

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE LOS
DELITOS SOCIETARIOS**

MARÍA DEL ROSARIO LÓPEZ MIRANDA

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE LOS
DELITOS SOCIETARIOS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA DEL ROSARIO LÓPEZ MIRANDA

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. Rodolfo Giovani Célis López
Vocal: Lic. Dixón Díaz Mendoza
Secretario: Lic. José Luís de León Melgar

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Vocal: Lic. Luís Alfredo Valdez Aguilar
Secretario: Licda. Dora Renné Cruz Navas

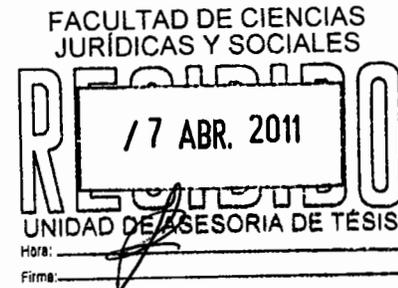
Razón: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LIC. ITALO GUIDO ARESTI ORELLANA
7ma. Avenida 1-20 zona 4
Edificio Torre Café, Of. 850
Teléfono: 5966-0923

Guatemala, 05 de abril de 2011

Señor Jefe de la Unidad de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Carlos Manuel Castro
Su Despacho



De mi consideración:

Atendiendo al nombramiento recaído en mi persona, como asesor de la Tesis de trabajo de la Bachiller María del Rosario López Miranda, titulado "Análisis jurídico de la responsabilidad penal en el caso de los delitos societarios", habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con la Bachiller María del Rosario López Miranda, con quien procedí a efectuar la revisión del plan de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar y en consenso con el ponente del tema se decidió sobre la manera de elaborarlo.

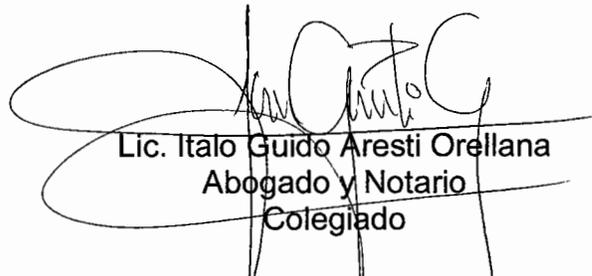
Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la Bachiller María del Rosario López Miranda, tuvo la disciplina y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado, empleando bibliografía abundante y actualizada, asimismo, la ponente, hace uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema y con cada uno de los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

El trabajo de tesis que presenta la ponente, constituye un buen aporte para la comprensión de la necesidad de regular a través de una norma jurídica todo lo relativo a los delitos societarios y a la responsabilidad penal que deviene de éstos, de conformidad con las leyes nacionales y a su vez, pretende coadyuvar a una eficaz aplicación del derecho estableciendo como una necesidad regular la comisión de este tipo de hechos delictivos.



En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, para que pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,


Lic. Italo Guido Aresti Orellana
Abogado y Notario
Colegiado
**ITALO GUIDO
ARESTI ORELLANA**
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, siete de abril de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **MARÍA DEL ROSARIO LÓPEZ MIRANDA**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE LOS DELITOS SOCIETARIOS”**.

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 las 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 estime pertinentes”.


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ Cpt.



LIC. RIGOBERTO RODAS VASQUEZ

7ª Avenida 1-20 zona 4 Edificio Torre Café 9no. Nivel Of. 910

Teléfono: 2334-2043

Guatemala, 26 de abril de 2011

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



Licenciado Castro Monroy:

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, he cumplido con la función de revisor de tesis de la bachiller **MARÍA DEL ROSARIO LÓPEZ MIRANDA**, cuyo trabajo se titula **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE LOS DELITOS SOCIETARIOS"**, para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

- a) He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que considere oportunas y habiéndose realizado las modificaciones sugeridas a la ponente, considero que el contenido del presente trabajo de tesis, contiene conocimientos en gran manera científicos y técnicos, ajustándose a la normativa respectiva para los trabajos de investigación.
- b) Hago mención que durante la investigación, así como en el progreso del trabajo de tesis, la ponente puso en evidencia su capacidad de investigación, para relacionar los temas y subtemas del trabajo planteado y llegar a conclusiones concordantes con el plan de investigación, con base el cual se desarrollo el presente trabajo de tesis. Además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental-bibliográfico, así como consultas de derecho comparado.
- c) La redacción del presente trabajo de tesis me parece bastante clara adecuada, con un léxico jurídico correcto y práctico en vista que en su mayoría la ponente utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.



- d) Asimismo, el presente estudio jurídico y doctrinario servirá como fuente informativa y de referencia para profesionales, estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales y público en general.
- e) Las conclusiones y recomendaciones de la estudiante, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada.
- f) En relación a la bibliografía utilizada, considero que es un material bien seleccionado, en vista de que se ajusta muy bien a los temas investigados en este trabajo de investigación.

Por lo cual, estimo conveniente que habiéndose cumplido con los requisitos señalados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo asesorado, razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**, debiéndose en consecuencia emitir la orden de impresión correspondiente.

Sin otro particular me suscribo muy atentamente



LIC. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario
Colegiado No. 4,083

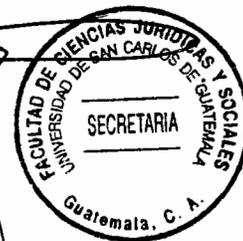


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA DEL ROSARIO LÓPEZ MIRANDA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE LOS DELITOS SOCIETARIOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi guía, mi luz y esperanza, por haber derramado sabiduría y entendimiento en los momentos más difíciles, para poder alcanzar este triunfo.
- A MIS PADRES:** Miguel Everardo López Fuentes
Miguelina Gudiela Miranda y Miranda
Por el apoyo incondicional, por su amor y por sus sabios consejos.
- A MIS HERMANOS:** Flor de María, Lic. Moisés Edilberto y en especial a Sandra Patricia por todo su apoyo incondicional.
- A MIS SOBRINOS:** Steffany Fransoly. Gerardo André, Jennifer Gabriela, Ana Elisa y Daniela Fernanda, con mucho cariño.
- A MI CUÑADO:** Irving Godínez por todo su apoyo.
- A:** Mis tíos, tías, primas y primos
Con mucho cariño.
- A:** Fernando Paz
Por ser el pilar fundamental para alcanzar este triunfo.



A MIS AMIGOS: Pablo, Lesly, Saulo, Denis, Víctor, Oscar, Mónica, Carlos Rodas, Gilbert Medina, Sandra Herrarte, Jorge Hernández y Elder López (Q.E.P.D)

Por compartir conmigo la trayectoria de esta carrera.

A: Lic. Rigoberto Rodas Vásquez

Por compartirme sus conocimientos profesionales y por sus sabios consejos.

A: Lic. Axel Merida

Por su apoyo incondicional.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la facultad de ciencias jurídicas y sociales.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La teoría de los delitos societarios.....	1
1.1 Aspectos considerativos.....	1
1.2 La teoría del delito.....	2
1.2.1 Definición de delito.....	5
1.2.2 La acción o la conducta humana como primer elemento a considerar en el delito	6
1.2.3 La tipicidad	13
1.2.4 La antijuricidad.....	16
1.2.5 La culpabilidad.....	19

CAPÍTULO II

2. Los delitos societarios.....	23
2.1 Aspectos generales.....	23
2.2 Definición de los delitos societarios.....	24
2.3 Características de los delitos societarios.....	27
2.4 Naturaleza jurídica de los delitos societarios.....	29
2.5 Los sujetos de los delitos societarios.....	31



CAPÍTULO III

3. El desarrollo de los delitos societarios en Guatemala.....	43
3.1 La fuente de los delitos societarios en Guatemala.....	43
3.2 Evolución de los delitos societarios en Guatemala.....	47
3.2.1 El Código Penal.....	47
3.3 Estado actual de los delitos societarios en Guatemala.....	59

CAPÍTULO IV

4. Los conflictos en los delitos societarios para determinar la responsabilidad penal de los partícipes.....	63
4.1 La insuficiencia de los tipos penales vigentes.....	63
4.2 El ilícito societario.....	64
4.3 La actualidad o potencial del perjuicio.....	65
4.4 El deber jurídico extrapenal como presupuesto del ilícito.....	66
4.5 Necesidad que se reforme el Código Penal en función de regular los delitos societarios de acuerdo a la realidad	68
4.5.1 Bases.....	68

CAPÍTULO V

5. Trabajo de campo	75
5.1 Presentación y análisis del trabajo de campo	75



Pág.

5.2 Legislación comparada.....	75
5.2.1 República de Chile.....	75
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
ANEXO.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	111



INTRODUCCIÓN

Este informe se elabora, fundamentalmente, tomando en cuenta el interés acerca de la problemática que conlleva y que ha sido de años, respecto a la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en el caso específico, como se aborda este conflicto desde el punto de vista del derecho de sociedades.

El objetivo es plantear una solución para que se determine la responsabilidad penal de los partícipes en los delitos societarios, esto a través de una reforma al Código Penal guatemalteco. La hipótesis planteada es que en los delitos societarios, no se determina la responsabilidad penal de los partícipes.

Como es del conocimiento general, los delitos societarios, son los cometidos dentro del ámbito del funcionamiento de las sociedades, en el derecho mercantil; se han expuesto aspectos doctrinarios y legales de este tipo de ilícitos, desde la perspectiva de lo que establece el Código Penal guatemalteco, y se determinó que efectivamente no se regulan de forma adecuada estos ilícitos. Numerosas cuestiones del propio mundo mercantil y del mercado en general, que están teniendo transformaciones en los últimos tiempos, hacen que la materia de los delitos societarios se desenvuelva en terrenos de "arenas movedizas". Esto, aunado a los propios cambios del derecho penal que le obligan a tutelar nuevos bienes jurídicos y hacen de este ámbito penal bastante problemático y hasta cierto punto confuso, especialmente si se toma en consideración cómo se encuentran regulados éstos en el Código Penal guatemalteco, tal y como se evidenció en el desarrollo de esta investigación.



Este estudio se dividió en capítulos; en el primero, se hace un análisis de la teoría de los delitos societarios, describiendo la teoría del delito, y cada uno de los elementos que la componen; en el segundo, se desarrolla los delitos societarios, dando aspectos generales, principios características, naturaleza y los sujetos que intervienen en los mismos; en el tercero, se señalan el desarrollo que han tenido los delitos societarios en Guatemala, como surgen, la evolución que han tenido y el estado actual de este tipo de delitos; en el capítulo cuarto, se mencionan los conflictos y problemas que se dan para determinar la responsabilidad penal de los partícipes, la insuficiencia de los tipos penales vigentes, el ilícito societario, la actualidad o potencial del perjuicio, así como la necesidad que se reforme el Código Penal en función de regular los delitos societarios de acuerdo a la realidad; así también se realizó un trabajo de campo en relación a los delitos societarios y por último, se incluyen las conclusiones y las recomendaciones de este estudio.

Los métodos de investigación empleados fueron el científico; el deductivo e inductivo; así como las técnicas de investigación bibliográfica y documental.

Esta investigación tiene como fin presentarle al Organismo Legislativo un proyecto de ley, para reformar el Código Penal guatemalteco, en el sentido de determinar los delitos societarios, así como la responsabilidad penal de los partícipes, dada la realidad nacional actual, pretende ayudar a los legisladores que se enfrentan ante el problema de la determinación de la culpabilidad o responsabilidad, precisamente por la naturaleza de las actividades y de los miembros de las sociedades dentro del ámbito del derecho mercantil.



CAPÍTULO I

1. La teoría de los delitos societarios

1.1 Aspectos considerativos

En primer lugar conviene hacer una reflexión acerca de la evolución que se ha experimentado a través del tiempo y las sociedades, que de alguna manera, repercute en función de los cambios que también debe ir experimentando el derecho penal; precisamente porque surgen nuevas conductas que de algún modo lesionan bienes jurídicos que deben crearse o que se encuentran creados, sin embargo, las figuras delictivas específicas no, y por eso se debe ir reformando la legislación al respecto. El estreno del derecho penal en el mundo de las sociedades mercantiles no está llevándose a cabo exento de dificultades. Numerosas cuestiones del propio mundo mercantil y del mercado en general, que están sufriendo transformaciones en los últimos tiempos, hacen que la materia de los delitos societarios se desenvuelva en terrenos muy sutiles y peligrosos. Esto, aunado a los propios cambios del derecho penal que como se dijo arriba, obligan a tutelar nuevos bienes jurídicos, que no encajan fácilmente en la construcción dogmática diseñada sobre los pilares de bienes jurídicos individuales, hacen de este ámbito penal bastante problemático y hasta cierto punto confuso.

Es por ello, que resulta de sumo interés efectuar un análisis de la teoría del delito en términos generales, para determinar posteriormente, como se aplica esta teoría en el



caso de los delitos societarios, y como se aborda en el caso de la legislación penal guatemalteca.

1.2 La teoría del delito

Se dice que la teoría del delito es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídicos y penales de carácter general que tienen que concurrir para establecer la existencia de un delito; es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito, a través de los elementos que lo conforman para precisamente determinar que se trata de un delito.

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito, la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta.

La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis tienen que considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción. Más recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas.



Existe una gran afinidad en la mayoría de las legislaciones para utilizar la teoría finalista del delito. Se dice por ello que a partir de los años 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en la doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se ha iniciado el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse paulatinamente las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa a la teoría de delito del funcionalismo moderado sea la denominada "Teoría de la imputación objetiva, que introduce el concepto de riesgo, en la tipicidad, buscado la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta no puede fundamentarse en la causalidad como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro."¹

De acuerdo con lo analizado anteriormente, en teoría existen dos formas de comprensión del delito: La unitaria o total y la estratificada o analítica. Entre ambas se impone la elección de la teoría estratificada o analítica del delito, tomando en cuenta que la finalidad principal de una explicación ordenada y sistemática del mismo consiste en una aplicación segura y uniforme del derecho penal, en resguardo de derechos fundamentales de la persona como son los referidos a su vida, libertad, honor y propiedad. Al contrario, el enfoque unitario o total, en lugar de consistir en un análisis científico del delito representa una aproximación irracional e intuitiva a este fenómeno, cuyos resultados, particularmente en la aplicación del derecho penal a los casos

¹ Andrade Mina, Ricardo. **Fundamentos de la teoría del delito**. Pág. 23



concretos, al ser tan disímiles y variados, vulneran el valor seguridad e igualdad en desmedro de una sana política criminal en un estado democrático de derecho.

Dentro del enfoque estratificado o analítico del delito, dos corrientes doctrinarias, durante mucho tiempo, disputaron la primacía en la explicación científica del mismo: siendo estas la corriente del causalismo y la del finalismo. La explicación causal del delito parte de un concepto ideal o idealizado de conducta; ya que en el comienzo de su análisis, concibe a la acción como un movimiento voluntario físico o mecánico que produce un resultado captado por el tipo penal, desplazando el análisis y valoración de su finalidad, principalmente, al momento de ocuparse del elemento del delito denominado culpabilidad.

La explicación final del delito parte de un concepto real de conducta, concebida como un hacer voluntario final, en cuyo análisis no pueden ni tiene que ser escindidos, en ningún momento, los aspectos referidos a su manifestación exterior de los componentes relativos a la programación de sus fines. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción.

En la aplicación del derecho penal, las consecuencias de seguir una u otra posición doctrinal son importantes, particularmente en lo relativo:

- A la tipicidad de la conducta, como su definición y alcance, la relevancia del nexo causal, determinación de la tentativa, participación criminal y concurso

de delitos, tipos activos y omisivos, tipos dolosos y culposos, relevancia de los elementos subjetivos del tipo penal, capacidad psicológica de reconocimiento de los elementos del tipo y de actuación conforme al mismo y causas de exclusión de la tipicidad.

- A la antijuridicidad de la conducta, como la determinación de las causas de exclusión de la antijuridicidad, el reconocimiento de los elementos que constituyen una causal de justificación, la finalidad de obrar conforme a los mismos y la capacidad psicológica necesaria para esto.

- La culpabilidad de la conducta, como su definición y alcance, la determinación de las causas de exclusión de la culpabilidad, el reconocimiento de los elementos que constituyen una causal de inculpabilidad, la finalidad de obrar conforme a los mismos y la capacidad psicológica necesaria para esto.

1.2.1 Definición de delito

El concepto dogmático del delito tiene origen en la teoría de las normas en donde el delincuente viola la norma y no a la ley. La norma es un deber a lo que es bueno y que es lo malo. El delito vive en el ser, o sea en la ley, no la viola. Es más, el delito es ser, es una conducta positiva.

El delito, en sentido estricto, es definido como una conducta o acción típica tipificada por la ley, antijurídica y contraria al derecho, culpable y punible. Supone una conducta



infraccional del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. “La palabra delito deriva del verbo latino delinquere”² que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición iberoamericana, se intentó establecer a través del concepto de derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, que en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

1.2.2 La acción o la conducta humana como primer elemento a considerar en el delito

Se entiende por conducta, el obrar, el actuar. La conducta es el elemento fundamental del delito; dato natural del que se predica en determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad o adecuación a un tipo penal, antijuridicidad o contrariedad con el ordenamiento jurídico y culpabilidad del juicio de reproche por la posibilidad de actuar conforme a derecho; características normativas o valorativas que afirmadas con relación a una conducta determinada permiten calificar a la misma como delito. Desde un punto de vista realista, la conducta consiste en un hacer voluntario final, concepto del que queda excluida la omisión o el no hacer que sólo tiene relevancia jurídico penal a partir del análisis de la característica denominada tipicidad. En puridad de conceptos

² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Edición 21. Pagina 456



hablar de hacer voluntario y final es un pleonasma puesto que todo hacer, por el solo hecho de ser voluntario ya es final y, a la inversa, la finalidad forma parte inseparable de la voluntariedad de la conducta. No existe un hacer voluntario que no tenga una determinada y concreta finalidad.

Por lo tanto, el aspecto relevante en el análisis práctico de la solución de casos o problemas consiste en la falta o ausencia de conducta en todos aquellos supuestos en los que el ente materia del examen no presente todos los elementos objetivos y subjetivos que son necesarios para afirmar la existencia de una conducta. Excluida la conducta no tiene sentido entrar al análisis de los restantes caracteres del delito puesto que entonces no existe la base o sustrato estructural de la dogmática jurídico penal.

Se comprende entonces de acuerdo a lo anterior, que la conducta no es más que la acción. El comportamiento humano es la base de la teoría del delito. Si no hay acción humana no hay delito. El fenómeno delictual tiene que estar acompañado por una acción humana. El delito se basa en la actividad humana por acción u omisión. La acción es conducta omisiva o activa voluntaria, que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, o sea la teoría de la causalidad.

Es todo comportamiento humano que depende de la voluntad. El delito es un acto humano, cualquier mal que no tiene origen en la actividad humana no puede reputarse como delito. La posibilidad de cambio en la realidad se da en los delitos frustrados



como también en la tentativa. Si es involuntario u ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción se excluye del campo delictivo.

a. Sujeto de la acción

El sujeto de la acción es el ser humano, si no es un ser humano, no puede ser considerado como delito.

b. La ausencia de acción

Se sanciona también la ausencia de acción, mediante un deber omisivo, sin embargo, el obrar no dependiente de la voluntad del hombre, no es acción. Por tal razón no hay delito cuando median:

1. Fuerza irresistible:

- Acto Reflejo, ya que no es factible impedir movimientos reflejos que provienen del automatismo del sistema nervioso. No hay acción voluntaria, sino por reflejo.
- Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico. Para ser admitidos como excluyentes de la acción se requiere de un análisis y estudios cuidadosos.



- Impresiones paralizantes ya que no hay posibilidad de actuar oportunamente y adecuadamente cuando el sujeto esta paralizado, aunque sea momentáneamente, por una intensa impresión física o psíquica como un acontecimiento imprevisto, pues los mecanismos volitivos precisan de un tiempo para desplegar su eficacia. d. En la legítima defensa también existe una ausencia de una fase que se llama fase interna de la acción. Las defensas no lo piensan, no surge en el pensamiento ese querer defenderse fase interna, sino más bien, es la reacción del instinto de supervivencia lo que hace actuar al sujeto. e. También existe ausencia de la acción cuando lo que lleva a cometer el delito es una fuerza interior irresistible. Este caso de necesidad no existe en las sociedades industrializadas.

2. Fases de la acción: Existe una fase interna y otra fase llamada externa, siendo sus características las siguientes:

- En la interna la acción solo sucede en el pensamiento;
- Es en la fase externa donde se desarrolla la acción. Si no hay acción no hay delito, porque es una de las partes de la estructura del delito.



3. Causas de justificación: El Código Penal vigente en el Artículo 24 número regula las causas de justificación:

Legítima defensa: 1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a. Agresión ilegítima;
- b. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
- c. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

4. Estado de necesidad: 2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en



proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
 - b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;
 - c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.
5. Legítimo ejercicio de un derecho 3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia”.
6. Causas de inculpabilidad: El Código Penal vigente en el Artículo 25, regula las causas de inculpabilidad: Miedo invencible 1º. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias. Fuerza exterior 2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él. Error 3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto. Obediencia debida. 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones: a. Que

haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b. Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite y esté revestida de las formalidades legales; c. Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

7. Omisión justificada: 5°. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.

El sustento legal para excluir la responsabilidad penal en los casos de ausencia de conducta lo regula la autoría, teniendo en cuenta que sin conducta no hay autor y que el calificativo de autor precisamente corresponde a quien intervino en el mundo exterior mediante su conducta y en el correspondiente tipo de la parte especial que resulte de aplicación para el caso en análisis, por cuanto todo tipo presupone un autor y todo autor presupone una conducta.

En cuanto a la ausencia de conducta porque no están dados los elementos o aspectos objetivos de la misma exterioridad, en cuanto fenómeno manifestado en el mundo exterior que produce determinadas consecuencias. Característico lo encontramos en todos aquellos supuestos en los que se pretende responsabilizar penalmente a una persona por fenómenos psicológicos que permanecen en la interioridad de su conducta.

Para que exista conducta, estas ideas, deseos y pensamientos, necesariamente tienen que manifestarse en el mundo exterior y no quedarse reclusos en la interioridad del sujeto al que pertenecen. Situación diferente es aquella en la que existe la



manifestación externa de la finalidad pero no corresponde a todos los elementos exigidos por el tipo penal, en cuyo caso sólo estará ausente la tipicidad de la correspondiente conducta.

En cuanto a la ausencia de conducta porque no están dados los elementos o aspectos subjetivos de la misma o finalidad, en cuanto a la programación de fines y medios para alcanzarlos, se encuentra en la fuerza física irresistible absoluta, ya sea que provenga del hecho de un tercero o de una fuerza de la naturaleza; los movimientos realizados durante el sueño fisiológico o un estado de inconsciencia por efecto de narcóticos; movimientos realizados en estado de sonambulismo o de hipnosis, aun cuando en estos últimos casos se discute si se trata de una situación de ausencia de conducta o de inimputabilidad que excluiría la culpabilidad de la conducta.

1.2.3 La tipicidad

Se refiere concretamente a la adecuación de la conducta humana o la acción realizada por un ser humano a un tipo penal. A los efectos de la imposición de una pena, no interesan las conductas antijurídicas y culpables que no sean típicas porque no están contempladas en el catálogo de delitos del Código Penal. Por ello, la tipicidad tiene mucha relación con la legalidad.

Del universo de hechos ilícitos, el legislador penal, mediante la técnica del tipo legal, selecciona todos aquellos hechos que por la gravedad o la forma de afectación del bien jurídico protegido, considera merecedores de pena. Por lo anotado, el derecho penal, a



diferencia de otras ramas del derecho, es considerado como un sistema cerrado discontinuo de ilicitudes en el que no cabe la extensión de la responsabilidad penal por medio de la analogía o de otra técnica de interpretación similar que no se ajuste a los contenidos expresamente establecidos en los correspondientes tipos penales.

El tipo penal es el dispositivo legal que describe la conducta conminada con pena.

Según la finalidad de la conducta existen tipos penales dolosos y culposos; según la forma de individualizar las conductas prohibidas existen tipos penales activos y omisivos; categorías típicas que se combinan dando lugar a tipos penales activos, dolosos y culposos y tipos penales omisivos, dolosos y culposos. Por otra parte, los tipos penales contienen diferentes elementos entre los que cabe destacar los descriptivos, normativos y subjetivos que se caracterizan por su mayor o menor precisión, mayor o menor complejidad, para identificar la conducta punible.

Esencialmente, los tipos activos se caracterizan por describir a la conducta prohibida merecedora de pena, en cambio los tipos omisivos describen a la conducta debida, resultando prohibida y merecedora de pena toda conducta distinta de la debida.

Básicamente, los tipos dolosos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal. La finalidad en sí misma es el dato determinante de la prohibición; admite diferentes grados según se trate de dolo directo de primer grado en donde el autor persigue directamente la producción del resultado; dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias en donde el autor persigue un resultado que conllevará



necesariamente la producción de otro; y dolo eventual en donde el autor no persigue directamente el resultado pero lo acepta en su voluntad al actuar de manera indiferente frente a la lesión del bien jurídico protegido.

Los tipos culposos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad no coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal, pero cuya forma de ponerla en práctica o llevarla a cabo, viola un deber de cuidado, determinando la producción del resultado típico; la finalidad en sí misma no es el dato determinante de la prohibición, sino la forma o modo de obtenerla. Para que una conducta sea típica tienen que encontrarse presentes todos y cada uno de los elementos del correspondiente tipo penal, los objetivos y subjetivos. Es suficiente la ausencia de cualquiera de éstos para que esa conducta resulte atípica y, por lo tanto, no constituya delito.

En cuanto a la ausencia de tipicidad de la conducta porque no están dados los elementos objetivos, constitutivos del tipo penal, pueden presentarse diferentes situaciones, entre las que cabe destacar la falta o ausencia de tipo por inidoneidad del objeto, del sujeto activo o pasivo y la ausencia de resultado típico, en cuyo caso, podría quedar un remanente de tipicidad por tentativa, si se trata de un tipo penal doloso.

Otro caso importante de atipicidad se presenta en aquellas situaciones en las que no existe un nexo causal adecuado entre la conducta y el resultado, como son los supuestos de aberración por desvío del curso causal, error en el golpe y en el objeto. En ciertos casos, la conducta resulta atípica de un tipo en particular, pero típica de otro que exige menos elementos.

En cuanto a la ausencia de tipicidad de la conducta porque no están dados los elementos subjetivos, los casos más importantes son los de incapacidad psicológica para conocer los elementos objetivos del tipo penal y de comportarse de acuerdo a dicho conocimiento y los de error de tipo. Tratándose del error de tipo, si el autor actúa de manera invencible sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal su conducta no sólo será atípica del correspondiente tipo doloso sino también del equivalente tipo culposo; por el contrario, si yerra de manera vencible, tomando en cuenta sus cualidades personales y demás circunstancias del hecho, su conducta atípica del tipo doloso puede ser calificada como típica del tipo culposo equivalente.

En este contexto es importante distinguir el error de tipo, del error de prohibición; el error de tipo versa sobre los elementos constitutivos del tipo penal y el de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta; en el error de tipo el autor no sabe lo que hace y en el de prohibición sabe lo que hace pero no lo considera contrario a derecho.

1.2.4 La antijuridicidad

“La antijuridicidad consiste en la contradicción de la conducta típica con el ordenamiento jurídico considerado globalmente. La antijuridicidad no es un concepto específicamente penal, sino que corresponde a la teoría general del hecho ilícito”.³

El derecho penal es eminentemente sancionador y secundariamente constitutivo, en este último caso, tratándose del ilícito de la tentativa y de los delitos de peligro. Por el

³ De Mata Vela, José Francisco. De León Velasco, Héctor Anibal. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 98



principio de unidad del ordenamiento jurídico no se puede admitir la existencia de contradicción entre sus diferentes disposiciones, razón por la cual, es suficiente que exista una disposición perteneciente a cualquier rama del derecho que permita la realización de la conducta típica para que esta resulte justificada y, por lo mismo, exenta de responsabilidad penal. En el aspecto finalista y material, la antijuridicidad conlleva la afectación del bien jurídico protegido por la conminación penal específica, ya sea en su modalidad de daño o lesión en los delitos de resultado o en la de peligro y perturbación en los delitos de peligro y tentativa.

El bien jurídico penalmente protegido cumple la función de determinar el sentido y alcance de la prohibición, sin cuya existencia la antijuridicidad devendría en un concepto meramente abstracto y formal, caracterizado únicamente por el incumplimiento del deber o por la imposición del deber por el deber mismo.

El sentido teleológico del bien jurídico cobra su máxima expresión en el derecho penal cuando se trata de casos que involucran una colisión de bienes jurídicos protegidos, en los que solamente es posible salvar uno de estos a costa del sacrificio del otro, en cuyo caso resulta primordial determinar cual es el valor jurídico preponderante para establecer si la conducta en cuestión resulta conforme a derecho, o solamente inculpable, o, en el peor de los casos, culpable pero con una culpabilidad disminuida.

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad de la conducta existen varias causales reguladas en el Código Penal, constituyendo la relativa al ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber. Otras causales de justificación son la



legítima defensa que requiere además de la agresión injusta y actual la necesidad de la defensa y la racionalidad o proporcionalidad del medio empleado para defenderse o el estado de necesidad justificante cuya diferencia con el exculpante o disculpante se basa en la preponderancia del bien jurídico que se salva a costa del que se lesiona y el daño a la propiedad para salvar la vida de un menor amenazada por el incendio de la casa en la que se encuentra.

Como principio general, lo importante para afirmar la existencia de las causales de justificación, consiste en la coincidencia de sus elementos objetivos y subjetivos. Basta que falte cualquiera de estos para que la conducta típica resulte antijurídica. Si en la legítima defensa no se trata de una verdadera agresión sino de la ausencia de elemento objetivo, podrá existir legítima defensa putativa o error de prohibición que tenga efecto a nivel de culpabilidad de la conducta, pero la misma no por ello dejará de ser antijurídica. A la inversa, si existe verdadera agresión del contrario, pero por las circunstancias de hecho, se ignora esa situación y por ello la finalidad no es la de defensa sino más bien la de ataque contra la misma persona o sea la ausencia del elemento subjetivo, la conducta típica no se encuentra justificada sino más bien resultará antijurídica.

“La conducta típica y antijurídica constituye un injusto penal aún cuando no sea culpable; injusto penal que tiene importantes efectos en materia de participación



criminal, por la teoría de la accesoriidad limitada y en cuanto a las indemnizaciones civiles que correspondan por los daños causados”.⁴

1.2.5 La culpabilidad

La culpabilidad consiste en el juicio de reproche al autor por su conducta típica y antijurídica sobre la base de que en las circunstancias concretas en las que se manifestó su conducta le era exigible una conducta distinta conforme a derecho. El principio de culpabilidad tiene dos manifestaciones: una a nivel de tipicidad, según el cual no existe responsabilidad penal si el resultado no le puede ser imputado al autor del hecho por lo menos a título de culpa, razón por la cual no tienen que existir delitos calificados por el resultado; si existen, los correspondientes tipos penales serían inconstitucionales; otra a nivel de culpabilidad, según el cual no existe responsabilidad penal si el derecho no le puede exigir al autor, considerado como ser humano normal, tomando en cuenta las condiciones y circunstancias de su conducta, un comportamiento diferente, ajustado a derecho.

La culpabilidad cuenta con las siguientes características:

- Se reprocha al autor de una conducta típica y antijurídica;
- Se reprocha porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho;
- Se toman en cuenta elementos objetivos y subjetivos que configuran las circunstancias reales y personales en las que se desarrolló su conducta.

⁴ De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor. **Ob. Cit.** Pág. 99

La culpabilidad es un juicio de valor que relieva de manera preponderante la personalidad del autor con relación a las exigencias del derecho. Si bien el autor y su conducta son elementos inescindibles del análisis dogmático penal, en el estrato de la culpabilidad en donde cobra mayor énfasis las condiciones y características personales del autor como son las referidas a su imputabilidad o capacidad penal de culpabilidad, que al constituir en muchos casos un estado del autor, no se circunscriben a la concreta conducta realizada, sino que trascienden este contexto espacial y temporal.

En cuanto a la ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, resulta importante destacar todas aquellas situaciones en las que por sus condiciones mentales o psicológicas el derecho no puede razonablemente exigirle la comprensión de la antijuridicidad de su conducta o un comportamiento conforme a esta comprensión. En estas circunstancias, una comprensión de la antijuridicidad de su conducta o un comportamiento de acuerdo a esta comprensión significaría por parte del autor un esfuerzo de tal magnitud que pocas personas en sus mismas condiciones serían capaces de realizarlo.

Esta valoración puede variar según el tipo penal que se esté considerando y según el tipo de enfermedad mental e intensidad de la misma que aqueja al autor.

Necesariamente tiene que hacerse caso y de acuerdo con las pericias forenses disponibles sobre este particular, tomando en cuenta que lo decisivo no consiste en establecer si el autor, al momento del hecho, padecía o no una enfermedad mental, sino el esfuerzo que realizó, por esta razón, para comprender la contrariedad a derecho de



su conducta o para comportarse de acuerdo con esta comprensión. Idéntica valoración existe al estar en presencia de un estado de necesidad disculpante o exculpante, siempre que el bien que se salva no sea desproporcionadamente de menor valor con relación al bien que se lesiona y con el añadido de lo explicado para el estado de necesidad justificante en cuanto a la existencia de los elementos objetivos, reconocimiento de los mismos y finalidad de actuar en consecuencia con ellos. Lo propio con el error de prohibición, en la medida que sea invencible para que excluya la culpabilidad; caso contrario, solamente tendrá el efecto de disminuirla pero no de anularla, con el consiguiente reflejo en la medición de la pena. Por último, una vez afirmada la existencia de un delito, por la presencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, todo lo referente a las condiciones legales para la efectiva imposición de una pena, a los tipos o clases de penas y a los criterios para su medición, tratándose de penas flexibles, corresponde al estudio de la teoría de la coerción penal y no a la teoría del delito.





CAPÍTULO II

2. Los delitos societarios

2.1 Aspectos generales

La violencia se ha convertido en una forma de vida enraizada cada vez más ante la falta de eficiencia en su combate. Muestra de ello se refleja en el índice de muertes que día a día se padecen en el caso de Guatemala y en otros países no sería la excepción. Aparte de lo anterior, ese enraizamiento del crimen organizado también lo están padeciendo las empresas, las sociedades, y tomando en consideración que esta forma de cometer hechos criminales en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal de las empresas ha sido un problema que ha generado discusiones doctrinarias y que amerita la concreción de las mismas a través de regularse en el Código Penal de Guatemala, por ejemplo, es que se realiza el presente trabajo de investigación.

Existe por lo tanto, la necesidad de su incriminación, la cual como se verá ha sido aceptada por la doctrina con carácter general, pero no oculta que, nada más aparecer esta necesidad se hicieran críticas por otros estudiosos de la doctrina mercantilista sobre estos nuevos delitos. Dentro de estos fundamentos se encuentra el hecho de que se dice que resulta sorprendente que la mayor parte de los comportamientos que se incriminan ya recibían tutela suficiente por parte de las leyes societarias –acción social de responsabilidad, impugnación de acuerdos sociales, etc.–, mientras que otros



comportamientos que los especialistas consideraban de necesaria incriminación, como se verá más adelante.

2.2 Definición de delito societario

En primer lugar conviene decir que la sociedad, concebida dentro del derecho de sociedades, en realidad es un negocio jurídico, frecuentemente plurilateral (contractual) entre los socios, para lograr un fin económico, concretamente, la finalidad de obtener un lucro repartible. Desde su creación histórica las sociedades, y específicamente su prototipo que es la sociedad anónima, han asumido la forma de persona jurídica diseñada en el derecho civil, como sujetos jurídicos, independientes de los socios, cuya responsabilidad está limitada al capital social.

La progresiva formalización de la concepción persona jurídica, especialmente desde la postura realista, ha contribuido a considerar a la sociedad como un ente totalmente separado de los socios, la dirección real de la misma pueda liberarse de toda responsabilidad hacia los socios (por la decisión de la mayoría) y que esta misma dirección queda también automáticamente liberada de los terceros (por responder sólo a la sociedad). Se produce así una total escisión entre poder y dirección por un lado, y patrimonio social por otro.

Los delitos societarios, entonces son conductas desaprobadas social y económicamente, nacen pues para sancionar las formas más graves de defraudación del capital social, por parte de los administradores y directivos de sociedades, quienes



dado el extraordinario poder que ostentan en estos momentos sobre todo en las grandes empresas en las que prácticamente es imposible el control, con incontables fórmulas económicas podrían menoscabar el capital social enriqueciéndose ilícitamente. Los ejemplos que la realidad de los últimos años nos ha brindado, es prueba del rechazo social de estas conductas y del daño económico que producen en un mercado "sano" para la libre competencia.

Según Corigliano: "Para definir este tipo de ilícitos no solo se deben considerar como aquellos que se encuentran comprendidos dentro de la delincuencia de cuello blanco se distingue del resto por:

1. La lesión de la confianza en el tráfico mercantil. La necesidad de fomentar una adecuada administración pública, confiere potestades especiales a favor de determinados profesionales, en pro de salvaguardar los intereses del Estado así como de sus administrados. Sin embargo muchas veces esa confianza estatal depositada se ve transgredida, lesionada, socavada por actos impropios y fuera del orden social pre establecido.
2. Apariencia legal del hecho. La circunstancia de que la sociedad tenga conciencia de la ilicitud del hecho pero no de su trascendencia criminal. Esto constituye un aspecto en que se hace necesario considerar. En este punto, cuando un político, profesional, artista reconocido en las más altas esferas sociales delinque, generalmente ocasiona el escándalo temporal por su actitud ilícita, sin embargo



no se pone en bandeja de consideración que se afecta los intereses del Estado, los propios intereses sociales, la lesión a la buena imagen que deben proyectar éstas personas como pilares bases en pro de modelos a seguir por parte de la juventud.

3. La imagen de honorabilidad del autor, debido a su posición política, social y económica. Su respetabilidad obligó a establecer una relación cercana entre poder económico y poder político.
4. La escasa visibilidad del delito. Este aspecto se establece en razón de que la envergadura de su comisión subyace generalmente por un escándalo a través de una denuncia mediante un medio masivo de comunicación; siendo los aportantes de las pruebas inculpatorias generalmente personas anónimas, esto último generalmente se explica por el poder que ostentan ésta clase de criminales.
5. Dentro de doctrina jurídica, adicionalmente se establece que, los estudiosos de la criminalidad económica, marco en el que se desarrollan estas conductas, no mantienen un criterio unívoco de denominación. Así se encuentra que se utilizan indistintamente términos como “delitos económicos”, “delitos financieros”, “delitos profesionales”, “delitos ocupacionales” “crimen de los poderosos”, entre otros. Se advierte igualmente que si bien algunos autores realizan disquisiciones entre los términos antes sugeridos en general los textos los utilizan equívocamente dejando un amplio margen de discrecionalidad para determinar las conductas a las que se refiere.
6. Una de las críticas a este concepto está dada porque su regulación y tipificación es controlada de modo distinto y más ambivalente que la del crimen común. Se considera que la indefinición puede tener que ver con un proceso de transición y



cambio social en el que el público no está listo para una criminalización directa de estas conductas.”⁵

2.3 Características de los delitos societarios

Se ha señalado una serie de características que definen a los delitos societarios y los distinguen de otro tipo de delitos. Entre éstas, se encuentran:

1. En las sociedades anónimas de hoy en día, que son la forma que adoptan la mayoría de grandes empresas modernas, al complejizarse por los procesos de fusiones y de grandes concentraciones de capitales que caracterizan los actuales grupos de empresas, ese proceso de escisión entre poder de decisión (dirección) e intereses de los socios (capital social) se acrecienta, diversificándose aún más las posibilidades de control.
2. En una sociedad los socios no deciden nada y para nada es tomada en cuenta su voluntad; la sociedad anónima por caracterizarse de los otros tipos de sociedades, es o pertenece a quien domina en el consejo de administración y maneja por medio de las acciones necesarias para tener la mayoría (de papel) aquiescente.

⁵ Citado por Patricia Farra do Cabanas. **Los delitos societarios**. Pág. 66



3. En la misma asamblea general no cuentan las personas ni el número de socios, sino la mayoría del capital representado... los socios ya saben que no son los “amos de la sociedad”, son de hecho (y se contentarían con que se les respetase sus facultades de tales) acreedores no privilegiados de la sociedad.

4. En este contexto económico de disociación cada vez mayor entre propiedad y control de la riqueza es que se inscribe la necesidad de intervenir con el derecho público dentro de un ente eminentemente privado como lo es la sociedad. La concepción decimonónica liberal del mundo comercial, va dejando paso a una acuciante necesidad de regular por parte de los órganos públicos los entresijos internos de las propias sociedades. La idea cada vez más arraigada de que la libertad sin límites en el ámbito económico en general, y en el derecho de sociedades en particular, produce graves desequilibrios y situaciones de injusticia, ratifican la urgencia de intervenir de manera contundente contra las conductas fraudulentas realizadas por quienes tienen el poder de decisión dentro de las sociedades.

5. Por otro lado, la consideración de la relación contractual de los administradores con la sociedad por medio del contrato civilista del mandato, queda estrecha frente a la realidad del poder de los administradores, quienes son los que verdaderamente ostentan la capacidad de dirección dentro de la sociedad. Se ha producido pues, una progresiva independización de los administradores de la asamblea general, superando en la realidad el modelo clásico e ideal de subordinar a los administradores a la voluntad de la asamblea, con lo cual, se ha



quebrado la garantía de una dirección de los negocios societarios regidos por la coincidencia entre riesgo y poder. Los administradores poseen la dirección pero no el riesgo de las sociedades, con lo cual su capacidad de realizar actuaciones ilícitas sin responder por ello se multiplica, ya que actúan en nombre de la sociedad.

6. El interés público por articular fórmulas externas de control de las sociedades viene refrendado por las transformaciones del sistema económico capitalista de los últimos tiempos, en el que la internacionalización de las actividades económicas, el desarrollo del sistema financiero y el intenso proceso de innovación tecnológico, permiten hablar de un salto cualitativo de la movilidad de capitales a nivel internacional. Esta concentración de capitales que favorece la creación de oligopolios, se ha transformado en un poder real, en un poder político no estatal sobre todo vinculado a la tecnología de la información. Esta capacidad de intervención en la vida política y social de las grandes sociedades, ha sonado la voz de alarma, para consensuar mecanismos regulativos de intervención en las sociedades.

2.4 Naturaleza jurídica de los delitos societarios

Se trata, en consecuencia, de diseñar mecanismos de control externos del funcionamiento de las sociedades, con el fin de prevenir y evitar perjuicios que los comportamientos al interior de las sociedades produzcan daños a una serie de intereses colectivos como: la competencia, el mercado, los consumidores, el fisco, los



trabajadores, el sistema financiero, el mercado bursátil, etc. No se esta, ante intereses privados, ni de grupos, sino ante la tutela final de una serie de bienes colectivos o supraindividuales, que podrían sintetizarse en el concepto general de sistema económico o mercado, pero que de ninguna manera es posible aprehender de manera unívoca.

Este carácter "difuso" de los bienes en juegos, plantea serios problemas en las técnicas de tipificación, siendo este un motivo por el cual se desarrolla el presente trabajo de investigación.

En virtud de lo anterior, surge la interrogante de que cuál sería el norte para diseñar los intereses tutelados en los delitos societarios. Fundamentalmente debe recalcarse que no se esta ante delitos que se realizan a través o mediante la sociedad; sino ante delitos cometidos dentro y contra la propia sociedad. Es decir, se esta ante la "criminalidad en la empresa" y no la "criminalidad de empresa". Se encuentra ante infracciones de deberes o abusos de poderes por parte de personas que ejercen funciones de administración en el seno de las sociedades. Al tratarse de bienes jurídicos formalizados (como lo sería "la sociedad"), vinculados a la infracción de deberes jurídicos de los sujetos responsables, bien jurídicos y sujetos responsables se presentan como variables íntimamente relacionadas con los sujetos a los que se dirige la norma, en tanto proceso de comunicación entre sujeto y norma penal.

Sin embargo, en la realidad no es fácil definir cuándo existe un fraude contra la propia sociedad cuando se encuentra con los grupos de empresas, en las que por su particular



surgidas históricamente para la solución de los problemas, impedirán en este ámbito llegar a los sujetos verdaderamente responsables.

El tratadista Muñoz Conde, refiere: “En virtud de criterios propios de política- criminal, pueden existir actos de la sociedad que no sea necesario que se realicen por personas concretas, pero no todos, pues existen algunos que sólo pueden realizarlo personas concretamente destinadas al efecto, por su posición en la sociedad.”⁶ Es aquí donde comienzan los problemas, de tal manera que se establece que la línea de demarcación y los criterios para la solución de los problemas del administrador, pasa por la distinción entre el abuso de la posición que se ocupa, abuso de poder y violación de un deber.

Con ello en los delitos omisivos que presupongan la existencia de obligaciones jurídicas específicas, sólo los obligados podrán considerarse autores. Llegado este punto el legislador tiene la obligación de considerar en diseccionar los ámbitos de derecho o fácticos de la figura del administrador y sobre la posición que ocupan dentro de una dualidad determinadas figuras que se ensombrecen ante una visión difusa de su ubicación en el organigrama societario y los denominados supuestos dudosos.

El anterior autor citado, para abordar esta temática, considera los siguientes aspectos:

- a) La delegación de funciones. La primera consideración que se debe hacer al afrontar esta cuestión es la de distinguir entre los conceptos de “delegación de facultades” y el de “apoderamiento”. Existe una justificación de este apartado por

⁶ Citado por Patricia Faraldo Cabanas. **Los delitos societarios: Ob. Cit.** Pág. 67



naturaleza organizativa que diversifica las fases de producción y financiación, suelen encontrarse al interior diversos grupos con sus particulares intereses que pueden incluso entrar en conflicto.

En efecto, ese "salto cualitativo" producido por el capital transnacional y cada vez más centralizado que constituyen los grupos de empresas, produce también un "salto cualitativo" en su regulación jurídica y concretamente penal. Con ello se quiere afirmar que, los fenómenos de descentralización de la actividad productiva, pero concentración de los poderes de decisión de las sociedades en los grupos que manejan el conglomerado social, denominado "fenómenos de grupos" al interior de sociedades, hace que el debate sobre los conflictos de intereses, constituya el germen de una contradicción profunda de los intereses sociales, difícilmente regulable y, sobre todo, que impide observar la lesividad de las conductas para la sociedad.

2.5 Los sujetos en los delitos societarios

Uno de los puntos más controvertidos dentro de la nueva modalidad delictiva va a ser la del sujeto activo propiamente dicho del tipo penal societario. Se trata de delitos especiales propios, ello quiere decir que no puede ser cualquier persona sujeto activo del tipo sino que han de ser personas que reúnan determinadas características.

Todo lo expuesto ha de tenerse en cuenta al configurar las características de los autores y con el objetivo de no caer en las reglas generales de participación, que,



el hecho de la responsabilidad de los miembros de una sociedad, como en el caso de los integrantes del consejo de administración, denominados también consejeros, una responsabilidad basada en la culpa y no de carácter objetivo, la realización de las conductas culposas por quien ejerce las facultades delegadas del consejo en uso de dichas facultades y no en ejecución de un acuerdo previo del consejo que, permitiría en principio, hacer pensar en una ausencia de responsabilidad para todos los demás consejeros. Pero en este asunto se encuentra con un problema de carácter doctrinal en el sentido de señalar la inexistencia en la ley de anónimas de disposiciones expresas en cuanto al ámbito de la delegación, en el que se permite al consejo de administración, designar en su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados. Aunque la doctrina mercantil se permita esa delegación será necesario acudir a la interpretación de los preceptos de la ley para poder señalar el ámbito de responsabilidad de los administradores en materia de delegación y como influye esto en los nuevos delitos societarios viendo a aquellos como administradores de hecho o de derecho.

- b) Cuando el consejo de administración se ve imposibilitado para llegar a observar las funciones que la legislación mercantil le indica no tiene más remedio, con el fin de cumplir a la perfección su cometido, que ayudarse de la "delegación". El principal problema es que los miembros del consejo por regla general no son personas calificadas para conocer del tráfico jurídico de la vida empresarial, en el sentido de llevar las actividades de gestión y representación de la compañía, mientras que el resto de los consejeros que conocen de menor manera la



realidad societaria, ocupan una posición de vigilancia del cumplimiento de los deberes anteriores cometidos. Con esto se entiende que existen dos modelos en la forma de llevar las funciones por parte del consejo de administración y que son las siguientes: Uno que se puede llamar “sistema dualista”, en el que la sociedad viene gestionada y representada por el órgano de dirección; por su parte las funciones de control propias de la junta se encomiendan a un órgano de vigilancia. Otro sistema, que se conoce como “monista”, se produce cuando un sólo órgano adopta la forma del consejo de administración, así la delegación constituye un expediente técnico ordinario para desdoblar funciones de dirección y control.

- c) En lo que se refiere a la “delegación de funciones”, se considera que existe una interna, que recae sobre uno de los miembros del consejo, mientras que también aparece la llamada “externa” realizada a favor de quien no goza de dicha cualidad, esto en palabras del mismo profesor es lo que se considera “apoderamiento”.

b) El Presidente de la junta general

La responsabilidad penal de los altos cargos de las sociedades de capital como lo puede ser el Presidente de la junta general, desde la forma en que este se elige y para ello se tiene que considerar los estatutos. El problema se plantea, la consideración si es socio o no para considerarlo como sujeto responsable del tipo.



c) El secretario de la junta general y del consejo de administración

El secretario es considerado como una persona muy allegada a los órganos de decisión, ha sido calificado de esta manera por su profesionalización como por su funcionarización. Esto conlleva una descarga de responsabilidad de los órganos de dirección sobre el secretario, que a su vez adquiere por el contrario mayor responsabilidad que le hace ser un órgano muchísimo más vinculado en la toma de decisiones.

Por lo anterior, no hay ninguna duda en reseñar la posibilidad de ser sujeto activo de los delitos societarios.

e) El letrado asesor

Es una figura que no se regula en el ordenamiento jurídico guatemalteco, pero que si en otras legislaciones. Esta figura posee gran importancia ya que ha experimentado un profundo auge en la moderna práctica del asesoramiento de empresas o sociedades, pues se requiere por la ley completar con esta figura el organigrama técnico de la persona jurídica con un profesional del derecho a razón de augurar una intachable gestión de acuerdos con el fin de que no se tomen decisiones impugnables.

Debido a la función del Letrado con respecto a la sociedad como es la de examinar que los acuerdos sean lícitos, válidos, eficaces, hace necesario que no sean contrarios a la ley, a los estatutos y que no se lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o



terceros los intereses de la sociedad. Todo lo referido anteriormente, que no puede decirse sea falso, pero además de lo anterior existe una práctica en la realidad que pone en mano de los abogados los destinos que rigen la sociedad y ello es muy común en el gran número de sociedades limitadas que existen y hacia las cuales queda perfectamente demostrado que también se refiere a ellas el articulado penal societario.

f) El auditor de cuentas

Esta es otra figura de interés en la conformación y desarrollo de las sociedades. Es quien tendrá que verificar las cuentas y en general, conocer de la situación financiera, contable y que el precisamente fue el encargado de auditar, ya sea como una persona interna propia del personal de la entidad, o bien externa, contratada en forma independiente, o por orden judicial que también cae en categoría de externa, en algunos casos, se ha reflejado el sentimiento de imposibilidad en cuanto a que los auditores sean autores del delito, esta afirmación se encuentra respaldada al señalar que quien no reúna los requisitos para ser sujeto activo del delito, se entiende que el auditor es generalmente un extraño ya que no se encuentra en el organigrama de la sociedad, de tal modo que al no poder ser ni administrador de hecho ni de derecho queda descartada la posibilidad de ser autor inmediato de los delitos societarios pero sin embargo, no se puede apartar la posibilidad de su cualificación como partícipe, puesto que se trata de la intervención en el hecho ajeno y no se requiere las cualidades exigidas para ser autor.



Los conceptos “informe”, “verificación”, “fiscalización” inherentes a la relación entre auditor de cuentas y la sociedad hace plantear determinados supuestos especialmente en el tema de las formas de participación en el delito y más aún, con conceptos relacionados y establecidos en la Ley contra la delincuencia organizada.

Dentro de los ilícitos, se pueden considerar por ejemplo, la falsedad en las cuentas anuales las formas de coautoría. Respecto a la posibilidad de considerar al auditor como cómplice habría que pasarla por alto, de modo que se exige que la cooperación a la ejecución sea mediante actos anteriores o simultáneos, por eso, es perfectamente aceptable tal circunstancia.

g) Promotores y fundadores

Estas figuras, aunque no se definan con claridad en el caso de la normativa guatemalteca, en el ámbito mercantil, esta figura tiene una gran importancia en el terreno de la constitución de sociedades, pero de lo que verdaderamente se trata es de buscar la semejanza de conductas entre esta y el administrador de la sociedad a la hora de poder establecer responsabilidades penales. En el ámbito penal se ha escrito muy poco sobre dicho aspecto, de todas maneras se puede formular alguna que otra hipótesis con la finalidad de clarificar el contenido de sus funciones. A cualquier persona estudiosa del derecho no se le escapa que en la disciplina mercantil existen dos procedimientos para la constitución de sociedades, el llamado “sucesivo”, menos utilizado aunque se sigue manteniendo en la dinámica mercantil, que respondía a la necesidad de facilitar la acumulación de capital recurriendo al llamamiento público.



En la legislación comparada, por ejemplo, respecto a estas figuras, se dice que es necesario establecer en este punto una dualidad de responsabilidades, pues si bien parece clara la responsabilidad de los promotores y fundadores, la ley debiera considerar garantes de corrección y regularidad de la fundación, además de que esa peculiar posición de garante ex lege se materializa en determinados supuestos tasados. De otro lado la responsabilidad penal es bien distinta puesto que cabe negar que los sujetos sean considerados como activos en el delito aunque según señala parte de la doctrina, eso no es así cuando realiza funciones de administrador. Mientras la doctrina propugna una laguna de criminalización en la en la etapa inicial de la vida de la sociedad, pero lo que no cabe duda es que aunque esas lagunas debieran reconducirse a los delitos societarios, en ningún caso pueden considerarse como sujetos activos del tipo a los promotores y fundadores como señalamos con anterioridad.

h) El liquidador de la sociedad

En este elenco de sujetos especiales, brilla con luz propia la figura del liquidador, quizá sea ésta la más semejante a la posición del administrador y que aunque así sea, se encuentra ante una cuestión trivial y de pacífico tratamiento. El concepto de liquidación viene a decir que se trata del proceso en el que la sociedad, tras su declaración de disolución, lleva a cabo una serie de actos, entre las que destacan, el cobro de créditos y el pago de deudas sociales encaminados a la fijación del haber social que se distribuirá entre los socios. Aunque se produzca la disolución, la sociedad sigue manteniendo la personalidad jurídica aunque su finalidad ya no es la de realizar el objeto social sino la de liquidar las operaciones pendientes, verdaderamente se puede



señalar que lo que se pretende con la liquidación es la depuración del patrimonio social. Cuando se produce la declaración de estado de liquidación en la sociedad aparecen dos efectos: a) Cesa la representación de los administradores para celebrar nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones. b) Comienza la actuación del liquidador. Pueden incluso los administradores, ser requeridos para prestar su concurso para la práctica de operaciones de liquidación. Además de todo ello la legislación mercantil habla de funciones específicas entre las que se encuentran “administrar” y “representar” a la sociedad en las operaciones de liquidación, formalizar el inventario del haber social y del balance cerrado al día que comienza la liquidación, llevar y custodiar los libros y la correspondencia de la sociedad, enajenación de los bienes sociales para reducirlos a numerario y facilitar el pago de las deudas, publicidad periódica de la liquidación, entre otras. “Se deben establecer las relaciones entre el administrador y el liquidador ya que no en vano existen cláusulas estatutarias que prevén la transformación del órgano de administración en órgano de liquidación.”⁷

De conformidad con el autor citado, en una segunda argumentación “Se incardina en la doctrina mercantilista más profunda, que afirma la necesidad de extender analógicamente a los liquidadores la responsabilidad civil propia de los administradores frente a la sociedad, ejercitable durante el periodo de liquidación y que cesará con la extinción de la sociedad.”⁸ Un tercer argumento para entablar la relación entre ambas figuras es el incorporado por el Artículo 228 del Código de Comercio, en el que se esgrime la posibilidad de que los administradores se transformen en liquidadores de tal

⁷ Faraldo Cabanas, Patricia. **Los delitos societarios**. Ob. Cit. Pág. 70

⁸ República de El Perú.



modo que el tenor literal de este precepto arranca desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para realizar nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano amén de realizar las operaciones pendientes. La interpretación que realiza la doctrina es un tanto áspera en virtud de señalar al liquidador como administrador, de modo que la interpretación excesiva sobre esta cuestión puede trastocar el significado cabal y preciso que tiene el administrador en el ordenamiento mercantil, así se debe impedir la conceptualización del liquidador como delincuente societario.

Por su parte la doctrina penal entiende que cuando se habla de liquidador no se esta hablando de una posición ajena a la de administrador, así concluye que se encuentre con el liquidador en la posición de administrador de hecho.

i) El administrador judicial

Este también constituye una figura propia de la legislación comparada, especialmente la peruana. La autora citada previamente Patricia Faraldo, al respecto indica que una breve aproximación a este concepto conlleva a citar el Decreto-Ley sobre embargo de empresas de 20 de octubre de 1969, que en su artículo 2 ° considera que "si se embargase alguna empresa o grupo de empresas, acciones o participaciones que representan la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación, el juez podrá



decretar que continúe la administración existente o que esta sea sustituida, nombrando, en este caso, persona o personas que se encarguen de la misma.”

El juez designará unos administradores que se encontrarán con idéntico significado y funciones a la par que los administradores no judiciales, pertenecientes al consejo de administración o a los administradores sustituidos. Parece entenderse con esto que se encuentra ante auténticos administradores de derecho, esto verdaderamente hace que se trate de un supuesto claro de tal administración de derecho, entre otras argumentaciones la semántica ya que se sobreentiende que se esta ante la esfera del administrador convencional simplemente modificando el modo de elección. Si se trae a colación el derecho comparado se observa una división material en si se trata de un concepto expresamente incardinado en la legislación penal, o si se reconduce a la administración genérica que se encuentra en los delitos societarios, se encuentra en esta segunda posición donde además de la legislación se encuentra asimismo la alemana. Las disposiciones societarias aparecen destinadas a la protección prioritaria no tanto de los intereses de naturaleza privada como de la función pública de la que están investidos los destinatarios de los preceptos, asegurando de esta forma el correcto ejercicio de sus funciones, su imparcialidad y su prestigio. Pero esta argumentación plantea muchas dudas en la doctrina en la que destaca la posibilidad de una mayor sanción por la conducta apostada en los delitos societarios, del mismo hecho desde el lado de la administración pública. Todo ello genera una desigualdad, cuando ese funcionario, pasa judicialmente a ocupar un lugar en el ámbito privado, debe salvarse así la barrera más simple como es la de aplicarle a tal funcionario en este ámbito societario privado, la legislación penal de esta esfera mercantil, pues de lo



contrario se estaría ante una desigualdad de trato innecesaria si recurriéramos a fórmula antedicha.

CAPÍTULO III



3. El desarrollo de los delitos societarios en Guatemala

3.1 La fuente de los delitos societarios en Guatemala

El origen de los delitos societarios en Guatemala, se pueden circunstancribir a lo que ha sucedido a nivel internacional. Paralelamente a estos cambios en la regulación del derecho de sociedades, se ha producido importantes transformaciones dentro del propio derecho penal que deben abordarse para entender las nuevas incriminaciones llamadas "delitos societarios", de los cuales, en el caso de Guatemala, prácticamente se encuentra en pañales.

Es de considerar también que el Estado en las últimas décadas se ha visto en posición de intervenir, y ha producido una decidida intervención penal en una serie de conductas de orden económico que tradicionalmente eran abordadas por el sistema sancionatorio de la administración, especialmente cuando se crean una serie de leyes financieras penales, precisamente con el fin de contrarrestar la problemática del crimen organizado y los delitos denominados de cuello blanco de lo cual ya se describió arriba y que en el caso de las sociedades, precisamente son utilizadas como herramienta de los autores y participes en estos hechos criminales, para lograr su cometido, y que por no encontrarse ante una ley o normas adecuadas a resta realidad, los hechos criminales han quedado impunes prácticamente.



El Estado ha considerado entonces prevenir comportamientos socioeconómicos que dañan al mercado o a sus componentes. Es decir, el legislador ha considerado que muchas conductas que constituían sanciones administrativas debían adquirir "naturaleza penal" y por tanto, ser sancionadas con el instrumento más contundente que posee el Estado. Los alcances político criminales de esta opción y las consecuencias en la construcción dogmática, son cuestiones que aún están siendo abordadas por la doctrina, no sin cierta preocupación.

La legitimidad de la intervención penal con carácter general para sancionar las conductas más dañinas socialmente del orden socioeconómico y concretamente las infracciones societarias, no parece razonable discutir, dadas las necesidades de intervención pública dentro de la esfera de las sociedades, antes expuestas. Lo que se cuestiona es la legitimidad concreta de las formas de intervención, esto es, la técnica legislativa que desborda el derecho penal del hecho, semejándose más a un derecho penal que ha perdido el norte de los pilares de lesividad y culpabilidad.

En efecto, un detenido análisis de las figuras incriminadas como delitos societarios muestra una serie de incriminaciones que afectan el principio de lesividad, taxatividad, subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención penal. Se contradice el principio de lesividad (vinculado a la subsidiariedad y proporcionalidad) porque se encuentran fórmulas que no suponen un desvalor social de la conducta, sino una mera desobediencia al Estado, configuradas como delito de peligro abstracto para el bien jurídico colectivo protegido, que es el supuesto de la obstaculización en las tareas de inspección, por ejemplo. Este es un claro ejemplo en que el derecho penal del riesgo,



eminentemente preventivo, hace su aparición con fórmulas de adelantamiento de la intervención penal. La máxima de taxatividad queda entredicha con fórmulas abiertas de incriminación, cuando se debe tipificar el delito de adopción de acuerdos con mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma,...: o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, por ejemplo, como se encuentra regulado en otras legislaciones, como se verá más adelante.

También no debe negarse el carácter difuso del bien jurídico protegido, que hace prácticamente imposible diseñar tipos generales respetuosos del principio de taxatividad., ante la movilidad del mundo económico. Por ello, esto significa que se confirma lo que en lo que se ha venido en llamar derecho penal meramente sancionatorio, caracterizado porque la norma penal se configura como "mero instrumento de cierre del sistema de control", donde la sanción administrativa se muestra como el instrumento directo de los destinatarios de la norma de conducta y la sanción penal "el brazo armado" de todo el sistema sancionatorio." "Esto es lo que ocurre, por lo menos en el plano del "derecho penal viviente", en el derecho positivo de estas normas penales comentadas y de buena parte de los delitos económicos, aunque claro está se siga sosteniendo en el plano académico el mantenimiento de los principios."⁹

Este carácter sancionatorio que se expresa con el necesario correlato de normas de reenvío y tipos penales en blanco, así como con la proliferación de elementos normativos extrapenales y tipologías fundadas en deberes especiales (delitos

⁹ Patricia Faraldo Cabanas. **Ob. Cit.** Pág. 98



especiales), no quiere decir que el derecho penal renuncie a su autonomía técnica valorativa, sino que la materia económica, bastante formalizada en las sociedades postindustrializadas, hace que todo el derecho económico (bursátil, financiero, mercantil, de la libre competencia, etc.) sea el complemento técnico del derecho penal económico. Es decir, existe una necesaria relación entre el derecho sancionador administrativo y el derecho penal en todo el derecho penal económico, propia del papel del Estado social como agente contenedor de los riesgos sociales y de intervención en las esferas económicas y sociales.

Esta nueva vertiente del derecho penal que también se ha denominado "administrativización del derecho penal" de conformidad con lo dicho por la autora ya citada, convoca la cuestión de legitimación de todas estas figuras que superando los principios fundamentales del "derecho penal clásico", se muestran eficaces para prevenir conductas que lesionan intereses colectivos de carácter económico. Se habla de la "flexibilización" o "normativización" de las categorías penales para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad. Es decir, "Se trata de discutir hasta qué punto la intervención penal se está convirtiendo en una *prima ratio* en manos del Estado, presentándose una verdadera "huida hacia el derecho penal", potenciando su función simbólica, últimamente favorecida por diferentes instancias sociales que ven en el instrumento penal un lugar de resolución de los conflictos."¹⁰

¹⁰ Faraldo Cabanas, Patricia. **Ob. Cit.** Pág. 99



3.2 Evolución de los delitos societarios en Guatemala

3.2.1 El Código Penal

Dentro de las normas más importante de señalar en esta materia se encuentran:

1. Con respecto a la responsabilidad penal, el artículo 35 indica: Son responsables penalmente del delito: Los autores y los cómplices. De las faltas sólo son responsables los autores.

2. Autores: Artículo 36. Son autores: 1o. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. 2o. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo. 3o. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. 4o. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

3. Cómplices. Artículo 37. Son cómplices: 1o. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito. 2o. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito. 3o. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito. 4o. Quienes sirvieron de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.



4. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Artículo 38. 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.
5. De los delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario Capítulo I de los delitos contra la economía nacional y el ambiente monopolio. Artículo 340. Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechare exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.
6. Otras formas de monopolio. Artículo 341. Se consideran, también, actos de monopolio contrarios a la economía pública y al interés social: 1o. El acaparamiento o sustracción al consumo de Artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno. 2o. Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en



la producción o en el comercio. 3o. Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa, encaminados a limitar la producción o elaboración de algún Artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos. 4o. La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno. 5o. La exportación de Artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía. El responsable de algunos de los hechos enumerados anteriormente, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a cinco mil quetzales.

7. Especulación. Artículo 342. Quien, esparciendo falsos rumores, propagando falsas noticias o valiéndose de cualquier otro artificio semejante, desviare o falseare las leyes económicas naturales de la oferta y la demanda, o quebrare las condiciones ordinarias del mercado, produciendo mediante estos manejos el aumento o la baja injustificada en el valor de la moneda de curso legal, o en el precio corriente de las mercancías, de las rentas públicas o privadas, de los valores cotizables, de los salarios o de cualquiera otra cosa que fuere objeto de contratación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a tres mil quetzales.
8. Delito cambiario. Artículo 342-A. Comete delito cambiario: 1. Quien no venda al Banco de Guatemala o a los bancos del sistema habilitados para operar en cambios, las divisas que estuviere obligado a negociar, dentro del tiempo legal



- establecido. 2. Quien, sin estar legalmente autorizado, se dedique, habitualmente, y con fines de lucro a comprar y vender divisas. 3. Quien para efectuar importaciones o exportaciones, hiciere o usare factura u otro documento falso o que contenga datos falsos o inexactos acerca del valor, cantidad, calidad u otras características de aquellas operaciones. 4. Quien efectúe exportaciones sin haber obtenido previamente la licencia cambiaria de exportación u otra autorización legalmente necesaria. 5. Quien mediante fraude o engaño, obtenga licencia para adquirir divisas del mercado, destinado a pagos esenciales o del mercado de licitaciones o quien utilice dichas divisas para destino diferente del autorizado. Los responsables del delito cambiario, serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Además, se les impondrá multa equivalente al monto del acto ilícito, cuando la cuantía del mismo pueda determinarse, o de quinientos a cinco mil quetzales, en caso contrario.
9. Destrucción de materias primas o de productos agrícolas o industriales. Artículo 343. Quien, destruyere materias primas o productos agrícolas o industriales, o cualquier otro medio de producción, con grave daño a la economía nacional o a los consumidores, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de trescientos a tres mil quetzales.
10. Propagación de enfermedad en plantas o animales. Artículo 344. Quien, propague una enfermedad en animales o plantas, peligrosas para la riqueza pecuaria o agrícola, será sancionado con multa de trescientos a tres mil quetzales.



11. Propagación culposa. Artículo 345. Si el delito a que se refiere el Artículo anterior, fuere cometido culposamente, el responsable será sancionado con multa de cincuenta a un mil quetzales.

12. Explotación ilegal de recursos naturales. Artículo 346. Quien, sin estar debidamente autorizado, explotare comercialmente los recursos naturales contenidos en el mar territorial y la plataforma submarina, así como en los ríos y lagos nacionales, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de quinientos a cinco mil quetzales. Quedan exceptuados quienes pesquen o cacen, ocasionalmente, por deporte o para alimentar a su familia.

13. Delito contra los recursos forestales. Artículo 347. Quien, contraviniendo las prescripciones legales o las disposiciones de la autoridad competente, explotare, talare o destruyere en todo o en parte un bosque, repoblación forestal, plantación, o cultivo o vivero públicos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a dos mil quetzales.

14. Contaminación. Artículo 347 "A". Será sancionado con prisión de uno a dos años, y multa de trescientos a cinco mil quetzales, el que contaminare el aire, el suelo o las aguas, mediante emanaciones tóxicas, ruidos excesivos vertiendo sustancias peligrosas o desechando productos que puedan perjudicar a las personas, a los animales, bosques o plantaciones. Si la contaminación se produce en forma culposa, se impondrá multa de doscientos a mil quinientos quetzales.



15. Contaminación industrial. Artículo 347 "B". Se impondrá prisión de dos a diez años y multa de tres mil a diez mil quetzales, al Director, Administrador, Gerente, Titular o Beneficiario de una explotación industrial o actividad comercial que permitiere o autorizare, en el ejercicio de la actividad comercial o industrial, la contaminación del aire, el suelo o las aguas, mediante emanaciones tóxicas, ruidos excesivos, vertiendo sustancias peligrosas o desechando productos que puedan perjudicar a las personas, a los animales, bosques o plantaciones. Si la contaminación fuere realizada en una población, o en sus inmediaciones, o afectare plantaciones o aguas destinadas al servicio público, se aumentará el doble del mínimo y un tercio del máximo de la pena de prisión. Si la contaminación se produjere por culpa, se impondrá prisión de uno a cinco años y multa de mil a cinco mil quetzales. En los dos Artículos anteriores la pena se aumentará en un tercio si a consecuencia de la contaminación resultare una alteración permanente de las condiciones ambientales o climáticas.

16. Responsabilidad del funcionario. Artículo 347 "C". Las mismas penas indicadas en el Artículo anterior se aplicarán al funcionario público que aprobare la instalación de una explotación industrial o comercial contaminante, o consintiere su funcionamiento. Si lo hiciere por culpa, se impondrá prisión de seis meses a un año y multa de mil a cinco mil quetzales.

17. protección de los bosques. Artículo 347 "D". Se impondrá prisión de dos a diez años al que realizare una tala de bosques, comercializare o exportare el producto de dicha tala, sin autorización estatal o, teniéndola, sin cumplir o excediendo las



condiciones previstas en la autorización. Además de la pena de prisión, impondrá una multa de doscientos a siete mil quetzales por cada árbol talado, comercializado o exportado. La pena será de cinco a quince años de prisión y multa de mil a diez mil quetzales si se tratare de una especie en vías de extinción o si la tala se realizare en un área protegida o parque nacional.

18. Protección de la fauna. Artículo 347 "E"... Se impondrá prisión de uno a cinco años al que cazare animales, aves o insectos, sin autorización estatal o, teniéndola, sin cumplir o excediendo las condiciones previstas en la autorización. La pena se aumentará en un tercio si la caza se realizare en área protegida o parque nacional.

19. Capítulo II. De la quiebra e insolvencia punibles. Quiebra fraudulenta. Artículo 348. El comerciante que haya sido declarado en quiebra fraudulenta, será sancionado con prisión de dos a diez años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.

20. Quiebra culpable. Artículo 349. El comerciante que haya sido declarado en quiebra culpable, será sancionado con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.

21. Responsabilidad personal. Artículo 350. Cuando sea declarada en quiebra una empresa mercantil, todo director, administrador o liquidador de la sociedad o establecimiento fallido que hubiere cooperado a la ejecución en alguno de los



actos ilícitos que la motivaron, será sancionado con igual pena a la señalada para el quebrado fraudulento o culpable, según el caso.

22. Complicidad. Artículo 351. Serán penados como cómplices de delito de quiebra fraudulenta, quienes ejecutaren cualquiera de los actos siguientes: 1o. Confabularse con el quebrado para suponer créditos contra él o para aumentarlos, alterar su naturaleza o fecha con el fin de anteponerse en graduación, en perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verifique antes de la declaración de quiebra. 2o. Haber auxiliado al quebrado en el alzamiento, sustracción u ocultación de sus bienes. 3o. Ocultar a los administradores de la quiebra la existencia de bienes que, perteneciendo a ésta, obren en poder del responsable, o entregarlos al quebrado y no a dichos administradores. 4o. Verificar con los quebrados conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores.

23. Alzamiento de bienes. Artículo 352. Quien, de propósito y para sustraerse al pago de sus obligaciones se alzare con sus bienes, los enajenare, gravare u ocultare, simulare créditos o enajenaciones, sin dejar persona que lo represente, o bienes suficientes para responder al pago de sus deudas, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a tres mil quetzales. Si el responsable fuere comerciante, se le sancionará, además, con inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena.



24. Quiebra de sociedad irregularmente constituida. Artículo 353. Para los efectos de lo dispuesto en este Código, se considerará fraudulenta la quiebra de toda sociedad constituida sin los requisitos legales y a quienes las constituyeren se aplicarán las sanciones establecidas en el Artículo 350.

25. Concursado no comerciante. Artículo 354. El concursado no comerciante cuya insolvencia fuere el resultado, en todo o en parte, de alguno de los hechos siguientes, será sancionado con prisión de uno a dos años: 1o. Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos y descompasados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia. 2o. Haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventure en entretenimiento de esta clase, un buen padre de familia. 3o. Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas y otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar. 4o. Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando. 5o. Retardar su presentación en concurso, cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo. Serán penados como cómplices del delito previsto en este Artículo, quienes ejecutaren con respecto al concursado cualquiera de los enumerados en el Artículo 351 de este Código.

26. Capítulo III. De los delitos contra la industria y el comercio. Infidelidad. Artículo 355. Quien, conociendo un secreto de industria o de comercio, o de otra importancia económica y del que no pudiese libremente disponer lo divulgare o lo



utilizare para sí mismo o para un tercero, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

27. Uso indebido de nombre comercial. Artículo 356. Quien, usare indebidamente de nombre comercial o de denominación de establecimiento correspondiente a empresa ajena o inexistente, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cien a quinientos quetzales. Igual sanción se aplicará a quien, como medio de propaganda se atribuyere recompensa o distinción que no hubiese obtenido.

28. Desprestigio comercial. Artículo 357. Quien, imputare falsamente a otro, un hecho que le perjudique en el crédito, confianza o prestigio que mereciere en sus actividades mercantiles, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales, si el hecho no constituyere otro delito más grave.

29. Competencia desleal. Artículo 358. Quien, mediante maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar en beneficio propio o de un tercero, la clientela de un establecimiento industrial o comercial, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales, si el hecho no constituyere otro delito más grave.

30. Capítulo IV. De los delitos contra el régimen tributario. Defraudación tributaria. Artículo 358 A. Comete el delito de defraudación tributaria quien, mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid, o cualquiera otra forma de engaño,



induzca a error a la Administración Tributaria en la determinación o el pago de la obligación tributaria, de manera que produzca detrimento o menoscabo en la recaudación impositiva. El responsable será sancionado con prisión de uno a seis años y multa equivalente al impuesto omitido. Si el delito fuere cometido por persona extranjera, luego de imponer las sanciones correspondientes y del cumplimiento de las mismas, se impondrá, además, la pena de expulsión del territorio nacional.

31. Casos especiales de defraudación tributaria. Artículo 358 B. Incurrirá en las sanciones señaladas en el Artículo anterior:
1. Quien utilice mercancías, objeto o productos beneficiados por exenciones o franquicias, para fines distintos de los establecidos en la ley que conceda la exención o franquicia, sin haber cubierto los impuestos que serían aplicables a las mercancías, objetos o productos beneficiados.
 2. Quien comercialice clandestinamente mercancías evadiendo el control fiscal o el pago de tributos. Se entiende que actúa en forma clandestina quien estando obligado a ello, carezca de patente de comercio, no lleve libros de contabilidad, registros contables y no tenga establecimiento abierto al público.
 3. Quien utilice en forma indebida, destruya o adultere sellos, timbres, precintos y otros medios de control tributario.
 4. Quien destruya, altere u oculte las características de las mercancías, u omita la indicación de su destino o procedencia.
 5. Quien hiciere en todo o en parte una factura o documento falso, que no está autorizado por la Administración Tributaria, con el ánimo de afectar la determinación o el pago de los tributos.
 6. Quien lleve doble o múltiple contabilidad para afectar negativamente la determinación o el pago de tributos.
 - 7.



Quien falsifique las marcas oficiales de operación de las cajas de la Administración Tributaria. 8. Quien altere o destruya los mecanismos de control fiscal, colocados en máquinas registradoras o timbradoras, los sellos fiscales y similares. Si este delito fuere cometido por empleados o representantes legales de una persona jurídica, buscando beneficio para ésta, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica una multa equivalente al monto del impuesto omitido. Si se produce reincidencia, se sancionará a la persona jurídica con la cancelación definitiva de la patente de comercio.

32. Apropiación indebida de tributos. Artículo 358 C. Comete el delito de apropiación indebida de tributos quien actuando en calidad de agente de percepción o de retención en beneficio propio, de una empresa o de terceros, no entere a las cajas fiscales los impuestos percibidos o retenidos, después de transcurridos treinta días hábiles contados a partir de la notificación del requerimiento para enterarlos. El responsable será sancionado con prisión de uno a cuatro años y multa equivalente al impuesto percibido o retenido. Si el delito fuere cometido por persona extranjera, luego de imponer las sanciones correspondientes y del cumplimiento de las mismas, se le impondrá, además, la pena de expulsión del territorio nacional.

33. Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria Artículo 358 D. Comete el delito de resistencia a la acción fiscalizadora de la Administración Tributaria quien, después de haber sido requerido por dicha Administración, con



intervención de juez competente, impida las actuaciones y diligencias necesarias para la fiscalización y determinación de su obligación, se niegue a proporcionar libros, registros u otros documentos contables necesarios para establecer la base imponible de los tributos, o impida el acceso al sistema de cómputo en lo relativo al registro de sus operaciones contables. El responsable será sancionado con prisión de uno a tres años y multa equivalente al uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del contribuyente, durante el período mensual, trimestral o anual que se revise. Si este delito fuere cometido por empleados o representantes legales de una persona jurídica, buscando beneficio para ésta, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica una multa equivalente al monto del impuesto omitido. Si se produce reincidencia, se sancionará a la persona jurídica con la cancelación definitiva de la patente de comercio. Si el delito fuere cometido por persona extranjera, luego de imponer las sanciones correspondientes y del cumplimiento de las mismas, se impondrá, además, la pena de expulsión del territorio nacional.

3.3 El estado actual de los delitos societarios en Guatemala

Dentro del análisis de conformidad al Código Penal, que es la ley fundamental que actualmente regula los ilícitos penales, es importante considerar lo siguiente:

1. No existe claridad respecto a la territorialidad y extraterritorialidad en el caso de los delitos económicos, o societarios.



2. Existe deficiencia en los agravantes y atenuantes para el caso de los delitos societarios, pues no se establece ninguno de ellos en función de la comisión de los mismos.
3. También es de considerar que en las formas de participación en el delito, no se considera a la responsabilidad penal de las empresas o de las personas jurídicas.
4. Se debe hacer un análisis más a fondo y reformar el Artículo 38 del Código Penal que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas, por lo anotado posteriormente en este trabajo.
5. Respecto a la imposición de las penas, no se refiere nada en relación a la pena que pudiera sufrir una persona jurídica. Inclusive, en el caso de las penas accesorias.
6. En cuanto a la aplicación de las penas de acuerdo al grado de participación del delito, también no se regula nada respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, como sucede en el caso de los delitos societarios.
7. En el caso de las responsabilidades civiles también se tendría que adecuar al respecto de los delitos societarios.



8. El Código Penal se circunscribe a una generalidad, sin embargo, en el caso de los delitos societarios, deben ser más específicos de acuerdo a la conducta que se debe sancionar y a quien le corresponde el deber de cuidado de la misma.





CAPÍTULO IV

4. Los conflictos en los delitos societarios para determinar la responsabilidad penal de los partícipes

4.1 la insuficiencia de los tipos penales vigentes

El desarrollo del derecho penal societario como manifestación del derecho penal económico constituye un fenómeno jurídico importante; el complejo mundo de empresas multinacionales resulta difícil de encauzar si no se conoce la diversidad de intereses empresarios, muchas veces indebidos. Es evidente que la configuración tradicional del derecho penal abarca sólo una parte de la conducta ilícita desplegada en una sociedad mercantil; la restante, caracterizada por ser actuada o actuable por los sectores más aventajados, no está comprendida “de hecho o de derecho” en los mecanismos punitivos del Estado.

De conformidad con lo anterior, la persecución penal se torna una empresa larga y difícil. La insuficiencia de los tipos penales involucrados, su inadecuación a la complejidad de nuevas formas de ataque a intereses socialmente relevantes o a la tutela de estos mismos intereses, o su misma inexistencia frente a hechos de nuevo cuño, tal y como se ha establecido en el análisis anterior.

El Código Penal tipifica los delitos con incidencia económica en un articulado disperso e insuficiente tal y como se estableció, sin embargo, es poco útil no tener un marco



sistematizado que regule las actividades a las que se encuentran las personas que forman parte de las sociedades o de las empresas, y que bajo un encubrimiento realizan actos o conductas lesivas que no pueden ser sancionadas como tales. Las figuras represivas de delitos con incidencia económica que contiene son insuficientes por su escasa especificidad respecto de los delitos estrictamente societarios.

En tal sentido, se destacan las modificaciones a la ley penal que se propone en el presente trabajo, que no alterarían la estructura ni la metodología de la ley, salvo respecto de la introducción de un régimen sancionatorio específico. Así, se debe introducir artículos sobre “delitos societarios” y más sobre “infracciones cometidas por administradores”.

Es imprescindible una gran dosis de congruencia basada en la circunstancia de que ni el derecho comercial ni el penal pueden determinar el alcance de bienes jurídicos con absoluta prescindencia del resto del sistema jurídico.

4.2 El ilícito societario

La punición de los delitos societarios debe ser tanto como castigar las conductas que impiden u obstaculizan gravemente el cumplimiento de la función que a las sociedades se asigna. Un sistema ‘blando’ de responsabilidad actúa como aliciente para la actividad empresaria pero, en cierta medida, determina un relajamiento de las reglas; un sistema



especifique con precisión y en tanto se refiera a bienes jurídicos claramente determinados.

Por otra parte, el carácter 'pluriofensivo' de los delitos societarios obstaculiza el tratamiento unitario del interés lesionado o peligrado y de los modos de afectarlo. Cuando se trata de intereses supraindividuales difícilmente pueda exigirse un perjuicio constatable y cuantificable, debiendo acudir -entonces- a los tipos de peligro hipotético.

Es elemental comprender que la confianza en las instituciones y en los mecanismos económicos se lesiona no sólo cuando el perjuicio patrimonial se materializa, sino también cuando es inminente e incluso con la mera realización de conductas con alto índice de peligrosidad.

4.4 El deber jurídico extra-penal como presupuesto del ilícito

En el sistema de libre competencia, los administradores societarios están en mejores condiciones de actuar como desencadenantes del comportamiento delictivo observado en el seno de las compañías. El carácter formal del funcionamiento de los órganos sociales, los vínculos personales entre directores, controlantes, etc. no son óbice para desincriminar o exculpar desviaciones de poder. La incriminación de conductas ilícitas en el ámbito societario es ni más ni menos que la explicitación de que en un Estado de Derecho no pueden ni deben existir santuarios personales o funcionales, o insusceptibles de control.



'duro' -en cambio- actúa como elemento moralizador del mercado y, en tanto no resulta excesivo, como instrumento dinamizador.

Un intervencionismo penal excesivo producto de la falta de coordinación interdisciplinaria permite inferir que los límites de las conductas sancionadas entre los delitos posiblemente desborden lo que aconsejaría una inmediata reflexión sobre las consecuencias de la intervención mínima. Sólo cuando el derecho penal limite su intervención a la defensa de los bienes que se caractericen por su especial relevancia social no abordables por mecanismos jurídicos especiales, la inmisión estará justificada y respaldada por el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior se debe tomar en consideración esta forma de punición en el caso de los delitos societarios.

4.3 La actualidad o potencialidad del perjuicio

Otro elemento a considerar es la actual o potencial existencia de causación de perjuicios, por cuanto crear delitos de mera actividad significaría originar figuras puramente formales, privadas de un contenido lesivo tangible. Ello, porque en el ámbito financiero la complejidad de las relaciones y de las situaciones puede dificultar la prueba de un daño efectivo.

El empleo de tipos delictivos de 'peligro abstracto' es un medio eficaz para la lucha contra la delincuencia económico-empresarial, siempre que la conducta prohibida se

El obligado o responsable de un ámbito de organización, debe preocuparse de no producir efectos externos dañinos a través de aquel. Sentado ello, la preexistencia de un deber jurídico extrapenal es el presupuesto mínimo de la equivalencia entre la omisión de impedir un resultado y su causación activa; no es posible admitir una responsabilidad penal por encima de los límites fijados en las normas extrapenales.

En cuanto a los criterios de imputación para responder por el hecho propio, la estructura de la 'comisión por omisión' se revela como un medio apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colectivos. No obstante, surge la problemática de cuándo la omisión de impedir un resultado equivale a la acción de producirlo; allí es necesaria la determinación de la posición de garante y la configuración del deber de vigilancia.

El límite para la imputación penal será el límite del ámbito dentro del cual es posible prever y evitar con éxito una acción, por lo menos, intentar oponerse a la ejecución de ella con signos de seriedad. Y, para disipar cualquier duda respecto de la compatibilidad de los "delitos de omisión impropia" con el "principio de legalidad", los tipos penales exigirán una precisa definición de los presupuestos del delito frente a los cuales pueda surgir la posición de garante.

Por ello, la técnica de imputación exige la formulación de una serie de precisiones: no toda actividad desplegada en el seno de una corporación puede considerarse como una potencial 'fuente de riesgo o peligro' para bienes jurídicos, sin embargo, la constatación de que una actividad desarrollada mediante una corporación es riesgosa o peligrosa



para determinados bienes jurídicos no hace surgir en cabeza de su director o administrador la asunción de una posición de garante; ésta posibilidad exige la verificación de dos elementos esenciales:

- 1) que respecto del representante a quien se pretende imputar la no evitación del resultado haya un deber de actuar basado en la ley, en una convención o en su obrar precedente, y
- 2) que el autor (ejemplo el administrador) tenga el control de la actividad que se considera riesgosa.

4.5 Necesidad de que se reforme el Código Penal en función de regular los delitos societarios de acuerdo a la realidad.

4.5.1 Bases

Como se ha establecido, un rasgo relevante del derecho penal es la expansión de este y la especialización a través de un derecho penal societario el cual debe ser su profunda actuación -principalmente- sobre las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, aunque si bien se suscitan circunstancias que pueden prevenirse en general en cualquier sociedad o empresa. Cuando las sociedades no se interponen como una pantalla que evita llegar al patrimonio de los socios, la protección de acreedores actuales o potenciales es abordable a través de mecanismos semejantes a los ya conocidos por los actuales delitos contra la propiedad; en cambio, las



sociedades que limitan la responsabilidad económica de los socios únicamente ofrecen como garantía ante terceros su patrimonio, dado que en este tipo de sociedades existe una transferencia parcial del riesgo inherente a las actividades económicas por parte de la clase empresarial a las demás clases sociales; en otros términos: el riesgo no se asume mas que dentro de los límites de los aportes sociales.

Por ello la configuración legal de los ilícitos societarios debe asegurar que los riesgos de socios y terceros no sobrepasen el límite tolerable socialmente. Sintetizando, el fenómeno de la delincuencia 'de cuello blanco' se ve ampliado por la falta de recursos legislativos vigentes y la incapacidad de los tipos penales actuales para abordar el principal problema: la complejidad de las modernas sociedades comerciales.

La magnitud de los perjuicios que muchas veces afectan a intereses colectivos y despersonalizados, la imposibilidad de encuadrar la autoría, la ausencia de reproche social de estos delitos, las sutilezas técnicas que presentan, etc.; constituyen datos imprescindibles a la hora de evaluar -en un análisis exhaustivo y profundo- la eficacia de las distintas figuras penales que se ocupan del tema.

Por otro lado, las sociedades mercantiles no especifican claramente las atribuciones, derechos y obligaciones de sus representantes.

Los actos de los Representantes legales de las sociedades mercantiles no ligan a los mismos en responsabilidad penal. El empresario, por ejemplo, tanto en su dimensión individual como social, puede llevar a cabo una serie de comportamientos irregulares



tradicionalmente conocidos como delitos empresariales 1. Encuadrados dentro de la denominada criminalidad de la empresa 2. Que sin embargo no van a ser objeto de nuestra atención en esta monografía centrada únicamente sobre la criminalidad en la empresa.

Ésta es la parcela a la que debe reducirse el delito societario desde su configuración normativa, caracterizada por la criminalización dentro de la sociedad de una serie de conductas desleales llevadas a cabo por los daños y perjuicios que sufren las sociedades mercantiles por los actos ilícitos cometidos por sus representantes legales.

Otro asunto a discutir es la libertad de acción por parte de los representantes legales de las sociedades mercantiles. Esta es la gran novedad de los delitos societarios, porque asegura la integridad patrimonial de las sociedades y cubre una zona de evidente desprotección jurídico-penal. Así al administrador lo que se le entrega es confianza de los poderes una vez aceptado el cargo, pero no se le entrega bien alguno ni por muy laxo que sea la interpretación de un activo patrimonial.

Existen delitos como:

1. Administración fraudulenta, viene a dar una respuesta a una necesidad político-criminal, dada la insuficiencia de delitos patrimoniales que sancionaban conductas relevantes en el ámbito societario, y que había sido puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por las legislaciones comparadas.



2. En el caso de los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, también son circunstancias que se suscitan comúnmente en este ambiente y que para el caso de Guatemala, esta conducta no se encuentra técnica y claramente establecida en el Código Penal.

3. Cuando el administrador comete un delito de administración fraudulenta ataca un bien jurídico-penal a través de la infracción de un deber extrapenal, materializado en la confianza en la que se basa su nombramiento, quedando, en ese momento, los administradores investidos, a virtud del nombramiento de los poderes o facultades que la ley o los estatutos les confieran y que surten efecto en el mismo momento de la aceptación del cargo.

4. Así, a efectos de poder cometer el delito, tanto el administrador de derecho como el de hecho están en una posición igualitaria para lesionar el bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta al ostentar un poder que les permite situarse en una posición y en unas condiciones predilectas para llevar a cabo las conductas típicas, ya que es en virtud de ese poder que pueden disponer de bienes de la sociedad o obligarse a cargo de la sociedad, en el ejercicio de sus funciones sociales.



5. Las modalidades comisivas del delito de administración fraudulenta son de tres alternativas. La primera consiste en la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad, exigiéndose que el objeto de la acción recaiga sobre bienes. Por ello la acción debe consistir en una disposición fraudulenta contraria al principio de confianza en que se basa la administración societaria, es decir, supone una defraudación de las expectativas depositadas en el administrador; el autor lleva a cabo el engaño a los socios que le han encomendado la gestión societaria. Es decir, que es un acto de disposición que será físico o documental hacia el propio administrador por sí o a través de testaferros o terceros, ya que las facultades de administrar son de representación, de obrar en nombre de la entidad y para la entidad y no para sí.
6. En segundo lugar, es la de contraer obligaciones en nombre de la sociedad y que perjudiquen a ésta y en beneficio propio o de un tercero.
7. Los tipos penales, en su mayoría exigen que el autor sea un administrador; ello convierte a estos delitos en delitos especiales, normalmente propios. Se conoce como un delito especial, porque solo puede ser cometido por quien reúne la calidad de fundador, miembro del directorio, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, o administrador o liquidador de una persona jurídica.



8. La discusión doctrinaria sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido superada, prevaleciendo el principio de que solo la persona natural libre y consciente puede ser sujeto activo del delito.

9. El delito de fraude en las personas jurídicas, al igual que el delito de estafa, requiere un engaño, siendo característica especial de este tipo, que la acción tienda a perjudicar el patrimonio de una persona jurídica o lesionar el patrimonio de un tercero, circunstancias que en el Código Penal solo se regula como estafa independientemente si se tratare de una persona jurídica.



CAPITULO V



5. Trabajo de campo

5.1 Presentación y análisis del trabajo de campo

El trabajo de campo consistió en la realización de una entrevista a abogados litigantes en el ramo penal, así como a jueces de sentencia de la Torre de Tribunales de la zona central de la ciudad capital, (ver anexo).

5.2 Legislación comparada

5.2.1 República de Chile

En este país funciona la Ley 20.393 del año 2009 que regula un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable sólo a los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional, precisando que sólo pueden cometer estos ilícitos las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado.

Dentro de los aspectos más importantes de esta ley, se puede señalar lo siguiente:

1. Esta ley constituyó uno de los requisitos que debía cumplir Chile para ingresar a la OCDE (Organización para la cooperación y el desarrollo económico).



2. Esta responsabilidad se configurará cuando una de las personas naturales con facultades de dirección al interior de la empresa, algún subordinado de ella o algún funcionario que tenga facultades de administración y supervisión, cometa alguno de los delitos mencionados a favor directa e inmediatamente de la empresa y esta no haya adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir estos delitos (modelos de prevención) o, habiéndolos implementado, estos hayan sido insuficientes.
3. También se regulan los contenidos mínimos que deberán considerar los modelos de prevención, cuya adopción e implementación efectiva por parte de las empresas les permitirá eximirse de la responsabilidad penal que se establece.
4. Por último, se norman las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad, las penas aplicables y el procedimiento judicial para la persecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
5. El contenido: Artículo primero.- Apruébase la siguiente ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: "Artículo 1º.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la Ley No. 19.913, en el Artículo 8 de la Ley 18.314 y en los Artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.



6. Artículo 2°.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado. 1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el Artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.
7. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.
8. Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del Artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el



modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener al menos los siguientes elementos: 1) Designación de un encargado de prevención. a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración. b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna. En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención. 2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención. La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos: a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica. b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente. 3) Establecimiento de un



sistema de prevención de los delitos. El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente: a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1. b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos. c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados. d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma. 4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos. a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los

delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad. b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador. c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del Artículo 260 del Código Penal.

9. Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3, se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal. 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del Artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal del o los imputados, conforme a las causales de las



letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal. También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1 y concurriendo los demás requisitos previstos en el Artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado Artículo 3°. 2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

10. Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes: 1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal. 2) La prevista en el número 9° del Artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados. 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación. 3.- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal.



11. Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

12. Título II. Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica 1.- De las penas en general Artículo 8°.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas: 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena. 2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. 3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. 4) Multa a beneficio fiscal. 5) Las penas accesorias previstas en el Artículo 13.

13. Artículo 9°.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica. La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para: 1) Concluir toda actividad



de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación; 2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y 3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el Artículo 133 bis de la Ley 18.046. Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez. Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el Artículo 7. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el Artículo 351 del Código Procesal Penal.

14. Artículo 10.- Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como



proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado. Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala: 1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. 2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración se graduará del siguiente modo: a) En su grado mínimo: de dos a tres años. b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años. c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años. La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

15. Artículo 11.- De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza. Esta pena se graduará del siguiente modo: 1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal. 2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio



fiscal. 3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal. En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley No. 19.862 les encomienda administrar.

16. Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales. 2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales. 3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales. El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social. El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.



17. Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los Artículos anteriores, las siguientes: 1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. 2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados. 3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada. 2.- De la determinación de las penas.

18. Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el Artículo 1, de conformidad a la siguiente escala: Escala General de Penas para Personas Jurídicas 1.- Penas de crímenes. a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo. c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años. d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo. En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el Artículo 13. 2.- Penas de simples delitos. a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio. b) Pérdida de beneficios fiscales en su



grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años. c) Multa en su grado mínimo a medio. En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el Artículo 13.

19. Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los Artículos 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8 de la Ley 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo anterior. Al delito contemplado en el Artículo 27 de la Ley 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el Artículo precedente.

20. Artículo 16.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el Artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho Artículo en su minimum, si procediere. En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su maximum, si procediere, o la disolución o cancelación. Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos. Si concurren varias



atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores.

21. Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios: 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito. 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica. 3) La capacidad económica de la persona jurídica. 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual. 5) La extensión del mal causado por el delito. 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

22. Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de



terceros de buena fe. 1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma. 2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado. 3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia. Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada. 4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del Artículo 559 del Código Civil. 3.- Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

23. Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el Artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1°.

24. Título III. Procedimiento 1.- Inicio de la investigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Artículo 20.- Investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si durante la investigación de alguno de los



delitos previstos en el artículo 1, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente.

25. Artículo 21.- Aplicación de las normas relativas al imputado. En lo no regulado en esta ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código procesal penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas. En especial, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los Artículos 4°, 7°, 8°, 10, 93, 98, 102, 183, 184, 186, 193, 194 y 257 del Código Procesal Penal, derechos y garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica.

26. Artículo 22.- Formalización de la investigación. Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al Artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3, salvo en los casos



establecidos en el artículo 5. Dicha solicitud deberá contener, además la individualización del representante legal de la persona jurídica.

27. Artículo 23.- Representación de la persona jurídica. Si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presentare injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produzca la privación de libertad. Si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, quien realizará la función de un curador ad litem, en representación de la persona jurídica. En todo caso, la persona jurídica podrá designar en cualquier momento a un defensor de su confianza. Cuando la ley procesal penal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador ad litem o del defensor de confianza, en su caso. Procederán respecto de ambos, para dichos efectos, los apercibimientos previstos en el inciso primero.

28. Artículo 24.- Improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad. Lo dispuesto en el Artículo 170 del Código Procesal penal no será aplicable respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

29. Artículo 25.- Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la



persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley. El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones: 1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal. 2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad. 3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare. 4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el Artículo 4. 5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público. En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República.

30. Artículo 26.- Determinación del procedimiento aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si el fiscal, al acusar o requerir de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado, solicitare la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado. En los casos en que el fiscal acusare solicitando sólo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal. Si el fiscal requiriere o acusare a la persona natural y jurídica en el mismo acto, se seguirá conforme al procedimiento aplicable a la persona



natural. Lo anterior no será aplicable tratándose de penas de crimen. de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no será procedente el procedimiento monitorio.

31. Artículo 27.- Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los Artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley. Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito. El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal.

32. Artículo 28.- Defensa de las personas jurídicas. Toda persona jurídica que no pudiere procurarse defensa por sus propios medios, tendrá derecho a solicitar al juez la designación de un defensor penal público.

33. Artículo 29.- Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso. Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales



y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia. Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito."

34. Artículo Segundo.- Introdúcese, en el artículo 294 bis del Código Penal, el siguiente inciso segundo: "Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica."

35. Artículo Tercero.- Introdúcese, en el artículo 28 de la Ley 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, el siguiente inciso segundo: "Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.". Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.



CONCLUSIONES

1. El Código Penal guatemalteco no regula de forma específica los delitos societarios, por lo que hace más difícil determinar la responsabilidad penal de los partícipes en este tipo de delitos.
2. En las sociedades mercantiles no se especifica claramente las atribuciones derechos y obligaciones de sus representantes, por lo que estos abusan de la libertad de acción dentro de la sociedad y en el momento de que se comete un delito societario, es más difícil determinar el grado de participación.
3. El Organismo Legislativo y el Organismo Judicial no se preocupan por la creación de marcos normativos acordes a la realidad, para evitar lesiones a bienes jurídicos tutelados a través del derecho penal, como tiene que ser en el caso de los delitos económicos.
4. Los representantes de las sociedades mercantiles, realizan conductas lesivas para la sociedad y que, en el caso de Guatemala, no se encuentran establecidas como delitos, por lo tanto no pueden ser juzgados ni sancionados a pesar que generan daños y perjuicios económicos y que por no estar regulados éstos quedan bajo el manto de la impunidad.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República deben realizar una reforma al Código Penal guatemalteco, en el sentido de que se regulen de forma específica los delitos societarios.
2. El Congreso de la República debe reformar el Código de Comercio de Guatemala en lo que respecta a las sociedades, ya que se necesita que se especifique claramente las facultades y limitaciones que tienen los representantes en las mismas, a efecto de que al momento de que los representantes cometan un delito de esta naturaleza, sea más fácil determinar el grado de participación.
3. Tanto el Congreso de la República como la Corte Suprema de Justicia deben unir esfuerzos y crear un marco jurídico en el que se encuadren los delitos societarios para poder proteger el patrimonio de las sociedades y los sujetos que se encuentren estrechamente ligados a estas.
4. El Organismo Judicial debe crear una dependencia que fiscalice el actuar de las sociedades mercantiles así como tener programas especializados, para capacitar a los representantes respecto a conductas delictivas, y acontecimientos relacionados con ilícitos penales de este ámbito, en virtud que este tipo de conductas no se encuentran reguladas en el Código Penal guatemalteco.





ANEXO



Cuadro No. 1

Pregunta:

¿Considera que las sociedades han evolucionado y esta evolución conlleva nuevas conductas, que muchas de ellas pueden ser lesivas?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.

Cuadro No. 2

Pregunta:

¿Cree usted que la economía mundial influye en el derecho penal, respecto a conductas lesivas novedosas?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente. Investigación de campo, marzo año 2011.



Cuadro No. 3

Pregunta:

¿Considera que en Guatemala, la legislación es completa en función de los delitos de carácter económico?

Respuesta	cantidad
Si	02
No	18
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.

Cuadro No. 4

Pregunta:

¿En los últimos tiempos, considera que se han hecho reformas al Código Penal en relación a los delitos de carácter económico?

Respuesta	Cantidad
Si	02
No	10
No contestó	08
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.



Cuadro No. 5

Pregunta:

¿Conoce los delitos societarios?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.

Cuadro No. 6

Pregunta:

¿Considera que en la actualidad es común conocer de delitos societarios o cometidos dentro del seno de las sociedades mercantiles?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.



Cuadro No. 7

Pregunta:

¿Regula el Código Penal los delitos societarios?

Respuesta	Cantidad
Si	05
No	10
No contesto	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.

Cuadro No. 8

Pregunta:

¿Cree usted que otras legislaciones se encuentran avanzadas en regular nuevas conductas lesivas relacionadas con las sociedades?

Respuesta	Cantidad
Si	02
No	00
No contesto	18
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.



Cuadro No. 9

Pregunta:

¿Cree que el Código Penal se encuentra acorde a la realidad, en cuanto a regular los delitos societarios?

Respuesta	cantidad
Si	02
No	10
No contesto	08
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, marzo año 2011.

Cuadro No. 10

Pregunta:

¿Cree que debiera regularse en el Código Penal los delitos societarios derivado de la realidad concreta?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, año 2011.





BIBLIOGRAFÍA

- CALDERÓN, Luís. **La inimputabilidad en el derecho penal y en el procedimiento** Editorial Temis, S.A. 1996. Santa fè de Bogota Colombia.
- CARNELUTTI, Francesco. **Las miserias del proceso penal.** Editorial Ejea. Buenos Aires, Argentina 1959.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1977.
- COSSIO Y CORRAL, Alfonso. **Instituciones de derecho civil.** Tomo I. **Responsabilidad Civil.** Editorial Civitas, S.A. 1991. (s.l.i.)
- CREUS C. **Derecho penal.** Parte General. Editorial Rastrea de Alfredo y Ricardo De Palma Buenos Aires Argentina, 1992.
- FARALDO CABANAS, Patricia. **Los delitos societarios.** Valencia Editorial Porrúa, año 1996. (s.l.i.)
- MANZINI VICENCO. **Tratado de derecho penal.** Tomo I, Italia 1933. (s.e.)
- MARCHIORI, H. **Personalidad del delincuente.** 2ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, año 1973.
- SICHES RECANSES. **Vida humana, sociedad y derecho.** (s.f.) (s.e.) (s.l.i.)
- SILVA MELERO, Valentín. **Revista de legislación y jurisprudencia.** Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel. **Los delitos societarios.** Comentarios al Código Penal Español. Pamplona, Editorial rías año 1996.



Legislación:

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

Código Civil, Enrique Peralta Azurdía, Jefe del Gobierno de La República de Guatemala, Decreto-Ley número 106.

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdía, Jefe del Gobierno de La República de Guatemala, Decreto-Ley número 107.

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

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

Código Procesal Penal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 51-92.

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

Leyes de Sociedades Financieras Privadas, Enrique Peralta Azurdía, Jefe del Gobierno de La República de Guatemala, Decreto-Ley número 208.

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