SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE. Guatemala, Catorce de febrero de dos mil catorce.

I.- Se tienen a la vista para resolver los RECURSOS DE APELACIÓN que fueran interpuestos por: A) Ministerio Público, a través de la fiscalía de Sección Contra la Corrupción; B) Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, a través de su Gerente y Representante Legal, Arnoldo Adán Aval Zamora; C) Contraloría General de Cuentas a través de su Mandatario Especial Judicial con Representación, Luis Francisco Mendoza Gutiérrez; D) Banco Citibank de Guatemala, Sociedad Anónima, a través de su Mandatario Especial Judicial con Representación, Lionel Francisco Aguilar Salguero; II.- Dichos recursos fueron presentados contra el auto de fecha veintidós de noviembre de dos mil once, dictado por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente; que resuelve Con Lugar los incidentes de: A) Excepción de Falta de Acción Penal en el Ministerio Público y en el Querellante Adhesivo y Actor Civil; y B) Excepción de Prescripción. Y:

CONSIDERANDO

-I-

El artículo 398 del Código Procesal Penal dispone: "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. Pero únicamente podrán recurrir quienes tengan interés directo en el asunto. Cuando proceda en aras de la justicia, el Ministerio Público podrá recurrir a favor del acusado. Las partes civiles recurrirán sólo en lo concerniente a sus intereses, el defensor podrá recurrir autónomamente con relación al acusado". El artículo 406 del Código Procesal Penal establece: "El recurso de apelación permitirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, y permitirá al tribunal confirmar, revocar, reformar o adicionar la resolución". Que conforme el artículo 294 del Código Procesal Penal, las partes podrán oponerse al progreso de la persecución penal o de la acción civil por los siguientes motivos; 1)...; 2) Falta de acción y 3) Extinción de la Persecución Penal o de la pretensión civil; Las excepciones serán plateadas [sic] al juez de primera instancia o al tribunal competente, según las oportunidades previstas en el procedimiento. El Juez o el

tribunal podrá asumir de oficio la solución de alguna de las cuestiones anteriores, cuando sea necesario para decidir, en las oportunidades que la ley prevé y siempre que la cuestión por su naturaleza no requiera la instancia del legitimado a promoverla. El artículo 295, del Código Procesal Penal, señala: "La interposición de excepciones se tramitará en forma de incidente, sin interrumpir la investigación. Las excepciones no interpuestas durante el procedimiento preparatorio podrán ser planteadas en el procedimiento intermedio". El artículo 296 del Código Procesal Penal, regula: "... Si se declara la falta de acción, se archivarán los autos, salvo que la persecución pudiere proseguir por medio de otro de los que intervienen, en cuyo caso la decisión sólo desplazará del procedimiento a aquel a quien afecta. La falta de poder suficiente y los defectos formales de un acto Constitucional podrán ser subsanados hasta la oportunidad prevista. En los casos de extinción de la responsabilidad penal o de la pretensión civil se decretará el sobreseimiento o se rechazará la demanda según corresponda".

-II-

1.- DEL RECURSO DEL APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. A través de la Fiscalía Contra la Corrupción, Afirma que a través del auto judicial impugnado, se ha dejado fuera tanto al Ministerio Público como al Querellante Adhesivo y Actor Civil en este caso el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; que dicha resolución les afecta, ya que impide el progreso de la acción y por ende el derecho (Códigos penales, civiles, de comercio, etc.) de poder cumplir sus fines como órgano auxiliar de la administración de justicia; que la acción debe tomarse en cuenta es aquella que se realiza en dos fases; interna, que sucede en el pensamiento del autor, en forma anticipada se proponen la realización de un fin; y externa: Luego de propuesto el fin se seleccionan los medios para su realización. Que la valoración penal puede recaer sobre cualquiera de las fases indicadas en el apartado anterior, cuando se ha realizado en el mundo externo; que al referir la posible comisión de un delito, el mismo produce dos acciones, la Penal para el castigo y la Civil para la reparación. Además que en este momento no existe imputación penal, pues aún no se ha escuchado en sus primeras declaraciones a los sindicados, así como que por el estado del proceso aún no se está en la etapa procesal en la que pueda decirse que no hay medios y motivos racionales suficientes

para creer que una persona ha participado en la comisión de un delito. Indica el apelante que en todo caso si el juez consideró que las órdenes de aprehensión no tienen sustento, debió de oficio hacer las correcciones utilizando herramientas procesales para sanear el proceso; o bien, pedir al Ministerio Público que refuerce la investigación, si fuera el caso. Añada la Apelante que el Juez mediante su decisión asumida descalifica las resoluciones de órdenes de aprehensión, y según su apreciación viola el debido proceso e imperatividad procesal. Manifiesta que el Ministerio Público tiene mandato constitucional de ejercer la acción penal, así como que actualmente existen personas condenadas por el mismo hecho, lo que hace inferir al Ministerio Público en la indudable participación de las demás personas que fueron favorecidas con dicha resolución. Asegura que el Juez pasó por alto que estas mismas personas se valieron ilícita, astuta y ventajosamente de figuras como el fideicomiso y la rescisión de contratos para defraudar al Estado; que el hecho que se esté devolviendo el dinero no implica que el delito no pueda existir y por lo tanto que no pueda perseguirse penalmente. Expone que tanto la rescisión de contratos y la devolución del dinero constituyen el resarcimiento del daño causado por el delito y el juez pasa por alto el pago de los intereses millonarios que generaron los trescientos cincuenta millones de quetzales, a favor del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Además, que se deja en impunidad la defraudación de que fue objeto el Estado de Guatemala, permitiendo el enriquecimiento ilícito de personas tanto individuales como jurídicas, por lo que dichas resoluciones deben ser revocadas por imperativo legal, a fin de salvaguardar el debido proceso y la acción penal; que existe indebida aplicación e interpretación errónea de los preceptos procesales invocados en el auto impugnado; que la existencia de un hecho que pueda revestir características penalmente relevantes sólo lo puede determinar la investigación; que con la resolución dictada se limita al Ministerio Público que pueda acudir ante el órgano jurisdiccional competente, para ejercer la acción penal conforme los preceptos legales y constitucionales que le facultan, específicamente el artículo 251 Constitucional; que debe cumplirse con lo establecido en el artículo 325 del Código Procesal Penal y no resolver como lo hizo, aún más dentro de un proceso que no ha iniciado, toda vez que los sindicados se encuentran en situación de rebeldía, pendientes de resolver su situación jurídica; que lo resuelto por el juez el veintidós de noviembre de dos mil

once no se ajusta a lo que establece el ordenamiento jurídico guatemalteco, tampoco con las constancias procesales obrantes dentro del expediente.

2.- DEL RECURSO DE APELACIÓN DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL –IGSS-. a través de su Gerente y Representante Legal Amoldo Adán Aval Zamora, indica que su representada en su calidad de querellante adhesivo y actor civil mediante su escrito de fecha veinticinco de noviembre del dos mil once, que el juez al resolver se extralimitó y arbitrariamente lesionó derechos de la entidad agraviada, por haber entrado a conocer y resolver varios incidentes de manera apresurada; que el juez al haber sido recusado con expresión de causa por su notorio y manifiesto interés de favorecer desde un principio a los sindicados, lesionó los derechos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, vedándole el derecho de una efectiva tutela judicial; que al no haber dado trámite a la recusación como lo establece la ley, también violó los derechos de su representada, impidiendo que se persiga a los responsables de participar en la organización criminal que defraudó a dicha institución por trescientos cincuenta millones de quetzales, que aún no se han recuperado en su totalidad; que también se atenta contra el principio de libertad probatoria y debido proceso, descalificando medios de prueba existentes sobre la base de interpretaciones erróneas de normas procesales y de los efectos de dos sentencias civiles. Afirma haberse violado el derecho a una tutela judicial efectiva, por el hecho de no haberle dado trámite a la recusación, trayendo a cuenta incluso una sentencia de la Corte de Constitucionalidad contenido en gaceta Numero setenta y cuatro, expediente ochocientos noventa guión dos mil cuatro, sentencia del veintiséis de mayo de dos mil cinco y otra de un tribunal constitucional español. Relaciona la creación del fideicomiso y la responsabilidad de quienes intervinieron; indica que el argumento utilizado por el juez sobre que la creación del fideicomiso es una acción lícita es equivocada y falaz, pues no considera el juez que los fines del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social es previsión social en materia de salud y no de construir viviendas; que por tal razón el ex gerente del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, fue condenado por la emisión del Acuerdo 1099 de fecha siete de octubre de dos mil dos, que es ilegal; que con dicho acuerdo, los sindicados Álvaro Stein Barillas, representante de Banco Uno, Sociedad Anónima, y Francisco

Castellanos Hernández, representante de UNISERV, Sociedad Anónima, la que es una empresa de cartón y sin actividad comercial, conformaron también un fideicomiso también de cartón, que nunca tuvo actividad financiera llamado FIDEINPRO; que los instrumentos públicos utilizados para la constitución, ampliación y modificación del fideicomiso sólo tienen apariencia de legalidad y con ello se demuestra el concierto entre el ex gerente del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el señor Álvaro Stein Barillas y Francisco Castellanos Hernández; que el ingreso del Instituto como fideicomitente adherente es una figura ilegal; que la figura del comité técnico dentro del fideicomiso propició el fraude al Instituto al haber comprado fincas sobrevaloradas en más del mil por ciento. Agrega que todos esos actos delictivos fueron el medio necesario para el fraude y se encuadra en lo establecido en el artículo 36 del Código Penal, numerales 1, 3 y 4 y en el 263 del mismo cuerpo legal; que fue así como se trasfirieron anómalamente el patrimonio del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y se compraron fincas sobrevaloradas, sobrevaloraciones que fueron apoyadas por la Contraloría General de Cuentas y el Ministerio de Finanzas; que existe un error deliberado en las apreciaciones del juzgador de primer grado en cuanto a los hechos, ya que los interponentes de las excepciones sí tuvieron una participación delictiva que debe ser perseguida por el Ministerio Público. Por lo que el apelante solicita que se haga justicia para más de tres millones de afiliados, toda vez que esta organización criminal aún no restituye la totalidad del dinero y su estrategia es siempre tratar de sacar de contexto de la organización criminal sus actuaciones, para que éstas parezcan lícitas pero no lo son. Refiere que en la rescisión de los contratos fueron promovidas por las entidades vendedoras al verse descubiertas por el fraude en la venta de las fincas sobrevaloradas, demandas en las que se allanó el Banco Uno, Sociedad Anónima, sin existir oposición de esa institución ni de la Procuraduría General de la Nación. Sostiene que la declaración judicial de un órgano civil que deja sin efecto negocios jurídicos no puede afectar ni tener trascendencia alguna en la esfera de competencia del ramo penal; que en el presente caso existe un delito consumado, por lo que resulta claro que existe una relación causa-efecto con los actos de los involucrados en el fraude. Por último señala el apelante que la estimación de valor que hace el juzgador sobre la valoración municipal de la Finca denominada San Miguel, la que es del año dos mil cinco es

sesgada, ya que esto provino de los avisos del negocio sobrevaluado presentados a la municipalidad en su oportunidad, por lo que los valores fueron elevados como algo lógico en el proceso de actualización, sin embargo comercialmente son valores irreales, porque de lo contrario ya se hubiere realizado la venta de dicha finca. Agrega que si la venta no se ha cumplido es porque no es aprovechable la topografía de la finca y porque son áreas protegidas, lo que consta en los informes de valuación de la Contraloría General de Cuentas GC y el Ministerio de Finanzas Públicas; que es evidente y falso lo indicado por el juez que resuelve, pues conforme un informe Numero Ochocientos veintinueve guión dos mil cuatro, sí se establece que las personas favorecidas con la falta de acción penal hicieron transferencias y mezclaron su patrimonio proveniente del fraude realizado al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, circunstancia que constituye operaciones realizadas por entidades que no cuenta con un giro comercial que respalde sus actos en Guatemala; que las entidades Galente Trading limited y Gateville Holding Corp. son empresas de cartón utilizadas para lavar dinero proveniente del fraude al Instituto, habiendo realizado acciones típicas de transferir, convertir a giros, lo que comúnmente se denomina "pitufear el dinero" y por último hacen desaparecer más de US$ nueve millones quinientos mil, de los que no dan razón hasta la fecha; que el precio pagado por la entidad Escabel para adquirir la finca San Miguel fue de US$ tres millones trescientos veinticuatro mil ciento sesenta y uno con cuarenta centavos, (US$ 3,324,161.40) a la entidad Felusa, Sociedad Anónima, otra empresa de cartón por lo que no es atendible lo afirmado por el juez que dicha finca garantiza lo que no se ha restituido al Instituto, por lo que existe ninguna garantía para no pedir daños y perjuicios o desistir de la acción penal. Refiere sobre la rebeldía de los accionantes y que por lo tanto con base en resolución de fecha diecinueve de mayo de dos mil cuatro, al estar rebeldes no pueden haber promovido a su favor dichos incidentes; que la condición de rebeldía paraliza el proceso en cuanto a los declarados, por lo que el juez comete un deliberado error al interpretar los artículos 71 y 14 del Código Procesal Penal, por lo que se violaron los artículos 79 y 70 del Código Procesal Penal, debiendo el juez declarar improcedente in limine dichos incidentes y conminarlos a seguir el camino que la ley establece para solventar su situación jurídica. Insiste en que el juez resolvió equivocada y erróneamente, interpretando

indebidamente normas y haciendo una mala apreciación de los hechos fácticos con notoria parcialidad, aplicando criterios reducidos, basándose únicamente en lo indicado por los incidentantes, apartándose totalmente de la razón.

3.- DEL RECURSO APELACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS, a través su Mandatario Especial Judicial con Representación Licenciado Luis Francisco Mendoza Gutiérrez, que al emitirse la resolución no se observó el hecho de haberse restituido los bienes inmuebles a su estado anterior, que se haya rescindido las compraventas de las fincas, que con estos arreglos y transacciones se terminó todo, lo que no es cierto; toda vez que lo ilícito existe y se mantendrá éste con todas sus características; que el Ministerio Público es el ente que constitucionalmente tiene la función de la investigación de los distintos hechos con características de delito, por lo que no es lógico considerar que exista un hecho delictuoso ventilándose en uno de los órganos jurisdiccionales donde no intervenga el Ministerio Publico; que con respecto al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, no puede prosperar una falta de acción en contra de dicha institución, puesto que es dicha institución la directamente afectada en su patrimonio, por lo que tiene todo derecho de defender sus intereses. Expone que no puede haber un proceso en trámite sin la presencia del Ministerio Público por ser ente persecutor, por lo que no procede bajo ningún punto de vista que por el hecho de haberse llegado a transacciones y rescisión de contratos así como devolución de cosas, los hechos calificados como ilícitos hayan desaparecido de vista.

4.- DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CITIBANK DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA. A través del Licenciado Lionel Francisco Aguilar Salguero en su calidad de Mandatario Especial Judicial con Representación. Refiere la Institución Bancaria en su escrito de fecha veinticinco de noviembre del dos mil once, que la falta de acción penal y civil en el Ministerio Público y querellante adhesivo no es procedente ya que a su criterio el señor juez al conocer y resolver las citadas excepciones si bien es cierto hizo un relato argumentativo general del asunto, paradójicamente al momento de resolver cada una de las peticiones, fueron atendidas en forma aislada y separadamente, presuponiendo tal como perversamente lo quieren los interponentes. Indica que el señor juez no consideró el caso como un todo, partiendo de la forma en que

constituyó el fideicomiso, su funcionamiento, constitución, integración y fines. Expone que el juzgador en su análisis argumentativo descompone cada una de las etapas que integran la relación de causalidad para luego llegar a conclusiones que hoy motivan el recurso; que en el proceso de razonamiento e integración de normativa invade competencias y especialidades jurídicas de naturaleza mercantil que no le son propias al externar opinión sobre el funcionamiento del fideicomiso. Indica que el señor juez parte de un análisis particular del funcionamiento jurídico y fáctico del fideicomiso, sin considerar fases previas y posteriores a su funcionamiento, con lo que se desvincula a la entidad Grupo Empresarial UNISERV Sociedad Anónima y como lo quieren perversamente los interponentes de las citadas excepciones; que el señor juez coloca en altísimo grado de impunidad penal y civil a la entidad Grupo Empresarial UNISERV y sus personeros. Agrega que el señor Juez ignora y por ende desprecia la existencia y facultades de un comité constituido por voluntad de las partes, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Grupo Empresarial Uniserv, y Banco Uno, Sociedad Anónima, donde los fideicomitentes tenían voz y voto para decidir e instruir al Banco Uno, Sociedad Anónima en la ejecución y cumplimiento de los fines del fideicomiso; en tanto que el Banco sólo tenía voz pero no voto; que la figura del comité asevera no está prohibida en la ley y por ende es permitida. Sigue añadiendo la Apelante, que el señor Juez en un segundo análisis particular que lo considera en forma aislada al funcionamiento y constitución del fideicomiso; segundo análisis aislado el Juez logra la intención de los personeros y representantes de las entidades Helensburg Inc y Escabel Management Group de quedar impunes, civil y penalmente al desligarlos de una persecución legítima y fundada en la etapa de investigación; que el juez adopta la metodología de análisis fragmentado, por lo que ignora las distintas fases que ocurrieron desde la preparación del delito, hasta su consumación, las que se dieron en distintas etapas y oportunidades, dejando de resaltar y a las vez de evidenciar aspectos propios de la teoría de la participación del delito; que se ignoró los principios en que se basa el derecho mercantil, verdad sabida y buena fe guardada, sus fundamentos y normativa contemplada en el Código de Comercio que regula el funcionamiento, constitución y fines de un fideicomiso; que si se hubiere adoptado un proceso de razonamiento integral o global así como general del caso, utilizando y resaltando un hilo conductor racional,

que evidenciaran las distintas fases que se dieron para cometer el delito de Estafa propia fácilmente hubiera concluido en que dichas excepciones deberían de ser declaradas sin lugar por dichas razones; que existen indicios racionales suficientes dentro del expediente formado, para poder sostener que entre GRUPO EMPRESARIAL UNISERV, Sociedad Anónima; HELENSBURG Sociedad Anónima., ESCABEL MANAGEMENT GROUP SOCIEDAD ANONIMA., personeros de estas últimas y personeros del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social en ese entonces entraron en contubernio para que mediante ardid y engaño despojaren parte del patrimonio del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Que la primera fase de la Estafa Propia, se dio en el momento en que la entidad Grupo Empresarial UNISERV, Sociedad Anónima y personeros del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social dispusieron compartir en común la existencia y fines de un fideicomiso, donde ambos se colocan en su condición jurídica y contractual de fideicomitentes; que la segunda fase para la preparación del delito la configuración contractual, de un comité, que por disposición de la propia constitución del fideicomiso, es donde se acuerda, dónde y con quién invertir; teniendo ambos, voz y voto en el destino de los fondos fideicometidos, en tanto que al fiduciario BANCO UNO, Sociedad Anónima., se le confirió voz pero no voto; que igualmente existente indicios en el expediente formado como para creer que la segunda fase para la preparación del delito, se da en el seno del fideicomiso al dictarse Acuerdos dentro del comité, donde los fideicomitentes en claro contubernio instruyen al fiduciario para realizar las compras de inmuebles a las entidades Helensburg Sociedad Anónima y Escabel Management Group Sociedad Anónima, no obstante las observaciones y recomendaciones atinadas que oportunamente dio el Banco Uno, Sociedad Anónima mismo que como se explica más adelante fue instrumentalizado para esos fines perversos, habiéndose visto sorprendido en su buena fe contractual; que también existen suficientes indicios en el expediente formado como para creer que la fase de consumación del delito de Estafa Propia, se dio en los procesos de compraventa de inmuebles, en las que tanto las entidades UNISERV Sociedad Anónima, Helensburg Sociedad Anónima y Escabel Management Group, sus personeros así como personeros del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de ese entonces entraron en claro contubernio para inducir al Instituto Guatemalteco de Seguridad

Social a error mediante ardid y engaño, para lograr un beneficio espurio; que Banco Uno Sociedad Anónima, fue tan solo un instrumento del delito, pues fue sorprendido en su buena fe al ocultar los fideicomitentes sus malas y perversas intenciones que necesariamente deben continuar siendo investigados; que si el juez hubiere hecho un análisis del fideicomiso, su estructura y particular constitución que por cierto no se encuentra revestida de ilegalidad alguna, fácilmente hubiera concluido que Banco Uno Sociedad Anónima, hoy Banco Citibank de Guatemala Sociedad Anónima, está obligado tal como dispone la ley a ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines, pues de lo contrario hubiere sido removido de su cargo, sin perjuicio de un eventual reclamo de daños y perjuicios; que Banco Uno Sociedad Anónima ante tales circunstancias debía cumplir las órdenes e instrucciones del comité para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pudiendo dar sus observaciones, sin que las mismas pudieran tener influencia en la decisión que eventualmente adoptaban los fideicomitentes, por lo que el Banco cumplió la diligencia debida. Que la instrucción que el banco recibió para la compra de inmuebles por el precio discutido y consensuado entre los fideicomitentes en el seno del comité no constituía falta grave que evidenciaran la comisión de un hecho delictivo, como para provocar la renuncia del cargo.———————————————————————

-III-

Esta Sala, al realizar el análisis correspondiente y examen de los antecedentes del caso, estima que no son prosperables los argumentos de los apelantes en virtud en pieza de autos se puede establecer que los contratos que dieron origen a la inversión voluntaria efectuada por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en la que dicha institución actuó como sujeto de derecho privado, como sujeto de derechos en la esfera privada por lo tanto no pública, por la cantidad de trescientos cincuenta millones de quetzales (Q.350,000,000.00) fue en un FIDEICOMISO ante el BANCO UNO, Sociedad Anónima actualmente BANCO CITIBANK DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA, entidad que dicho sea de paso a solicitud del propio Ministerio Público efectuada el veintiocho de mayo del año dos mil tres, fue revocada por no proceder la orden de aprehensión al señor Álvaro Stein Barillas, el propio Gerente y Representante Legal de dicha institución Bancaria de aquel entonces, por haber actuado a decir del Ministerio Público, dicha institución

bancaria apegada a derecho y en forma legal; es de hace notar que el referido negocio jurídico constituye una figura contractual que está permitida al amparo del artículo 766 del Código de Comercio, figura contractual mercantil de confianza que faculta al Fideicomitente poder transmitir ciertos bienes y derechos al Fiduciario, afectándolos a fines determinados tal como ocurrió en el presente caso para proyectos habitacionales, recibiéndolos el Fiduciario que en este caso lo constituye la institución bancaria, como administradora y representante legal con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del citado Fideicomiso; sumado a ello, al tenor del artículo 768 del Código en referencia, en dichos contratos SOLO PODRÁN SER FIDUCIARIOS LOS BANCOS ESTABLECIDOS LEGALMENTE EN EL PAIS. En igual sentido, se advierte que al momento de resolver los incidentes interpuestos el Juez a quo, pudo establecer que los contratos de compraventas de bienes inmuebles celebrados entre el BANCO UNO, Sociedad Anónima, actuando en su calidad de Fiduciario del FIDEICOMISO denominado FIPRODESO (Fideicomiso de Protección y Desarrollo Social) y las entidades Helensburg Inc, y Escabel Management Group Ltd, ya estaban rescindidos por virtud de sentencias judiciales de carácter Civil al tenor de lo que para el efecto facultan los artículos 1579, 1583 y 1586 del Código Civil, sentencias cuyas copias también fueron aportadas en los referidos incidentes y se establece que causaron firmeza y al mismo tiempo cosa juzgada conforme lo establece la Ley del Organismo Judicial, por ende tienen valor probatorio y así lo estimó el Juez a quo; por lo tanto, si los negocios jurídicos que amparaban dichos contratos ya quedaron sin valor ni efecto legal alguno dado el efecto status quo ante que produce la rescisión contractual una vez declarada ésta, dichos negocios ya han sido sacados del orden jurídico y ya no pueden ser utilizados para perseguir penalmente a las entidades que los celebraron, pudiendo también apreciar que los contratos rescindidos fueron válidamente celebrados en su momento, en virtud que de no ser así, hubiere sido imposible poder declarar judicialmente su rescisión, ya que el artículo 1579 del ordenamiento jurídico civil sustantivo, es categórico en preceptuar que sólo pueden rescindirse aquellos contratos que hayan sido válidamente celebrados pendientes de cumplimiento, como ocurrió en el presente caso. Los que integramos esta Sala, estimamos que siendo los efectos de la rescisión una vez

verificada o declarada ésta, sea por mutuo consentimiento o por declaración judicial, que vuelvan las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse, por lo que deben las partes restituirse lo que respectivamente hubieren recibido, en el presente caso, los sujetos procesales en cumplimiento a dicho efecto según lo ordenado judicialmente, así han procedido, a través de varias incidencias de restitución dinerarias ejecutadas dentro de la esfera penal en virtud de decisión propia de los interesados y porque las sumas dinerarias objeto de restitución se encontraban afectadas e inmovilizadas dentro de la esfera penal; sin embargo, esto no ha imposibilitado que mediante distintos acuerdos las partes interesadas de común acuerdo, hayan efectuado distintas restituciones, por parte de las entidades vendedoras de las fincas, entidades Helensburg Inc, y Escabel Management Group Ltd, quienes han procedido a restituir las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de su celebración como efecto de la propia rescisión judicialmente declaradas, con el agregado que han sido las propias entidades ahora apelantes quienes han aceptado y avalado tal circunstancia, lo que evidencia y pone de manifiesto que existe entre los sujetos un acuerdo en tal sentido, por virtud del cual no ahora sostenerse que de parte de dichas entidades haya existido ardid o engaño al momento de celebrar dichos negocios de compraventa con el BANCO FIDUCIARIO, siendo este fundamental y definitivamente el argumento que sirvió de base para declarar con lugar la solicitud de falta de acción penal tanto del querellante adhesivo como del Ministerio Público por parte del Juez quo, criterio que es compartido por esta Sala. Aunado a la rescisión judicial de esos contratos, documentalmente se aportó a pieza de autos, específicamente el incidente en mención, que fue ante la Procuraduría General de la Nación que con fecha tres de marzo de dos mil ocho, se firmó acta notarial, a través de la cual se llegaron a los acuerdos voluntarios entre el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, la Procuraduría General de la Nación y las entidades vendedoras, Helensburg Inc y Escabel Management Group Ltd, a través de sus respectivos representantes; dicho documento refleja fielmente y con exactitud los acuerdos alcanzados entre dichas entidades, mismo que a requerimiento fue debidamente protocolizado a fin de darle carácter de perdurabilidad, seguridad y certeza jurídica a los mismos, protocolización llevada a cabo el cinco de marzo de dos mil ocho en esta ciudad, tres días después de su celebración, a través de los

oficios del Notario Público, Licenciado Edwin Alberto Mis Ávila; todo ello derivado de lo resuelto por la Juez Décimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, quien en fecha veintiocho de enero de dos mil ocho, declaró con lugar el Incidente de Restitución Parcial promovido a favor del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social con aplicación al patrimonio del Fideicomiso, por parte de la entidad Escabel Management Group Ltd, que posteriormente fue materializado por otro órgano jurisdiccional, siendo éste el Juzgado Undécimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de esta ciudad en resolución de fecha diecisiete de junio de dos mil ocho. Con todo lo antes relacionado, se constata que fue la entidad Escabel Management Group Ltd., quien procedió en distintas fechas a realizar cuatro restituciones parciales del valor de las compraventas que había recibido del BANCO UNO, Sociedad Anónima, actualmente BANCO CITIBANK de Guatemala, Sociedad Anónima, y por virtud de los acuerdos, las cantidades dinerarias restituidas fueron entregadas directamente al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, institución que ya dispone de dichos fondos a su conveniencia; quedando pendiente una quinta y última restitución por llevar a cabo a favor de dicha institución social. En cuanto a la entidad Helensburg Inc, quien ya cumplió con la RESTITUCION TOTAL de lo que estaba obligada a realizar, quedando pendiente únicamente, por restituírsele los bienes inmuebles que le corresponden, conforme lo ordenado por la Sentencia Civil de rescisión de contratos. Con todo lo anterior, el Juez a quo, pudo advertir fácilmente que la entidad Escabel Management Group Ltd, lo que tiene a la fecha pendiente por restituir, a fin de completar el ciento por ciento del precio recibido por las compraventas celebradas, no es más que un saldo deudor, que conforme el acuerdo homologado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente el uno de diciembre del dos mil diez, se cubrirá mediante la venta de los inmuebles que conforman la finca denominada San Miguel, por lo que dicho juzgador pudo advertir que mediando un acuerdo derivado de la SENTENCIA CIVIL DE RESCICION DE CONTRATOS en torno de ello, donde se garantiza el saldo pendiente de pago, esa sola circunstancia era suficiente para determinar la falta de acción penal, ya que al tenor del artículo 17 de la Constitución Política de la República, segundo párrafo, se prohíbe penalizar deudas. Sumado a lo anterior, se pudo acreditar en autos por parte del juez de primer

grado la existencia de un segundo acuerdo que fuera inclusive homologado judicialmente por lo que el mismo tiene validez de acuerdo judicial, en el que la entidad Escabel Management Group Ltd procedió a proponer que para lograr la quinta y última restitución, era necesario la venta de la Finca San Miguel, de cuyo pago se cubriría el saldo deudor relacionado y el sobrante o remanente le sería entregado a dicha entidad proponente, acuerdo que dicho sea de paso fue aceptado y avalado por los que ahora resultan ser apelantes, inclusive le fue señalado un plazo de dos años contado dicha fecha, para que dicha entidad pudiera promocionar la misma y el Banco Fiduciario lograr la venta a través de la firma de la escritura pública respectiva, en virtud que la finca San Miguel en la actualidad sigue a nombre del FIDEICOMISO FIPRODESO, cuyo representante legal lo es actualmente BANCO CITIBANK de Guatemala, Sociedad Anónima; esta Sala del contenido del acuerdo en mención, constata que el uno de diciembre del dos mil diez, con la homologación del mismo, donde intervino el MINISTERIO PÚBLICO, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION, el INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL, CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS DE LA NACION, el FIDUCIARIO BANCO CITIBANK de Guatemala, Sociedad Anónima y ESCABEL MANAGEMENT GROUP LTD., se acordó como valor base para la referida promoción de venta, el valor que dicha finca le fue asignado por la Corporación Municipal de Santiago Sacatepéquez para efectos del Impuesto Único Sobre Inmuebles –IUSI-, que es por un valor mayor que el valor con que ésta fue comprada por el BANCO UNO, SOCIEDAD ANONIMA, en su oportunidad actuando en su calidad de Fiduciario del Fideicomiso FIPRODESO, por lo mismo se deduce que el valor comercial de dicha finca sobrepasa en exceso el valor como ésta fue comprada por el mencionado BANCO, por lo que quienes juzgamos somos del criterio que no existe sobrevaloración alguna en ese sentido, ya que con base en la experiencia común, de todos es sabido que el valor para efectos impositivos del Impuesto Único Sobre Inmuebles siempre está por debajo del valor que comercialmente le corresponde a un inmueble, tal como lo constató el Juez a quo; circunstancia que también fue aceptada y avalada por los ahora apelantes, por lo tanto, se puede extraer que ante tales circunstancias, no es válido ni admisible el argumento sobre la existencia de sobrevaloración, y por ende el ardid y engaño que afirman los apelantes existir, de ser asi

sería una grave contradicción que igualmente destruye la sustentación de sus recursos, ya que las partes han desvirtuado todo ardid y engaño desde el momento en que aceptaron que el valor de la Finca San Miguel está por encima del valor como fuera comprada la finca en mención por el mencionado BANCO para el Fideicomiso FIPRODESO, siendo el valor asignado para la promoción de venta la de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América por vara cuadrada y el Fideicomiso FIPRODESO lo adquirió en doce dólares de los Estados Unidos de Norte América por vara cuadrada. Esto es importante insistir en ello porque aunque suene extraño, curiosamente son las mismas partes ahora apelantes quienes desvanecieron los elementos propios de delitos presuntos de fraude, en cuanto a sus elementos del tipo subjetivo y objetivo de éstos, esencialmente la inexistencia de sobrevaloración que arguyen el Ministerio Público, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Contraloría General de Cuentas, y el propio BANCO UNO, Sociedad Anónima quien fue la institución Bancaria encargada de la compra de las fincas, conociendo que dichas instituciones siempre son conocedoras, cuidadosas y celosas en cuanto a los precios de los inmuebles que compran. ----------

Todo lo anteriormente expuesto, condujo al Juez a quo a apreciar la existencia de la Falta de Acción Penal, tanto del querellante adhesivo (IGSS) como del Ministerio Público, y conduce ahora a esa Sala, a confirmar dicha decisión por estar apegada y ajustada a derecho y emitida conforme la ley, ya que si al existir las RESCISIONES DE LOS CONTRATOS, TODOS LOS ACUERDOS ANTES MENCIONADOS Y EL PRECIO CONVENIDO EN ELLOS PARA LA VENTA DE LA FINCA, esa sola circunstancia, permite a esta Sala establecer que efectivamente como lo apreció el Juez a quo, no existe sobrevaloración en las fincas, por ende no existe delito que perseguir que pudiera habilitar al Ministerio Público poder intervenir como ente persecutor en el referido caso con respecto a los incidentantes y personas relacionadas con éstas, ya que si bien es cierto el artículo 251 de la Constitución Política de la República dispone que dicha institución es un órgano auxiliar de la administración pública, específicamente de la administración de justicia, encargada de perseguir penalmente, también lo es que esto sólo y cuando, existan delitos que perseguir de lo contrario carece de actuación y de intervenir produciría afectación a derechos y garantías fundamentales reconocidos

en la ley primigenia, así como convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala. Lo anterior sin dejar de mencionar la otra consideración del juez de primer grado, que las entidades incidentantes, Helensburg Inc y Escabel Management Group Ltd., nunca efectuaron ninguna negociación con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, sino que dichos negocios fueron celebrados directamente con el BANCO UNO, Sociedad Anónima en su calidad de FIDUCIARIO del FIPRODESO, por lo que en todo caso quien contaba con legitimación sustancial y procesal en su momento para poder redargüir o señalar algún vicio en ese sentido en caso de existir éste, era el FIDUCIARIO del FIDEICOMISO FIPRODESO, BANCO UNO, Sociedad Anónima, actualmente BANCO CITIBANK de Guatemala, Sociedad Anónima y no el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y Ministerio Público, circunstancia que pone acento aún mayor a la decisión de declarar las falta de acción penal en dichas instituciones con respecto a las entidades incidentantes, por ende a favor de sus personeros, directivos, ejecutivos y representantes, asimismo entidades que han tenido relación con éstas. De esa cuenta, a apreciación de esta Sala, el Juez a quo resolvió apegado a derecho y conforme la Ley, ya que al evidenciar todas y cada una de las circunstancias antes esgrimidas, la procedencia de la excepción de falta de acción penal era lo esperado desde todo punto de vista legal y jurídico, puesto que dicha excepción a criterio de esta Sala, fue debida y suficientemente acreditada con toda la senda documentación acompañada a la pieza de autos, por lo que la separación parcial del querellante adhesivo y Ministerio Público, con respecto de los sujetos a favor de quien se declaró es lo que legalmente corresponde, a fin de no vulnerar garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República, Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Guatemala, dado que la inexistencia de los delitos objeto del proceso en relación a las personas a favor de quienes se declaró dicha excepción se hace evidente y notoria. Por último, en cuanto a la excepción de Extinción de la persecución penal por prescripción, declarada a favor del señor Álvaro Stein Barillas, esta Sala estima que el Juez a quo actuó conforme la Ley y apegado a derecho, toda vez que basta realizar un simple cómputo en el plazo, para poder establecer que dicha persona fue señalada el diecinueve de mayo del dos mil tres, de haber cometido hechos revestidos de tipicidad penal lo que provocó se dictara en su contra en esa misma

fecha orden de aprehensión; sin embargo una semana después dicha orden le fue revocada a solicitud del Ministerio Público, bajo el argumento que dicha persona que actuó en representación del BANCO UNO, Sociedad Anónima, había actuado legalmente, circunstancia que le fue acreditada a la fiscalia correspondiente a través de los personeros de dicha institución bancaria; se advierte también que desde aquella fecha, mayo del año dos mil tres, al lograrse la revocatoria de la orden de aprehensión del señor Stein Barillas, el Ministerio Público nunca más volvió a pedir medida de coerción en contra de dicha persona tampoco ninguna condición de rebeldía al tenor del articulo 79 del Código Procesal Penal, por lo que el plazo de prescripción nunca fue suspendido o interrumpido al tenor de lo que para el efecto regula el artículo 33 del Código Procesal Penal por lo que el tiempo transcurrió inexorablemente, dado que conforme el articulo 70 del Código Procesal Penal se tendrá como sindicado o imputado a toda persona a quien se le señale de haber cometido un hecho delictuoso en la forma que ocurrió con el señor Stein Barillas, por lo que en el caso de él su condición de imputado inicio a partir del momento en que éste fuera señalado de haber participado en un presunto fraude patrimonial en contra del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social que dicho sea de paso ocurrió el diecinueve de mayo del dos mil tres, señalamiento que se mantuvo desde esa fecha hasta la fecha en que éste a través de su abogado defensor solicitare la prescripción a favor de su defendido y siendo que conforme el artículo 107 del Código Penal, la responsabilidad penal prescribe por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la pena señalada aumentada en una tercera parte; en el caso que nos ocupa, se advierte que al señor Stein Barillas fue señalado de haber participado en un delito patrimonial de Estafa, la que conforme el artículo 263 del Código Penal tiene asignada una pena máxima de cuatro años, por lo que aumentada en una tercera parte da un tiempo de cinco años un mes y tres días; por lo que el tiempo de prescripción para dicha persona ya había transcurrido inclusive en exceso, por lo que era atendible la solicitud de prescripción y por lo tanto la extinción de la persecución penal en ese sentido, por lo que el juez a quo resolvió apegado a derecho y conforme la Ley, al ordenar con lugar dicha incidencia y la extinción de la persecución penal a favor de dicha persona, conforme lo dispone el artículo32 numeral 3), del Código Procesal Penal.----------

Copia de reproducción Organismo Judicial

-IV-

Es criterio de esta Sala, que el derecho penal actual como un medio de control social dentro de un Estado de Derecho, se legitima sólo y cuando protege a la sociedad, por lo que perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil e inservible, o bien imposible de proseguir por cualquiera de las circunstancias que la propia Ley señalada, de ahi surge el principio de necesidad que conduce a la exigencia de utilidad de este medio de control social que es el derecho penal en un Estado social, que es la reacción del Estado frente a la comisión de posibles hechos ilícitos con un objetivo protector del orden social. De esa cuenta surge el principio de intervención mínima del Derecho Penal, en el sentido que el derecho penal deja de ser necesario cuando la protección de la sociedad pueda conseguirse por otros medios menos lesivos para los derechos individuales o sea, la exigencia de economía social que busca el mayor bien social con el menor costo social; por lo tanto el Derecho Penal debe ser de última y extrema utilización, el último recurso a utilizarse a falta de otros menos lesivos y no debe sancionar todas las conductas que se piense, sino sólo aquellas penalmente relevantes y que puedan ser lesivas a bienes jurídicos tutelados, pero sobre todo sólo aquellas modalidades de ataque que representen más peligro para ellos, de ahí que la tendencia del Estado Social y Democrático deba ser esa y no punir cualquier acción, para evitar exacerbarlo mediante una fácil huida al derecho penal.———————————————

CITA DE LEYES:

Artículos 1, 2, 4, 5, 12, 14, 17, 28, 29, 44, 203 , 204, 251, 252 de la Constitución Política de la República. Artículos: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11, 11 bis, 19, 20, 21, 70, 71, 92, 93, 94, 101, 116, 117, 118, 120, 121, 124, 150 Bis, 294, 295 y 296 del Código Procesal Penal; artículos: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 135, 136, 137, 140, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial. ———————————————

POR TANTO:

Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I) **SIN LUGAR LOS RECURSOS DE APELACIÓN** que fueran interpuestos por: A) Ministerio Público, a través de la fiscalía de Sección Contra la Corrupción; B) Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, a través de su Gerente y

Representante Legal, Arnoldo Adán Aval Zamora; C) Contraloría General de Cuentas a través de su Mandatario Especial Judicial con Representación, Luis Francisco Mendoza Gutiérrez; D) Banco Citibank de Guatemala, Sociedad Anónima, a través de su Mandatario Especial Judicial con Representación, Lionel Francisco Aguilar Salguero; recursos presentados contra el auto de fecha veintidós de noviembre de dos mil once, dictado por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente; II) CONSECUENTEMENTE, SE CONFIRMA el auto que resuelve Con Lugar los incidentes de: A) Excepción de Falta de Acción Penal en el Ministerio Público y en el Querellante Adhesivo y Actor Civil; y B) Excepción de Prescripción. III) Vuelvan las actuaciones al juzgado de origen; IV) Notifíquese.----------

ABOGADO ARTEMIO RODULFO TANCHEZ MERIDA
MAGISTRADO PRESIDENTE

ABOGADO FAUSTO CORADO MORÁN
MAGISTRADO VOCAL PRIMERO

ABOGADO RAMON FRANCISCO GONZALEZ PINEDA
MAGISTRADO VOCAL SEGUNDO

ABOGADA SARA MARITZA MÉNDEZ SOLÍS DE TAGER
SECRETARIA

SECCIÓN DE REPRODUCCIÓN ORGANISMO JUDICIAL