sociedad es un contrato de buena fe. Cada socio está obligado a contribuir al todo común en los términos pactados y, además en lo que sea exigible entre personas de correcto proceder, según las particulares circunstancias del caso. El que se asocia con otros, ha de poner en los asuntos sociales la diligencia que suele emplear en la administración de las cosas propias – *diligentia quam suis rebus adhibere solet* –. En el derecho justiniano el socio responde, en efecto de la culpa en concreto, mientras que en la época clásica solamente le era imputable el dolo.

¹⁵ **Ibid.** Pág.25.

A diferencia de la asociación, dotada de personalidad jurídica, la sociedad no actúa en el mundo del derecho como sujeto individual y autónomo. Dado que es una simple relación contractual entre los socios, es decir, una relación interna, no trasciende para nada al exterior.

Cada socio está obligado a incorporar a la caja social todo lo adquirido, debiendo ser indemnizado por los gastos o pérdidas sufridas en interés del negocio común. Los terceros que contrataron con un socio no pueden dirigirse contra los otros socios, a no ser que el socio contratante haya vertido los ingresos en la caja común.

La sociedad se constituye sobre la base de una relación de confianza entre determinadas personas. Y esta sociedad o relación de confianza que se pacta puede terminar por la rescisión unilateral de lo pactado o bien por causa de muerte de alguno de los socios.

Cabe mencionar que algunas de las causas de extinción de la sociedad son, la quiebra o la confiscación de los bienes de un socio; la realización del negocio que constituía su objeto, o la pérdida del patrimonio social o su sustracción al comercio; la expiración del tiempo por el que fue constituida; la voluntad concorde de todos los socios; la transformación de la sociedad, o por el ejercicio del derecho que tiene el socio a pedir que se rindan cuentas de la administración de los negocios; que produce el mismo efecto que la renunciatio, es decir la renuncia.

Mediante la actio pro socio, que es el ejercicio del derecho que tiene el socio a pedir que se le rindan cuentas de buena fe, se hacen valer las obligaciones recíprocas de los miembros de la sociedad. Se trata de una acción general de rendición de cuentas, y la condena de algún socio como consecuencia si su ejercicio lleva aparejada la declaración de infamia. Y es de advertir que el socio demandado puede oponerse.

Asimismo la acción general de rendición de cuentas –actio pro socio- a que tiene derecho cada socio que se considere afectado, no da lugar a adjudicaciones; pues si esa fuera su pretensión, deberá realizar otro tipo de acción que corresponda a la división del patrimonio social; pues su acción sería vista de mala fe.

Algunas veces se cae en cuenta que cuando se estudia al derecho comercial, nada tiene que estudiarse al respecto con el derecho romano. Sin embargo, dentro del mismo se encuentran algunos antecedentes del derecho concursal.

Ahora bien, de acuerdo con los antecedentes del tema, indico que desde el inicio de la civilización se ha encontrado presente la posibilidad de imputar penalmente a una persona de existencia ideal; pues en la antigua Grecia, como en el derecho romano antiguo, ya comenzaba a relucir una clase de responsabilidad penal de carácter no ya individual sino colectivo, lo cual implicaba un cambio con tendencia a reconocer una culpabilidad criminal de la corporación, completamente distinta a la culpabilidad penal de sus integrantes.

Son los glosadores quienes comienzan a analizar en forma más precisa y detenida la posibilidad de accionar y/o responsabilizar penalmente a los entes ideales; encontrando ejemplos de ello en el derecho penal germánico.

Luego resultan ser los canonistas quienes introducen el concepto de universitas, entendidas éstas como entidades distintas a sus miembros, y cuestionaron la posibilidad o no de su excomunión, siendo que la mayoría propiciaba esta posibilidad, como así también, eran partidarios de aceptar la capacidad penal de aquéllas.

En contraposición a esto último, Marcela Fabiana Almeida expone: “ En el Concilio de Lyon, del año mil doscientos cuarenta y cinco, el Papa Inocencio IV expide mandamiento imposibilitando la excomunión de las universitas, habida cuenta de entender que éstas carecían, por su carácter especial, de capacidad de culpabilidad.

Con posterioridad a ello, son los pos glosadores quienes afirman la capacidad penal de las corporaciones. Esta concepción se mantuvo en Alemania durante varios siglos. Se aceptó así la existencia de procesos en los que estaba en juego la punición de ciudades, municipios y/o gremios.

Es a comienzos del siglo XIX, donde empieza a desaparecer en forma paulatina de los códigos penales la idea de punibilidad de las personas jurídicas”.¹⁶

¹⁶ Almeida, Marcela Fabiana. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su cuestionada aceptación en nuestro derecho penal.** Pág.7.

Así pues resumiendo lo expuesto, puedo decir que esta postura negatoria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo su origen en el derecho romano, y aunque en la edad media y en la moderna se admitió la posibilidad de sancionar a estos entes ideales, es a fines del siglo XVIII, o a comienzos del siglo XIX cuando se impone nuevamente la tesis restrictiva.

En cuanto a las corrientes filosóficas en las que se fundamentan las dos posturas que giran en torno a este tema; se mencionan dentro de los sistemas negadores de dicha personalidad, a la denominada teoría de la ficción y en contraposición a ella, como sistema que reconoce o acepta la posibilidad de punir a los entes ideales, la conocida teoría de la realidad.

De acuerdo a la teoría de la ficción, la persona ideal no es sino una ficción jurídica y consecuentemente no puede servir de soporte a una auténtica responsabilidad penal, la que puede recaer en los directores responsables del ilícito, que son los representantes de aquélla. Es decir, parte de definir a las personas morales como una creación artificial del legislador o la autoridad, justificada tan sólo por el gran interés social que ellas implican en la comunidad. Esta teoría sostiene que, las únicas personas existentes en el mundo real, son las personas físicas. Además, puedo indicar que tiene su base, en el concepto de derecho subjetivo, o sea, que el derecho implica un poder o facultad de obrar que le es atribuido a una voluntad, por lo que sujeto de derecho tan sólo puede ser el hombre, por ser el único dotado de ello.

Desde esta visión individualista, las personas jurídicas son consideradas entes sin capacidad de acción, son sólo una visión creada por el legislador para la obtención de determinados fines. Y es precisamente a partir de esta visión o concepción, que se elaboran las categorías dogmáticas de la acción y de la culpabilidad, las cuales no se conciben sin estar compuestas por los elementos que sólo las personas físicas pueden contener.

Fue Otto Gierke, civilista alemán, quien expone los lineamientos por los cuales se reconoce responsabilidad penal a las personas jurídicas, a partir de la formulación de la teoría de la realidad, al afirmar que: “ La persona moral es una persona real, que tiene existencia propia, legalmente distinta a la de sus miembros, formada por seres humanos o personas de existencia visible que se reúnen y organizan para la consecución o logro de fines que van más allá de la esfera de los intereses individuales, mediante una única y común fuerza de voluntad o de acción, que no resulta ser una suma de voluntades humanas, sino una voluntad nueva e individual.

Dicha persona de existencia ideal, que tiene derechos y obligaciones distintas a la de los miembros que la componen, expresa su voluntad colectiva a través de sus órganos. De allí que se la conozca también como teoría organicista, toda vez que concibe a estos entes, como un todo compuesto de partes u órganos combinados de tal manera que su funcionamiento constituye el funcionamiento del todo. Concibe al organismo como una entidad con personalidad propia, distinta a la de sus integrantes y que no puede explicarse bajo ese concepto individualista de sujeto, del que nos habla la teoría

de la ficción; bajo este organismo entonces se subsume tanto al individuo como a la persona jurídica, que pasan a conformar un todo. Sin embargo se excluía la posibilidad de sancionar penalmente a los integrantes o miembros que componen sus órganos directivos, y a través de los cuales se realizan las tomas de decisiones – es decir a quienes en realidad participan de la comisión del ilícito-”.¹⁷ Con este criterio no coincidió Aquiles Mestre quien continuando con los postulados de Gierke, se aparta en lo concerniente a la responsabilidad penal de los miembros que hubieran participado en el delito, pues entiende que sí les es imputable dicha participación. Es a partir de su obra que se difunde más esta postura en el mundo jurídico.

2.2. Evolución del modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

“El principio *societas delinquere non potest* pertenece a la historia del derecho de los países de la Unión Europea, así pues si se atiende a la cronología de las reformas que han ido introduciendo la responsabilidad de personas jurídicas o colectivas, se comprueba que el hundimiento de este viejo principio a decir de Adán Nieto Martín: “...ha sido rapidísimo; ha bastado una década para superar un principio que pertenecía al núcleo duro de las convicciones penales del viejo continente. Cuando los manuales de derecho penal describan en el futuro las causas del naufragio quizás nos cuenten la siguiente historia: los ordenamientos europeos presionados por el proceso de armonización internacional del derecho penal se han visto obligados, en algunos casos casi a regañadientes, a abandonarlo. Y es verdad, que en todos los convenios

¹⁷ Bacigualpo, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un problema del sujeto de derecho penal.** Pág.82.

internacionales, procedentes de la OCDE, la ONU o el Consejo de Europa, o en las Directivas Decisiones marco de la UE aparece casi como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas. Sin embargo, tengo la impresión de que el hundimiento del viejo principio se debe a una carga de profundidad. En realidad la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, donde desde la época del ferrocarril descubrieron – y temieron - el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte de la Sherman Act, la instauración de la responsabilidad colectiva. Si se repasa la historia se comprueba que ambas creaciones son producto de un mismo monstruo: el ferrocarril”.¹⁸

Veo que el problema de la regulación del comportamiento de las personas jurídicas se ha hecho mayor, como consecuencias de fenómenos como la sociedad del riesgo, y en general el aumento de la complejidad social. El saber y avance tecnológico está más en los centros de investigación de las empresas que en la administración pública, que ha perdido en muchos ámbitos su antigua autoridad técnica. El decaimiento del sistema de control estatal, ha sido acoger una técnica de control que desde hace un siglo se ha venido desarrollando en los Estados Unidos de América y de la cual la responsabilidad de las personas jurídicas es sólo una manifestación más. Creo que se puede entender el significado que tiene hoy la responsabilidad de las personas jurídicas, si no somos conscientes de que deriva del surgimiento de un gobierno corporativo, el derecho de los mercados financieros, el sistema de prevención de

¹⁸ Nieto Martín, Adán. **la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal**. Pág. 2.

riesgos laborales, o las normas de organización y de control que se derivan del blanqueo de capitales. Todos estos efectos surgen de las ideas norteamericanas.

Lo que se pretende es exigir de las empresas que asuman una tarea pública, y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas, o consumidores o evitar hechos delictivos; pues no existe un órgano de control privado para los entes ficticios que pertenecen a esta clasificación dentro del derecho. La responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca así dentro de un nuevo pacto entre Estado y el poder corporativo, donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, éste se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos. Si este nuevo pacto se contempla desde una perspectiva global, o mundial, se evidencia con claridad que la responsabilidad de las personas jurídicas forma parte de un buen gobierno global. Desde el punto de vista empresarial, las nuevas responsabilidades públicas representan de algún modo la denominada responsabilidad social.

Puedo indicar personalmente que en la actualidad se entiende que persona jurídica es el resultado de una ficción de la ley, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas nacen por creación o autorización de la ley. De acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala, son personas jurídicas los municipios, las sociedades, instituciones de beneficencia o asistencia social, las fundaciones y las corporaciones.

2.3. Código Penal

El Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene el Código Penal, en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas textualmente establece:

“Artículo 38. Responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales”.

Como se deduce del contenido del Artículo citado, la ley penal sustantiva guatemalteca, responsabiliza únicamente a personas individuales que resulten de alguna forma involucradas con la persona jurídica; es decir, estas personas individuales pueden o no ser socios o asociados de la persona jurídica o bien, simplemente ser empleados de confianza o no de la misma, pues la descripción que hace el precepto legal no establece específicamente este aspecto, sino que por el contrario lo generaliza de tal manera que no debe de importar el grado de responsabilidad que los sujetos tengan dentro de la persona jurídica para poder eventualmente ser responsables ante la ley penal.

2.4. Código Tributario

La información relacionada con la comisión de delitos fiscales es un tema que compete conocer a todos los guatemaltecos, pues podría darse el caso por ejemplo que alguna persona esté incurriendo en dicha comisión delictiva aun sin tener el propósito de querer hacerlo. Es importante reconocer que las declaraciones anuales, tanto para las personas físicas como jurídicas, es un tema que no debe tomarse a la ligera, pues todos pueden sufrir las consecuencias de su incumplimiento.

El aspecto penal fiscal de las declaraciones anuales, es interesante ya que tanto la omisión, como la presentación con datos y deducciones falsas o la omisión de ingresos, son constitutivos de delitos fiscales según lo establece el Código Tributario.

Sin embargo, el licenciado Carlos Velásquez indica que: "...no es correcto que la responsabilidad penal recaiga en el representante legal sin la demostración de su participación directa o indirecta en los delitos ya sea de acción u omisión que llegare a desprenderse. Cumplir con la presentación de la declaración anual implica la determinación de los impuestos a pagar, después de haber realizado las deducciones correspondientes y es en esa idea que la legislación permite a los contribuyentes la autodeterminación de las contribuciones propias".¹⁹

¹⁹ Velásquez, Carlos Israel. ¿Será responsable penalmente el representante legal de las empresas, por los delitos tributarios?. Pág. 5.

Uno de los puntos más álgidos de este tema es el de la responsabilidad penal fiscal del representante legal de las personas jurídicas, ya que son reiterados los fallos judiciales que deducen la responsabilidad penal, específicamente en el delito de defraudación tributaria derivado del llenado de las declaraciones de impuestos, recayendo de manera directa en el administrador de la empresa, aun cuando otras personas hubieran formulado o llenado los documentos respectivos.

Este criterio no es compartido por el licenciado Velásquez, quien indica: "...que tiene un enfoque eminentemente causalista – teoría jurídico penal que se funda en aceptar que la consecuencia del acto o resultado en el delito es independiente de la intencionalidad del sujeto –, los simpatizantes de esta corriente, como Beling, aceptan que el ilícito penal está desprovisto de todo carácter voluntario, que el tipo penal es la creación legislativa y que la tipicidad es la adecuación de la conducta a la norma concreta por cuanto que existía un resultado que cumple con esa disposición, y es de ese modo que surge la antijuridicidad entendida como el encuadramiento del resultado con la descripción exacta del precepto. El caudalismo infirió que toda norma jurídica contiene una norma subyacente portadora del elemento negativo, no defraudarás, no robarás, no privarás a otro de la vida; por ejemplo. Un principio de esa corriente jurídica fue la causa de la causa es causa de lo causado, los causalistas ubicaron el dolo en el resultado, no concibieron la voluntad como elemento del delito, eliminando así el estudio de la intencionalidad o elemento subjetivo de la acción".²⁰

²⁰ **Ibid.** Pág. 6.

Agrega también este profesional que: “Después existe otra corriente que se conoce como finalista cuya idea fundamental fue que el delito debería ser estudiado en razón del elemento subjetivo de la intencionalidad, y ubicaron al dolo en la culpabilidad, cambiando la perspectiva del análisis del delito. No se trata sólo de mirar la causa-efecto, dijeron los doctrinarios, sino de analizar el nexo o la conducta interna para descubrir el verdadero sentido del resultado.

Y esa forma de ver el delito es la correcta, pues sólo así explicamos la gravedad y la infracción de la misma, pues de otro modo no nos quedaría más que encerrar a todos los bebés como responsables del delito de abuso sexual o a todos los cirujanos por el delito de lesiones, lo que sería el completo absurdo y ridículo a la humanidad”.²¹

Es decir, la imputación de la responsabilidad penal no deriva del cargo de socio, administrador o apoderado, representante legal, gerente o empleado de una persona jurídica, sino que es necesario demostrar su intervención a título de autor o partícipe y la vinculación directa o indirecta de sus actos en la comisión de dichos ilícitos. Tratándose de la perpetración de delitos de índole fiscal, el solo hecho de ser socio administrador o representante legal, gerente, director, entre otros cargos; de una persona jurídica resulta insuficiente para atribuirle responsabilidad penal, pues ésta no deriva del encargo u obligación que la ley tributaria y mercantil impone, sino que es necesario demostrar la intervención que tuvo a título de autor o partícipe, de acuerdo con las hipótesis previstas en el Artículo 38 del Código Penal.

²¹ **Ibid**, Pág. 7.

Así también, llama mi atención el aspecto de que si el Código Tributario es la ley específica de la materia y si acepta rectificaciones en las declaraciones de impuestos, por qué desgastar un aparato estatal en materia penal, cuando el mismo Código en el Artículo 171 establece que el procedimiento económico coactivo es un medio por el cual se cobran en forma ejecutiva los adeudos tributarios, lo que se vería fortalecido con el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que por deuda no hay prisión.

A decir de la licenciada Claudia Marroquín, “El hablar de esta materia es hacer referencia a un tema que tanto los contribuyentes como la administración tributaria encuentran complejo, pues si bien existe toda una legislación orientada a penalizar la evasión tributaria, no es menos cierto que dicho procedimiento se vuelve tan complicado y engorroso que se dificulta la administración de justicia, y se pierde la finalidad original de disuadir a los posibles delincuentes de defraudar al Estado.

En primer término, si bien existen una serie de figuras calificadas como delitos por las leyes, tales como la defraudación tributaria, la apropiación y retención indebida de tributos y la defraudación y el contrabando aduanero; la administración tributaria sólo puede interponer la denuncia correspondiente e iniciar el proceso penal si antes ha existido una sanción administrativa, y sólo puede actuar contra el contribuyente como querellante adhesivo, debiendo trabajar mano a mano con el Ministerio Público y los tribunales. Existe entonces un obstáculo real, pues la persecución penal se hace muy onerosa para el fisco, y también para el contribuyente o responsable, porque la

responsabilidad es personalísima, es decir que si dentro de la sociedad se cometió un delito, los representantes legales de la época en que se cometió, estén o no verdaderamente al tanto de la comisión de tales ilícitos, deben responder ante el Estado y buscar la forma de evitar la cárcel para sí mismos, aunque se trate incluso de un empleado que poco o nada tuvo que ver con dichos delitos, cometidos finalmente por los dueños.

Otro obstáculo, aparte de los establecidos en las leyes, como la cuestión prejudicial, que trata de regresar al ámbito administrativo la persecución penal, o las excepciones que pretenden desvirtuar dicha acción penal hasta hacerla inoperante, es la gran carga de la prueba para la administración tributaria, de que la conducta del contribuyente o responsable tenía como finalidad engañar o inducir a engaño, y no se trata de un simple error o hecho sancionable por la vía administrativa, y esta prueba de intencionalidad es difícil de obtener, sobre todo cuando constitucionalmente existe el principio de la presunción de inocencia.

Vale la pena analizar también que considerando lo complejo de la acción penal y las implicaciones que tiene, muchas veces cuando ya se ha agotado el tiempo de proceder al cobro administrativo, incluso cuando se conoce que no ha habido dolo por parte del contribuyente, se abusa del sistema penal, empleándolo como un sistema de cobro con mayor coerción, que busca sólo recuperar el dinero dejado de percibir y no proteger la hacienda pública, entendida ésta como la facultad y el derecho del Estado a que sus miembros contribuyan económicamente para el cumplimiento de sus fines y que es la

razón fundamental para sancionar penalmente conductas relacionadas con el no pago de tributos.

Entre los alcances de la persecución penal se encuentra uno que vale la pena analizar, y es que en algunos casos, los delitos cometidos no pudieron cometerse sin la directa colaboración y participación del perito contador de la empresa, lo que podría en determinado momento calificarse como de complicidad, al amparo de lo que indica para el efecto el Código Penal, por lo que vale la pena hacer una reflexión hacia la responsabilidad penal que pudiera tener el perito contador de la empresa”.²²

Estimo que la forma jurídica en que se encuentra regulada la persona jurídica, en la normativa penal guatemalteca, carece de vacíos legales, pues no hay un equilibrio entre los derechos que se le otorgan a la persona jurídica y los deberes que contraen, refiriéndome en el sentido que ésta al cometer hechos ilícitos deben ser punibles, de manera que se le pueda aplicar la ley adecuadamente, lo cual no sucede con el Código Penal guatemalteco. Pues por el contrario, pareciera que la persona jurídica al momento de adquirir sus derechos y ejercerlos se le da una existencia jurídica real, pero cuando ésta infringe la ley, se aprovecha de su atributo ficticio para no responder a las consecuencias jurídicas; y debido a que no hay una normativa adecuada a su naturaleza abstracta, cae en la impunidad; es decir, en el no juzgamiento de sus ilícitos penales, creándose a mi parecer una injusticia, porque a los que si se les juzga es a los individuos que la componen, y con ello no digo que no se les debe juzgar, sino que basándome en el principio de que la justicia es ciega, se debe juzgar a todo aquél

²² Marroquín, Claudia. **Alcances y obstáculos en la responsabilidad penal**. Pág. 18.

que merezca ser juzgado en base a las pruebas, pero entonces si la justicia es ciega, peor aún, porque no mirará algo ficticio, es decir cómo juzgar algo que no existe.

2.5. Ley Contra la Delincuencia Organizada

El Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley Contra la Delincuencia Organizada, respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas regula lo siguiente:

“Artículo 8. Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional. Comete el delito de comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero en el territorio nacional, quien a sabiendas, de cualquier forma autorice el ingreso al país, venda o comercialice vehículos terrestres, marítimos, aéreos o maquinaria que hayan sido robados en el extranjero o en el territorio nacional. Este delito será sancionado con prisión incommutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor comercial de los bienes objeto del delito.

Será imputable a las personas jurídicas independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados y representantes legales el delito previsto en el presente artículo, cuando se trate de actos realizados por sus órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios. En este caso, además de las sanciones aplicables a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa

de diez mil (EUA \$10,000.00) a seiscientos veinticinco mil (EUA \$625,000.00) dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a la gravedad y circunstancias en que se cometió el delito. En caso de reincidencia se ordenará la cancelación de su personalidad jurídica en forma definitiva.

Así mismo, se ordenará la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país, a costa del sancionado”.

Del contenido del Artículo citado, se desprende que este cuerpo normativo, toma otra dirección con respecto a los anteriores citados, ya que contempla en su penalización tanto la responsabilidad que corresponde a las personas jurídicas, como aquella que pudiera derivarse de la participación de las personas físicas que la componen o representan o laboren en ella.

2.6. Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo

El Decreto número 58-2005 del Congreso de la República de Guatemala, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas establece:

“Artículo 7. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o

representantes legales, los delitos previstos en esta ley, cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares.

En este caso, además de las sanciones aplicables a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa equivalente al monto de los bienes o dinero objeto del delito, y se le apercibirá que en caso de reincidencia se ordenará la cancelación de su personalidad jurídica en forma definitiva.

También se sancionará a la persona jurídica con el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión, el pago de costas y gastos procesales, y la publicación de la sentencia, en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país.

Cuando se tratare de personas jurídicas sujetas a la vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Bancos, el juez notificará a dicho órgano supervisor la sentencia condenatoria respectiva, para que proceda a aplicar las medidas contenidas en las leyes de la materia”.

Como se puede apreciar, este texto legal es aún más específico que el anterior, en cuanto a determinar las sanciones a aplicar a aquellas personas jurídicas que incurran en la comisión de los hechos delictivos que en ella se contienen, involucrando también a aquellas personas individuales que eventualmente pudieran participar del mismo.

Es decir que el legislador guatemalteco, ha comprendido la importancia que tiene la sanción no sólo para la persona individual que comete el ilícito penal, sino que también ha comprendido que después de haber incurrido una persona jurídica en la comisión de un delito, ésta como sujeto de derechos y obligaciones no puede ni debe quedar impune. Resultando factible y acertado que se impongan sanciones según la gravedad del caso, como puede ser la multa cuando el daño no es tan grave, o la cancelación total de la persona jurídica cuando sus consecuencias jurídicas negativas sean altamente gravosas, o bien ambas sanciones.

Por mi parte considero que con este tipo de cuerpos legales se fomenta que no haya reincidencia en la comisión de ilícitos, lo cual es positivo para la sociedad guatemalteca.

CAPÍTULO III

3. Principales personas jurídicas utilizadas en la comisión de hechos delictivos

3.1. Sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles en Guatemala, han sido cada vez más frecuentemente usadas en la perpetración de hechos criminales, mismos que van desde evasión fiscal, hasta delitos que pueden atentar contra la seguridad del Estado guatemalteco.

El mejor respaldo en Guatemala, para poder afirmar lo escrito, lo constituyen las propias noticias que los medios de comunicación hacen saber, así que estimo oportuno a continuación citar los siguientes ejemplos, a fin de establecer la dimensión del mal uso de las empresas mercantiles en el país.

El día viernes veinticuatro de junio de dos mil cinco, en la edición número veintitrés mil ochocientos cincuenta, el Diario La Prensa de la hermana República de Nicaragua, bajo el título ¿Provee el Ejército de Guatemala material al crimen organizado?, publicó textualmente lo siguiente: “La diputada izquierdista Nineth Montenegro denunció este jueves ante la Fiscalía, que el Ejército de Guatemala estaría vendiendo al crimen organizado, materia prima para la fabricación de explosivos. <Estamos viviendo momentos de inseguridad nacional cuando en los polvorines (depósitos militares) se almacenan cantidades que no sabemos de clorato de potasio, que pueden causar en

algún momento estallido o puede ser utilizado por el crimen organizado>, sostuvo Montenegro.

La diputada se presentó el jueves a la sede del Ministerio Público a fin de presentar una denuncia ante el fiscal general, Juan Luis Florido, para que investigue las anomalías en la manipulación de este material.

De acuerdo con la parlamentaria, en Guatemala existen varias empresas que se dedican a la importación del clorato de potasio, sin que el objeto de su actividad sea comercial, según la información recabada en el Registro Mercantil.

“Hay una empresa de la cual se conoce que su capital social está conformado en un sesenta por ciento con dinero del Instituto de Previsión Militar y que se ha podido confirmar que a través de sucursales distribuye de manera no adecuada el clorato de potasio”, aseguró Montenegro.

Los resultados preliminares de la investigación realizada por la diputada detallan que el clorato de potasio, materia prima para la fabricación de explosivos, también está llegando a manos de grupos de pandilleros juveniles (conocidos como maras) y del crimen organizado.

<Este producto puede ser adquirido sin mayores problemas en estas empresas y tenemos conocimiento que pandilleros juveniles y bandas del crimen organizado lo están comprando para cometer delitos o atentados>, agregó.

El clorato de potasio también es utilizado para la fabricación de fuegos artificiales y petardos en más de catorce comunidades ubicadas unos cuarenta kilómetros al oeste de la ciudad de Guatemala, y que por su mala utilización ha causado cientos de muertes de hombres, mujeres y niños que laboran en coheterías clandestinas.

Hasta el momento no se tienen datos de cuánto clorato de potasio existe en el país, pues el Ministerio de la Defensa se ampara en el secreto de Estado, para no dar a conocer las cifras, lo que hace suponer que existen anomalías en cuanto a la cantidad de producto importado y su distribución en el territorio nacional.

Las autoridades castrenses no se han pronunciado al respecto, mientras que Florido explicó que se analizará la denuncia, para asignarla a una fiscalía determinada”.²³

A mi parecer, la persona jurídica está siendo utilizada como una herramienta por el crimen organizado para el cumplimiento de sus fines maliciosos; pues utilizan al ente abstracto como un medio para negociaciones ilícitas, creando una fachada de legalidad abstracta, se registra su personalidad y se le concede atendiendo al fin lícito requerido y esperado por el Estado, el cual es burlado por falta de normativa y control idóneo, y

²³ Diario La Prensa. **¿Provee el Ejército de Guatemala material al crimen organizado?**. Pág. 3.

es más se burlan del sistema de justicia por su característica abstracta que los inviste de impunidad.

Así también el día dieciocho de febrero de dos mil diez, el Diario El Periódico, publicó con el titular: 26,994 armas salieron del almacén del Ejército ilegalmente; en el cual dio a conocer la siguiente noticia: “Un total de veintiséis mil novecientas noventa y cuatro armas fueron sacadas ilegalmente del almacén de guerra del Ejército de Guatemala, y se presume que la mayor parte de ellas fueron vendidas a la empresa Century Arms Inc y otras al traficante internacional de armas Monzer Al Kassar, entre mayo de dos mil seis y mayo de dos mil siete. Oficiales de alto rango de la institución armada, entre los que se encuentran los ex ministros de la Defensa, Francisco Bermúdez Amado y Cecilio Leiva Rodríguez, se encuentran involucrados, según documentos internos del Ejército en manos de El Periódico. La mayoría de las armas son exclusivamente de uso militar y considerado como material bélico y, de acuerdo al Artículo 16 de la Ley de Armas y Municiones, su venta o distribución es ilegal.

El armamento y las municiones fueron trasladadas desde el Almacén General del Servicio de Guerra del Ejército, ubicado en la zona trece de la capital, en varios contenedores y sin que los altos mandos del Ejército hayan dado explicaciones de la supuesta venta.

En agosto de dos mil siete, el Periódico dio a conocer una investigación en la cual se detalla que el traficante internacional de armas, Monzer Al Kassar, habría comprado las

armas al Ejército, que fingieron ser chatarra, para venderlas a grupos guerrilleros colombianos. Según la investigación, uno de los principales responsables fue el coronel Otto Guillermo Spiegler, quien fungía como Director de Finanzas del Ejército en esa época.

Ahora, un documento interno del Ministerio de la Defensa en manos de el Periódico da cuenta que en la transacción se enviaron trece mil armas ofensivas (fusiles, ametralladoras, rifles), doscientas veintiséis pistolas, treinta y ocho mil setecientas ochenta y nueve tolvas y diez millones de cartuchos (balas).

De acuerdo con expertos consultados, los fusiles y las ametralladoras oscilan en el mercado en unos mil doscientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América cada uno, las carabinas y rifles quinientos dólares, las pistolas trescientos dólares y los cartuchos a cincuenta centavos de dólar cada uno. Aunque los precios también dependen de la cantidad que se adquiera. Pero se considera que el monto de lo vendido puede rebasar los trescientos millones de quetzales.

Una fuente militar que participó en el traslado indicó que los datos habían permanecido ocultos por órdenes superiores. Además, relata que los traslados se hicieron con fuerte custodia y por medio de una empresa privada.

De hecho, el Ministerio Público ya citó al Ministro de la Defensa, Abraham Valenzuela González, para que explique la dudosa transacción, que se dio cuando ocupaba ese

cargo Francisco Bermúdez Amado, ministro hasta el veintiocho de diciembre de dos mil seis y sustituido por Ronaldo Cecilio Leiva Rodríguez. <El armamento en mención se movilizó del Almacén General del Servicio de Material de Guerra hacia el Puerto Santo Tomás de Castilla, Izabal>, resalta el informe.

El documento certificación de armamento y munición permutadas entre el Ministerio de la Defensa Nacional y la compañía Century Arms Inc., resalta que todo traslado se dio por ese puerto. El lote de armas salió en veintidós contenedores rumbo a Estados Unidos y posteriormente a la sede de la compañía Century Arms, en el Estado de Vermont, EE.UU. La empresa en su sitio de internet resalta que son los importadores y exportadores de armas más grandes de América del Norte.

De acuerdo al documento interno del Ejército, el primer embarque de armas se dio el veintiuno de junio, el segundo el veintitrés de agosto, el tercero el cuarto de septiembre, el cuarto el dieciséis de noviembre todos de dos mil seis y el último el veinticinco de mayo de dos mil siete.

Aunque el documento no lo especifica claramente, fuentes del Ejército señalan que la institución armada recibió otras armas a cambio del arsenal enviado a la compañía en mención. En una parte del informe resalta que fue una permutación y otra que fue una venta.

Desde el martes se envió un correo al vocero del Departamento de Información y Divulgación del Ejército (DIDE), Byron Gutiérrez, para solicitar una entrevista con el actual Ministro de la Defensa, pero no ha respondido las interrogantes. Mario Polanco, del Grupo de Apoyo Mutuo (GAM), resaltó que es un tema que tiene muchas aristas y que el MP debe investigar a fondo <las armas pueden estar en manos de delincuentes y alguien se benefició con el negocio millonario>, destacó. <Hay mucha debilidad en el mando de armas por parte del Estado y en el Ejército hay grupos del crimen organizado que utilizan el armamento para cometer actos ilegales>, agregó Polanco.

Militares retirados consultados señalan que fusiles que fueron retirados del Almacén General del Servicio de Material de Guerra, como los Mausser calibre siete punto sesenta y dos milímetros de origen alemán también son codiciados por coleccionistas y otros como el M uno calibre treinta milímetros estadounidense son de gran demanda.

También ven con preocupación que armas como los trece mil sesenta y ocho fusiles Galil de fabricación israelí que fueron sacados del Almacén Militar pueden ser utilizados ilegalmente. Con esta cantidad de pertrechos de guerra se podría dar armas a un ejército de cincuenta mil soldados, ya que también vendieron treinta y dos mil tolvas de ese calibre y siete punto ocho millones de cartuchos.

El verdadero destino de las armas es desconocido. Un oficial retirado indica que el armamento pudo haberse destinado a países africanos que viven en conflicto. Detalla

que fusiles como el Galil su registro es inalterable por lo que se podrían rastrear más fácilmente.

Dentro del lote también se encuentran Galiles de origen israelita y M dieciséis y M uno de Estados Unidos y que por su poder son codiciadas por grupos criminales de Guatemala y otros países...”²⁴

Considero que se abusa de forma constante y permitida por el orden jurídico penal, y digo permitido porque tal cual lo establece el principio que no hay delito si no hay ley que lo regule, al menos en el enfoque de este tema que es la falta de sanción penal de las personas jurídicas, que a pesar de que hay un órgano fiscalizador, es decir de control de las personas jurídicas de derecho público, tal el caso de las fundaciones, organizaciones no gubernamentales, entre otras; creo que no está siendo efectivo de conformidad con lo que se vive en la realidad social; y eso sin contar que las personas jurídicas de derecho privado con carácter lucrativo y fines meramente privados no tienen un órgano fiscalizador que controle sus actividades, y a esto se une un ordenamiento jurídico penal defectuoso, desactualizado e incoherente con la realidad nacional y sobre todo con la naturaleza abstracta de este tipo de personas jurídicas; lo cual nos lleva a la problemática de la impunidad por la falta de sanción penal de las personas jurídicas. Y atendiendo al ejemplo detallado en la cita anterior, me parece que las personas jurídicas están siendo la herramienta idónea para los criminales, ahora no sólo nacionales, sino también a nivel internacional, tal cual se demuestra en el tráfico

²⁴ Diario El Periódico. **26,994 armas salieron del almacén del Ejército ilegalmente.** Pág. 2.

de armas, exportadas por empresas internacionales, con fines lícitos pero con actos ilícitos e inescrupulosos por el impacto tan grave que ocasionan sus negociaciones no sólo en la sociedad guatemalteca sino en el mundo, pues el negocio de las armas conlleva a más violencia, más guerra, y otros problemas.

3.2. Organizaciones no gubernamentales

La realidad que envuelve a las organizaciones no gubernamentales, como personas jurídicas involucradas dentro de la comisión de hechos ilícitos, no es menos grave que la realidad de las empresas comerciales, de igual manera que en el título anterior, debo indicar que el mejor respaldo para sustentar lo anteriormente indicado, lo son las noticias que los medios de comunicación social investigan y dan a conocer a la opinión pública; por supuesto podría en este punto cuestionarse que los medios de comunicación en su afán de ventas, tienden a exagerar; pero debo aportar a favor de los medios de comunicación que los mismos en la actualidad, han entrado en una franca competencia de investigación que impone el éxito para quien es más objetivo en sus noticias.

Fue así, como el Diario El Periódico con fecha nueve de marzo de dos mil diez, bajo el titular denominado: “Las ONG que manejaban cuatrocientos cuarenta millones de quetzales de FONAPAZ incumplieron con los contratos; expuso la siguiente noticia: Hasta hace tres meses el Fondo Nacional para la Paz (FONAPAZ) manejaba el noventa y cinco por ciento de la ejecución de su presupuesto de novecientos cincuenta y ocho millones de quetzales para obras, por medio de organizaciones no

gubernamentales. La adjudicación de obras a estas organizaciones resultó ser un fiasco. Un total de ciento tres denuncias presentadas por Fonapaz ante el Ministerio Público revelan que más de cuatrocientos cuarenta millones de quetzales otorgados en contratos fueron incumplidos y, por ello, debieron de ser rescindidos por las actuales autoridades de dicha institución.

De igual forma, se revaluaron proyectos con veintidós ONG que habían sobrevalorado las obras y se hicieron nuevos convenios a menor costo. Con ello el Estado logró recuperar noventa y tres punto siete millones de quetzales. El gobierno de Álvaro Colom se ha caracterizado por asignar millonarios fondos a ONG, muchas de reciente creación, quienes subcontratan a otras entidades y cobran comisiones que van del tres al cinco por ciento.

El director de esa institución, Jairo Flores, asegura que actualmente el Ministerio Público conoce ciento tres denuncias por incumplimiento de contratos y mala calidad de obras por parte de las ONG. La actual administración ha presentado trece casos entre junio de dos mil nueve y enero de dos mil diez por un monto de veinticuatro punto cinco millones de quetzales.

Una auditoría realizada en FONAPAZ resalta que por medio de treinta y dos ONG se habían sobrevaluado proyectos por noventa y tres punto siete millones de quetzales en dos mil ocho y dos mil nueve, durante la administración de Obdulio Solórzano.

En algunos casos las ONG han reintegrado el dinero y en otros tendremos que presentar las denuncias en el Ministerio Público, dijo Flores. Asimismo, indicó que a partir de dos mil diez se decidió no otorgar más contratos a ONG luego de firmar un convenio con Acción Ciudadana para ejecutar los fondos con transparencia, <había muchas anomalías y por eso tomamos esa decisión>, destacó.

Según las investigaciones publicadas en el Periódico, muchas de estas ONG tienen vínculos con políticos y amigos de ex y funcionarios actuales. Pese a ello, Flores indicó que debe ser el Ministerio Público el que determine la participación de Solórzano en las anomalías, así como, los únicos proyectos a cargo de las ONG que seguirán contratadas para este año son los que aún no se han concluido y que deben ser terminados.

Las trece denuncias de incumplimiento en los contratos suman veinticuatro millones quinientos ochenta y cuatro mil trescientos ochenta y siete quetzales.

Según FONAPAZ, las denuncias son contra de ONG, empresas constructoras y municipalidades. El listado detalla las siguientes ONG: Asociación Teculuteca para la Democracia y el Desarrollo Integral (ASOTDDI), Fondo de Desarrollo Guatemalteco (FODEGUA), Asociación de Desarrollo para la Paz (ADEPAZ) y Fortaleza para el Desarrollo Integral de las Comunidades (FORDIC).

Las empresas señaladas son: Web Consultores, Constructora y Servicios Varios (CONSERVA), Construcciones y Servicios (CONSTRUSER). Asimismo, las municipalidades de Pachulum y San Pablo, Jocopilas. Flores resaltó que el Ministerio Público, debe investigar cada uno de los casos debido a que son múltiples las irregularidades, <fue un análisis que se realizó y consideramos que lo más conveniente era acudir ante las autoridades judiciales>, indicó el funcionario.

A cargo de las pesquisas se encuentra la Fiscalía Contra la Corrupción. Omar Contreras, jefe de esa oficina, dijo que avanzan para establecer las posibles irregularidades. Las denuncias fueron planteadas entre junio de dos mil nueve y enero de dos mil diez. La última fue en contra de Asociación Futuro de la Niñez (ANIF) y su representante Hévila Yanet de León Recinos por una sobrevaloración de dos millones de quetzales.

<Por incumplimiento de convenios, por abandono de obras y por convenir a los intereses de FONAPAZ se rescindieron esos contratos por cuatrocientos cuarenta punto siete millones de quetzales>, resalta un documento de esa institución. Las obras que realizaban son rehabilitación de mercado, construcción de carreteras, compra de vehículos y pavimentación. Esos proyectos deberán ser sacados a licitación nuevamente, ya que la mayoría no se han concluido.

Los documentos de FONAPAZ dan cuenta que siete proyectos fueron rescindidos por mutuo acuerdo entre las ONG y esa institución por un monto de treinta punto un millón de quetzales.

La Asociación para el Desarrollo Social (ADES), Asociación para el Desarrollo Familiar (ADESFAM), Asociación Yahh Ichil Guatemala y la Asociación para el Fortalecimiento Integral Comunitario, son las que ya no tendrán contratos con esa dependencia.

Los proyectos corresponden a octubre y noviembre de dos mil nueve y el contrato cancelado de mayor monto corresponde al número CAR-391-2009, del dieciocho de noviembre de dos mil nueve suscrito entre FONAPAZ y ADESFAM. Se trata de la construcción del drenaje sanitario de la aldea El Riachuelo, en el departamento de Santa Rosa.

También fueron anuladas la ampliación de un centro escolar por doscientos cincuenta mil quetzales en el asentamiento Los Cerritos, en la zona siete capitalina, y la construcción del sistema de agua en la aldea Candelaria en Taxisco, Santa Rosa por ocho punto dos millones de quetzales.

Los pocos requisitos que exige la ley para crear una ONG, y la facilidad para inscribirlas en cualquier municipalidad, hacen que éstas proliferen. El Ministerio de Gobernación tiene registradas doscientas treinta y nueve.

Muchas de las ONG que hoy se encuentran bajo investigación en el Ministerio Público fueron señaladas por el Periódico y otros medios por incurrir en contrataciones anómalas, corrupción e incumplimiento de contrato. Hoy, sus contratos les han sido rescindidos y se espera que devuelvan a FONAPAZ los fondos de las obras inconclusas o incumplidas.

ADES es la segunda ONG que más fondos gubernamentales maneja; doscientos cuatro millones de quetzales. FONAPAZ, cuya misión es el combate de la pobreza y pobreza extrema dirige el programa.

El dieciséis de junio del pasado año, FONAPAZ suscribió un convenio con la Asociación para el Desarrollo Social (ADES), nombrada como ente administrador de veinticuatro punto ocho millones de quetzales, para la construcción de puntos de abordaje para el nuevo Transurbano. Las oficinas de ADES se ubican en la primera Avenida B uno guión noventa, zona tres, San Pedro Sacatepéquez, San Marcos, y su presidente es Mario Gustavo Orozco Juárez.

Luego, el veintinueve de agosto de dos mil nueve, ADES adjudicó un contrato a la empresa Metal S.A., con dirección comercial en quinta avenida doce guión treinta y cinco zona nueve, y cuyo representante legal es Erick Hernán Quan Luna. luego de que esta constructora presentara una oferta de veinticuatro punto seis millones de quetzales, más baja que la que presentaron otros cuatro oferentes. El contrato

ascendería a un tres por ciento de la obra, unos setecientos cuarenta y cuatro mil quetzales.

También se encontró sobrevaloración en las nuevas paradas de buses (las azules) ya que de un costo de treinta y dos millones de quetzales, el contrato fue rebajado a veintiocho millones de quetzales. Esos trabajos aún se encuentran a cargo de ADES.

Una investigación del Periódico publicada el veintitrés de marzo de dos mil nueve, dio a conocer que Wilfredo Monroy Marroquín, asesor del alcalde de San Pedro Sacatepéquez, Gabriel Ajcip, construyó el puente sobre el río Xajap, por medio de su empresa SISTECO, la cual fue contratada por ADEPAZ, de forma irregular.

El representante legal de esta ONG es Edgar Agustín Morales Guerra. Entre los señalamientos realizados a esta organización, figuran la construcción inconclusa de un proyecto carretero en Tecpán, Chimaltenango, en donde FONAPAZ invirtió más de diez millones de quetzales, en la construcción de una carretera que quedó inconclusa, y que no cuenta con las especificaciones de las bases de licitación.

En dos mil ocho, el diario Prensa Libre publicó que ASOTEDDI, en ese año, participó en setenta y dos concursos y que había manejado más de trescientos sesenta millones de quetzales, en proyectos de infraestructura. Pese a ser una asociación zacapaneca, se encuentra ejecutando proyectos en Izabal, Petén, Zacapa, El Progreso, Retalhuleu y Santa Rosa.

Muchas de las obras que han entregado son de mala calidad o están inconclusas, por ejemplo, el estadio de la aldea Sahila, Livingston, Izabal, que quedó paralizado desde dos mil siete, pese a que la Constructora Integral recibió el noventa por ciento del pago. Su representante es Mario Castañeda Cordón.

ASODEGUA, fue señalada por la Contraloría General de Cuentas, en dos mil cuatro, de sobrevalorar un proyecto habitacional de cuatrocientas cincuenta casas denominado Complejo Peña Flor, el cual costó cincuenta millones de quetzales que fueron entregados por FONAPAZ a la ONG. El Ministerio Público investigó el caso y detectó anomalías en los precios de las viviendas. Esta asociación fue inscrita por el ex fiscal, Carlos de León Argueta, quien fue sindicado de recibir una comisión de uno punto cinco millones de quetzales por la construcción del complejo habitacional.

Según información de Acción Ciudadana, ASADER ha ejecutado ciento treinta y siete punto nueve millones durante los últimos cuatro años. La CGCN realizó una auditoría a las operaciones contables de ASADER en junio de dos mil nueve y determinó que los libros financieros estaban desactualizados desde el treinta y uno de diciembre de dos mil ocho. El Ministerio Público aún debe establecer todas las irregularidades en las que han incurrido”.²⁵

²⁵ www.elperiodico.com.gt. **Las ONG que manejaban Q.440 millones de FONAPAZ incumplieron con los contratos.** Diario el Periódico (Guatemala, 20 de octubre de 2010).

Creo al respecto que las organizaciones no gubernamentales denominadas ONG, tienen su razón de ser en sí mismas, pues éstas fueron estableciéndose como personas jurídicas reconocidas por el Estado guatemalteco basadas en una ideología de beneficencia, siendo auxiliares del Estado para llevar a la población más recóndita y necesitada servicios indispensables para vivir; toda vez que el Estado no podía por sí mismo satisfacer dichas necesidades esenciales y procurar el bien común de toda la población establecida dentro de su territorio; por consiguiente, el reconocimiento de la personalidad de este tipo de organizaciones fue sumamente importante y hasta se podría decir que fueron las salvadoras del pueblo; resultando, para aquellas personas individuales afectadas por la escases de recursos y de servicios básicos indispensables para la vida, como un milagro social, y para el Estado una forma de organización y auto ayuda proveniente de ciertos sectores de la población organizada auxiliares del Estado para la realización del bien común como principio y finalidad primordial de éste.

Por consiguiente y de forma fáctica empezaron a negociar con el Estado y por ende a intervenir en la prestación de servicios estatales, realizando contratos millonarios; sin embargo, todo cambia al correr el tiempo y es el lo que sucede en el presente, este tipo de organizaciones empezaron a realizar grandes negocios que implicaban una responsabilidad enorme pero que a la vez dejaron ganancias de igual forma, por lo que han ido perdiendo su ideología de beneficencia, y pareciera que se abastecen de los negocios que pactan en el sector público con el Estado. De esa cuenta han sobrevalorado las obras a las que se comprometen, o simplemente las incumplen por la falta de experiencia en determinado servicio, entre otras causas; lo cual conlleva a

pérdidas millonarias que al fin de cuentas en última instancia quien las paga y de forma encarecida es la población; quienes son sobrecargados con tributos, y que aun existiendo un órgano contralor de este tipo de organizaciones de derecho público, la Contraloría General de Cuentas de la Nación; no logra limitar este tipo de situaciones, quedando impunes de alguna forma porque siguen operando como tal.

3.3. Fundaciones

Con estas entidades de igual manera se repite la comisión de ilícitos donde aparecen involucradas personas jurídicas, dentro de los muchos casos cito únicamente el siguiente: “A los centros nocturnos chapines se ingresa por un túnel de guardias, traficantes y guardaespaldas que esperan aburridos en la calle. Adentro, la experiencia es una facha, uno llega y se encuentra con unos cuantos viejos pelones que van aumentando con el paso de las horas, o jóvenes extasiados observando el tránsito de los bikinis fosforescentes en cuerpos femeninos invisibles que se detienen en la barra o recuestan en las paredes, esperando el llamado, disipadas tras la cortina del humo de tabaco que separa los ambientes. Pobres niñas nuestras, salvadoreñas, hondureñas o de la provincia, subiendo de nivel donde hay ticas o colombianas. En ese ambiente se la pasaba don Genaro Morales.

Quizá esas cosas ocurren porque el origen de los fondos es igualmente mundano, por que sostener a la Fundación Pediátrica con una lotería es financiarse con el vicio. ¿Cuál será el castigo que van a imponer las autoridades al funcionario que se tiró en

desnudos y whisky la plata de los niños? Porque cuando no hay dinero para la educación, deporte ni cultura, el desperdicio de los recursos es un crimen. No tiene sentido que los funcionarios desbaraten lo que no les pertenece en los bares más decadentes del planeta. Urge un castigo salomónico, ejemplar”.²⁶

Al respecto, considero que las fundaciones desempeñan un rol importante en la sociedad guatemalteca; pues su interés a alcanzar es eminentemente público, cabe recalcar que está conformada por una pluralidad de personas individuales, quienes son distintas de ésta, pues a ésta se le ha reconocido personalidad propia, no obstante que sin el elemento humano no podría alcanzar la realización de sus fines como persona jurídica; y es ahí donde surge el problema, puesto que los fines de la fundación como persona jurídica son unos y las finalidades de las personas que administran sus recursos son otras, entrando en lo que se denomina conflicto de intereses en la toma de decisiones por parte de los representantes, administradores, gerentes, e incluso empleados de ésta; no sólo en la fundación sucede esto sino también en otro tipo de organizaciones ya sean públicas o privadas.

Es de resaltar que por lo general las actuaciones realizadas por los individuos que las componen, son distintas a la finalidad de la persona jurídica, y que por lo expuesto en los medios de información, específicamente en el ejemplo expuesto, estas actuaciones son de carácter inmoral, desde un punto de vista ético. Por consiguiente, se da la mala administración de los recursos con que funciona la fundación cuyo fin es lícito y

²⁶ www.elperiodico.com.gt. **Pasión por los night clubs**. Diario El Periódico. (Guatemala, 26 de octubre de 2010).

permitido por el ordenamiento jurídico guatemalteco; pero debido al conflicto de intereses entre los integrantes de la persona jurídica y la persona individual, se ha desviado de dicho fin, más pareciera que las personas individuales abusan de esta forma de organización jurídica con el afán de satisfacer sus propios fines individuales, tal como el ejemplo descrito anteriormente del funcionario público que utiliza los recursos de dicha persona jurídica para satisfacer sus propios intereses en un club nocturno; y al ventilarse dicha situación la reacción es de desconfianza como es lógico; lo que repercute en que dichas formas de organización colectivas pierdan credibilidad y financiamiento que son importantes para sus cometidos, pues se cree que están siendo utilizadas de forma anómala como una fachada para cometer ilicitudes.

CAPÍTULO IV

4. La regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Guatemala de frente a los desafíos de la sociedad

4.1. Reforma a la normativa penal

Es oportuno manifestar que los Estados de índole liberal y democrático, se han visto en la necesidad de adecuar sus normativas penales a la nueva orientación doctrinaria; que considera al derecho penal como último recurso para resolver los conflictos sociales y como el instrumento más efectivo para lograr la paz y seguridad jurídica de los pueblos; es decir, el derecho penal como un recurso de última instancia.

En tal sentido, se debe estimar como objeto primordial, orientar la normativa penal hacia una concepción garantista de alta efectividad, para prevenir la violencia social con una amplia proyección de función punitiva no selectivista. Esto hace necesario, según mi criterio, que se emita un nuevo Código Penal que, sin apartarse de la realidad que caracteriza al ámbito cultural, se constituya en un instrumento moderno, dinámico y eficaz para lograr las funciones y fines del derecho penal.

Es bajo esta idea trazada en los párrafos anteriores que en dos mil cuatro se presenta un anteproyecto de un nuevo Código Penal, el cual se orienta hacia la parte general,

para que sea analizado y discutido por los diversos sectores y entes interesados en el tema.

Deseo manifestar que el actual Código Penal está vigente desde mil novecientos setenta y tres, habiendo presentado un adelanto para el desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa. En la actualidad, ha dejado de ser así, puesto que su contenido no guarda concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, ni con la realidad política y social del país, enfrentando un desgaste técnico legislativo inadecuado a la realidad actual. En segundo lugar y derivado de lo anterior, se hace impostergable un cambio en la legislación penal sustantiva, dadas las características anacrónicas del actual Código Penal.

Esta necesidad no sólo deviene de los aspectos indicados, sino persigue evitar un sistema de parches que sin lugar a dudas, ha sido una moda en el sistema legislativo penal; en un contexto en que la normativa criminal constantemente es objeto de nuevos retoques y creación de leyes especiales, las cuales se encuentran fuera del texto normativo penal sustantivo, y entre otras cosas dificultan más la comprensión del sistema penal guatemalteco por parte de la población.

En el anteproyecto del nuevo Código Penal para Guatemala, se llevó a cabo una comparación del actual Código Penal, con el de otros países, misma que a mi criterio fue imprescindible y tuvo incluso como elemento a favor la amplia disponibilidad de medios informáticos que lo permitieron, donde se trató de establecer la

homogeneización de los problemas nacionales e internacionales, logrando con ello, determinar las soluciones más convenientes, sin que se apartara de cualquier nueva propuesta del entorno cultural y económico social de Guatemala.

En ese sentido estimo que el anteproyecto del nuevo Código Penal de dos mil cuatro, no es fruto de ideas antojadizas, sino que es resultado de ideas consensuadas por juristas guatemaltecos y extranjeros que han demostrado no sólo su capacidad y dedicación, sino también su deseo de producir buenos y oportunos cambios dentro de la ley penal guatemalteca.

Puedo manifestar que tal y como ocurre en la mayoría de países, existe acuerdo con la clásica estructura del Código Penal, compuesta en parte general y parte especial, permitiendo esta separación un mejor desenvolvimiento práctico. Como consecuencia, el anteproyecto se estableció de esta misma forma. En lo referente a la parte general se ha compuesto de ocho títulos, los cuales contienen lo relativo a la ley penal; responsabilidad de las personas físicas; culpabilidad; consecuencias; medidas de seguridad; responsabilidad civil; consecuencias accesorias y la extinción. En la parte especial, se pretende el establecimiento de todos los tipos penales delictivos. Se tiene además previsto el estudio del libro tercero correspondiente a las faltas.

Con relación a la parte general, ésta expone los aspectos más relevantes, iniciando con la preeminencia del derecho constitucional, que se plasma en el anteproyecto como de aplicación inexcusable, derivado de las garantías fundamentales que contiene en

relación a la persona. Asimismo, en lo relativo al delito, el anteproyecto se basa en el hecho cometido, es decir, un derecho penal de hecho y no de actor. Por otro lado, se ha plasmado el deseo de erradicar la responsabilidad objetiva. Se regula directamente el error de tipo, algo inexistente en la actualidad, así como la responsabilidad penal de quienes realizaren el hecho delictivo a través de una organización jerárquica. En segundo término, el proyecto se perfila en un derecho penal basado en la culpabilidad, por lo que no puede imponerse ninguna pena si el sujeto que ha realizado uno de los hechos descritos por la ley no ha obrado culpablemente. Además, señala expresamente el error de prohibición, no contenido en el actual Código.

Sobre las consecuencias jurídicas del delito, se sigue aceptando un sistema dualista, aunque se presentan avances importantes, no sólo con la abolición de la pena de muerte, sino también evitando el endurecimiento punitivo, puesto que la pena máxima de prisión sería de treinta años. En cuanto a la responsabilidad civil exdelicto, se mantiene en concordancia con el Artículo 1645 del Código Civil, el cual regula lo relativo a los daños y perjuicios.

Es necesario mencionar que se establecen expresamente cuatro principios relevantes para el capítulo de las sanciones. Asimismo, se señalan los sustitutivos penales, incluyendo la sustitución propiamente dicha, la cual determina, aparte de otras, una sustitución obligatoria cuando la pena impuesta no sea superior a un año de prisión. Se encuentran estipuladas una serie de limitaciones especiales, diferentes a la pena privativa de libertad como pena única, alternativa o sustitutiva, la cual es de importancia

para la responsabilidad personal subsidiaria como consecuencia del impago de una pena de multa. En relación a las medidas de seguridad se señala, por vez primera, el límite correspondiente a la misma, logrando con ello la ansiada igualdad de las consecuencias jurídicas del delito.

Uno de los temas centrales que se encuentra pendiente de discusión es lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la idea ha brotado del mismo anteproyecto original y de que en el transcurso del tiempo han aparecido leyes penales especiales que contienen esta clase de responsabilidad – Ley Contra la Narcoactividad, Ley del Lavado de Dinero, Ley de Áreas Protegidas y Ley de Protección del Patrimonio Cultural –. Ésta es motivo de polémica por el principio de culpabilidad. La posible solución a este problema es ubicar esta clase de responsabilidad separada de la de las personas individuales para evitar mezcla entre ambas, puesto que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en respuestas a otras categorías, aunque sí se puede trasladar la tipicidad y otras que le pueden ser competentes; no así la culpabilidad. El mensaje es una decisión de política criminal. Este tema se presta a la discusión, porque en Guatemala se carece de un control efectivo para esta clase de personas.

Las fuentes directas para la elaboración de este anteproyecto han sido las legislaciones de España, Portugal, Francia, El Salvador, Costa Rica, Colombia, Chile, el Código Penal vigente y el anteproyecto original de los doctores Binder y Baigún. Asimismo, se

han tomado en consideración a diversos autores españoles y latinoamericanos, incluyendo a guatemaltecos.

4.2. Contenido del proyecto del Código Penal para Guatemala

El Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala incorpora en el título VII, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que incluye once Artículos que pretenden sentar la base de un modelo de imputación, en buena medida, especial.

En primer lugar, se debe destacar la decisión de limitar o circunscribir, el ámbito de responsabilidad penal a determinados ilícitos que por sus características son susceptibles, sin fricción, de atribuirse al funcionamiento de la persona ideal. Ello, sin lugar a dudas, parece preferible, toda vez que esta incursión del derecho penal hacia ámbitos no tradicionales requiere estar atentos a una peligrosa inflación del poder penal del Estado. En el Artículo 47, se estipula una regla básica en el modelo proyectado; destinado a posibilitar la imputación sólo cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios. Es decir, se pretende circunscribir la esfera posible de ilicitud al ámbito normativo de existencia del ente ideal.

Asimismo, se incorpora una norma general de imputación de las omisiones, con una descripción somera de situaciones de garantía, incluso por injerencia, en donde también será imputable la omisión de un acto, cuando la persona jurídica estuviere

legalmente obligada a hacerlo, hubiere aceptado formalmente ese deber, o dicha obligación surgiera de un acto ilícito precedente de esa misma persona o de otra vinculada a ella. Tal fórmula pretende ofrecer una respuesta en un ámbito de por sí sensible, a las conocidas objeciones provenientes del principio de legalidad que se oponían a la equiparación de las omisiones a los delitos de comisión previstos expresamente en la ley penal.

Al mismo tiempo se prevé en la norma contenida en el Artículo 48, un modelo paralelo para la imputación de los ilícitos cometidos por las personas físicas que actúen como representantes de la persona jurídica, con el claro objetivo político criminal de evitar el desarrollo de un sistema de absoluta impunidad detrás de la organización de la empresa. Así pues, en el primer párrafo se deja claro que el sistema de imputación mantendrá las reglas generales previstas para la ilicitud de las personas físicas, es decir, el modelo de ilícito personal.

En este Artículo se tiene en cuenta, además, el conocido caso del representante que actúa sin poseer la calidad personal requerida en el tipo penal para el sujeto activo – delitos especiales propios -; es decir, la figura de la actuación en nombre de otro que pretende sortear, por imperativos de política criminal, algunos obstáculos provenientes de una correcta interpretación del *nullum crimen*, es decir no hay crimen.

Este Artículo 48, se encuentra planteado así: “Si la ilicitud o la agravación dependiese de calidades personales que posee la persona jurídica, aquéllas se extenderán a

quienes de algún modo participaron de la realización de los actos u omisiones y conocían esas calidades personales, aun cuando no las hubiesen poseído".²⁷

4.3. Solución a la problemática

En lo relativo a la regulación de las pautas de determinación legislativa de la pena de multa, se debe prever la equivalencia entre una unidad multa y un día de prisión. Para la estipulación del valor de la unidad multa se determina un marco legal entre cien y diez mil quetzales, valor que sería actualizable por la Corte Suprema de Justicia.

En todas estas disposiciones se debe destacar la orientación nítida hacia la reparación del daño causado, tendencia que llega a su máxima expresión en la explicación legislativa de las denominadas en el proyecto prestaciones obligatorias.

Siempre que la falta o el delito cometido por una persona jurídica hayan implicado el daño a un bien o interés colectivo; el tribunal, además de las penas previstas, podrá establecer actividades o prestaciones de bienes públicos, orientadas a la reposición de las cosas al estado anterior o al querido por la ley. El cumplimiento de estas actividades o prestaciones será obligatorio para la persona jurídica.

Cabe indicar también que se prevé, asimismo, un conjunto de medidas de seguridad, cuando la reiteración de los delitos o faltas hiciere presumir fundadamente la

²⁷ www.oj.gob.gt/Leyesimportantes/Definitivocodigopenal.htm. **Anteproyecto**. Exposición de Motivos. (Guatemala, 26 de octubre de 2010).

continuación de las prácticas delictivas o pusiere en peligro el interés público sobre la buena fe en los negocios. Estas medidas son las siguientes:

- a) La creación de un consejo de vigilancia especial determinado por el tribunal;
- b) La auditoría periódica de las actividades de la persona jurídica;
- c) La obligación de presentar estados contables en plazos que fijará el tribunal; y,
- d) La obligación de requerir autorización judicial para la realización de actos particulares.

Para la determinación judicial de estas medidas se establece un plazo máximo de cinco años, salvo el caso de que el plantel de dirección se mantenga, en cuyo caso el plazo se amplía a diez años.

Lo manifestado anteriormente deja la sensación de que la actual situación del sistema del hecho punible es favorable a la aceptación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello obedece a que las clásicas objeciones a esta iniciativa han sido basadas en puntos de partida que en la actualidad tienen poca cabida en la dogmática penal.

A decir de Rusconi: “La culpabilidad ha dejado de ser reproche moral y el ilícito se ha divorciado para siempre de la antigua demanda de participaciones causales en el resultado. Es por ello que ya para las personas naturales, ya para las ideales, hoy se trata del desarrollo de un modelo de atribución cada vez más normativo y teñido de

consideraciones político-criminales. Estas mismas consideraciones sugieren fortificar la tendencia garantista para el control de los ilícitos de las personas físicas y acentuar las posibilidades de un modelo de imputación efectivo para las personas jurídicas que, por supuesto, ofrezca alternativas de limitación razonable de la reacción estatal. Sin embargo, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas debe incluir algunas características especiales: 1) en primer lugar debe tender, sin dudas, a la reparación de daño como consecuencia jurídica del delito preferible desde la propia ley penal. Ello debe ser así ya que, eventualmente, la actuación de las personas jurídicas puede afectar bienes jurídicos colectivos en considerable magnitud; 2) en segundo lugar se debe limitar la cantidad de delitos de la parte especial imputables al ente ideal (numerus clausus)".²⁸

Por consiguiente, me parece acertada la reforma sancionatoria prevista en el proyecto de Código Penal para la República de Guatemala; pues contiene previstas formas de limitación y fiscalización de las actividades realizadas por las personas jurídicas en el ámbito económico, al crearse un órgano que pueda realizar un control contable financiero de sus actividades económicas a través de una auditoría periódica, a la vez que un órgano jurisdiccional le exigirá la presentación en plazos estipulados, de los estados financieros que sustenten dichas auditorías. La configuración de controles tanto del órgano jurisdiccional como del órgano administrativo me parece innovadora y con miras a un sistema de justicia más acorde a la realidad actual, toda vez que se logrará controlar las malversaciones de fondos del ente ficticio por parte de los

²⁸ Rusconi, Maximiliano. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala.** Pág. 7.

particulares encargados de la administración y representación de la persona jurídica, evitando que sucedan situaciones como el caso de las fundaciones, organizaciones no gubernamentales y las sociedades mercantiles que son las formas más usadas para la comisión de ilícitos; donde los funcionarios de dichas instituciones utilizan los recursos del ente colectivo para fines individuales, desvirtuando así el objeto para el cual fueron creadas y reconocidas por el Estado, pues más bien se utilizan como una forma o instrumento para la realización de fines particulares y evasivos de la ley.

CONCLUSIONES

1. La constitución de sociedades anónimas, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y otras personas jurídicas, ha sido la pantalla para que sus representantes comentan diversos delitos, sin que puedan deducirse responsabilidades penales a las mismas por ser abstractas.
2. El problema actual es que no existen sanciones penales para las personas jurídicas, pues a quienes se sanciona en muchos de los casos es al gerente o administrador que no tiene que ver con los delitos que cometen los socios, pues ellos sólo reciben órdenes.
3. La Superintendencia de Administración Tributaria, no realiza un control efectivo de las importaciones y exportaciones realizadas por las personas jurídicas, colaborando con el crimen organizado al permitir que éstas aun cuando sus fines no son lucrativos tal cual se encuentra inscrito en el Registro Mercantil, comercialicen ilícitamente.
4. En el caso de las fundaciones y organizaciones no gubernamentales que han desvirtuado su fin u objetivo, se han convertido en verdaderos entes lucrativos y no en auxiliares del Estado para la prestación de servicios públicos y para el cumplimiento del bien común.

5. El Ministerio Público, tiene obstáculos para la ejecución eficaz de su función, porque el Código Penal no realiza una clara distinción de la responsabilidad penal para las personas jurídicas y las personas individuales, provocando un desequilibrio legal al momento de realizar la persecución penal y la investigación del delito.

RECOMENDACIONES



1. Para que puedan deducirse responsabilidades penales en contra de las personas jurídicas, el Organismo Judicial debe proponer las reformas al Código Penal, en donde se sancione drásticamente a estas entidades cuando no cumplan con el objeto de su creación.
2. La Superintendencia de Administración Tributaria también debe denunciar y sancionar a sus empleados aduanales que permitan negocios anómalos de las personas jurídicas, pues se convierte en cómplice de los delitos al no supervisar que sus trabajadores efectúen fehacientemente los mecanismos de control aduaneros.
3. El ministerio de Gobernación es el encargado de supervisar que las fundaciones y organizaciones no gubernamentales cumplan con el objeto de su creación, pues así evitará que éstas sirvan como medio para delinquir.
4. El Ministerio Público al realizar la investigación penal debe verificar fehacientemente quienes son los verdaderos responsables de los delitos cometidos por personas jurídicas, pues únicamente así se podrá atrapar al verdadero culpable.



cometidos por personas jurídicas, pues únicamente así se podrá atrapar al verdadero culpable.

BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, Marcela Fabiana. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Su cuestionada aceptación en nuestro derecho penal.** 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Las Cumbres, 2008.

BACIGUALPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un problema del sujeto de derecho penal.** 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Ad-Hoc, 1996.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 3ª. ed. Guatemala: Ed. Talleres de impresión Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1980.

CAPILLA RONCERO, Francisco. **Teoría general de las personas jurídicas.** 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1984.

DE LEÓN VELASCO, y José Francisco de Mata Vela. **Derecho Penal guatemalteco.** 13ª. ed. Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** 3ª.ed. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1980.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Naturaleza tridimensional de la persona. Jurídica.** 2ª. ed. Cuzco, Lima: (s.e.) ,1985.

FERRARA, Francisco. **Teoría de las personas jurídicas.** Madrid, España: Ed. Reus, 1928.

NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal.** 2ª. ed. España: Ed. Universidad de la Mancha, 2008.

MARROQUÍN, Claudia. **Alcances y obstáculos de la responsabilidad penal.** 1ª. ed. (s.l.i): Ed. G&R Editores, 2009.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Tomo I. España: Ed. Nauta, 1996.

¿Provee el Ejército de Guatemala material para el crimen organizado?.Pág. 3. Diario La Prensa (Nicaragua). Año 2005 No. 23,850 (Martes 8 de junio de 2010).

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española.** XVIII. ed. Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, S.A., 1996.

RUSCONI, Maximiliano. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala.** 1ª. ed. Guatemala: Ed. Jaguar, 2005.

TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. **Personas jurídicas.** 1ª. ed. Bogotá: Ed. Torre Blanca, 2007.

VELÁSQUEZ, Carlos Israel. **¿Será responsable penalmente el representante legal de las empresas por los delitos tributarios?.** 1ª. ed. Guatemala: Ed. G&R Editores, 2009.

www.elperiódico.com.gt. (Guatemala, 26 de octubre de 2010). **Pasión por los nighth clubs.** Diario El Periódico (Guatemala), miércoles 24 de junio de 2009.

www.elperiodico.com.gt. (Guatemala, 20 de octubre de 2010). **La ONG que manejan 440 millones de FONAPAZ incumplieron con los contratos.** Diario El Periódico (Guatemala), jueves 9 de marzo de 2010.

www.oj.gob.gt./Leyesimportantes/Definitivocodigopenal.htm. (Guatemala, 26 de octubre de 2010). **Anteproyecto.** Exposición de motivos.

ZENTENO BARILLAS, Julio César. **La persona jurídica.** Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986. **26,994 armas salieron del almacén del Ejército ilegalmente.** Pág. 2. Diario El Periódico (Guatemala). Año 2010. No. 28,850 (Lunes 9 de agosto de 2010).

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, número 51-92, 1992.

Código Tributario. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 6-91, 1991.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 21-2006, 2006

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