

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two lions. Below the shield is a figure on horseback. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto "SICUT ERAT SIT CONSPICUA CAROLINA AC ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERA".

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL,
DE LOS ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD
ANÓNIMA (LEVANTAMIENTO DEL VELO
CORPORATIVO), EN LOS DELITOS
DE NARCOTRÁFICO Y LAVADO DE DINERO
U OTROS ACTIVOS**

ESTHER ELIZABETH MANCIO REYES

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

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

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL, DE LOS ACCIONISTAS
EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA (LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO),
EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO Y LAVADO DE DINERO U OTROS
ACTIVOS**

TESIS

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

Por

ESTHER ELIZABETH MANCIO REYES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2007.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López.
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez.
VOCAL IV Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja.
VOCAL V Br. Marco Vinicio Villatoro López.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

FASE PÚBLICA:

Lic. Saulo De León.
Lic. Luis Polanco Gil.
Lic. Luis Guzmán Morales.

FASE PRIVADA:

Lic. José Alejandro Córdova Herrera.
Lic. Leonel López Mayorga.
Lic. Elder Ulises Gómez.

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario
Col.6034.
6ª Calle 1-14 Zona 1
22534801
Ciudad de Guatemala



Guatemala, 03 de agosto de 2007

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

De manera atenta me dirijo a usted para manifestarle que he asistido con carácter de asesor o consejero de tesis a la Bachiller **ESTHER ELIZABETH MANCIO REYES** en la elaboración del trabajo de tesis titulado:

"LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL, DE LOS ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA (LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO), EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO Y LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS."

Al finalizar la elaboración del mismo, atentamente le informo:

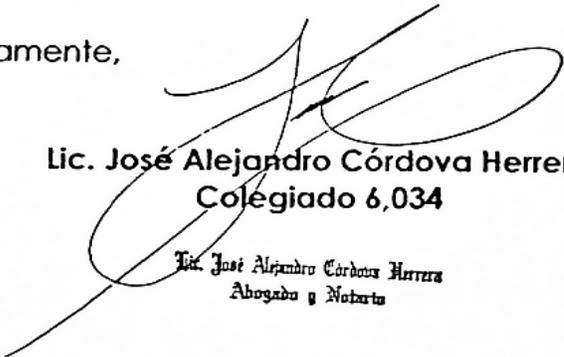
- a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi asesoría y durante su elaboración le hice a la autora recomendaciones y sugerencias respecto a la bibliografía que debió ser consultada en materia mercantil y penal.
- b) Se instruyó a la estudiante para profundizar sobre el tema propuesto, lo cual efectivamente realizó.
- c) En la elaboración del trabajo indicado, la autora siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.



Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario
Col. 6034.
6ª Calle 1-14 Zona 1
22534801
Ciudad de Guatemala

En consecuencia, por las razones consideradas y la seriedad con que fue abordado el trabajo de tesis y por las valiosas conclusiones y recomendaciones que aporta la sustentante, estimo que el trabajo en cuestión llena los requisitos que establece el reglamento de la materia, por lo cual opino reúne los méritos suficientes para su respectiva aprobación.

Respetuosamente,


Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Colegiado 6,034

Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VLADIMIR OSMAN AGUILAR GUERRA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ESTHER ELIZABETH MANCIO REYES, Intitulado: "LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL, DE LOS ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA (LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO), EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO Y LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS".

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


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Dr. Vladimir Osman Aguilar Guerra
Abogado y Notario



Guatemala, 7 de septiembre de 2007

Licenciado Bonerge Mejia
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Decano:

De acuerdo a mi nombramiento de fecha 22 de agosto del 2007 le informo que procedí a revisar el trabajo de tesis titulado "LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL, DE LOS ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA (LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO), EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO Y LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS", escrito por la bachiller ESTHER ELIZABETH MANCIO REYES.

El tema objeto de la presente investigación presenta novedad en nuestro medio, y aporta herramientas indispensables para desarrollar su labor de una manera más eficaz y efectiva a las personas de que se ocupan de este fenómeno en nuestro país; además resulta necesario por medio de trabajos como el revisado, vislumbrar la responsabilidad extra- contractual que tienen los miembros de las sociedades anónimas.

El trabajo motivo de éste dictamen se ajusta a todas las sugerencias hechas por el suscrito y a los requerimientos de forma y fondo regulados por el Reglamento respectivo, por lo que el mismo puede ser aprobado para los trámites subsiguientes.

En cumplimiento a lo preceptuado en el nombramiento, antes descrito, procedo a hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual indica: *"Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"*.

Atentamente,

Dr. Vladimir Osman Aguilar Guerra
Colegiado 4143

VLADIMIR OSMAN AGUILAR GUERRA
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticinco de septiembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ESTHER ELIZABETH MANCIO REYES, Titulado "LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL, DE LOS ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA (LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO), EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO Y LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh





Dedicatoria

Acto que dedico:

- A Dios
- Quien tiene el control de todo y me llenó de fortaleza y sabiduría cada día, dándome la oportunidad de lograr esta meta, la cual siempre soñé alcanzar.
- A Guatemala
- Mi lindo país, a quien espero con este acto aportar un grano de arena para engrandecerlo aún más.
- A mis padres
- Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt y Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón
Ya que con amor y dedicación han sido a lo largo de mi vida guía y ejemplo para saber actuar siempre con honor, dignidad, honestidad, lealtad, probidad y decoro, enseñándome de esa forma a dar siempre lo mejor de mí con esfuerzo y valentía en todo lo que emprendo; logrando así alcanzar con éxito la culminación de cada proyecto que inicio. Los amo mis viejitos lindos, me llena darles esta satisfacción y restituirles en vida todo lo que han hecho por mi.
- A mis hijos
- Estuardo y Pablo Alejandro, los dos más grandes regalos que Dios me dio, quienes son mi motivación y aliento en cada amanecer y para quienes con este logro deseo ser un ejemplo de vida, pidiendo sabiduría del cielo para continuar la linda misión que me fue encomendada, con cada actitud, palabras, gestos y caricias para poder así, saber guiarlos por el largo camino de la vida. Logrando de esta manera al igual que éste, más propósitos: míos y de ustedes, como los hemos alcanzado hasta ahora... en equipo mis amores! Quiero ser y dar lo mejor de mí en cada papel que desenvuelva ante sus ojos, siendo una buena madre, amiga, mujer, profesional y porqué no decirlo en algún momento saber llevar el rol de padre, porque me siento capaz de hacerlo y prometo jamás defraudarlos. Los amo con todas las fuerzas de mi corazón.
- A mis hermanos
- Carlitos y Patty, por su cariño y apoyo incondicional en momentos buenos y no tan buenos de mi vida, por las palabras de ánimo y por instarme a lograr este gran sueño que hoy lo he hecho realidad y el cual comparto con alegría a su lado.
Allan, quien ya es parte de mi familia y quien también ha sido un gran amigo y hermano al brindarme su aprecio y colaboración en todo momento.



Gracias, los quiero mucho.

A mis abuelos

Víctor Manuel Galindo Ordóñez
María Ester Bethancourt Ordóñez de Galindo (+)
Marco Antonio Reyes Guerrero
Zoila Ester Monzón Herrera

Por sus enseñanzas, sabios consejos y ejemplos de vida, los cuales aplico en mí, para lograr todo lo que deseo.

A mi demás familia

Con agradecimiento y cariño porque el triunfo de culminar mi carrera también lo hago suyo.

A mis amigos

Deseando de corazón que este triunfo sea una sencilla motivación para que logren alcanzar sus metas.

A los profesionales

Lic. José Alejandro Córdova Herrera,
Lic. Vladimir Osman Aguilar Guerra,
Licda. Beatriz Ofelia De León Reyes de Barreda,
Licda. Rosalba Corzantes Zuñiga de Muñoz,
Licda. María Eugenia Villagrán De León de Letona,
Lic. Héctor Emilio Méndez Fernández,
Lic. Rolando Segura Grajeda,
Lic. Mario Augusto Martínez Flores (+),
Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala,
Licda. Mirna Elizabeth García García y
Lic. Omar Ricardo Barrios Osorio,

por su apoyo incondicional y quienes me animaron siempre a esforzarme para obtener este éxito.

A la tricentenaria
Universidad de San Carlos
de Guatemala

Mi gran casa de estudios que me abrió las puertas del saber.

A la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales

Por permitirme ser parte de ella y haberme dado la oportunidad de ser orientada y guiada por tan distinguidos catedráticos y profesionales a lo largo de mi carrera, incluyendo en esta última parte, sin ser la menos importante, a esta administración.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La sociedad anónima.

1.1	Conceptos generales de sociedad	1
1.2	Definición de sociedades mercantiles	4
1.3	Clasificación y generalidades de las sociedades mercantiles	8
1.4	Sociedad Anónima	9
1.4.1	Definición	11
1.4.2	Administración de la sociedad anónima.....	12
1.4.3	Aportaciones, dinerarias y no dinerarias	13
1.5	Acciones.....	14
1.6	Responsabilidad de los accionistas.....	21

CAPÍTULO II

2. El delito de lavado de dinero u otros activos.

2.1	Definición	25
2.2	Bien jurídico tutelado	33
2.3	Sujeto activo del delito	36
2.4	Sujeto pasivo del delito	36
2.5	Objeto material	37
2.6	Consecuencias jurídicas (penas.....	38
2.7	Algunos ejemplos de la comisión del delito en el ámbito bancario –	



Financiero	40
------------------	----

CAPÍTULO III

3. Los delitos de narcotráfico.

3.1 Definición de los diferentes tipos de delitos de narcotráfico	45
3.1.1 Tránsito internacional.....	46
3.1.2 Siembra y cultivo.....	47
3.1.3 Fabricación o transformación.....	47
3.1.4 Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.....	48
3.1.5 Posesión para el consumo.....	50
3.1.6 Promoción y fomento	51
3.1.7 Facilitación de medios.....	51
3.1.8 Alteración	52
3.1.9 Expendio ilícito.....	53
3.1.10 Receta o suministro	54
3.1.11 Transacciones e inversiones ilícitas.....	55
3.1.12 Asociaciones delictivas	56
3.1.13 Procuración de impunidad o evasión	58
3.1.14 Promoción o estímulo a la drogadicción	59
3.1.15 Encubrimiento real	59
3.1.16 Encubrimiento personal	59
3.2 Bien jurídico tutelado	60
3.3 Sujeto pasivo.....	61
3.4 Consecuencias jurídicas (penas.....	61
3.5.1 Para el de tránsito internacional	61
3.5.2 Para el de siembra y cultivo.....	62
3.5.3 Para el de fabricación o transformación	62
3.5.4 Para el de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.....	62



3.5.5	Para el de posesión para el consumo.....	62
3.5.6	Para el de promoción y fomento.	62
3.5.7	Para el de facilitación de medios	63
3.5.8	Para el de alteración	63
3.5.9	Para el de expendio ilícito.....	63
3.5.9	Para el de receta o suministro	63
3.5.10	Para el de transacciones e inversiones ilícitas	64
3.5.11	Para el de asociaciones delictivas	64
3.5.12	Para el de procuración de impunidad o evasión.	64
3.5.13	Para el de promoción o estímulo a la drogadicción.....	64
3.5.14	Para el de encubrimiento real	65
3.5.15	Para el de encubrimiento personal.....	65

CAPÍTULO IV

4. El levantamiento del velo corporativo (responsabilidad extracontractual).

4.1	Responsabilidad contractual de los accionistas.....	67
4.2	Responsabilidad extra contractual de los accionistas.....	76
4.3	Definición, levantamiento del velo corporativo	80
4.4	Derecho comparado (jurisprudencia extranjera en cuanto al levantamiento del velo corporativo).....	83
4.4.1	Sentencia de 8 de enero de mil novecientos ochenta.....	84
4.4.2	Sentencia de 4 de marzo de mil novecientos ochenta y ocho	86
4.5	Análisis jurídico, sobre la figura del levantamiento del velo corporativo y su aplicación en los ilícitos penales	88
4.5.1.	Caso <u>"A"</u>	88
4.5.1.1	Resumen de la relación fáctica de los hechos punibles atribuidos... ..	88
4.5.1.2.	Análisis del caso.....	90
4.5.2.	Caso <u>"B"</u>	91



4.5.2.1 Resumen de la relación fáctica de los hechos punibles atribuidos...	91
4.5.2.2 Análisis del caso.....	92
4.5.3 Análisis Jurídico.	93
Conclusiones.....	97
Recomendaciones.....	99
Bibliografía	101



(i)

INTRODUCCIÓN

Pláceme sobre manera presentar a la consideración de usted, mi trabajo de tesis titulado “La responsabilidad extra-contractual de los accionistas en una sociedad anónima (levantamiento del velo corporativo), en los delitos de narcotráfico y lavado de dinero u otros activos”, el cual se integra del estudio realizado y de la legislación guatemalteca.

Se debe agregar que la intención no es dotar de nuevas formas de combatir este tipo de hechos ilícitos en Guatemala, sino presentar a las personas que trabajan en los mismos, una forma eficaz y efectiva para el entendimiento de la ley y sobre todo, del delito en sí, ya que el mismo tiene un carácter transnacional, y es un medio para que personas de distintas nacionalidades se enriquezcan ilícitamente a partir de su comisión.

La autora estudia someramente algunas figuras delictivas que giran alrededor del lavado de dinero y del narcotráfico, es decir, aquellos hechos que lo provocan y deben conceptualizarse como predicados. Debemos mencionar además que existen otros delitos en la doctrina los cuales no se analizarán en el contenido de la presente investigación y que son complementarios al narcotráfico y lavado de dinero u otros activos, como son el enriquecimiento ilícito y el testaferrato que no se encuentra tipificado en nuestra ley sustantiva penal vigente.

Desde el punto de vista jurídico y con base en la legislación aplicable, y doctrinario, aunque eminentemente internacional pues en Guatemala no existe material que pueda guiar hacia la solución pronta de lo planteado, se desarrollarán en toda la amplitud posible.

Es para mi muy importante que surjan diversas opiniones y así generar investigaciones profundas sobre el tema, tan necesarias en nuestro país, así como fuertes debates que constituyan fundamento para el combate y erradicación de este flagelo que tanto afecta a nuestra nación.



(ii)

Y siendo de suma importancia los temas objeto del trabajo, resulta sumamente interesante referir todo cuanto es necesario, con la finalidad de exponer con la mayor exactitud posible la cuestión que en esencia se plantea, ello dentro de las limitaciones doctrinarias y legales que existen en nuestro medio, lo cual refleja la falta de estudios realizados en cuanto al tema.

La importancia a la que hago referencia, es la que ha motivado mi interés para la elaboración de este trabajo que deseo en alguna manera pueda servir a quien esta clase de información necesite.



CAPÍTULO I

1. La sociedad anónima.

1.1 Conceptos generales de sociedad.

A manera de introducirnos en el tema como corresponde, trataremos de partir en los conceptos más generales de sociedad, hasta llegar a definir lo que en sí lo que constituye una sociedad anónima.

En el mundo del derecho civil, nos enseñan la existencia de dos tipos de personas jurídicas, las personas jurídicas individuales (llamadas impropiedades personas individuales) y las personas jurídicas colectivas (llamadas impropiedades personas jurídicas). Las primeras está representadas por las personas en su individualidad, y las segundas por las entidades que son conformadas por la agrupación de las primeras y que formalmente las conocemos como entidades de cualquier tipo, que en resumidas cuentas se conceptualizan como la asociación de dos o más personas con objetivos comunes, lo que se logra por medio de la cooperación sinalagmática de ellas mismas.

Estas asociaciones se clasifican conforme a sus objetivos, en entidades de carácter social y las de índole privada; la diferencia entre ambas consiste básicamente en que mientras las entidades de carácter social, se dirigen a la comunidad sin fines de lucro (aunque no por eso dejan de obtener fondos), las entidades privadas, promueven el comercio para la obtención de ganancias.

A estas últimas se les denomina sociedades de tipo mercantil, que se definen como el: *“Contrato consensual en virtud del cual dos o más personas, denominadas socios, se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir*



entre sí las ganancias."¹ Cabe aclarar que la sociedad en sí, no es un contrato, el contrato es el instrumento público que le da vida jurídicamente, pero la sociedad como tal no es el contrato, sino el conjunto de personas, que ya sea en una forma personalista o accionada, conforman la misma con un objetivo general el cual es la repartición de las ganancias que se obtengan, toda vez que su constitución responda propiamente al ánimo de lucro.

En *latu sensu* el término sociedad conserva su sentido original. Así lo expresa Guillermo Cabanellas al indicar que sociedad es: "*Cualquier agrupación o reunión de personas o fuerzas sociales. Conjunto de familias con un nexo común, así sea tan sólo el trato. Agrupación natural o convencional de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales, que cumple, con la cooperación de sus integrantes, un fin general, de utilidad común*".² En *strictu sensu* y propiamente dentro de la rama de derecho mercantil la sociedad (mercantiles), son aquellas sociedades bajo forma mercantil.

Desde un punto de vista más social que jurídico, las sociedades se fundamentan fácticamente en la convivencia, las relaciones interpersonales y la permanencia y estabilidad de éstas; están integradas por núcleos humanos que cooperan en la consecución de un fin común además de asegurar la satisfacción de sus necesidades personales dentro de un área geográfica determinada.

Su actuación se sustenta en relaciones y procesos, evitan la inconexión, la temporalidad (aunque en este aspecto debemos considerar la existencia de sociedad constituidas a un plazo determinado), y lo fortuito que se manifiesta en grupos ocasionales como la multitud, los espectadores y los transeúntes.³

Las principales características de las sociedades son el carácter plurilateral, la denominada sinalagmaticidad, su duración y así como la individualidad que como entes

¹ Codera Martín, José María. **Diccionario de Derecho usual**. Pág. 304.

² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 14^a. Ed. Tomo V. Pág. 210.

³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 14^a. Ed. Tomo V. Pág. 210.



poseen independientemente de sus miembros, esto es, la influencia que reciben de sus miembros individualmente considerados expresados de manera conjunta.

En cuanto a la duración, debemos entender que toda sociedad existe después que ha sido creada no importando si está inscrita o no (recordemos el caso de las sociedades irregulares y de hecho), las cuales se pueden establecer durante un período determinado, permitiendo el ingreso de nuevos socios o la separación de alguno de los integrantes sin llegar a su disolución.

Por último, y sin ser menos importante, el reconocimiento público y legal obtenido a través de la obtención de su personalidad jurídica propia e independiente de la de sus integrantes. Esta última por la importancia que posee, es considerada como una de sus principales características toda vez que como la propia definición de personalidad jurídica establece, esta es la investidura jurídica que permite a las sociedades ingresar al mundo del derecho, esto es, ser sujeto de derechos y obligaciones establecidas en nuestra legislación.

Para finalizar, consideramos conveniente mencionar que en si mismas, las sociedades son un fenómeno humano generado por el hombre, el cual les da vida a través de la suya propia y de sus actividades.

Recordemos en este punto que el hombre primitivo ve la necesidad de agruparse en pequeños grupos que posteriormente conforman otros más grandes y que ahora conocemos como Estado. En tiempos modernos, esta necesidad continúa latente.

Mas, formalmente su apareamiento en el contexto jurídico, se remonta a la época del Derecho Romano definiéndolas como las: "*Societas est corpus mysticum ex*



pluribus nominibus conflatum”, o sea la sociedad es un cuerpo místico compuesto por varias personas⁴.

Actualmente, bajo el amparo de la legislación civil y mercantil, se considera mas como un contrato mediante el cual existe aportación de bienes por parte de dos o más personas con fines de lucro. “Es un contrato peculiar que da origen a un nuevo sujeto de derecho que no se confunde con cada uno de los socios, y que es titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por estos.”⁵ Pero insisto que la sociedad no es el contrato en si, si no se constituye formalmente en este, además de pertenecer al derecho privado toda vez que el estado interviene en relación de coordinación y no subordinación.

Según el Doctor Vladimir Aguilar “todas las personas que se asocian han de contribuir a la realización del fin común, la sociedad se funda en la comunidad de contribución, es decir en la promoción del fin social, y esto requiere que todos y cada uno de los socios se obliguen a realizar una aportación idónea para alcanzar el fin buscado.”⁶

Por último, las sociedades son divididas en dos grandes ramas, a saber: sociedades civiles y sociedades mercantiles; en el presente trabajo me dirijo específicamente a las segundas, por ser en estas donde se manifiesta plenamente la peculiaridad de la figura en estudio, es decir, el levantamiento del velo corporativo en la comisión de los delitos de narcotráfico y lavado de dinero u otros activos.

1.2 Definición de sociedades mercantiles

La sociedad mercantil se define como: “...*dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será*

⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 14^a. Ed. Tomo V. Pág. 210.

⁵ Garrone, José Alberto. **Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot**. Pág. 697.

⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **La sociedad anónima**. Pág. 5



*mercantil cualquiera que fuere su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio.*⁷

Guillermo Cabanellas la define como la: “...*asociación de personas y bienes o industria, para obtener lucro en una actividad comercial...*”⁸(latu sensu); y segundo, como el: “*contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común bienes o industrias, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda resulta...*”(strictu sensu). Además agrega que: “...*aunque sea un contrato, en su actividad y desarrollo, ha de enfocarse como empresa o institución; ya que existe un conjunto de elementos personales (socios de varias clases y administradores o gerentes, y empleados o auxiliares), reales (capital o industria), además de los formales (escritura social y estatutos), para conseguir un objetivo (el ramo que se explote) y lograr beneficios.*”⁹

La razón de ser de las sociedades mercantiles es específicamente el ánimo de lucro, es decir, la obtención de utilidades o beneficios económicos; para esto debe tomar una de las formas mercantiles que se encuentran definidas en el código de comercio, obteniendo una personalidad jurídica propia independiente de los miembros que las conformen (sea de tipo personalista o accionaria), que le permitirá como persona independiente adquirir derechos y contraer obligaciones.

El régimen correspondiente a las ganancias y pérdidas obtenidas en su desarrollo se deberá encontrar plenamente definido en el contrato social, no debiendo incluirse cláusulas leoninas que son nulas *ipso jure*, en todo caso, deberán ser repartidas entre todos los miembros como lo establece el propio Código de Comercio en caso de finalización de ejercicio o disolución social.

Singular importancia posee el requisito fundamental de su constitución, ya que ésta debe ser dotada de solemnidad a través de la autorización de una escritura

⁷ Codera Martín, José María. **Diccionario de Derecho Mercantil** Pág. 308.

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 14^a. Ed. Tomo V. Pág. 224.

⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 14^a. Ed. Tomo V. Pág. 224.



pública, debiendo ser inscrita con base en el testimonio de dicho instrumento en el Registro Mercantil, a saber: *“Debe celebrar su constitución a través de un acto solemne, plasmándolo literalmente en una escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil. De igual manera quedarán inscritas todas las modificaciones que afecten el acto de constitución y su respectivo registro, guardando siempre la misma formalidad procesal.”*¹⁰

Ahora bien, se debe tener la claridad para diferenciar lo que corresponde a una sociedad mercantil y a una sociedad civil de forma que esta confusión a la que podrían prestarse sea desechada por completo, toda vez que si bien es cierto tienen varias cosas en común, también lo es que sus diferencias marcan características específicas que no pueden confundirse; esto puede efectuarse a través de los denominados criterios subjetivos, criterios objetivos, criterios personalistas, criterios formales y criterios prácticos.

Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, clarifica estos criterios en la forma siguiente: “...1°. **El subjetivo**, considera mercantiles las integradas por comerciantes; y que ofrece la doble debilidad de sociedades civiles constituidas por comerciantes (como la formada para labrar una finca) y las mercantiles integradas por civiles (como la generalidad de los accionistas de las sociedades anónimas); 2°. **El objetivo**, apoyado en el carácter de las operaciones mercantiles, que parece el más técnico; 3°. **El personalista**, que se inclina a que las que gocen de personalidad jurídica deben ser mercantiles, mientras sólo serían civiles las de hecho; lo cual pugna con la legislación positiva, que en códigos civiles y mercantiles rige sociedades con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones; 4°. **El formal**, que estima compañías mercantiles las que revisten esta forma, aunque su objeto sea civil; en pugna con el Código Civil español al menos, que autoriza a las sociedades civiles para adoptar todas las formas reconocidas por el Código de Comercio, en cuyo caso se les aplican sus reglas, de no ser incompatibles con las del texto civil; 5°. **El**

¹⁰ Codera Martín, José María. **Diccionario de Derecho Mercantil**. Pág. 308.



práctico, que estima mercantiles y sólo tales las inscritas en el Registro Mercantil...¹¹(Los resaltados no aparecen en el texto original).

A mi criterio, para encontrar esta diferencia en nuestro país, considero que el criterio objetivo, formal y práctico son los más aplicables.

Las sociedades mercantiles funcionan conforme a un esquema enteramente especulativo, se orientan a la obtención de lucro, son considerados por nuestra ley interna como comerciantes de tipo social.

Dentro del contexto económico mundial, en la actualidad, las sociedades mercantiles desempeñan un papel de mucha importancia; desplazando de su actuación comercial a los empresarios individuales cada día con mayor ímpetu. Las razones son básicamente dos: “...*la concentración industrial y comercial características de la economía de nuestra época y la progresiva inclinación hacia formas de organización de responsabilidad limitada...*”¹²

Una sociedad mercantil, puede constituirse con el fin de crear una fabrica, un almacén, una cantera, una finca de producción agrícola, una empresa de seguros o cualquier otra de tipo industria o de comercio; puede organizarse con la intención de desarrollarse en cualquiera de las áreas lucrativas de la sociedad actual, siempre y cuando se ubiquen dentro del marco legal. Es necesario que todas las entidades de este tipo conserven siempre las mismas formalidades en cuanto a su constitución, pactos y condiciones, sin importar el campo en el cual se realicen; deben hacerlos constar en escritura pública e inscribirlos en el Registro Mercantil, caso contrario se consideran de hecho o irregulares.

A los integrantes de una sociedad mercantil (nos referimos obviamente a los que no forman parte del personal administrativo de la misma), reciben el nombre de socios

¹¹ **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.** 14ª. Ed. Tomo V. Pág. 224 y 225.

¹² Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho Mercantil.** Pág.49.



cuando nos referimos a sociedades de tipo personalista y accionistas en las sociedades por acciones y tienen a su cargo su conformación, organización e institución.

Como resultado de esta exposición, debemos concluir que en Guatemala, la ley expresamente prohíbe las sociedades unimembres, toda vez que esto anularía a la propia sociedad, de hecho existen, y es por medio del levantamiento del velo corporativo que estudiaremos a continuación que encontraremos precisamente ese tipo de sociedades que dicho sea de paso, deberían ser liquidadas de conformidad con la ley, siendo inobjetable su existencia.

Estas sociedades unimembres, no reguladas en Guatemala se definen como: *“...las personas naturales o jurídicas componentes de una sociedad. Su responsabilidad varía según el tipo de sociedad. No podrán hacer pactos reservados, si no que todos deberán constar en la escritura social.”*¹³

1.3 Clasificación y generalidades de las sociedades mercantiles.

De conformidad con el Artículo 10 del Código de Comercio, las sociedades mercantiles en Guatemala, para ser denominadas como tales pueden tomar cualquiera de las siguientes formas permitidas:

- a. La sociedad colectiva;
- b. La sociedad en comandita simple;
- c. La sociedad de responsabilidad limitada;
- d. La sociedad anónima; y,
- e. La sociedad en comandita por acciones.¹⁴

¹³ Codera Martín, José María. **Diccionario de Derecho Mercantil** Pág. 309.

¹⁴ Decreto número 2-70. **Código de Comercio**, Guatemala.



“Cada una de estas disfruta de personalidad jurídica independiente de la de sus integrantes y de cualquier otro ente, individual o jurídico, que se relacione con su existencia; autonomía de voluntad privada, establecida a través de sus estatutos, los cuales conforman las reglas básicas de su gestión y desarrollo; entre otras cosas.”¹⁵

Por otro lado permite su clasificación doctrinaria dependiendo del criterio con el cual las estemos evaluando, así existen sociedades personalistas o accionistas (dependiendo si nos referimos a personas o acciones, Vr. personalista: sociedad colectiva; accionista: sociedad anónima); capital fijo y capital variables (esta última la sociedad de inversión); las bancarias, financieras, bursátiles, etcétera que en este punto son catalogadas como especiales.

Es importante en este punto resaltar que al referirnos a la investigación penal de los delitos como los que expondremos posteriormente, esta clasificación reviste de singular importancia toda vez que de conformidad con el tipo de sociedad mercantil que estemos enfrentando es como la figura del levantamiento se configurará o no. Y ya que es precisamente en las sociedades accionadas donde su utilización es precisa, centrare la atención en el análisis de ellas para determinar porque existe este velo, que nos permitirá posteriormente proceder a levantarlo.

1.4 Sociedad anónima.

Se dice que la importancia de la sociedad anónima, radica exclusivamente en el hecho que, los miembros que la conforman, responden a sus obligaciones sociales dependiendo de la cantidad de acciones que poseen. Esto quiere decir que, los socios que en este tipo de sociedades se les conoce como accionistas o socios accionistas, responderán exclusivamente al aportado que a su ingreso en la misma pudieron haber otorgado y no más.

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 14^a. Ed. Tomo V. Pág. 224 y 225.



A diferencia de otros tipo de sociedades, en esta la responsabilidad no es subsidiaria, sino es individual dependiendo del monto de los acciones que cada persona que lo conforma posee.

De suma importancia también es el mencionar que en este tipo de sociedades rara vez se sabrá quien es el verdadero poseedor de la parte alícuota de la entidad correspondiente a cada acción; por lo regular, se sabrá quienes son sus representantes, su consejo de administración más no quienes son sus accionistas, a excepción de las sociedades anónimas bancarias o financieras que de conformidad con la ley de la materia, cuando el accionista posee mas del cinco por ciento o desea adquirir más del cinco por ciento de las acciones de esta entidad anónima especial, debe ser registrado en la Superintendencia de Bancos, quien dará su visto bueno a ese respecto.

Parte de la razón que conmueve a realizar la presente investigación es esa precisamente, toda vez que en determinado momento personas individuales escondiéndose detrás del velo que la sociedad anónima les permite cometen una serie de actos ilícitos relacionados con diferentes tipos penales y en nuestro caso de narcotráfico y lavado de dinero u otros activos. Es por eso que, con el fin de evitar impunidad, debe levantarse ese velo con el fin de descubrir quienes son en realidad las personas que se benefician de esa cobertura que les ofrece una sociedad de este tipo.

Vale la pena mencionar, sin embargo, que el hecho que existan personas que la utilicen en la forma indicada, también lo es que este tipo de sociedades ha beneficiado a una creciente población económicamente activa al permitir inversiones en su propio beneficio y del país.

Para efectos del presente trabajo, me circunscribiré a definir esencialmente a este tipo de sociedad sin profundizar tanto en el tema, toda vez que ha sido sujeto de diferentes investigaciones con beneficiosos resultados. El interés, es únicamente ubicarnos en el tema que relatamos para el mejor entendimiento de aquel que aún no



ha tenido acercamiento al mismo, pero se ve necesitado de una solución precisa concreta y conteste a la misma.

1.4.1 Definición.

El Código de Comercio, decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece en sus Artículos 86 y 87 que, sociedad anónima es: *“Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito... La sociedad anónima se identifica con una denominación, la que podrá formarse libremente, con el agregado obligatorio de la leyenda: Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S. A.”*. De la lectura de los artículos indicados, se colige que la situación en la cual se encuentra sumida este tipo de sociedad, posee ciertos regímenes especiales que la caracterizan, entre otros, que todo su capital se divide y representa por acciones, así como que cada persona que haga un aporte tiene derecho a tal cantidad de acciones y a su vez indica hasta donde se encuentra su obligación. Para ilustrar de mejor forma lo indicado me permito citar como ejemplo el hecho que una persona X decida adquirir acciones de una sociedad anónima con cualquier denominación. Al momento de su adquisición, entrega un vehículo valorado en cien mil quetzales. El valor de cada acción se fijó en diez mil quetzales previamente, y en ese sentido se le entregan a cambio de su aporte diez acciones por esa cantidad. Ahora bien, resulta que la sociedad anónima por diferentes razones no cumple su objetivo principal de beneficiar a todos sus miembros por medio de las utilidades al final del período, por el contrario ocurre una pérdida que debe ser pagada íntegramente por la misma.

Si el caso anterior se refiere a un tipo de sociedad como la colectiva, los socios deben de responder con su propia capital de la obligación adquirida. Sin embargo, en la anónima no es así, pues el accionistas es responsable hasta el monto de sus diez acciones compradas, o sea hasta cien mil quetzales y no más.



Joaquín Rodríguez Rodríguez, en su obra “Derecho Mercantil”, define a la sociedad anónima en la forma siguiente: “*es una sociedad mercantil con denominación, de capital fundacional dividido en acciones, cuyos socios limitan su responsabilidad al pago de las mismas...*”¹⁶, cabe agregar que la denominación socios es incorrecta, toda vez que como ya vimos deben tenerse como socios accionistas o no accionistas. La utilidad del concepto socios se limita a las sociedades de personas o de tipo personalista. En cuanto al capital fundacional pareciera ser que la definición se limita a determinar al capital con el cual se fundó la sociedad anónima, sin embargo, consideramos que esa forma de nombrarlo es incorrecta, pues el capital que ingrese posteriormente a dicha sociedad y no solo el fundacional será representado por acciones.

Nótese la diferencia entre el concepto del profesor mexicano y la de nuestro código de comercio, al mencionar el primero “*...de capital fundacional dividido en acciones...*”, mientras que nuestro código indica: “*...dividido y representado por acciones...*”, esto se explica porque nuestra ley no solo orienta la definición al capital fundacional sino a toda el capital que tenga relación con la propia sociedad anónima.

1. 4.2 Administración de la sociedad anónima.

Previo a entrar específicamente en la forma de administración de la sociedad anónima, es importante mencionar que órganos conforman por imperativo legal la misma, para detenernos en nuestro objetivo principal.

Las sociedades anónimas poseen tres órganos principales denominados el órgano supremo constituido por la asamblea general de accionistas que deben reunirse por lo menos una vez al año, en forma extraordinaria o totalitaria, el de fiscalización al que le corresponde la auditoria de la entidad mercantil y el de administración que es el que ejecuta las decisiones de la asamblea y se encarga como su propio nombre lo

¹⁶ Ibid pág. 77.



indica de administrar a la sociedad. No podemos olvidar tampoco el mencionar a los denominados ejecutores especiales que son nombradas como tales para el ejercicio de determinada diligencia con exclusividad.

1. 4.3 Aportaciones, dinerarias y no dinerarias¹⁷.

A pesar de las diferentes clasificaciones que se han presentado acerca de las aportaciones, consideramos que nuestro código de comercio, las clasifica básicamente en dos las dinerarias y las no dinerarias.

En cuanto a las primeras se refiere a aquellos aportes efectuados en efectivo o cualquier otra forma legal que se encuentre aprobada siempre y cuando la cantidad a recibir por la sociedad sea en dinero, o dicho en otra forma que no necesite de requisitos adicionales para ser tenida como tal. Aunque parezca repetitivo, considero que es fundamental indicar que este monto será el que posteriormente se transforme en acción toda vez que por el monto del valor a aportar, será el monto de las acciones que como tal tendrá el futuro accionista.

En cuanto a las segundas, se refiere a todas aquellas que no son entregadas en efectivo. En este se incluyen las aportaciones de bienes muebles, inmuebles e incluso créditos que tenga a su favor la persona que desea formar parte de la sociedad. En cuanto a esto último resulta del sumo importante indicar que cuando se aportan créditos deben responderse no solo del crédito en si sino de la solvencia del deudor. Esto resulta lógico si tomamos en consideración que al momento de hacer el aporte, la sociedad que lo recibe lo hace de buena fe, entiende que la persona que esta haciendo el aporte no desea inducirlos a error o a engaño, por tanto quien realiza este tipo de aporte debe responder, en caso su deudor no honre el crédito, con sus propios recursos.

¹⁷ Artículo 27, 28 y 29 Código de Comercio.



Por otro lado, el aporte no dinerario tiene como característica fundamental el ser justipreciado e incluido en la escritura constitutiva de la sociedad o en el inventario adjunto a la misma. El incumplimiento de este requisito hace inválido cualquier aporte que se efectúe. El importe por el cual se justiprecie el inmueble de mérito, será igual que en el caso de las aportaciones dinerarias, la cantidad de acciones que reciba.

En cuanto al presente trabajo, consideramos mencionar este tipo de aportes pues es en este preciso momento cuando comienza la transacción ilícita que permitirá la comisión de ilícitos con posterioridad. Recordemos que la sociedad anónima se encuentra cubierta por un velo; es este velo el que permitirá el aporte de cualquier bien sea cual sea su procedencia, para luego transformarse en acción y si esta es al portador será mucho mas difícil su detección.

Tal es la importancia de estudiar de los aportes desde el punto de vista de quienes escriben, toda vez que para erradicar el tipo de ilícito investigado debemos efectuarlo de raíz, es decir, desde sus mismos orígenes como en el presente caso.

1.5 Acciones.

Las acciones en que se divide el capital de una sociedad anónima, están representadas por títulos nominativos o al portador que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. Las acciones deben ser de igual valor y conferir idénticos derechos, sin embargo, en la escritura constitutiva de la sociedad puede estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales observándose siempre que no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en la utilidad. Se entiende entonces que cada acción tendrá derecho a un voto, pero también, en el contrato social, podrá pactarse que una parte de las acciones solamente tenga derecho de voto en las asambleas extraordinarias.



Cada acción es indivisible. Nuestro código de comercio acepta la copropiedad como una forma que varios propietarios accedan a la misma acción debiendo como único requisito nombrar un representante común, en caso que no puedan ponerse de acuerdo en quien será, el juez lo podrá resolver. Este representante no puede efectuar ninguna diligencia con dicha acción, es decir, no puede gravar ni disponer de la acción como con cualquier título valor, únicamente podrá efectuar las diligencias que le sean requeridas como tales.

Antes de conferir los documentos definitivos que contienen las acciones correspondientes, los accionistas recibirán certificados provisionales que como requisito *sine qua non* serán siempre nominativos, los que deberán ser entregados al recibir los definitivos.

De conformidad con nuestra ley sustantiva atinente¹⁸ tanto los títulos de las acciones como los certificados provisionales deben contener:

1. La denominación, domicilio y duración de la sociedad.
2. La fecha de la escritura constitutiva, lugar de su otorgamiento, notario autorizante y datos de inscripción en el Registro Mercantil.
3. El nombre del titular de la acción, si son nominativas.
4. el monto del capital social autorizado y la forma en que éste se distribuirá
5. El valor nominal, su clase y número de registro.
6. Los derechos y las obligaciones particulares de la clase a que corresponden y un resumen inherente a los derechos y obligaciones de las otras clases de acciones si las hubiere.

¹⁸ Artículo 112, Código de Comercio.



7. La firma de los administradores que conforme a la escritura social deban suscribirlos.

El mismo cuerpo legal¹⁹ obliga a la creación de un registro de acciones nominativas o certificados provisionales en las sociedades anónimas que contenga:

1. El nombre y el domicilio, del accionista, la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades.
2. En su caso, los llamamientos efectuados y los pagos hechos.
3. Las transmisiones que se realicen.
4. La conversión de las acciones nominativas o certificados provisionales en acciones al portador.
5. Los canjes de títulos.
6. Los gravámenes que afecten a las acciones.
7. Las cancelaciones de éstos y de los títulos.

En cuanto a la forma en que deba llevarse el registro el código es amplio, por lo que puede ser considerado incluso en forma electrónica.

Cabe preguntarnos a quien considerará entonces la sociedad como propietario de las acciones. Para el efecto tendríamos que determinar primero si la misma es nominativa o al portador. Si es nominativa entonces será de quien aparezca inscrito como tal en el registro mencionado. Si es al portador, la persona que lo porte no importando quien sea.

¹⁹ Artículo 125, Código de Comercio.



En cuanto a la transmisión si la acción es nominativa el endoso deberá ser inscrito en ese mismo registro, mientras que las que son al portador circulan por la simple tradición.

¿Qué representa una acción? Nuestro Código de Comercio, señala en su Artículo 105 los derechos y que la acción confiere a sus titulares en la forma siguiente:

1. Participar en el reparto de las utilidades sociales y del patrimonio resultante en la liquidación.
2. El derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones.
3. El de votar en las asambleas generales.

Debemos mencionar además el derecho de participar en las asambleas que le correspondan, y otros que se deriven de la escritura social.

Aunque existan tantas clasificaciones como autores han intentado describirlas, nosotros tomaremos la que se refiere a su forma de circulación. Dentro de estas tomaremos las que se refieren a las acciones nominativas y al portador.

La diferencia fundamental entre ambas es el nombre de la persona que posee la acción, que no solo debe aparecer en la acción en el caso de las nominativas, sino además de estar anotadas en los libros habilitados para el efecto.

Vale la pena, sin embargo, anotar que actualmente existe el fenómeno denominado la desmaterialización de los títulos valores, lo que constituye una novedad para nuestro derecho. En este tipo de casos los títulos no existen materialmente pues



se encuentran ingresados en forma electrónica, y el ejercicio de sus derechos incluso puede ser efectuado en esa misma forma.

A pesar de lo indicado se considera interesante nombrar la clasificación Blanca Estela Bernal Escoto y María Elizabeth Ojeda Orta, en su trabajo de investigación denominado “sociedad anónima”²⁰ en la que mencionan la amplia clasificación siguiente, obviamente guardando las distancias entre el derecho mexicano y el nuestro:

“Acciones que forman parte del capital social

- Las acciones de capital numerario, son las que se exhiben en efectivo.
- Las acciones de capital de especie, son aquellas que habrán de exhibirse en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.
- Las acciones nominativas, son aquellas en las cuales consta el nombre del socio o accionista; serán negociables cuando puedan circular de acuerdo con el contrato social; serán no negociables cuando el contrato social no permita su circulación. En México, las acciones siempre serán nominativas.
- Las acciones al portador, son aquellas en las cuales no consta el nombre del socio o accionista, sólo en el extranjero.
- Serán sencillas, cuando el título principal represente una acción
- Serán múltiples, cuando el título principal represente dos o más acciones.
- Las acciones liberadas, son aquellas que han sido exhibidas totalmente.
- Son acciones pagaderas, aquellas que han sido exhibidas en su totalidad.
- Son acciones ordinarias, aquellas que confieren a sus poseedores legítimos los derechos y obligaciones establecidos en el contrato social.
- Serán privilegiadas, las que confieren derecho especial respecto de las ordinarias, por ejemplo acumulativas, es decir, tendrán dividendo acumulativo:
- En otras palabras en los ejercicios que reportan pérdida, no cobrarán dividendos, pero en aquellos que exista utilidad gozarán de dividendos por el

²⁰ Págs. 12-15. Consultado en www.monografia.com, el 04 de febrero del 2007.



ejercicio o ejercicios que reportarán pérdida y además por aquel que reporto utilidades.

- Son convertibles, las que nacen con un privilegio especial por ejemplo, al constituirse la sociedad X las acciones serie “B” gozarán de dividendo acumulativo, pero al finalizar el décimo ejercicio social se convertirán en acciones ordinarias.
- Acciones preferentes, son aquellas que cobran los dividendos con prioridad a las demás acciones.
- Las acciones privilegiadas tienen voto limitado, es decir, no podrán votar en las asambleas ordinarias y en las extraordinarias podrán hacerlo solamente en los puntos que permite la LGSM.
- Acciones con valor nominal son las que en el mismo título indican su valor, además se puede determinar el valor en libros y conocer el valor de mercado.
- Acciones sin valor nominal. Las acciones también pueden carecer de valor nominal. En este caso se les conoce como “acciones sin valor nominal”. La ventaja de estas acciones es que puede aumentarse o disminuirse el capital social, sin necesidad de cambiar o resellar notarialmente los títulos representativos de las acciones. Para conocer el valor en libro de estas acciones, basta dividir el capital contable o patrimonio social entre el número de las acciones que integran el capital.”

Mas adelante mencionan acciones que no forma parte del capital social, como por ejemplo las acciones de goce, los bonos de fundador y las acciones de trabajo que nos incluimos por encontrarse fuera del tema que nos compete.

Una parte que si nos parece fundamental es la amortización de las acciones: ¿Cómo se amortiza una acción? Antes de contestar esta interrogante debemos entender que amortizar es un concepto que a nivel general (nos referimos aquí a las personas que no tienen relación con el ámbito del derecho societario), se interpreta



como el pagar por ejemplo una deuda bancaria en forma mensual. Se entiende entonces amortizar como cumplir con el pago del crédito como honrar el crédito.

El concepto en derecho mercantil no es tan alejado al que se maneja comúnmente pero si lo consideramos entenderíamos como que es el pago que el accionista hace de su acción. Sin embargo, este concepto se encuentra definido en nuestra ley como los **llamamientos**, es decir, el momento en que la sociedad requiere del accionista el pago de lo que le corresponde incluso judicialmente.

Amortizar es reintegrar o devolver a un accionista el importe de su aportación más la utilidad proporcional o menos la pérdida proporcional²¹. En este caso nuestro Código de Comercio, señala en su Artículo 112 las reglas que deben observarse en el caso de las amortizaciones, a saber:

1. Sólo podrán amortizarse acciones íntegramente pagadas.
2. Si la amortización es por reducción de capital deberá ser acordada por la asamblea general, previa la formulación de un balance general, para determinar el valor en libros de las acciones.
3. Si la amortización de determinada clase o serie de acciones estuviera prevista en la escritura social, la amortización se hará en las condiciones que determina dicho instrumento, las que deberá constan en los títulos de las respectivas acciones.
4. La amortización de acciones no reguladas en la escritura social se hará en la forma que determine la asamblea general extraordinaria, al resolver sobre reducción de capital y de acuerdo con lo que dispone el Artículo 210. La designación de las acciones que deban ser amortizadas, se hará por sorteo ante notario.

²¹ Ibid. Pág. 15.



5. Salvo disposiciones en contrario de la escritura social, el valor de amortización de cada acción será su valor en libros, según el balance que se mencionó en el inciso 2.
6. Los títulos de acciones amortizadas quedarán anulados y en su lugar podrán emitirse certificados de goce, cuando así lo prevenga expresamente la escritura social o la resolución de la asamblea general.
7. El derecho del tenedor de acciones amortizadas, para cobrar el precio de las acciones y, en su caso, el de recoger los certificados de goce, prescribirá en diez años, a contar de la fecha de publicación del acuerdo de reducción de capital.

Este proceso podría ser utilizado también por los lavadores de dinero toda vez que por medio de esta figura de amortización, el capital que fue ingresado ilícitamente se transforma en dinero lícito, al ser entregado por la sociedad a la persona cuya acción será amortizada. Es por eso que lo mencionamos en este punto.

1.6 Responsabilidad de los accionistas.

Nos detendremos ahora a conocer la responsabilidad que los accionistas tienen ante las obligaciones de una sociedad anónima, tratando de acercarnos a las figuras ilícitas centrales en nuestra investigación. De conformidad con lo investigado, podemos dividir la responsabilidad de los accionistas como responsabilidad contractual y responsabilidad extra contractual.

Aunque mas adelante volveremos a este punto, consideramos conveniente antes de iniciar el estudio de las figuras ilícitas dar una somera vista a cada una de ellas pues serán éstas en las cuales gira la totalidad del presente trabajo de investigación.



La responsabilidad contractual de los accionistas se encuentra establecida específicamente en el propio contrato societario, y en aquellas obligaciones que les son señaladas por el código de comercio. Aunque no se señala específicamente para la sociedad anónima, dicho cuerpo legal establece en su Artículo 31 que en las sociedades las obligaciones sociales se garantizan con todos los bienes de la sociedad y únicamente los socios responde con sus propios bienes en los casos que el código especifica. La norma se encuentra creada para que su estudio conlleve a todos los tipos de sociedades mercantiles que nuestro código señala. Así por ejemplo, en el caso de la sociedad colectiva, los socios cuando la sociedad no pueda cumplir con sus obligaciones responderán en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria. En el caso de la de responsabilidad limitada, se responderán con el patrimonio de la sociedad y en su defecto en la suma que a más de las aportaciones convenga la escritura, pues sus socios solo están obligados el pago de sus aportaciones. Sin embargo, en el caso de la sociedad anónima no es así, pues la responsabilidad esta limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito y nada más. De esto resulta entonces que no se puede, en teoría, solicitar el cumplimiento de las obligaciones sociales a los accionistas toda vez que no tienen responsabilidad más allá de sus propias acciones, y en todo caso si la tuvieran, ¿cómo determinamos contra quien deberíamos entablar nuestra pretensión?

De esta forma, para el accionista de una sociedad anónima, puede obviar el responder a sus obligaciones cubriéndose con la figura del velo corporativo.

Ahora bien, en la actualidad se estudia la posibilidad de la existencia de la responsabilidad de carácter extra contractual, es decir, aquella que deviene no del contrato societario como accionista, sino el que tiene al momento de determinarse que dicha sociedad ha cometido ilícitos tanto penales como de cualquier otra índole en detrimento de una tercera persona.



Esta responsabilidad deviene del propio levantamiento de ese velo corporativo que mencionamos antes toda vez que será aquí donde el accionista no podrá obviar su responsabilidad una vez determinada.

Aunque esta responsabilidad no figura propiamente en nuestra legislación como tal, existe en determinados casos como en los delitos que analizaremos a continuación, es decir, en los de narcotráfico y en el lavado de dinero, donde no solo es posible este levantamiento, sino que existe una sanción penal contra la propia persona jurídica, situación que por el propio hecho que la persona jurídica es una ficción legal (por cuanto no existe como persona propiamente dicha, sino en cuanto a asumir ciertos derechos y ciertas obligaciones como tal; por ejemplo, no podemos concebir que una persona jurídica contraiga matrimonio o se divorcie), es motivo para futuras investigaciones definiendo el problema como: ¿Es posible la sanción a una persona jurídica?

De esta forma entonces, procuraremos entrar ahora al estudio de ambos delitos, el lavado de dinero u otros activos y los de narcotráfico que por formar un conjunto serán analizados en forma independiente a luz de la propia legislación atinente el tema, entendiéndose que como delito definimos a la acción, con tipicidad, antijurídica con culpabilidad e imputable.





CAPÍTULO II

2. El delito de lavado de dinero u otros activos.

2.1 Definición.

Nos permitiremos introducir ahora en la materia esencial de lo que constituye la figura ilícita denominada por nuestra legislación sustantiva penal como lavado de dinero u otros activos.

Cuando escuchamos la expresión lavado de dinero en la actualidad, concebimos la idea de personas que mediante procedimientos anómalos introducen capitales ilícitos dentro de la economía nacional, sin embargo, esta concepción, aunque no es errónea, no es suficiente para encontrar la esencia de la figura mencionada y establecer las diferencias que hacen que sea distinta a conceptos similares.

Desde esta perspectiva, y por no ser el objetivo principal del presente trabajo el estudio pormenorizado tanto jurídico como doctrinario del lavado de dinero u otros activos, me he permitido anotar algunas definiciones que han sido propuestas por diversos autores y fueron compiladas por el Doctor Carlos Aránguez Sánchez en su obra “El delito de blanqueo de capitales”²². Así para Raúl Tomás Escobar, el lavado de dinero es el procedimiento subrepticio, clandestino, espurio, procedente de actividades ilícitas (Vr. armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria narcotráfico), son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácticamente hábiles. Para Eduardo Fabián Caparros, es el proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cual sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva

²² Carlos Aránguez Sánchez, “El delito de blanqueo de capitales”, Pág. 32 y ss.



concesión a la misma de una apariencia de legalidad. Aliene Chang y Andrew M. Herscowitz, lo consideran como el proceso por el cual se oculta la existencia, el origen y la inversión de ingresos ilegales, y se encubren para que parezcan legales.

Por otro lado, el doctor Isidoro Blanco Cordeo, en su obra “El dolo en el delito de blanqueo de capitales”, define a esta figura como el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma ilícita.

En nuestra opinión la definición del doctor Raúl Tomas Escobar, es la que se presenta como la más completa entre las presentadas por tanto nos permitiremos analizar este criterio: el doctor Escobar, menciona que el lavado de dinero o blanqueo de capitales, es un procedimiento. Este quiere decir que tiene una forma de llevarse a cabo, pasos plenamente establecidos uno después del otro que conllevan a un fin determinado que es la introducción de capitales ilícitos.

El Grupo de Acción Financiera Internacional, organismo encargado de velar por la prevención, sanción y erradicación de este delito a nivel internacional, menciona tres pasos que sigue el proceso de la lavado de dinero en la forma siguiente: a) colocación: que es el procedimiento por el cual se realiza el primer movimiento de dinero ya sea en efectivo o de cualquier tipo de ganancia de procedencia ilícita cambiando su forma inicial, y colocándose mas allá del alcance de las autoridades del orden. Se dispone físicamente del dinero.²³ Dicho en otras palabras es la introducción del dinero ilícito a la economía, la cual no puede ser encuadrada a formas específicas toda vez que el único limite que se tiene en la comisión de este ilícito es la imaginación de lavador; b) estratificación: es la etapa donde se oculta el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numerosas transacciones financieras.²⁴; y, c) integración: es la introducción de los bienes criminales obtenidos en la economía legal

²³ Programa de capacitación sobre la ley de lavado de dinero u otros activos y su reglamento.

²⁴ Ibid.



sin levantar sospechas y otorgando apariencia de legitimidad en cuanto a su origen. En otras palabras, las actividades ilícitas ingresan al circuito normal de capitales o bienes y luego son usufructuados mediante un sin fin de actividades.

El procedimiento descrito posee tres características principales mencionadas por el autor de la definición que se realiza, que es subrepticio, o sea que oculta un hecho para obtener lo que de otro modo no se conseguiría; clandestino, es decir, secreto, oculto o efectuado ilícitamente; y, espurio falso, adulterado.

Adicionalmente, y quizás la característica principal de este delito, es que la procedencia del capital debe ser ilícita, es decir, operaciones que podrían constituir delito.

En Guatemala, durante los años de vigencia de este tipo penal ha sido objeto de extenuante discusiones, en virtud de los diversos criterios judiciales que concluyen que el delito precedente (o predicado), debe ser cometido y probado en juicio como requisito *sine qua non* para que el tipo penal de lavado de dinero u otros activos sea consumado. Otros criterios, sin embargo, indican que no es necesario probarlo únicamente demostrar su existencia que son dos cosas distintas. Poner el conocimiento ante el juez que las actividades son ilícitas, no es lo mismo que probar el hecho ilícito.

Ante esta disyuntiva, consideramos que el delito precedente no necesita ser probado porque cuando se define el delito de lavado de dinero como tal, el fin del mismo es lavar el dinero no el delito que se cometió anteriormente, siendo suficiente poner en conocimiento del juez que hubo un delito y concentrar todos los elementos probatorios en el lavado propiamente.

Legalmente el delito de lavado de dinero es el Artículo 2, de la Ley de Lavado de dinero u otros activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República, en la forma

²⁵ Ibid.



siguiente: “Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona: a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financieras con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleado, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se origina de la comisión de un delito; b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derecho relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión este obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito”.

Aunque la figura será analizada someramente en los sub incisos siguientes, consideramos prudente tener un acercamiento a este tipo penal con base en lo que se entiende del contexto de la norma taxativamente citada con anterioridad para los fines prácticos de aplicación que deberá ser propuesto directamente en el último capítulo de esta trabajo de investigación, es decir, cuando concluyamos acerca de la existencia del levantamiento del velo corporativo en este tipo de procesos penales.

Bien, para principiar diremos que la norma cita la comisión del ilícito puede ser por si mismo o a través de otra persona o personas. El ejemplo clásico donde confluye la comisión sugerida es el de aquellas personas que el derecho anglosajón denomina como “*structuring o smurfing*”; ambos sujetos trabajan normalmente en la fase de colocación. Recordemos que en los delitos de narcotráfico por lo regular las personas que componen la red tienen ingresos significativamente altos en billetes de baja denominación, o títulos valores que no contienen cantidades exorbitantes pues los “*dillers*” o “*brokers*”²⁶ de los líderes de carteles de droga, al vender el producto ilícito lo hacen a poblaciones específicas que por lo regular pagarán en moneda de poco valor.

²⁶ O sea las personas que sirven como intermediarios en la compra venta de drogas.



Esto genera un verdadero problema para ellos toda vez, por el espacio físico que ocupan los billetes de baja denominación sino además, porque pueden ser fácilmente descubiertos. Verbigracia, el caso que en nuestro país se dio en el año dos mil dos, cuando en una residencia de la zona catorce fueron encontrados mas de catorce millones de dólares de distintas denominación.

Ante esto, se contratan a *structuring* o *smurfing*, quien a través del depósito de cantidades pequeñas abrirá cuentas bancarias sin despertar, en teoría, la más mínima sospecha. De esta forma el dinero ilícitamente obtenido ingresa al mercado financiero del país.

La diferencia entre ambos, es que los *smurfing* trabajan con dinero en efectivo por lo regular depósitos de menos de cien dólares, mientras que los *structuring* lo hacen por medio de documentos o títulos valor, también de baja denominación.

Estudiemos ahora los verbos rectores del delito. Siguiendo una doctrina plenamente anglosajona, este delito posee como pocas veces en hechos ilícitos, una cantidad considerable de verbos rectores, a saber: invierta, convierta, transfiera, realice, adquiera, posea, administre, tenga, utilice, oculte o impida. El diccionario de la Real Academia Española define estos verbos en el infinitivo correspondiente en la forma siguiente:

Invertir: en su segunda acepción, hablando de caudales, emplearlos, gastarlos, colocarlos;

Convertir: en su primera acepción, mudar o volver una cosa en otra;

Realizar: en su primera acepción, efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción;



Adquirir: en su primera acepción, ganar, conseguir con el propio trabajo o industria.

Poseer: en su primera acepción, tener uno en suponer una cosa.

Administrar: en su tercera acepción, ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes.

Tener: en su segunda acepción, poseer o disfrutar.

Utilizar: aprovecharse de una cosa.

Ocultar: en su primera acepción, esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista.

Impedir: en su primera acepción, estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa.

Por otro lado, estos verbos rectores pueden ser cometidos por dos tipos de personas, los que saben o aquellos que están obligados a saber. Mas adelante, al analizar la conducta del sujeto activo los analizaremos por separado.

Parte de suma importancia a nuestro entender en este tipo penal se encuentra en el hecho, como ya mencionamos, que el delito provenga de un delito.

Si bien es cierto que con anterioridad dejamos claro que no puede tomarse como presupuesto procesal que el delito anterior sea demostrado previo a iniciar el que corresponda por el delito de lavado de dinero u otros activos, también lo es que éste en efecto debe existir, y debe hacerse saber al Juez contralor de la investigación.

Esto es importante, toda vez que a nuestro criterio, las capturas que han sido efectuadas en la actualidad en el Aeropuerto Internacional La Aurora se fundamentan



básicamente en que la persona que ingresa el efectivo, lo hizo en forma clandestina sin llenar los formularios que han sido emitidos para el efecto, sin embargo, ¿cómo demostramos la procedencia ilícita? Aunque puede iniciarse el proceso correspondiente con base en presunciones, al momento de llegar a un debate público, la duda que siempre esta a favor del imputado y esto es un derecho constitucional que no puede ser violado en ninguna forma.

Cabe hacer un apunte en este momento. Recordemos que en cuanto al delito de lavado de dinero u otros activos, existe aunque no se le denomina así una inversión de la carga de la prueba, toda vez que la persona que ingresa el efectivo en forma “clandestina” deberá demostrar porqué lo hace y la procedencia del mismo. Sin embargo, es al fiscal del caso al que le tocará en el debate presentar todos los medios de convicción que demuestren la participación del sindicado, es decir, él también deberá hacer ver al tribunal la procedencia ilícita del dinero que otra vez, no es necesario que se demuestre el delito, sino su existencia anterior, que son dos cosas distintas.

Empero, regresando al punto anterior, por el solo hecho de ingresar esas cantidades sin indicar su procedencia no demuestra que esta sea ilícita, solo prueba que no se sabe de donde proceda, y entonces ¿la procedencia es ilícita? Pese a los argumentos vertidos, ha habido personas procesadas por este delito e incluso condenadas por nuestros tribunales con base en pretensiones sin fundamento, considerándose una seria llamada de atención para los jueces que los conforman por aquel viejo adagio que es mejor un delincuente libre que un inocente detenido.

Nos queda únicamente el mencionar el porqué de la frase razón de su empleo, oficio o profesión. Para el efecto nos permitiremos evaluar algunos ejemplos que nos permitirán ver con mejor claridad este extremo.

Comencemos por analizar el papel del oficial de cumplimiento. El oficial de cumplimiento, es el funcionario con jerarquía gerencial que tiene a su cargo el informar



a la Intendencia de Verificación Especial cualquier operación, propiamente dicha transacción, sospechosa que pueda darse en la entidad bancaria que asiste, con base en los formularios denominados “RTS” (Reporte de Transacción Sospechosa). Este informe es de cumplimiento obligatorio bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo se puede iniciar una investigación penal en su contra por el delito de lavado de dinero u otros activos, debido a que ellos por razón de su cargo tienen la obligación de saber de la transacción sospechosa, ese es su trabajo por imperativo legal. Es más, su nombramiento responde a eso específicamente, a colaborar en la prevención del delito como tal.

Pensemos ahora en el caso del vendedor de autos que desean pagarle con dinero en efectivo la compra que le efectúa una persona cualquiera. Este vendedor de autor, no esta obligado a saber el origen del dinero, toda vez que su función es vender el vehículo no saber como o de donde proviene el dinero. Dicho de otra forma, él no es una persona obligada por razón de su oficio, empleo o profesión. Singular importancia tiene en este punto el papel del Abogado y Notario.

¿Está obligado el notario a saber, por razón de su oficio, empleo o profesión la procedencia ilícita del dinero? A *prima facie* podríamos concluir que no, porque él solo presta un servicio profesional y no tiene porqué saber como le pagan ese servicio o no.

Nosotros, sin embargo, proponemos una opinión disyuntiva a ese respecto.

Pensemos en el profesional del derecho que decide defender a narcotraficantes o lavadores de dinero. Algún avisado lector de este modesto trabajo pensará que también gozan del derecho de defensa y en efecto tiene razón.

Pero el abogado conoce a su cliente (usualmente), es decir, tiene referencias de ellos y en la actualidad difícilmente alguien se arriesga, sin conocer o sin ser recomendado de alguien, tomar una defensa de este tipo.



Por tanto el pago que harán por sus servicios, también sabrá de donde procede es decir, del negocio ilícito que su cliente (el narcotraficante o lavado efectúa). Tiene su lógica porque se diga como se diga o se ponga como se ponga, él sabrá o supondrá como profesional, de dónde proviene.

Entonces planteamos la interrogante ¿está obligado a saber por razón de su profesión? Nosotros pensamos que si, toda vez que es imposible que la persona que defiende a un lavador o a un narcotraficante no sepa que el dinero con el que le cancelarán sus honorarios tiene mas probabilidades de ser ilícito que lícito, y lo más probable mezclado entre lícito e ilícito, por tanto, debieran saber .

Esto es aplicable a cualquier otro profesional.

Quedando sentada mi opinión al respecto, me permito hacer un análisis un poco más a profundidad de la figura ilícita dividiéndola en sus partes principales ya analizándolas como tales.

2.3 Bien jurídico tutelado.

De León Velasco y De Mata Vela en su libro “Derecho Penal Guatemalteco”²⁷, definen el bien jurídico tutelado como “el interés que el estado pretende proteger en peligro por la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal”. Analicemos esta definición.

El primer elemento que contiene es el denominado interés del estado. Esto lo entendemos no como una necesidad de cumplir con sus obligaciones estatales, sino más bien, como atender con prioridad asuntos de suma importancia para nuestro derecho interno.

²⁷ Pág. 239.



El segundo elemento lo constituye el proteger del peligro. Proteger significa cubrir o recubrir, investir de cierta característica a una situación específica para que no sufra detrimento. Es decir que, el bien jurídico persigue que se proteja a las personas que conforman un estado de los peligros a que se encuentran sometidos en su quehacer diario.

El tercero elemento es la acción del sujeto activo. ¿Cuál es la acción del sujeto activo? La comisión de un delito. Es decir que por bien jurídico tutelado no podemos entender cualquier violación que exista a una persona particular, pues esta violación debe consistir en un delito tipificado como tal en nuestra legislación. De esta forma, el bien jurídico queda delimitado a un solo ámbito, el ámbito del derecho penal.

El cuarto elemento es que se ajusta a la descripción legal. El elemento acción mencionado anteriormente, debe haber sido plenamente establecido y existir previamente a la comisión del mismo. Punto culminante del principio de legalidad, toda vez que si no esta tipificado como tal no puede ser delito. En este punto el derecho penal sigue una concepción tradicionalmente positivista, toda vez que tiene un conjunto de patrones establecidos como conductas ilícitas que en ningún momento pueden ser creadas por analogía sino deben estar plenamente establecidas antes de su comisión.

En el caso del lavado de dinero u otros activos, el Doctor Aránguez Sánchez²⁸, nos indica que existen dos teorías que tratan de definir el bien jurídico tutelado por este delito. Por un lado menciona la teoría del bien jurídico protegido por el delito previo y por la otra el orden socioeconómico.

El primero, se refiere a que, el delito de lavado de dinero u otros activos, tendrá como bien jurídico tutelado aquel que se suceda en el delito previo. De esta forma, si el delito previo es un robo, el bien jurídico protegido por el lavado de dinero será el patrimonio de las personas. Si el delito es un homicidio, el bien jurídico protegido por el lavado de dinero, será la vida de las personas y así sucesivamente. A esta teoría se

²⁸ Op. Cit. Pág. 82.



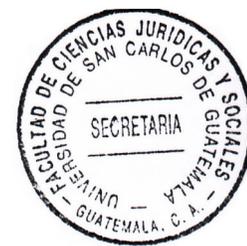
le podría criticar el hecho que para ser efectiva, necesitaría probarse forzosamente el delito previo situación que como anotamos con anterioridad no es necesaria en nuestra legislación. Por otro lado, el elemento de proteger el peligro no sería congruente toda vez que, el peligro que deviene de un robo o de un homicidio no es el mismo que proviene del lavado, por no ser similares en sus características.

La otra teoría establece que es el orden socioeconómico o la economía del país, en nuestro caso la economía nacional. Esto se explica en pocas palabras, en virtud que la principal misión de tipificar al delito de lavado de dinero u otros activos como tal, deriva del impedir tener como principal misión impedir que los beneficios obtenidos ilícitamente ser reinviertan en los círculos económicos o financieros legales, pues no advierte el enorme peligro de corrupción que supone el ingreso de ingentes cantidades de dinero ilícito en las instituciones de crédito²⁹.

A nuestro entender, es este último el que se encuentra protegido por el delito de lavado de dinero u otros activos, al establecer en los considerandos de la ley lo siguiente: “Que el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado tratados internacionales con el compromiso de prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero u otros activos; de manera que se proteja la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero; Que es obligación del estado proteger la formación de capital, ahorro en inversión, y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión en el país de capitales nacionales y extranjeros, para lo cual se hace necesario dictar las disposiciones legal para prevenir la utilización del sistema financiero para la realización de negocios ilegales.”

Entonces entendemos que el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero u otros activos es la economía nacional.

²⁹ Op. Cit. Pág. 84.



2.3 Sujeto activo del delito.

El sujeto activo es quien realiza la acción ilícita, el comportamiento que se encuentra previamente definido por nuestra legislación.

Este delito entonces puede ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, debemos mencionar que la acción ilícita ocurre por propia acción o por omisión. Trataré de explicar lo anterior en una forma completa.

El Artículo 2 de la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos, establece con base en sus verbos rectores las formas como el delito puede cometerse. En ese sentido la persona que se encuentre dentro de cualquiera de esos verbos rectores será partícipe del hecho. Este sujeto activo puede cometer el ilícito desde dos perspectivas, el que ejecuta el verbo rector, o el que manifiesta una ceguera voluntaria, según la legislación norteamericana, o propiamente dicho el dolo eventual.

Cuando el delito menciona a los que están obligados a saber, se refiere a aquellas personas que no pueden obviar que saben porque, otra vez, están obligados a saber. El clásico ejemplo puede ser la persona que se encuentra con el cargo de oficial de cumplimiento de los bancos del sistema. En definitiva el trabajo de esta oficial es el reportar a la Superintendencia de Bancos las transacciones sospechosas. Si él no cumple con lo anterior, cae en el hipotético caso definido como: la persona obligada a saber.

2.4 Sujeto pasivo del delito.

Si definimos al sujeto pasivo del delito, como tal debemos entender a aquel que sufre el agravio por la comisión del mismo. En el caso del lavado de dinero u otros activos, el agravio difícilmente recaerá en una persona individualmente considerada



toda vez que siento el bien jurídico protegido la economía nacional el agraviado es el propio Estado de Guatemala.

Podría considerarse que, por ejemplo, las personas que poseen sus fondos en distintas entidades bancarias que tenga dinero ilícito también son agraviadas porque les evita su propio crecimiento económico. Pero esto no es posible, porque igual el crecimiento económico particular a nivel macro es el crecimiento del propio estado, por tanto el agravio es al Estado en si, y no a una persona particularmente considerada.

En todo caso ante la inexistencia de un agraviado natural como sucede en los otros delitos, el Estado lo asumirá y al efecto, iniciará de oficio cualquier diligencia que conlleve a determinar la conducta penal tipificada como tal.

2.5 Objeto material.

Es el ente incorpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal. ¿Qué quiere decir ente incorpóreo? Incorpóreo significa que carece de existencia material. En otras palabras, el objeto material es el medio para la consecución del fin, que en este caso sería el delito. Esto es importante pues en el caso del lavado el medio siempre será la colocación, la estratificación o la integración.

Recordemos que la colocación, estratificación e integración, son las fases de lavado de dinero que actualmente posee según el Grupo de Acción Financiera –GAFI-. Cualquier sujeto activo que participe en cualquiera de estas fases utilizará como objeto material ya sea la colocación, la estratificación o la integración. No importa si es en una, en una parte de una o en todas, la autoría del ilícito será reconocida a través de este objeto material, de este ente incorpóreo analizado detenidamente algunos momentos antes.



Desde esta perspectiva, el delito de lavado de dinero atiende a una característica nueva, al hecho que su objeto material no es único como en el caso de otros hechos ilícitos sino variado dependiendo de la situación específica en que la cual se manifiesta la participación del sujeto activo.

2.6 Consecuencias jurídicas (penas).

En cuanto a las consecuencias, se entienden como la consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del estado, al responsable de un ilícito penal.³⁰

Nuestra ley sustantiva penal define como penas principales las siguientes³¹:

- Multa; y,
- Prisión

Por otro lado define, entre otras, como accesorias las siguientes:

- Inhabilitación especial;
- Inhabilitación absoluta;
- Comiso y pérdida de objetos;
- Expulsión del territorio nacional;
- Pago de costas; y,
- Publicación de sentencias.

³⁰ Op. Cit. Pág. 266.

³¹ Artículo 41.



En el caso del delito de lavado de dinero u otros activos, la ley de la materia posee sus propias características toda vez que sanciona al autor del ilícito con una pena de prisión inmutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto de del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales y la publicación de la sentencia en por lo menos dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación del país, y si fuera cometido por una persona extranjera la expulsión del territorio.

Singular importancia posee el caso de las personas jurídicas, a quienes se le aplican sanciones de diez mil a seiscientos veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (es decir, ¡una sanción a la propia persona jurídica!), o su equivalente en moneda nacional, además del comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; pago de costas y gastos procesales y la publicación de la sentencia en por lo menos dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación del país.

Además, se define a los otros responsables, es decir, aquellas personas que participan en la proposición o conspiración del delito así como su tentativa. La sanción es la pena de prisión impuesta a los autores materiales reducida en una tercera parte.

Por último la ley establece una agravación específica, en su Artículo 7, en donde se regula que en caso que la persona sindicada de lavado, desempeñe un cargo de elección popular, sea funcionario o empleado público, o un funcionario o empleado de la Intendencia de verificación especial, serán sancionados con la misma pena de prisión aumentada en una tercera parte para los autores materiales, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o empleado público por el doble de tiempo de la pena privativa de libertad.



Para finalizar, consideramos prudente adjuntar algunos ejemplos de ejecución del delito lavado de dinero de dinero u otros activos para la fijación total del concepto.

2.7 Algunos ejemplos de la comisión del delito en el ámbito bancario - financiero.

Inversión extranjera ficticia en una "entidad local"; una entidad local con dificultades o necesidades financieras, recibe el respaldo económico de una compañía en el exterior para desarrollar un proyecto específico.

El proyecto aparentemente representará beneficios sobre la inversión. La empresa del exterior ordena un giro de divisas a favor de la empresa local, a través de intermediarios contratados. La empresa local recibe las divisas a través de intermediarios financieros.

Una vez que la entidad dispone del dinero, lo emplea para pagos (generalmente en cheques o instrumentos endosables) que usualmente no tienen correspondencia con la actividad económica o con el desarrollo del proyecto específico. Los cheques son girados a nombre de varias personas, presentan endosos, y terminan siendo cobrados en efectivo por un número reducido de personas.

En algunos casos se compran bienes inmuebles o se hacen pagos a otras empresas con el fin de darle apariencia legal o justificar la inversión.

Arbitraje cambiario internacional, transporte de dinero ilícito; esta tipología se observa particularmente en Colombia, pero sus efectos involucran a algunos países de la región que pueden ser utilizados como tránsito del dinero ilícito.



Se trata de aprovechar la diferencia de precio que existe entre la tasa de cambio oficial y el precio del dólar en el mercado libre (en Colombia existen dos tasas de cambio de divisas, la Tasa Representativa del Mercado (TRM), establecida por las autoridades cambiarias y la tasa del mercado libre. La diferencia entre ellas es aprovechada por los intermediarios para obtener un beneficio).

En este caso, se abren cuentas corrientes o de ahorros en otros países y se realizan retiros en moneda local a través de las diferentes redes de cajeros. Cabe aclarar, que aunque las operaciones de arbitraje cambiario internacional se realizan a través de cuentas en bancos del exterior, no es la única modalidad que se puede utilizar para aprovechar el diferencial cambiario.

Esta tipología se puede desarrollar en las siguientes etapas:

Ingreso de divisas al país local: Las divisas en efectivo provienen de una actividad delictiva y generalmente ingresan al país de manera clandestina;

Adquisición de las divisas en el país local: Las divisas pueden ser compradas por personas, negocios o empresas (cuyas actividades económicas pueden ser legítimas o ilegítimas) con dinero, que puede ser de origen lícito o ilícito;

Transporte de las divisas a un país extranjero: Las divisas en efectivo son transportadas a otro país. Para ello, se pueden declarar o transportar de manera clandestina;

Consignación de las divisas en el país extranjero: Las divisas en efectivo son consignadas en un banco de otro país. Estos depósitos pueden estar ajustados a las normas o se pueden realizar de manera clandestina e



ilegal, dependiendo de la manera como ingresaron las divisas al país extranjero y,

Disposición del dinero en el país local: Las divisas consignadas en las cuentas bancarias del país extranjero son convertidas en moneda local. Se puede realizar de manera lícita, canalizadas a través de los intermediarios financieros y utilizando mecanismos legítimos tanto del mercado regulado como del mercado libre. Otra manera puede ser mediante la utilización de cajeros electrónicos con múltiples tarjetas electrónicas, cuyos titulares posiblemente están siendo suplantados o han "prestado" sus nombres para efectuar el retiro del dinero en efectivo; una vez que se tiene el dinero en efectivo, se adquieren las divisas en el país local y se puede reiniciar el ciclo ya mencionado.

Transferencias fraccionadas de dinero ilícito a través de giros internacionales; el sistema de giros internacionales posibilita, entre otros, el envío de remesas de personas que se encuentran en el exterior en favor de sus familiares. Sin embargo, permite la movilización, en algunas oportunidades, de recursos ilícitos provenientes de organizaciones delictivas o para la financiación de actividades terroristas.

La operación de lavado consiste en fraccionar altas sumas de dinero en varios envíos. Esto se hace entre uno o varios remitentes a favor de uno o varios beneficiarios, con la finalidad de evadir los controles existentes tanto en el país de origen de los fondos como en el de destino.

El dinero es enviado a través de intermediarios formales o intermediarios no autorizados y cobrado localmente por cada beneficiario. El pago del giro se puede realizar en efectivo o en cheque. Una vez que el falso beneficiario del giro, o "pitufo" como se lo conoce, ha recibido el pago, lo entrega a un tercero o beneficiario final y recibe a cambio una comisión.



Utilización de fondos ilícitos para disminuir endeudamiento o capitalizar empresas legítimas; la finalidad de esta modalidad es buscar empresas legalmente constituidas con historia comercial y financiera reconocida y con problemas de endeudamiento para mezclar capital ilícito con el capital lícito de una entidad constituida con anterioridad.

Hecho el aporte de capital, "el inversionista" solicita la modificación de los documentos legales para poder acceder al manejo de los productos financieros de la entidad.

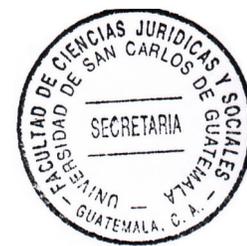
Una vez incluido dentro del grupo de personas con acceso al manejo de productos financieros, el "inversionista" los maneja mezclando dinero de origen ilícito con el dinero que normalmente maneja la empresa en el desarrollo de su objeto social.

De igual forma, "el inversionista" puede alterar las cuentas del balance a su favor para tratar de "justificar" ingresos adicionales. Un ejemplo es cuando "el inversionista" invierte el capital ilícito en la empresa afectando sus balances y posteriormente lo retira justificando una cantidad de dinero mucho mayor a la realmente invertida en el inicio del proceso.

Otro ejemplo se refiere a la inversión extranjera en el país local, donde empresas ficticias provenientes de otros países, "invierten" su capital con el apoyo de testaferros locales en negocios legítimamente constituidos.

También puede ocurrir que se presenten rubros inflados en los estados financieros, de esta forma se intenta justificar la canalización de los recursos que se pretenden lavar en las cuentas y productos financieros de la compañía. Con la exageración de los gastos, se logran reducir los impuestos correspondientes. La inflación en los gastos justificaría la evacuación de altas sumas de dinero para ocultar el desembolso a los verdaderos dueños del dinero ilícito.





CAPÍTULO III

3. Los delitos de narcotráfico.

3.1 Definición de los diferentes tipos de delitos de narcotráfico.

Obligadamente, al iniciar el estudio de los diferentes tipos penales de narcotráfico, debemos considerar que la Ley contra la Narcoactividad decreto 48-92 del Congreso de la República, fue aprobada previo a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del mismo ente colegiado, por lo que la Ley contra la Narcoactividad fue considerada con base en el Código de Procedimientos Penales ya derogado. Así también, debemos entender que esta ley es novedosa en cuanto a definir en forma distinta (aunque no contradictoria), figuras definidas en el Código Penal como por ejemplo la participación en el delito que incluye las sanciones para las propias personas jurídicas, las penas y sus circunstancias especiales, las medidas de seguridad, responsabilidades civiles, incluso la definición de nuevos tipos penales y otras que por no tener relación con el tema principal que se investiga, no entraremos a analizar (Vr. extradición, asistencia internacional, etc.).

La ley presenta una estructura distinta en relación a las conductas que contienen los tipos penales. Se redefinen las conductas que contienen los tipos penales. Se redefinen las conductas relativas a la narcoactividad, tratando el legislador de ceñirse a las formas de conducta delictiva que el narcotráfico puede presentar en la actualidad tránsito Internacional.

Vale la pena indicar que existen varias figuras ilícitas definidas dentro de los delitos de narcotráfico no como en el caso del lavado de dinero u otros activos que es una sola figura con varios supuestos. Por esa razón, para la mejor comprensión de cada uno de los tipos penales que contiene, definiremos cada uno de ellos, antes de



indicar sus elementos, entendiéndose estos como el bien jurídico tutelado, sujeto activo del delito, sujeto pasivo del delito, objeto material y consecuencias jurídicas (penas).³²

3.1.1 Tránsito internacional.

El Artículo 35, establece: “*Quien sin estar autorizado, participe, en cualquier forma en el tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de precursores y sustancias esenciales destinadas a la fabricación o disolución de las referidas drogas...*”. Unos de los delitos más conocidos y publicitados es el que se refiere al tránsito internacional. Este tipo penal básicamente consiste en el transporte de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y otras análogas sin autorización.

El sujeto activo de este delito será cualquiera que participe en el tránsito, no importando si su colaboración es determinante o no pues para que el delito se perfeccione basta que intermedie entre su premeditación o ejecución para ser relacionado.

El objeto material es el tránsito internacional; esto quiere decir que lo que se penaliza es la permisión del transporte de drogas por el territorio nacional que ocurre normalmente sin ser detectado por ser Guatemala uno de los corredores principales de drogas a esta fecha.

³² Los Artículos que se mencionan a continuación, pertenecen a la Ley Contra la Narcoactividad, salvo que se indicara lo contrario.



3.1.2 Siembra y cultivo.

El Artículo 36, establece: *“El que sin estar autorizado ilegalmente siembre, cultive o coseche semilla, florecencias, plantas o parte de las mismas, de las cuales naturalmente o por cualquier medio, se pueda obtener drogas que produzcan dependencia física o psíquica...”*. Sencillamente el sujeto activo será la persona que siembre o cultive ilegalmente cualquier tipo de sustancia ilegal que se encuentre definida dentro de las ilícitas. Sin embargo, no debe olvidarse que existe siembra y cultivo de droga permitida que es realizada al cumplir con los requisitos fundamentales establecidos por la ley, al sujeto activo se le sanciona por hacerlo sin la debida autorización.

En este delito el objeto material consiste en la siembra, cultivo y cosecha sin autorización; esto es importante porque cualquier que colaboré en la siembra, aunque luego no cultive o coseche puede ser sancionado por la comisión del ilícito. Quedan fuera de este supuesto, las personas que haya preparado la tierra anteriormente pues preparar la tierra no es sinónimo de sembrar.

3.1.3 Fabricación o transformación.

El Artículo 37, establece: *“El que, sin autorización legal, elabore, fabricare, transformare, extrajere u obtuviere drogas...”*. La fabricación o transformación, consiste en el proceso por medio del cual la materia prima (es decir, la semilla, florecencia, planta o parte de las mismas), es procesada con el fin de otorgar pureza a la sustancia narcótica o por ejemplo que la droga ya extraída se transforma para su venta o tránsito. Vale la pena hacer mención



que, al igual que en la mayoría de delitos de narcotráfico o los relacionados con él, una de las partes fundamentales del delito es que no haya autorización legal para hacerlo, el delito se perfecciona al carecer de esta autorización legal.

En este caso el sujeto activo del delito es quien personalmente participa en la fabricación o transformación o extracción u obtención de drogas, otra vez, aunque la participación sea mínima, igual debe ser sancionado por la comisión de este ilícito.

En el caso del objeto material, debemos entender que se encuentran incluidos cuatro verbos rectores a saber: fabricación, transformación, extracción u obtención. Los primeros dos no dejan lugar a dudas, sin embargo, los segundos merecen una explicación aparte. El narcótico ilícito, entendemos, puede provenir de elementos químicos o elementos naturales. Los elementos químicos son aquellos que han sido “obtenidos” a través de los diferentes métodos científicos conocidos. Mientras que los que provienen de elementos naturales, precisamente son “extraídos” de la misma. En todo caso el objeto material constituirá esa fabricación, transformación, extracción u obtención de drogas de su materia prima.

3.1.4 Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.

El Artículo 38, establece: *“El que sin autorización legal adquiera, enajene a cualquier título, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expendo o realice cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florecencias o sustancias o productos clasificados como drogas, estupefacientes,*



psicotrópicos o precursores... quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas utilizadas para el tráfico ilícito.”

El sujeto activo de este delito será la persona que realice cualquiera de las actividades señaladas en este Artículo, siempre que se relacionen con las sustancias controladas. Además incluye a los colaboradores mayores no encubridores que son tratados por aparte, quienes proporcionan los medios para el aterrizaje de naves aéreas en el tráfico ilícito.

En el caso del objeto material, los verbos rectores del delito son:

- adquirir que dicho de otra forma, ocurre cuando el sujeto activo del delito adquiere como intermediario cantidades considerables de droga para ser distribuidas con posterioridad;
- enajenar a cualquier título (es decir, por medio de cualquier título), que es el vender la droga no importando la cantidad, calidad o cualidad que posee, simplemente venderla;
- importar, que de conformidad con el Catalogo de términos y sus acepciones utilizadas en administración financiera y administración tributaria, es: “*Compra de bienes en el exterior. Introducción, en un país, de productos de otro. Conjunto de cosas importadas*”³³, podría ocurrir como importación definitiva, importación temporal con reexportación en el mismo Estado e importación temporal para el perfeccionamiento activo³⁴;
- exportar, que según el Catalogo de términos y sus acepciones utilizadas en administración financiera y administración tributaria³⁵ es: “*...la salida del territorio aduanero nacional cumplidos los trámite legales, de mercancías nacionales o nacionalizadas.*”

³³ Juan Miguel Irías Girón, Pág. 151.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid, Pág. 125.



pudiendo también ocurrir como exportación definitiva, exportación temporal con reimportación en el mismo Estado y exportación temporal para el perfeccionamiento pasivo;

- almacenar, esto es guardar en un almacén, bodega, tienda, casa, oficina u otro similar, cualquier cantidad de droga posible con cualquier fin (entiéndase, venta, exportación, importación, transporte, Etc.);
- transportar, conducir o llevar en cualquier medio de transporte, aéreo, terrestre o acuático, cualquier narcótico;
- distribuir, el distribuidor es aquel intermediario mayor que en porciones menos que la que posee, reparte entre los diferentes vendedores, nacional o internacionalmente el narcótico;
- suministrar, dar la droga habitualmente;
- vender.
- expender.
- realizar, concepto en el cual se incluye cualquier otra forma de actividad relacionada con el tráfico de estupefacientes que exista o pueda inventarse posteriormente.
- proporcionar los medios para aterrizaje de aeronaves destinada al narcotráfico.

Por tanto, el sujeto activo que realice cualquiera de las actividades señaladas estará incluido dentro de esta figura ilícita.

3.1.5 Posesión para el consumo.

El Artículo 39, establece: *“Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley... Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo*



inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho surja la convicción de que la droga es para uso personal.” El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona que consuma droga de cualquier tipo.

El objeto material es el que posee para consumir. Es decir, el que tenga drogas en cantidades mínimas que no sirva para ninguna otra cosa más que para el uso personal del poseedor.

3.1.6 Promoción y fomento.

El Artículo 40, establece: *“El que en alguna forma promueva el cultivo, el tráfico ilícito de semillas, hojas, florecencias, plantes o drogas, o la elaboración de éstas, o fomente su uso indebido...”*. El sujeto activo de

El objeto material lo podríamos resumir en el promover el cultivo, el tráfico y su elaboración, y el fomentar su uso. Debemos poner especial atención que ambos conceptos se unen por la letra “y” que en este caso es copulativa, esto quiere decir que son tipos penales que nuestra ley cataloga como un solo y que en cualquiera de los supuestos indicados deben ser denominados como uno solo, no importando si solo existe promoción o solo fomento.

3.1.7 Facilitación de medios.

El Artículo 41, establece: *“El que poseyere, fabricare, transportare o distribuyere equipo, materiales o sustancias, a sabiendas de que*



van a ser utilizadas en cualquier de las actividades a que se refieren los artículos anteriores...”.

Este delito es cometido por el sujeto activo que sabiendo lo que hace (diferente al debiendo saber del delito de lavado de dinero u otros activos), proporcionar e incluso poseer, cualquier equipo, material y sustancia que se sirva para fabricar, transportar o distribuir cualquier sustancia de las denominadas controladas.

El objeto material posee varios verbos rectores, a saber: poseer, transportar, o distribuir. Estos se complementan con los objetos que los verbos accionan como lo son el equipo, materiales o sustancias, y por último el conocimiento que será utilizado para actividades ilícitas relacionadas con el tráfico de drogas.

3.1.8 Alteración.

El Artículo 42, establece: *“El que alterar o falsificare, total o parcialmente, recetas médicas y que de esta forma obtenga para si o para otro, drogas o medicamentos que las contenga... Igual pena se le aplicará a quien sin fines terapéuticos o prescripción médica a otra persona, con el consentimiento de ésta, aplique cualquier tipo de drogas. Si a quien se administrare no prestare su consentimiento o fuere menor de dieciocho años...”.* Este delito, consideramos que debiera estar colocado en la parte de los delitos incluidos en el capítulo IV, título VII del Código Penal, que son específicamente contra la salud por relacionarse directamente con ellos. A pesar que en determinado momento pueden tener relación con los delitos de narcotráfico, los efectos no son tan considerables como para ser denominados dentro de estos.



El sujeto activo puede ser cualquier persona que: total o parcialmente altere o falsifique una receta; que obtenga para si o para otro, drogas o medicamentos que las contenga; que aplique droga con el consentimiento de esta sin fines terapéuticos o prescripción médica; y, el que administre a un menor de dieciocho años o a una persona que no ha dado su consentimiento.

El objeto material consiste en alterar o falsificar un receta médica para obtener para si drogas o medicamentos que contengan esa droga, y el que la aplica con o sin el consentimiento de parte o un menor de dieciocho años.

3.1.9 Expendio ilícito.

El Artículo 43, establece: *“El que estando autorizado para el expendiendo de sustancias medicinales que contengan drogas, las expidiere en especie, calidad o cantidad distinta a la especificada en la receta médica o sin receta médica...”*.

El sujeto activo del delito es el expendedor de la droga no importando si esta es ilícita o lícita.

El objeto material resulta un tanto complejo, porque existen varios supuestos que deben conocerse. El verbo rector del delito en todo caso es el expender mientras el objeto del verbo son las sustancias medicinas que contenta drogas. Ahora bien, estas drogas pueden ser expedidas en especie distinta a la especificada en la receta. O puede ser expedida en calidad distinta a la especificada en la receta. O puede ser expedida en cantidad distinta a la especificada



en la receta. Por último el hecho que la sustancia medicinal sea de especie, calidad y cantidad correcta, pero expedida sin receta médica hace que confluya la comisión del ilícito.

3.1.10 Receta o suministro.

El Artículo 44, establece: *“El facultativo que recete o suministre drogas que necesiten receta para ser adquiridas cuando no son indicadas por la terapéutica con infracción de las leyes o reglamentos sobre la materia...”*.

El sujeto activo de este delito es el denominado facultativo. Sin embargo, ¿quién es el facultativo? Cuando se menciona la palabra “facultativo”, entendemos que se trata de un médico y cirujano, con o sin especialización que puede otorgar una receta médica; en efecto, el diccionario de la Real Academia Española, en su sexta acepción indica que facultativo es médico o cirujano. Sin embargo, en materia penal se debe entender con un concepto un poco más amplio. Por ejemplo, los odontólogos u ortodoncistas o aquellos oftalmólogos que sin ser graduados como médicos y cirujanos ejercen la profesión, otorgan recetas médicas. Los psicólogos en determinado momento también recetan en casos difíciles de llevar. De esta forma, cualquier facultativo que tenga autorización legal para dar recetas puede cometer este tipo penal.

El objeto material, tenemos que encontrarlo en las leyes y reglamentos sobre la materia. Esta podríamos clasificarlas dentro de los tipos penales en blanco, porque para encontrar el ilícito previamente debemos entender como es que la droga se receta o suministra lícitamente.



Recordemos que existen drogas que únicamente pueden ser vendidas por medio de la presentación de las recetas que correspondan por lo tanto para su venta, es necesario que el facultativo extienda la receta. Sin embargo, hay otras que por su uso común son vendidas legalmente sin mayores complicaciones (Vr. La aspirina, tylenol, tums, Etc.). Es el Ministerio de Salud Pública quien define que drogas deben ser suministradas por medio de receta médica y sin esta no pueden ser vendidas.

3.1.11 Transacciones e inversiones ilícitas.

El Artículo 45, establece: *“El que por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, realizar con otras personas o establecimientos comerciales, bancarios, financieros, o de cualquier otra naturaleza, transacciones mercantiles con dinero o productos provenientes de las actividades ilícitas previstas en esta ley, independientemente del lugar del territorio nacional o extranjero donde se haya cometido el delito o donde hayan producido dichos recursos financieros... a) La interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado del establecimiento que autorizare, permitiera o realizare dichas transacciones, conociendo la procedencia del dinero o producto. b) Quien participe en actos o contratos reales o simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores tendientes a ocultar, encubrir, simular o diluir los recursos financieros obtenidos como resultado de las actividades ilícitas a que se refiere esta ley. c) El que sin ser de las personas mencionadas en el inciso anterior y conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto, autorizare, permitiere o realizare las transacciones a que se refiere*



este Artículo, aprovechando de su función, empleo o cargo... no incurrirán en esta figura delictiva las personas jurídicas o individuales que reportara al Ministerio Público, las transacciones mayores a cincuenta mil quetzales que realizaren. Dichos reportes solo podrán utilizarse para los efectos d esta ley.”; este Artículo contiene una indicación adicional en el artículo 46 que establece: “Para los efectos de esta ley, se establece la presunción de que el dinero o producto proveniente de transacciones derivadas de los delitos a que se refieres esta ley, cuando se haya adquirido o negociado en un plazo de tres años anteriores al procedimiento respectivo. Dicho plazo, por razones de irretroactividad de la ley, comenzará a contarse desde la vigencia de la presente ley.”

Este delito podríamos llamarlo en nuestro país como el precursor del delito de lavado de dinero u otros activos. A nuestro entendimiento, se ha convertido en una ley vigente no positiva, toda vez que al estudiar detenidamente el tipo encontramos que posee los mismos elementos que el del lavado de dinero u otros activos, por lo tanto a pesar que el Decreto 67-2001 del Congreso de la República “Ley de lavado de dinero u otros activos”, no lo deroga específicamente, si se menciona en el Artículo 46 de dicho cuerpo legal que: “...las disposiciones de esta ley prevalecerán sobre cualquier otra dictada con anterioridad, o que se dictare posteriormente, con relación a este mismo tema, en forma idéntica o similar, salvo que se derogasen expresamente.”

3.1.12 Asociaciones delictivas.

El Artículo 47, establece: “Los que formen parte de bandas o asociaciones, integradas por dos o más personas, destinadas a



sembrar, cultivar, productor, refinar, comercializar, vender, traficar, transportar, retener, distribuir, almacenar, importar, exportar, recibir o entregar drogas, sustancia estupefacientes o psicotrópicas o productos derivados de las mismas o destinado para su preparación, así como cualquier otra actividad ilícita relacionado con la misma... Quien promueva, dirija, financie, o en cualquier forma realice una conducta sin la cual no podría realizarse la organización ni las actividades de estas bandas o asociaciones... Lo anterior sin perjuicio de los demás delitos en que haya incurrido.”

Este delito lo comete el sujeto activo (cualquier persona), que se asocie para delinquir, por cualesquiera de las formas establecidas en dicho artículo. El delito en si, no puede ser considerado individualmente, su comisión tiene que ser efectuada en asociación con otra u otras personas. Esto es de singular importancia porque se trata de un delito que tiene varios sujetos activos concatenados y consecuentes a un mismo fin, sin embargo, cada uno es sancionado por separado.

El objeto material del delito, consiste en los mismos verbos rectores que hemos mencionado anteriormente. La diferencia fundamental que en este caso se efectúa en grupo. Por ejemplo, el que promueve o financie la formación de una banda o asociación, también puede ser responsabilizado por este delito, toda vez que de otra forma, no existirá. Tiene que ser específicamente para un grupo de personas no individuales.



3.1.13 Procuración de impunidad o evasión.

El Artículo 48, establece: *“Quien siendo funcionario o empleado público encargado de investigar, juzgar, custodiar a personas vinculadas con los delitos tipificados en esta ley, contribuya en cualquier forma a la impunidad o evasión de tales personas, oculte, altere, sustraiga o haga desaparecer las pruebas, los rastros o los instrumentos del delito, o que asegure el provecho o producto de ese hecho... Si los hechos mencionados se cometieron en forma culposa por el funcionario o empleado público...”*

Este delito esta tipificado específicamente para los empleados y funcionarios públicos, por lo tanto el sujeto activo debe tener esa calidad. Lo interesante de este extremo es que este sujeto debe investigar, juzgar o custodiar a personas vinculadas con delitos de narcotráfico, o contribuya a la impunidad y evasión de dichas personas. Quienes de alguna forma desaparezcan pruebas. Esto no importando si es un hecho de tipo doloso o culposo, puesto que ambos están definidos en la ley. Esto quiere decir que, sin un funcionario por ejemplo del Ministerio de Salud, colabora en por ejemplo desaparecer pruebas de un caso de narcotráfico en el ejercicio e su función, no puede ser juzgado por este delito, pues no forma parte del sujeto activo definido.

El objeto material es básicamente el procurar la impunidad de las personas relacionados con el narcotráfico, en cualquier forma posible.



3.1.14 Promoción o estímulo a la drogadicción.

El Artículo 49, establece: “*Quien estimule, promueva o induzca por cualquier medio el consumo no autorizado de drogas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas e inhalables...*”.

En el presente caso nos encontramos ante un sujeto activo que tiene como característica principal el estimular o promover el consumo de drogas. En que forma es este estímulo y promoción es irrelevante, lo importante es que lo efectúe.

El objeto material es la estimulación, promoción e inducción de terceras personas al consumo de drogas.

3.1.15 Encubrimiento real.

El Artículo 50, establece: “*El que con el fin de conseguir para si o para un tercero algún provecho, después de haberse cometido un delito de los contemplado en esta ley, sin concierto previo, ocultare, adquiriere o recibiere dinero, valores u objetos, conociendo que son productos de dicho delito o han sido utilizados para cometerlo...*”.

3.1.16 Encubrimiento personal.

El Artículo 51, establece: “*el que con conocimiento de haberse cometido un delito de los contemplados en esta ley y sin concierto previo ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta... Para los efectos de la aplicación de este artículo y el anterior, será indiferente que el*



hecho delictivo se hubiere cometido en el territorio nacional o extranjero.”.

Tomaremos estos dos dentro del análisis como un solo por ser semejantes en su estructura.

Por un lado, el sujeto activo del delito en ambos casos puede ser cualquier persona que colabore real o personalmente después de que los delitos han sido cometidos.

El objeto material, que en este caso es la forma del encubrimiento, variará dependiendo del tipo penal que busquemos. En el caso del encubrimiento real, oculta bienes o dinero. En el segundo ayuda a evadir las investigaciones o a sustraerse de la acción de éstas.

3.2 Bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado de los delitos de narcotráfico es la salud de las personas. Esto es lógico si tomamos en consideración que las sustancias narcóticas que son distribuidas a las personas afectan la salud de las mismas, toda vez que al provocar dependencia se producen una serie de desordenes psíquicos y físicos que a veces insuperablemente producen la muerte.

Adicionalmente las personas que por ejemplo distribuyen drogas que si están autorizadas, pero sin cumplir con las autorizaciones que corresponden, producen también daños en la salud de las personas que lo consumen. Pues hay drogas autorizadas que provocan dependencia también y su consumo desordenado provoca también desordenes como los indicados en el párrafo anterior.



Vale la pena mencionar en este punto que, también existen drogas que causan los mismos efectos descritos pero que se encuentran permitidas por la ley y se venden libremente como por ejemplo los cigarrillos y las bebidas que contienen alcohol. Estos, también afectan la salud, sin embargo, difícilmente se tiene un control contra estos males.

3.3 Sujeto pasivo.

Cualquier persona que tenga acceso en cualquiera de los supuestos anteriores puede ser sujeto pasivo de este delito.

También el estado como tal, es sujeto pasivo pues en general la salud es una afección generalizada. Es obvio, además que la lucha contra el narcotráfico es un problema de estado.

3.4 Consecuencias jurídicas (penas).

Cada uno de los tipos penales que hemos analizado en este capítulo tienen penas o agravaciones específicas que deben conocerse, sobre todo para el establecimiento de la forma como podría ocurrir que en cualquiera de estos hechos ilícitos ocurriera, levantamiento del velo. En ese sentido los delitos tipificados como narcotráfico tienen las sanciones penales siguientes:

3.5.1 Para el de tránsito internacional.

La pena señalada es de doce a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales (Artículo 35).



3.5.2 Para el de siembra y cultivo.

La pena señalada es de cinco a veinte años de prisión y multa de diez mil a cien mil quetzales (Artículo 36).

3.5.3 Para el de fabricación o transformación.

La pena señalada es de ocho a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales (Artículo 37).

3.5.4 Para el de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.

La pena señalada es de doce a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales (Artículo 38),

3.5.5 Para el de posesión para el consumo.

La pena señalada es de cuatro meses a dos años de prisión, y multa de doscientos a diez mil quetzales.

3.5.6 Para el de promoción y fomento.

La pena señalada es de seis a diez años de prisión y multa de diez mil a cien mil quetzales.



3.5.7 Para el de facilitación de medios.

La pena señalada es de cinco a diez años de prisión y multa de diez mil a cien mil quetzales. En este caso debemos indicar que si se trata de un establecimiento comercial, el mismo es clausurado.

3.5.8 Para el de alteración.

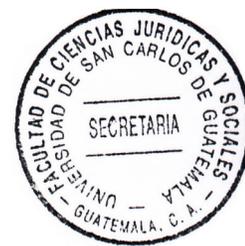
Este delito cuenta con dos supuestos. Para el primero la pena señalada es prisión de cuatro meses a dos años y multa de doscientos mil a diez mil quetzales. Para el segundo una pena de tres a seis años de prisión y multa de cinco mil a cien mil quetzales.

3.5.9 Para el de expendio ilícito.

La pena señalada es de tres a cinco años de prisión, y multa de dos mil a diez mil quetzales.

3.5.10 Para el de receta o suministro.

La pena señalada para este delito es de tres a cinco años de prisión y multa de doscientos a diez mil quetzales, además de la pena especial de inhabilitación para ejercer la profesión.



3.5.11 Para el de transacciones e inversiones ilícitas.

Posee dos supuestos al igual que el de alteración. Para el primero la pena señalada es prisión de seis a veinte años y multa de cincuenta mil a cinco millones de quetzales. Para el segundo (contenido en el literal c de este supuesto), es prisión de cinco a diez años y multa de diez mil a un millón de quetzales.

3.5.12 Para el de asociaciones delictivas.

También posee dos supuestos. En el primero la pena señalada para este delito es prisión de seis a diez años y multa de mil quinientos a tres mil quetzales. En el segundo un pena prisión de diez a veinte años y multa de tres mil a seis mil quetzales.

3.5.13 Para el de procuración de impunidad o evasión.

La pena señalada es prisión de seis a quince años, inhabilitación definitiva para el ejercicio de funciones públicas y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales.

3.5.14 Para el de promoción o estímulo a la drogadicción.

La pena señalada es prisión de dos a cinco años y multa de cinco mil a cien mil quetzales.



3.5.15 Para el de encubrimiento real.

La pena señalada es prisión de tres a cinco años y multa de mil a cien mil quetzales.

3.5.16 Para el de encubrimiento personal.

La pena señalada en este delito es prisión de dos a cinco años y multa de mil a cien mil quetzales.

No podemos dejar pasar el mencionar que en cuanto a las consecuencias jurídicas (penas), que tienen la comisión de los ilícitos mencionados el Artículo 52 establece que si como consecuencia de los delitos tipificados en la ley, resulta la muerte de una o más personas, se debe aplicar la pena de muerte o treinta años de prisión según las circunstancias del hecho. Si hubiera lesiones de las calificadas como graves o muy graves o pérdida o disminución de facultades mentales, la pena será de doce a veinte años de prisión.

Por todos es conocido que los delitos indicados son cometidos en algunas oportunidades por medio de entidades que poseen personalidad jurídica propia y que normalmente se disfrazan de entidades mercantiles o asociaciones civiles con giros distintos al narcotráfico. Propiamente en el ámbito mercantil, las sociedades anónimas que son utilizadas para fines ilícitos (y de hecho no solo el narcotráfico o lavado de dinero u otros activos), se esconden bajo el velo que las protege y de esta forma aún y cuando su accionar sea ilícito nadie puede determinar quienes son las verdaderas personas que manejan los destinos de ellas.

En el caso de los dos delitos analizados, sin embargo, podemos considerar que el velo si puede ser levantado, puesto que en el caso hipotético de la comisión de los



ilícitos existe un sanción no solo para los miembros de las sociedades indicadas, sino también para las mismas personas jurídicas independientemente de quiénes las conforman, por tanto esa sanción se haría extensible a las que están protegidas por este velo poniendo al descubierto su accionar y procediendo la persecución penal contra los que la conforman.



CAPÍTULO IV

4. El levantamiento del velo corporativo (responsabilidad extracontractual).

4.1 Responsabilidad contractual de los accionistas.

Definición

La autora Carmen Boldó Roda, nos proporciona la siguiente explicación “Es bien conocido de todos el concepto de persona jurídica como realidad social, a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de las personas que lo forman, y la capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes. Sin embargo, en algunas ocasiones los tribunales han prescindido de esa abstracción cuando es utilizada como pantalla protectora para que se lleven a cabo actos en fraude de ley o en perjuicio de terceros. En esto precisamente consiste la doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, por lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, con la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes. Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar.”³⁶

La sala 1era. Del Tribunal Supremo español, en su sentencia de 28 de mayo de 1984, establece por primera vez, el pronunciamiento íntegro de esta

³⁶ Boldo Roda Carmen, “**El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles**” segunda edición, Editorial Tenos, S. A. Madrid.



doctrina: “Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (Artículos 1. 1 y 9. 3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento al principio de la buena fe (Art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley concede personalidad propia con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (Artículo 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”), en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de los “derechos de los demás” (Artículo 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (Artículo 7.2 del Código Civil).

Está claro que la aplicación de esta doctrina tiene como marco, no único, pero si bastante específico, el de las llamadas sociedades de capitales. En éstas, la esencia de la persona jurídica descansa, más que nunca, sobre el concepto de autonomía patrimonial. Esta cuestión, unida al singular privilegio de la limitación de la responsabilidad de los socios, hace que en algunos casos se utilice la forma legal por parte de los mismos para eludir la norma del Artículo 1911 del Código Civil, según la cual el deudor responde de sus obligaciones con sus bienes presentes y futuros.



Por otra parte, el Tribunal Supremo español, precisamente en una sentencia en la que se aplica el levantamiento del velo, la de 20 de junio de 1991, destaca que “el fraude de la ley civil lo que exige precisamente es la concurrencia de una serie de actos, que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido de los preceptos o normas legales en que se amparan, habiendo incluso declarado esta Sala que no es preciso que las persona que realice el fraude tenga intención de conciencia de buscarlo”.

En resumen el levantamiento del velo supone siempre un reproche de antijuricidad hacia quienes se ocultan tras el cortinaje de la sociedad títere, por el abuso de personificación que dicha ocultación entraña. Esta teoría se proyecta sobre la sociedad, y su resultado puede ser, tanto la revelación de las entrañas de una verdadera persona jurídica, con auténtica autonomía volitiva, orgánica, funcional y patrimonial, como una mera sociedad títere al servicio de otras personas que quedan al descubierto de forma refleja. El desenmascaramiento sólo tiene lugar en éste último caso, y ya no se dirige hacia la sociedad títere, hacia la forma o envoltorio, podríamos decir, sino hacia los autores del abuso de personificación, que, caído el telón, y privados de su máscara teatral, muestran ahora su verdadera personalidad.

Grupos de casos extraídos del Derecho Comparado

Desde la óptica del Derecho Comparado, principalmente la doctrina y la jurisprudencia alemanas y de los países anglosajones han sistematizado los supuestos de aplicación de esta técnica, sistemática admitida también por algunos autores, como Embid Irujo o Vicent Culiá. Los grupos son los



siguientes:

Confusión de patrimonio y de esferas

Supone que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad. Así, los miembros de una sociedad no pueden alegar la limitación de la responsabilidad basada en el principio de división de los patrimonios cuando ellos mismos no lo respetan. Nos encontramos ante la llamada “confusión de esferas” cuando no se respetan el nombre, la organización, la imputación patrimonial o las formalidades societarias, lo que produce la duda sobre si el acto es de la sociedad o de los socios. En la jurisprudencia española encontramos casos subsumibles en este supuesto, como la SSTS de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 9 de julio de 1987, 4 de mayo de 1988 y 26 de diciembre de 1980.

Insuficiencia de capital

Se incluyen en este supuesto todos aquellos casos en los que los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. En el supuesto de que tal situación se probase el levantamiento del velo tendría como consecuencia la extensión de la responsabilidad por deudas de la sociedad a los socios. Siguiendo la doctrina que se ha ocupado del asunto, procede distinguir entre insuficiencia nominal e insuficiencia material.

La insuficiencia nominal de capital es la situación que se produce cuando

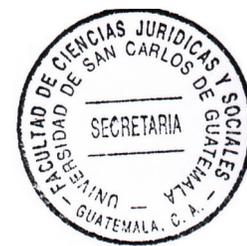


se financian necesidades de fondos propios con créditos, generalmente de los propios socios. En tal caso, dichos bienes se establece, por ejemplo, el Derecho alemán – deben ser considerados, cuando la sociedad se halla en una situación de concurso, como aportaciones y por tanto no deben ser restituidos.

Por su parte, la insuficiencia material de capital tiene lugar cuando faltan recursos tanto propios como ajenos. En tal circunstancia procede la extensión de la responsabilidad siempre que el caso no pueda ser resuelto en virtud de la aplicación de otras normas. Con respecto a este supuesto, debemos señalar que, en aquellos países donde existen mecanismos específicos de protección de los acreedores, entre otros, la exigencia de un capital mínimo-, habrá menos ocasiones de poner en práctica el “levantamiento del velo”.

Dirección externa

Recoge aquellos casos en que la voluntad de la sociedad depende, por lo general de otra sociedad que participa mayoritariamente en su capital. Como señala Embid Irujo, en este supuesto se alude a la superación de la autonomía societaria como consecuencia del control que sobre la sociedad ejerza otra persona jurídica con intereses propios, aunque no siempre el mero control (cuya noción viene recogida en el Artículo 4 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores española) conduce a la responsabilidad de la sociedad dominante.

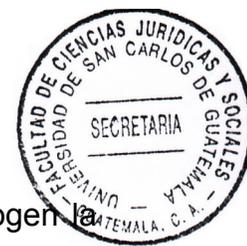


Abuso de la personalidad jurídica

En la doctrina alemana se distingue dentro de esta categoría los llamados “abuso institucional” y “abuso personal”. El primero consiste en ejercitar un derecho dentro de los límites formales fijados dentro del ordenamiento jurídico pero buscando con dicho ejercicio un fin ilegítimo o ilícito. A tal fin, se requiere que se utilice ilegítimamente el privilegio de la responsabilidad limitada. La consecuencia de dicha conducta abusiva sería el desconocimiento de dicho privilegio hacia los acreedores.

El abuso personal resulta cuando se intenta, con el ejercicio de un derecho, perjudicar a un tercero, violando el principio de la buena fe. En este caso se desconoce el privilegio de la limitación de la responsabilidad frente a quien su mantenimiento aparece como contrario a la buena fe, fraudulento o en contra de de actos propios.

En el Derecho español el “abuso personal” viene a coincidir con nuestra institución de abuso del derecho tal y como es contemplada en el artículo 7.2 del Código Civil español: y el “abuso institucional” alemán, es decir, el abuso del derecho objetivo, recibe otro nombre y tiene su propio régimen jurídico: el fraude de ley. Se trataría, por tanto, de casos de utilización de la forma societaria como normativa de cobertura para eludir la aplicación de otra norma, la adecuada al caso, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, injusto o dañoso para terceros. La norma aludida puede ser cualquiera, lo que justificaría la diversidad de casos que se incluyen en este “cajón de castre”, incluyendo por supuesto, las que establecen la obligatoriedad en el cumplimiento de lo pactado



en un contrato (Artículos 1,091 y 1,258 del Código Civil) y las que recogen la obligación de indemnizar los daños culposamente causados (Artículos 1,902 y siguientes). Podríamos decir que, “por exclusión”, se incluyen en esta última categoría los casos en los que se utiliza la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e incluso extracontractuales, en supuestos en los que no concurren las situaciones de socio único, grupos de sociedades o infracapitalización.

Antes de comenzar a indagar profundamente sobre el levantamiento del velo corporativo, se debe entender, que tipo de responsabilidad pueden tener los accionistas dentro de una sociedad anónima.

Dentro de la investigación realizada sobre el presente tema, los autores (pocos por cierto), coinciden que la responsabilidad de los accionistas en una sociedad anónima puede determinarse desde el punto de vista del propio contrato social (responsabilidad contractual) o desde un punto de vista exterior al contrato social (responsabilidad extra contractual).

La primera que es a la que me refiero en este apartado, consiste en que cada accionista responde ante las obligaciones sociales hasta el monto que posee en acciones. A diferencia de los otros tipos de sociedades mercantiles que permite nuestra legislación (colectiva, comandita simple, responsabilidad limitada y comandita por acciones, esta última por sus socios comanditarios), la responsabilidad no es solidaria, subsidiaria y mancomunada, sino se resume a la cantidad de acciones que haya adquirido.

Como sabemos, la persona que desea forma parte de una sociedad mercantil al constituirse esta o al adherirse si la misma ya esta institucionalizada, como primer paso, debe poseer bienes inmuebles, muebles, créditos, etcétera, que puedan ser aportables. Estos aportes que como ya indiqué pueden ser



dinerarios o no dinerarios, pasan a nombre de la sociedad mercantil a través de una escritura pública o de un inventario autorizado, justipreciándose en el caso de los no dinerarios, es decir, concediéndole un valor, el cual contendrá el monto de las acciones que el mismo puede adquirir. Este monto es el que le permitirá saber hasta donde es responsable por las obligaciones sociales puesto que este es el parámetro que la propia ley le da.

A manera de ejemplo supongamos que el señor x quiere formar parte de una sociedad anónima mercantil, pero no esta seguro de cómo debe responder ante cualquier obligación social que devenga en su ejercicio como miembro de la entidad. Para el efecto, esta dispuesto a aportar tres vehículos de su propiedad, puesto que carece de dinero en efectivo. Estos tres vehículos, al ser justipreciados poseen un valor de cien mil quetzales cada uno. Cada acción de la sociedad, tiene un valor de diez mil quetzales, eso significa que por el aporte que el señor x de a la sociedad le serán entregadas treinta acciones de diez mil quetzales (valor nominal de la acción). Bien, si el señor x desea saber cuanto es su responsabilidad contractual ante la sociedad, tiene que tomar la sumatoria de todas sus acciones, o sea que responderá en trescientos mil quetzales por las obligaciones que pudiera tener la sociedad mercantil. O sea que no tendrá que responder con sus propios bienes por las obligaciones sino únicamente por el monto de su aporte transformado en la acción mercantil.

Desde un punto de vista distinto al mencionado, como parte demandante, no podemos presentar una demanda en contra del señor x por obligaciones que ha tenido la sociedad mercantil, toda vez que nuestra legislación no nos lo permite, y en determinadas circunstancias ni siquiera sabemos si este señor x en verdad posee o no acciones dentro de la sociedad, máxime si las mismas son acciones al portador.



Al respecto de este último punto, encontramos un ejemplo ilustrado con claridad por el licenciado Carlos Chacón³⁷, en su ponencia “Doctrina del levantamiento del velo en el derecho anglosajón” que por su claridad comentamos: “...El primer caso de nuestro análisis será *Brunswick Corp. V. Waxman*, (459) F. Supp. 1222 (E.D.N.Y, 1978) *m aff'd* 599 F. 2d 34 (2d. Cir. 1979), el cual hace referencia a una reclamación de tipo contractual. *Brunswick Corporation* (en adelante *Brunswick*), presentó una demanda reclamando el pago de un millón de dólares por daños. *Brunswick y Waxamen Construction Corporation* (en adelante *Construction Corp*), tenían una relación de carácter contractual en virtud de la cual la primera de las mencionadas vendía a la segunda equipo que se utiliza para jugar boliche. Los demandados (a quienes en adelante se les denominará señores *Waxman*), firmaron los contratos correspondientes en su calidad de representantes de *Construction Corp. Brunswick*, solicitó a la Corte que se declarara la responsabilidad directa de los señores *Waxman* por el incumplimiento del contrato”(sic).

Analicemos desde un punto de vista de nuestro derecho el caso jurisprudencial mencionado. Por un lado, existe una entidad de carácter mercantil que se denominad “*Construction Corp. Brunswick*”. Esta entidad, se encuentra representada por los señores *Waxman*. Por otro lado, tenemos a los demandante, es decir, otra entidad mercantil que se denomina “*Brunswick Corporation*”, que solicita una indemnización por incumplimiento de contrato. De conformidad con lo analizado anteriormente, la responsabilidad derivada del contrato mercantil, si fuera en Guatemala y se tratara de una sociedad anónima, se limitaría al monto de las acciones que tienen los miembros de la misma. En este caso, los señores *Waxman*, si fueran accionistas, no tendrían que responder por las obligaciones de la sociedad más que en el monto de sus acciones, que no son mas que los aportes previamente entregados que al ser justipreciados y trasladados a la sociedad mercantil se transforman en bienes de

³⁷ Escuela de estudios de Post Grado, USAC, 2002.



la sociedad, la cual a cambio de estos entrega acciones. Vale la pena mencionar, sin embargo, que la corte estadounidense al resolver determinó que, al no tener suficiente capital para responder de la obligación la sociedad demandada, los señores Waxman tenían que responder con su propio capital por no ser suficiente el patrimonio social (recordemos que en este caso, no solo es el capital el que es insuficiente, sino que el propio patrimonio de la sociedad ya no es suficiente, por lo que la responsabilidad de los señores Waxman es considerable).

Este sencillo ejemplo, me permite introducirme en el tema de la responsabilidad extra contractual que es sumamente interesante, toda vez que en nuestro país, la responsabilidad extra contractual propiamente dicha, no se encuentra legalmente establecida como en otros países mas desarrollados, sin embargo, y como observaré mas adelante, en el ámbito del derecho penal este levantamiento es posible porque incluso contienen sanciones contra la propia persona jurídica, independientemente de las sanciones a imponer a sus miembros.

4.2 Responsabilidad extra contractual de los accionistas.

Si cuando mencionamos la responsabilidad contractual, nos referimos específicamente a la que poseen la sociedad anónima, derivada del propio contrato otorgado, o de la escritura constitutiva de la misma sociedad anónima, obviamente, la responsabilidad extra contractual, será precisamente aquella que sobre pasa los límites que se encuentran estipulados en los instrumentos ya relacionados.

Cuando una sociedad mercantil, propiamente la sociedad anónima (por ser esta a la que nos referimos específicamente en este trabajo), otorga un contrato en el cual se compromete por ejemplo a suministrar bienes o a prestar



cierto tipo de servicios, queda responsable específicamente de cumplir a lo que se ha comprometido. Pero ¿Qué sucede cuando no cumplen con lo convenido? El lector suspicaz, considerará que lo más conveniente, será iniciar un juicio en el cual se responsabilice a la entidad por el incumplimiento del contrato, condenándosele al pago de los daños y perjuicios realizados, incluyendo el denominado modernamente daño moral.

Más, ¿Qué pasa si lo que posee la entidad mercantil, no posee los suficientes bienes para responder con las obligaciones contractuales que se comprometió? ¿Es posible acaso, obviar el contenido del contrato mercantil, previamente otorgado, y que responsabiliza únicamente a la entidad mercantil para llegar hasta los accionistas quienes deben responder económicamente con sus bienes? ¿Qué sucede entonces con los daños ocasionados por el incumplimiento de los daños?

Un viejo adagio, muy nuestro por cierto, refiere que las personas que deben, pero que no tienen dinero como pagar, no deben al final. Este podría ser plenamente aplicado en nuestro derecho, toda vez que en efecto, responsabilizar a los accionistas porque la entidad no posee los suficientes bienes para cumplir con sus obligaciones, es una utopía, porque, primero que nada, difícilmente sabremos en efecto quienes son los miembros de esa sociedad anónima que nos debe, a excepción por supuesto de la sociedad anónima bancaria cuyos accionistas que posean más del cinco por ciento deben ser registrados en la Superintendencia de Bancos, pero aunque lo sepamos, el propio Código de Comercio regula que la responsabilidad de cada accionista es hasta el monto de su propia acción. Dicho de otra forma, si yo tengo diez acciones de mil quetzales, mi responsabilidad ante las obligaciones sociales será de diez mil quetzales. Es decir, no tengo porque responsabilizarme de más, si el derecho positivo no me exige que yo tenga que responder con mis bienes. De esta forma, se veda el derecho de la persona agraviada a reclamar



por el incumplimiento del contrato y no existe legalmente en nuestro país fundamento legal que permita hacerlo.

Modernamente, sin embargo, y específicamente en el área de derecho penal, esta responsabilidad extra contractual si es posible mediante la figura denominada “levantamiento del velo corporativo”, que trataré más adelante.

De esta forma en delitos como el lavado de dinero u otros activos y en los delitos de narcotráfico, es posible responsabilizar a los sindicatos que se encuentran detrás de la protección que le otorga la propia sociedad anónima, puesto que es a ellos precisamente contra quienes se dirige la acción.

Supongamos por ejemplo que la entidad que mencionamos con anterioridad, la que no cumplió con el contrato de suministros, ni de servicios a los que se comprometió. Esta entidad, sin siquiera tener la capacidad para responder con la obligación que se comprometió, de la noche a la mañana, consigue un préstamo por un monto considerable en cualquier banco del sistema, y posteriormente cancela el préstamo de una forma por demás extraña (por ejemplo, en efectivo, o con pagos sucesivos idénticos durante un tiempo relativamente corto, o por el tiempo correspondiente), pone en alerta al oficial de cumplimiento del banco correspondiente quien a su vez envía el informe a la Intendencia de Verificación Especial –IVE-; luego de revisar la operación, la intendencia determina que en efecto la transacción sospechosa fundamenta la presentación de una denuncia penal ante el Ministerio Público en donde referirá los por menores de la operación dentro de los que se mencionará el nombre de las personas que se encuentran detrás de la sociedad.

El Ministerio Público, al completar la investigación, determina que en efecto esta entidad, no tenía la capacidad para comprometerse en la forma que hizo y mucho menos capacidad para solicitar un crédito y pagarlo en la forma como lo hizo, por lo que inicia la persecución penal en contra de la persona



jurídica y obviamente los involucrados en el hecho ilícito. La ley es novedosa en cuanto a que también la persona jurídica recibe una sanción consistente en el cierre de la entidad. Pero lo que resulta interesante para el presente trabajo es que la ley persigue a los que están detrás de la sociedad, y les sanciona no importa el monto de sus acciones, sino su participación en el hecho ilícito analizado.

Dicho de otra forma, no importa si tengo diez acciones de mil quetzales cada una, lo que importa es que participé en la comisión del ilícito, y la entidad mercantil que fue utilizada para cometerlo no puede protegerme porque la institución a cargo de la persecución penal (que dicho sea de paso no es el monopolio de la persecución penal, pues esta figura del monopolio tiene una diferente acepción), buscará a quienes estamos protegidos por el velo de ella, y nos sancionará a nosotros, no solo con prisión, sino además con una multa del cien por cien de lo lavado.

De esta forma, se responsabiliza extra contractualmente a la sociedad anónima, pues no solo es sancionada la sociedad en si, sino y principalmente sus accionistas, acción que difícilmente por no decir es imposible, llevar a cabo en otras áreas del derecho.

Pero, la tendencia de evolución que tiene el derecho tanto a nivel nacional como internacional, vislumbra un panorama prudente para quienes pretendemos tener negocios jurídicos con entidades mercantiles, pues el siguiente paso, será que la extensión de este levantamiento se de en nuestro país a las demás áreas del derecho y no como sucede en la actualidad, de hecho, una de las principales propuestas en esta tesis es su regulación en otras materias como se podrá observar en las conclusiones y recomendaciones presentadas.



Luego de este somero estudio de la responsabilidad de tipo contractual y extra contractual, pasaremos al análisis de la parte fundamental de este trabajo de investigación, es decir, la figura del levantamiento del velo corporativo.

4.3 Definición, levantamiento del velo corporativo.

Tal y como expresamos con anterioridad, la responsabilidad extra contractual, es posible cuando se penaliza a la persona que se encuentra detrás de la sociedad anónima, propiamente dicho a sus accionistas u otros miembros de la misma como representantes legales, gerentes, etcétera. En el ámbito penal, específicamente en los delitos de lavado de dinero u otros activos y los de narcotráfico, es posible responsabilizar no solo a la sociedad anónima en si (recuérdese que en el tema de persona jurídica, la sanción es la cancelación de la misma), sino a los socios individualmente considerados.

Carmen Boldó Roldá, en su obra “El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles”³⁸, indica que el denominado levantamiento del velo no es más que “...el penetrar en el substratum de las entidades o sociedades a las que la ley concede personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal...se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra los intereses de los socios...”.

La doctora Roldá, nos muestra en su expresión más amplia, lo que en si es el tema central de nuestro trabajo. Levantar el velo entonces, es ingresar en la parte que se encuentra escondida de la sociedad anónima. Entendemos al

³⁸ Pág. 10.



substratum como la parte subjetiva de una persona jurídica colectiva, es decir los verdaderos propietarios o accionistas de la sociedad que se investiga. Como sabemos, las sociedades anónimas enfrentan como personas jurídicas directamente las obligaciones que han asumido. Los accionistas, únicamente se responsabilizan por el monto de sus acciones que no es más, que el aporte primario que otorgaron a la sociedad. Sin embargo, en el ámbito penal, cuando esta sociedad anónima es utilizada con fines ilícitos, la ley nos permite ingresar en ella, situación que en cualquier otra materia sería casi imposible de lograr o al menos a la fecha ha sido imposible de lograr, toda vez que la responsabilidad penal la ley la hace personal.

Analicemos detenidamente lo indicado. Se dice que comete lavado de dinero u otros activos la persona que caiga en cualquiera de los supuestos contenidos en el Artículo 2 de la ley de la materia. Lo más importante es la frase "...quien esta obligado...", a saber, esto quiere decir que hablamos un dolo eventual o ceguera voluntaria, que no es más que el momento en el cual una persona finge no saber lo que esta pasando ante sus ojos, aún y cuando es obvio que si esta pasando, efectivamente si sucede y por más coartada que presente no puede decir que no sabía pues los elementos que se encuentran alrededor de él hacen evidente que era imposible que no supiera. Aunque parezca un juego de palabras al azar, debemos comprender este ejemplo desde el punto de vista del lavado de dinero u otros activos que es nuestra primera idea.

Pongamos un ejemplo, el miembro de una entidad bancaria o financiera, comienza a recibir depósitos a una sociedad anónima denominada Disim, esta entidad ha tenido durante los últimos seis meses movimientos de cuentas menores de veinte mil quetzales. El banco que posee la cuenta de la entidad descrita sabe perfectamente los movimientos que posee la misma, por lo que no es de sorprenderse que continúen haciendo ese tipo de depósitos.



Sucede que en el séptimo mes, depositan una cantidad que supera el límite que mensualmente ha tenido, y esto sucede durante los siguientes cuatro ó cinco meses. La existencia del oficial de cumplimiento del banco, permitirá su denuncia ante la entidad correspondiente, pero ¿qué sucede si el banco no hace el reporte de la transacción sospechosa? Pues que estaría cometiendo un delito de lavado de dinero u otros activos, con fundamento en un dolo eventual o una ceguera voluntaria (dependiendo si nos referimos a doctrina española o anglosajona respectivamente), pues aunque indiquen que ellos no sabían que el dinero provenía de una fuente ilícita, conocen a su cliente y saben que no es posible que esa entidad tuviera depósitos mayores a los que tuvo durante el tiempo descrito.

Regresando al tema del levantamiento, consideremos ahora que esa misma entidad Disim, sociedad anónima, ha sido reportada por transacciones sospechosas por esos depósitos que ha realizado. La investigación de tipo administrativo que realizará la Intendencia de Verificación Especial, confirmará estos movimientos y levantará el velo corporativo para determinar quienes se encuentran detrás de esta entidad, esto porque será necesario establecer a donde fue a parar el dinero primeramente depositado (en este caso nos encontramos ya dentro de la fase de estratificación que mencionamos en el capítulo segundo de este trabajo), para esto, se levanta el velo, se da seguimiento a las transacciones correspondientes y se da con las personas que están detrás de ella, es decir, los accionistas, representantes, o aquellos que de una u otra forma, hayan participado en el hecho. Es importante no olvidar que el Artículo treinta y ocho, del Código Penal, establece como responsables del ilícito a los representantes, gerentes, contadores o miembros de la persona jurídica que **hayan participado en el mismo**, por lo que es perfectamente posible su persecución. Hago el resaltado, dejando por sentada mi opinión que, por el hecho de ser representante legal, gerente o contador, o de alguna forma, funcionario o empleado de la entidad que supuestamente cometió el ilícito, no significa que por ese simple hecho, él tenga responsabilidad (por lo menos no



como en dolo directo), penal ante el ilícito, toda vez que debe demostrarse su participación en el mismo.

En complemento de lo anterior el Dr. Milton Argueta, ensaya una definición de levantamiento del velo, al indicar que es: "...desestimar la personalidad jurídica de la sociedad y llegar hasta los socios de ésta para atribuirles las consecuencias jurídicas de determinada situación en la que la sociedad fue parte..."³⁹.

Es importante agregar que me estoy refiriendo en el presente trabajo de investigación a ilícitos penales, no ha cuestiones de índole civil y mercantil, por lo que la orientación que sigue el mismo es tendiente a determinar la responsabilidad extra contractual de los socios de una sociedad anónima que ha cometido ya sea el ilícito penal de lavado de dinero u otros activos o los de narcotráfico indicados con anterioridad. Esto es importante considerarlo y recordarlo para evitar malas interpretaciones del concepto al que nos referimos, toda vez que desestimar, es hacer a un lado la parte que se observa en la sociedad anónima, e ingresar a la parte que no es obvia, es decir, la que esta detrás, ya que con esto serán sancionados aquellos que cometen el delito, no pudiéndose esconder en su propia sociedad.

4.4 Derecho comparado (jurisprudencia extranjera en cuanto al levantamiento del velo corporativo).

A la fecha, no existe en Guatemala, doctrina legal asentada acerca de la figura del levantamiento del velo corporativo. A pesar que existen ya sentencias judiciales donde se aplica el mismo, aún los órganos supremos que pueden dejar sentada jurisprudencia no se han pronunciado.

³⁹ Op. Cit., Pàg. 3.



Por esa razón, y para una comprensión específica del tema tratado, me permito mostrar dos sentencias emitidas por el tribunal superior español, que a pesar de no tratarse de casos penales, su aplicación es evidente, dejando por sentado la forma como se aplica y porque se aplica. Al final de cada una, me permito el abuso de efectuar un comentario personal de dichas sentencias, salvando el mejor criterio del lector informado del tema.

4.4.1 Sentencia de 8 de enero de mil novecientos ochenta, España.

Arrendamiento de hotel, cumplimiento de contrato. Interpretación de los contratos por el Juzgador de Instancia. Desestimación por no respetar los hechos probados. “...Considerando: Que no bastaría, en el estado actual de la realización del Derecho, para rechazar el motivo, apelar a consideraciones de técnica jurídica en torno a la distinta y propia personalidad de los entes jurídicos y sentar en su consecuencia, puesto que son dos personas distintas la comunidad demandada y la sociedad anónima recurrente, que existen dos voluntades y puede operar el concurso de las mismas para la perfección del control; y no bastaría porque es correctamente admisible la posibilidad de investigar al fondo real de la situación, sin detenerse ante la forma jurídica de la persona para, en atención a los individuos reales que la constituyen y a su posición, pronunciarse sobre los intereses en juego y su protección, de acuerdo con los principios que regulan la conducta contractual...”.

En el presente caso, es evidente que ante la existencia de un contrato civil, la parte demandada intentó dividir o mejor dicho separar la responsabilidad que podrían tener personalmente, con la que tienen como sociedad anónima.

Aunque no se tiene acceso a la totalidad del expediente indagado, se entiende que los personeros y verdaderos propietarios de la entidad demandada fueron ubicados cometiendo un daño a la persona del demandante a través de la



sociedad anónima. Y es que precisamente tras la cobertura de ese velo, las consecuencias que se producen son nefastas para los que en buena fe, inician una negociación con la entidad que ofrece los servicios indicados.

Esta utilización del velo, que ha sido normalmente efectuado por varias entidades mercantiles de este tipo, es precisamente la razón por la cual la mayoría de personas que desean constituir una sociedad mercantil se inclinan intempestivamente por la que les represente menos inconvenientes a la hora de responder por las obligaciones plenamente adquiridas, pues en esta, normalmente⁴⁰ y a pesar de las bondades que en realidad posee, se utilizará para ocultar a las verdaderas personas que pudieran estar tras negocios sus negocios espurios.

El tribunal, al constatar que esta utilización esta haciendo mella en las condiciones económicas de la parte demandante recurre al levantar el velo para que respondan de las obligaciones que la sociedad “fachada”, no puede responder toda vez que no tiene el capital necesario para responder de ellas.

Resulta interesante la mención que el tribunal analizado, menciona los principios que deben regir la conducta contractual. Estos principios, debemos decir, se refieren específicamente para nuestro derecho, los generales del derecho mercantil a saber: la verdad sabida, la buena fe guardada y toda prestación se presume onerosa, dentro de ellas la mas importante la buena fe, porque la persona que hace la negociación mercantil con la sociedad anónima lo hace con el convencimiento que su contraparte responderá ante la obligación que adquiera.

⁴⁰ Se debe dejar claro que de conformidad con la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Dto. ...del Congreso de la República, regula que los socios accionistas que posean más de un cinco por ciento de acciones de las entidades bancarias, deben registrarse en la Superintendencia de Bancos.



4.4.2 Sentencia de 4 de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, España

Sociedad anónima. Responsabilidad frente a terceros: Obligaciones contraídas por otras sociedades con los mismos elementos personales y conexiones objetivas. Principio de buena fe: ejercicio antisocial del derecho. Recurso de casación. Infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia: desestimación; por no respetar los hechos probados. "...3º.

También ha de alinearse en pro del mantenimiento de la condena que pronuncia la sentencia impugnada, la doctrina de esta Sala que no ha vacilado en apartar el artificio de la sociedad para decidir los casos según la realidad. El Tribunal de instancia deja afirmado, según las transcripciones que se ofrecen en el primero de los presentes fundamentos, que las tres sociedades anónimas, pese a su apariencia formal pertenecen a una sola persona o familia, como lo confirman su propia denominación, la escasa diferencia por no decir identificación de su objeto social, el hecho de tener el mismo Presidente y como Administrador un empleado a veces de una u otra y hasta la ubicación de la industria en las mismas naves o en otras subyacente formando una unidad; estas tres Sociedades y solamente ellas concurren a formar en 1973 la Asociación AGEMAC y en 1978 a constituir la anónima de igual nombre. Según la Jurisprudencia aludida, formada entre otras, por las Sentencias de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 9 de julio de 1986 y 16 de febrero y 24 de septiembre de 1987, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por la vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe. La práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar y al interés privado o público como camino al fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo"), en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en



daño ajeno o de los derechos de los demás, del orden público y de la paz social o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho...”.

Si analizamos detenidamente la presente sentencia judicial de casación, es claro que no se refiere a una sola entidad utilizada para dañar el interés de terceros de buena fe, sino a varias que pertenecen a los mismos accionistas y teniendo los mismo representantes confabulan la formación de una nueva Sociedad Anónima, cuyo objetivo primordial es esconder a los verdaderos autores de las negociaciones que se lleven a cabo para que cuando estos terceros deseen hacer efectivas sus acrederías no tengan a quien demandar, pues detrás de esa nueva sociedad anónima, se encuentran otras tres sociedades anónimas que aunque pertenecen a las mismas personas, difícilmente podremos establecer su relación fundadamente, a excepción por ejemplo en este caso que se levante el velo, primero de la sociedad última formada, y luego de las otras tres que son de las mismas personas.

Si vamos un poco mas allá de la interpretación que damos de la sentencia, y especulando acerca de la situación planteada como ejemplo pensaremos que esta entidad se dedica a vender bienes inmuebles a personas particulares; estos promocionan sus bienes con el nombre de la tercera entidad, recibiendo los pagos por concepto de enganche y otros gastos. Luego resulta que lo inmuebles vendidos en realidad no pertenecen a la sociedad anónima sino a otra entidad; el problema real se genera al momento de presentar la demanda judicial, toda vez que nos encontraremos con la disyuntiva de ¿A quién demandamos? ¿A la entidad formada? ¿A las tres propietarias que las formaron? ¿O a los propietarios o accionistas de estas últimas tres?

La ley guatemalteca nos permite demandar a la formada, más no contra los que se encuentran detrás de ellas, pues para esto, debiera levantarse el velo corporativo, como ocurre en el caso mencionado, primero para determinar



cuales son esas tres entidades que se encuentran detrás de la última, y luego en de las primeras para establecer quienes son los que a la larga tienen la responsabilidad de la estafa cometida.

Observemos que es a pesar de ser casos especulativos se han dado casos sobre todo en nuestro país, donde la ocurrencia de los hechos que se describieron no son tan extraños y al no estar regulado ese levantamiento resulta difícil más no imposible de realizar, por lo menos valdría la pena intentarlo toda vez que aunque la norma no está autorizada en nuestra legislación, el juez de conformidad con el Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial tiene obligación de resolver.

4.5 Análisis jurídico, sobre la figura del levantamiento del velo corporativo y su aplicación en los ilícitos penales.

4.5.1. Caso “A”⁴¹.

4.5.1.1 Resumen de la relación fáctica de los hechos punibles atribuidos.

El denominado caso “A”, tiene tantas aristas como transacciones financieras se pretendieron realizar. No es el objeto de este trabajo comentar todos los ilícitos (penales o no), o las formas como los sujetos activos procedieron en la comisión de los mismos. Es así que me limitaré a mencionar la participación de uno de los principales responsables, a quien identificaremos como “el hijo”, y una entidad del Estado que reconoceremos como “SA”, además de

⁴¹ Los casos planteados son reales, los nombres han sido cambiados en virtud que son expedientes que se encuentran vigentes.



la inclusión de una Sociedad Anónima denominada Go One, que aparentemente, no pertenecía a “el hijo”.

Dentro de las políticas iniciadas por la administración de la SA, se proyectó la necesidad de implementar en los centros educativos del país, los fundamentos generales de su cultura, enfocado primordialmente en menores de edad. En ese sentido, se sugirió la entrega de útiles escolares, entre otros, con el logotipo SA. En tal sentido, la SA, efectuó diversos contratos con diversas entidades que, supuestamente, entregarían los útiles ya mencionados. Luego de la investigación penal iniciada, se determinó que: 1. Cierta cantidad de útiles escolares no había sido entregada; 2. Otra cantidad fue entregada incompleta; 3. El restante fue entregado en documentos pero no físicamente; y, 4. Los Contratos habían sido pagados en su totalidad.

Ante esto, se buscó la solución por medio del seguimiento de las cuentas bancarias pertenecientes a las entidades mercantiles que deberían entregar los insumos que correspondían dentro de las cuales se encontraba Go One, Sociedad Anónima. Esta poseía varias cuentas bancarias en diversos bancos del sistema, en donde la SA, que por cierto su representante supremo el padre del “el hijo”, depositó los montos como pago al material aún no entregado. Al finalizar las investigaciones correspondientes se determinó que el verdadero propietario y accionista mayoritario de Go One, Sociedad Anónima, era “el hijo”, al extremo que en las cuentas que aparecían a nombre de la misma, uno de los que poseía firma autorizada era él. Adicionalmente, otras entidades que aparecieron dentro de todo el proyecto, depositaban al finalizar el movimiento financiero, la mayoría de capital en las cuentas de Go One, Sociedad Anónima. De esta forma fueron sustraídos, más

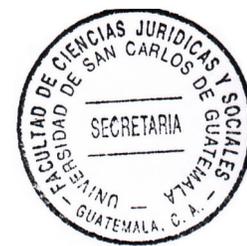


de treinta millones de quetzales, que fueron a constituir depósitos a plazo fijo a nombre de “el hijo”.

4.5.1.2. Análisis del caso.

Podemos observar que el verdadero propietario de la sociedad anónima Go One, en primer lugar no era ninguna de las personas que aparecían en los distintos instrumentos públicos firmados, sino era de “el hijo”. Además, utilizó esta sociedad anónima como fachada, interponiendo testaferros para que en su lugar efectuaran todo tipo de negocios jurídicos, y en este caso con la propia SA. Si nos basamos específicamente, en que la responsabilidad de los accionistas es en cuanto al número de acciones que poseen en la sociedad anónima, hubiésemos tenido el inconveniente que en el presente caso no se podría procesar a ninguno de los accionistas, el cual no fue descubierto sino al momento en que se investigaron las cuentas bancarias que pertenecían a la sociedad, ocurriendo con esto el levantamiento del velo en la persona jurídica que permitió determinar la existencia de un fraude de ley, con el que se pretendió dañar al erario nacional en mas de treinta millones de quetzales, y a su principal responsable quien, como observamos no aparece expresamente en la entidad.

Estamos entonces al momento en que la Ley de Lavado de dinero u otros activos, decide que se debe encontrar no solo a las sociedad que cometieron el ilícito, sino y sobre todo, a quien figura como su propietario o accionista.



4.5.3. Caso “B”.

4.5.2.1 Resumen de la relación fáctica de los hechos punibles atribuidos.

La pérdida de más de treinta y seis millones de dólares que sufriera la entidad que denominaremos “el instituto”, por inversiones realizadas en Estados Unidos de América, es uno de los casos que a mi criterio, encuadra perfectamente la figura del levantamiento del velo corporativo en cuanto al delito de lavado de dinero u otros activos. Cabe aclarar que a la fecha de comisión del ilícito penal, no había sido promulgado el Decreto 67-2001 del Congreso de la República (Ley de lavado de dinero u otros activos), sin embargo, lo tomaré como delito base para el análisis que se propone. Las personas sindicadas son de nacionalidad estadounidense, conocidos como “Luis” y “Robert”, y la entidad “Pention”, que tiene su sede de negocios en Florida, Estados Unidos de América. Lo hechos inician en Guatemala, cuando la entidad “Pensión”, a través de sus representantes en Guatemala, ofertaron la colocación de inversiones del “Instituto”. “Pensión” era una entidad que actuaba como supuesta representante de las firmas en Guatemala de las dos entidades bancarias estadounidenses. En tal virtud, al ofrecer tasas de rendimiento superiores a las demás propuestas y beneficios varios, como seguro de vida y comisiones por dichas operaciones, fueron favorecidas por el “Instituto” a través de su Junta Directiva para invertir la cantidad total de treinta y seis millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 36,000,000.00), siéndoles entregados (al “Instituto”), títulos que adolecían de falsedad



pues “Pensión” no está autorizada para realizar consultoría en inversiones, venta de valores o Banco de Inversión en el Estado de la Florida o en Los Estados Unidos de América, y adicionalmente “Pensión”, no estaba autorizado por las firmas bancarias que argumentaban.

4.5.2.2 Análisis del caso.

Al comenzar el análisis que corresponde al presente caso, es entendible que estamos ante dos jurisdicciones distintas, la que corresponde a nuestra nación, así como en la de los Estados Unidos de América. Me concentraré en la de Guatemala por ser esta la que en realidad interesa en el presente caso. Los representantes legales que se encuentran en Guatemala, deben ser responsables como autores materiales del hecho ilícito cometido en contra del “Instituto”, al ofertar inversiones que no tenían ningún tipo de respaldo. Sin embargo, en el caso de “Pensión”, la emisión de títulos falsos, y la representación falsa que adujeron tener en dos entidades bancarias de origen estadounidense crea responsabilidad de tipo penal ante dicha entidad. Sin embargo, al no saber quienes son los verdaderos propietarios de la misma, se necesitó levantar el velo corporativo para determinar que dos ciudadanos estadounidenses, eran las personas que tenían responsabilidad penal, ante las leyes guatemaltecas, de conformidad con la Extraterritorialidad de nuestra ley penal, inciso sexto, que textualmente establece: “6°. *Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como*



*la falsificación de la firma del Presidente de la República, falsificación de moneda o de billetes de banco, de curso legal, bonos y **demás títulos** y documentos de crédito...”(la negrita es mía).*

4.5.3 Análisis Jurídico.

Separaremos ahora la responsabilidad penal en ambos casos de los representantes, de la sociedad anónima y del verdadero propietario de la misma (accionistas). En el caso de los accionistas, al haber consentido la utilización de la sociedad en un hecho ilícito genera responsabilidad penal de conformidad con el Artículo 36 del Código Penal que establece: “**Autores.** Son autores...3. 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...”; en el caso de la propia sociedad anónima su participación en el hecho del lavado de dinero, con lleva al cumplimiento de los presupuestos establecidos en el Artículo 5 de la Ley de Lavado de dinero u otros activos: “**Personas jurídicas.** Serán imputables las personas jurídicas, **independiente** de la responsabilidad penal de sus propietarios...los delitos previstos en esta ley, cuando se trate de actos realizados por los órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios...”; y, los verdaderos propietarios (es decir, los accionistas), al determinarse que es, en efecto, el autor intelectual del hecho ilícito, configura en la conducta típica establecida en el inciso a), del Artículo 2, de la Ley de Lavado de dinero u otros activos: “**Del delito de lavado de dinero u otros activos.** Comete el delito de lavado de dinero u otros activos a quien por sí, o por interpósita persona: a) Invierta, convierta



transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son productos, proceden o se originan de la comisión de un delito...”.

Como hemos observado, ocurrieron dos casos reales de levantamiento del velo corporativo tal como lo mencionamos, que no podría hacerse en otro tipo de procesos, toda vez que en los Registros Públicos aparece como Representante persona distinta al verdadero propietario, es más, en la propia Escritura de Constitución aparecen socios fundadores que luego no tenían nada que ver con la sociedad constituyéndose personas interpuestas con el fin que a través de ellas la comisión del hecho ilícito pudiera consumarse.

Cabe analizar: ¿Qué hubiera sucedido en el caso que no pudiera investigarse las cuentas bancarias de la sociedad anónima? Pues ante la ausencia de regulación al respecto del levantamiento del velo, en todo caso consideraría correcta la apreciación efectuada por el Doctor Milton Argueta, en su ponencia “Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad en Guatemala⁴²”, al afirmar que en todo caso, podríamos llegar a una sanción de los verdaderos propietario de la sociedad anónima, al incurrir en los requisitos establecidos en el Artículo 222, del Código de Comercio⁴³, pues conllevaría a la liquidación y disolución de la sociedad.

⁴² Octubre 2,003, sin más datos. Pág. 10 y ss.; El Dr. Argueta, emplea el término: “Desestimación de la persona jurídica”, en el sentido que en el presente trabajo se expone “el levantamiento del velo corporativo”.

⁴³ **Sociedades con fin ilícito.** Las sociedades que tengan fin ilícito serán nulas, aunque estén inscritas. La nulidad podrá promoverse en juicio sumario y ante un Juez de Primera Instancia de lo civil, por cualquier



Fuera de lo anterior, considero del sumo importante la regulación legal o reglamentaria de la figura del levantamiento del velo corporativo, en virtud que en Guatemala a la fecha, han existido graves abusos en la utilización de esta figura que han menoscabado los intereses no solo de personas particulares sino del propio Estado de Guatemala y al mismo tiempo que el levantar el velo corporativo, no se convierta posteriormente en una verdadera persecución sin medida de los propietarios reales de las acciones en las sociedades anónimas tendientes a desacreditar a sus miembros, o en palabras del Doctor Vladimir Aguilar: "... el levantamiento del velo excepciona con carácter general el ordenamiento jurídico, afectando al tráfico mercantil. En realidad, este recurso, al transgredir la personalidad jurídica de las sociedades, desbarata la intangibilidad de la normativa correspondiente... la apariencia generada en el marco de la actividad empresarial, puede llegar a distorsionarse"⁴⁴.

Queda otra pregunta en el aire aún sin contestar: ¿Puede un Tribunal, por medio de una sentencia, establecer la responsabilidad mancomunada de los accionistas de una sociedad anónima, ante la comisión del delito mencionado? Desde mi mas modesto criterio, considero que si es posible, toda vez que independientemente de la figura típica, que se presente en el ilícito cometido, el Tribunal puede responsabilizar no solo a los Representantes Legales (Art. 38, Código Penal), y a la propia Sociedad Anónima (como lo establece la ley de lavado de dinero u otros activos), sino también a los propios accionistas de conformidad con la norma contenida en

interesado o por el Ministerio público y tendrá como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad.

⁴⁴ Aguilar Guerra; Vladimir osman: "La sociedad anónima", Pág. 37.



el Artículo 36, inciso 3ero. Del Código Penal como ya indique, teniendo que recurrir obviamente al levantamiento del velo corporativo, responsabilizándolos mancomunadamente; y, ¿en que forma se haría?, bueno, pues a través de una sentencia dictada por un Tribunal legítimamente constituido, y con base en los medios de investigación que se logren recabar. Estudiar esta posibilidad, puede crear una nueva herramienta en contra del combate de este flagelo que tanto apremia a nuestro país.



Conclusiones

1. La sociedad en si, no es un contrato, sino el conjunto de personas que ya sea en una forma personalista o accionada, conforman la misma con un objetivo general la repartición de las ganancias que se obtengan, toda vez que su constitución responde propiamente al ánimo de lucro.
2. En el caso de la sociedad anónima la responsabilidad del accionista esta limitada únicamente al pago de las acciones que hubiere suscrito y puede obviar el responder a sus obligaciones cubriéndose con la figura del velo corporativo.
3. La responsabilidad extra contractual, es posible únicamente cuando se penaliza a la persona que se encuentra detrás de las sociedades anónimas, propiamente dicho a sus accionistas u otros miembros de la misma como representantes legales, gerentes, etcétera.
4. La responsabilidad de los accionistas en una sociedad anónima se determina desde el punto de vista del propio contrato social (responsabilidad contractual) o desde un punto de vista exterior al contrato social (responsabilidad extra contractual).
5. Al mencionar la responsabilidad contractual, nos referimos específicamente a la que posee la sociedad anónima, derivada del propio contrato otorgado, o de la escritura constitutiva de la misma, la responsabilidad extra contractual,



es precisamente aquella que sobre pasa los límites que se encuentran estipulados en los instrumentos ya relacionados.

6. A la fecha, no existe en Guatemala, doctrina legal asentada acerca de la figura del levantamiento del velo corporativo. A pesar que existen sentencias donde se aplica el mismo, aún los órganos supremos que resuelven y dejan sentada jurisprudencia no han hecho pronunciamiento al respecto.



Recomendaciones

1. La tendencia de evolución que tiene el derecho tanto a nivel nacional como internacional, vislumbra un panorama prudente para la realización de negocios jurídicos con entidades mercantiles, pues el siguiente paso, será que la extensión de este levantamiento se de en nuestro país a las demás áreas del derecho y no como sucede en la actualidad.
2. Considero importante la regulación legal o reglamentaria de la figura del levantamiento del velo corporativo, poniendo suma atención en que al levantarlo no se convierta posteriormente en una verdadera persecución sin medida de los propietarios reales de las acciones en las sociedades anónimas que conlleva a desacreditar a sus miembros.
3. Establecer la responsabilidad mancomunada de los accionistas de una sociedad anónima, ante la comisión del delito mencionado toda vez que independientemente de la figura típica, que se presente en el ilícito cometido, el tribunal responsabilice no solo a los representantes legales, y a la propia sociedad anónima (como lo establece la ley de lavado de dinero u otros activos), sino también a los propios accionistas de conformidad con la norma contenida en el Artículo 36, inciso 3ero. del Código Penal. Se debe recurrir al levantamiento del velo corporativo, responsabilizando a los accionistas y a sus representantes legales mancomunadamente, por medio de una sentencia dictada por un tribunal legítimamente constituido, y con base en los medios de investigación que se logren recabar. Estudiar esta posibilidad, puede crear una nueva herramienta en contra del combate de este flagelo que tanto apremia a nuestro país por lo que recomiendo que se realice de la forma más rápida posible.





BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman.** La sociedad anónima. Editorial Serviprensa S.A. Guatemala, 2003.
- **ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos.** El delito de blanqueo de capitales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima; Madrid, España: 1993.
- **BEJARANO A. y otros.** Narcotráfico, política y corrupción, Corporación Milenio, Ed. Temis; Sociedad Anónima, Colombia: 1997.
- **BLANCO CORDERO, Isidoro.** El delito de blanqueo de capitales, Ed. Aranzadi; Sociedad Anónima, Madrid: 1997.
- **DE LEON VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco De Mata Vela,** Derecho penal guatemalteco, parte general y especial, Ed. F & G, editores;
- **MENA ROSALES, Nelson Rodolfo.** Programa de capacitación sobre la ley contra el lavado de dinero u otros activos, Material de curso. Guatemala: 2003.
- **Seminario Taller,** Lavado de dinero, Material de apoyo, Sección de Asuntos Antinarcóticos de la Embajada Americana, Guatemala: 2004
- **ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto.** El blanqueo de dinero, aspectos sustantivos, Cuadernos de derecho judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero, normativa comunitaria. Madrid: 1994.

Legislación:

- **Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- **Código Penal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 17-73, 1973.
- **Código Procesal Penal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 51-92, 1992.



- **Ley de lavado de dinero u otros activos.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 67-2001, 2001.
- **Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.
- **Ley contra la narcoactividad.** Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto numero 48-92, 1992.