

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

**ANÁLISIS DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO
U OTROS ACTIVOS Y LAS REPERCUSIONES
EN CUANTO A LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO
EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

BRENDA IVETTE GONZÁLEZ ESTRADA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2005

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

**ANÁLISIS DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS
ACTIVOS Y SUS REPERCUSIONES EN CUANTO A LA FUNCIÓN DEL
MINISTERIO PÚBLICO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BRENDA IVETTE GONZÁLEZ ESTRADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2005

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

DECANO	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V	Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

PRESIDENTE:	Licda. Marisol Morales Chew
VOCAL:	Lic. Luís Roberto Romero Rivera
SECRETARIO:	Lic. José Eduardo Cojulún Sánchez

Segunda Fase

PRESIDENTE:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL:	Lic. Saulo de León Estrada
SECRETARIO:	Lic. Jorge Estuardo Reyes del Cid

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” (Artículo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Licda. Rosa Escobar Guzmán

8ª. Avenida 13-69, interior 6 zona 1
Tel. 22381683



Guatemala, 7 de abril de 2005.



Señor
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Universidad de San Carlos de Guatemala
Campus Central, zona 12.

Señor Decano:

En cumplimiento con el nombramiento como asesora de la señora Brenda Ivette González Estrada, por este medio me permito rendir mi dictamen en la forma siguiente.

Se llegó a un acuerdo con la estudiante de que el tema quedara de la siguiente forma: "ANÁLISIS DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS Y SUS REPERCUSIONES EN CUANTO A LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES" y la autora con buen criterio lo dividió en nueve capítulos.

La autora cumplió con redactar su trabajo siguiendo paso a paso las indicaciones que le impartí hasta su conclusión y como resultado la señora González Estrada aportó un trabajo de tesis satisfactorio y de gran utilidad para los estudiantes del derecho.

Al rendir mi dictamen opino que el trabajo llena los requisitos reglamentarios y debe aprobarse para los efectos de su examen público, salvo mejor opinión del Señor Asesor Específico de la materia.

Con las muestras de mi más alta estima, me suscribo del señor Decano, su atenta y deferente servidora.

Licda. Rosa Escobar Guzmán
Abogado y Notario.
Colegiado 2289



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de mayo del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase al LIC. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la estudiante BRENDA IVETTE GONZÁLEZ ESTRADA, Intitulado: "ANÁLISIS DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS Y SUS REPERCUSIONES EN CUANTO A LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA APLICACION DE MEDIDAS CAUTELARES" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MAE/11b~~



LIC. ROBERTO ROMERO RIVERA

Abogado y Notario Col. 3959

7ª av. 20-36 zona 1
Tels. 22213495 / 22519165



Guatemala, 24 de Junio del 2005.

Licenciado

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

Señor Decano:

Me dirijo a Usted con el objeto de informarle que en cumplimiento de la resolución dictada por ese Decanato, procedí a REVISAR el trabajo de investigación denominado "ANÁLISIS DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS Y SUS REPERCUSIONES EN CUANTO A LA FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA APLICACIÓN, DE MEDIDAS CAUTELARES", realizado por la Bachiller BRENDA IVETTE GONZALEZ ESTRADA.

El trabajo está desarrollado en nueve capítulos en los que se hace un análisis histórico, sí como de derecho comparado con otras legislaciones europeas y latinoamericanas; además analiza la legislación internacional y nacional en cuanto al delito de Lavado de Dinero u otros activos, desarrollando la función y organización de la Fiscalía Especial que funciona en nuestro país y los mecanismos utilizados por ella, en la aplicación de medidas cautelares, formulando las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

Por lo anterior, considero que el trabajo de investigación llena los requisitos que exige el Reglamento respectivo y la legislación universitaria, por lo que emito dictamen *FAVORABLE* para que continúe con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, quedo de Usted como su deferente servidor,

ID Y ENSEÑAD A TODOS


R. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES Guatemala, veintinueve de agosto del año dos mil cinco-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de
Tesis de la estudiante BRENDA IVETTE GONZALEZ ESTRADA, intitulado
"ANÁLISIS DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO U OTROS
ACTIVOS Y SUS REPERCUSIONES EN CUANTO A LA FUNCION DEL
MINISTERIO PUBLICO EN LA APLICACION DE MEDIDAS CAUTELARES",
Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.---

~~MIAE slh~~

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

A DIOS

“Pues el Señor es quien da la sabiduría, la ciencia y el conocimiento”. A Dios que con su amor me dio el conocimiento, la vida y la salud para poder culminar mis estudios. A Dios en especial dedico mi título y ofrezco que lo ejerceré en mi vida profesional con principios éticos, morales y de conformidad con la ley.

A MI PAPA

De quien aprendí a terminar todo lo que empezaba, aun cuando esto representara un sacrificio, quien siempre estado en mis buenos momentos y en mis problemas dándome siempre su apoyo incondicional.

A MI MADRE

De quien he aprendido a tener paciencia, quien me ha escuchado en todo momento, a llevar toda dificultad sabiendo esperar que hay un Dios que todo lo puede; quien me enseñó a rezar en momento difíciles y quien me ha apoyado en todo momento de mi carrera dándome sus conocimientos.

A MI HIJA

Que es la razón por la que cada día lucho. Este título se lo otorgo en especial a ella, para que juntas disfrutemos haber llegado al final de mi carrera y que en adelante y todos los días de nuestra vida, podamos compartir juntas los éxitos que cada vez alcancemos.

A MIS HERMANOS

A Ligia por haberme dado siempre su apoyo en forma incondicional, ser ejemplo en vida de ser perseverante en lo que deseo alcanzar. A Byron de quien siempre he visto su lucha y fortaleza para alcanzar lo desea en la vida. A Sergio porque siempre ha sido una persona con mucha sabiduría para saber decir una palabra en el momento adecuado y de transmitirme la paz que lleva dentro. A los tres gracias por todo su apoyo y por aprender de cada uno de ellos algo para mi vida.

A LOS PROFESIONALES DE DERECHO

Principalmente a la Licda. Rosa Escobar Guzmán, Lic. José Rafael Sánchez, Lic. Moisés Oswaldo Herrera, Lic. Carlos Revolorio Marroquín y Lic. Carlos Aguilar Marroquín, quienes a través de sus conocimientos me han ayudado a alcanzar mi meta, brindándome su apoyo incondicional.

A LA LICENCIADA ROSA ESCOBAR GUZMÁN

Por la asesoría brindada en el presente trabajo de tesis y la experiencia compartida.

AL LICENCIADO LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA

Revisor de tesis, a quien agradezco las enseñanzas y consejos que me ha brindado.

A MI FAMILIA EN GENERAL

Gracias por estar siempre conmigo, brindarme su ayuda, los amo.

A MIS AMIGOS

Principalmente a los de mi grupo de oración e iglesia a quienes agradezco su tiempo y amistad en todo momento.

A LA GLORIOSA Y TRICENTERIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Por haberme recibido en esta casa de estudios y permitir mi formación profesional, principalmente por enseñarme principios morales, éticos y sociales los que llevare en el ejercicio de mi profesión.

A USTED:

Especialmente

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. <i>i</i>
-------------------	------------------

CAPÍTULO I

1. Antecedentes.....	1
1.1 Origen del término.....	1
1.2 Definición.....	2
1.3 Evolución histórica del delito de lavado de dinero.....	4
1.3.1 Convención de las Naciones Unidas en Contra del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.....	4
1.3.2 Principios de la Declaración de Basilea.....	8
1.3.3 Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de los Estados Americanos (OEA).....	11
1.3.4 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).....	13
1.3.4.1 Las 40 recomendaciones del GAFI.....	14
1.3.5 Convención de Lavado, Registro, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen.....	16
1.3.6 Declaración y Programa de Acción de Ixtapa.....	16
1.3.7 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	17
1.3.8 En Latinoamérica.....	19
1.3.9 Legislación guatemalteca.....	20
1.4. Organismos Internacionales.....	24
1.4.1 Consejo de Europa	24
1.4.2 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.....	25
1.4.3 Centro de Prevención Internacional del Delito.....	25
1.4.4 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD).....	26
1.4.5 Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI).....	26

CAPÍTULO II

2.	El delito de lavado de dinero.....	27
2.1	Definición y origen.....	27
2.2	Naturaleza jurídica.....	31
2.3	Bien jurídico tutelado.....	31
2.4	Legislación comparada.....	32
2.4.1	Suiza.....	32
2.4.2	Alemania.....	32
2.4.3	España.....	32
2.4.4	Argentina.....	32
2.4.5	Colombia.....	33

CAPÍTULO III

3.	Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves, CICAD/OEA.....	35
3.1.	Origen.....	35
3.2	Normas mínimas que se deben aplicar en el derecho Interno de cada Estado.....	35
3.3	Mecanismos de evaluación.....	38

CAPÍTULO IV

4.	Importancia y conocimiento sobre la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos.....	41
4.1	Importancia y conocimiento de la presente ley para el ciudadano en general, profesional liberal, gerentes, directores, jefes y demás personal que esté obligado dentro de la ley.....	41
4.2	Importancia y conocimiento sobre la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su impacto dentro de la economía nacional.....	42
4.3	Importancia de denunciar el hecho ilícito tipificado en la presente ley.....	44

CAPÍTULO V

5.	Análisis e interpretación de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala y su Reglamento.....	45
5.1	Análisis e interpretación de la ley	45
5.2	Su relación con otras normas jurídicas.....	46
5.3	Prevención, control y vigilancia del lavado de dinero u otros activos.....	49
5.3.1	La Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Decreto 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala).....	50
5.3.2	La Ley de Bancos y Grupos Financieros (Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala).....	50
5.3.3	Ley de Supervisión Financiera (Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala) que amplía el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos.....	52
5.4.	El Oficial de Cumplimiento.....	53
5.4.1	Funciones del Oficial de Cumplimiento.....	54
5.4.2	El Código de Conducta.....	55
5.4.3	Unidad de Cumplimiento.....	57
5.5	El Delito de Lavado de Dinero, un Delito Autónomo.....	59
5.5.1	Etapas en el Delito de Lavado de Dinero.....	59
5.5.1.1	Etapa de Colocación.....	60
5.5.1.2	Etapa de intercalación o proceso de lavado de dinero.....	60
5.5.1.3	Etapa de integración.....	61
5.6	Del delito de Lavado de Dinero u Otros activos.....	61
5.7	Intendencia de Verificación Especial.....	68
5.7.1	Antecedentes.....	68
5.7.2	Origen y creación.....	68
5.7.3	Organización.....	69
5.7.4	Función y competencia.....	69
5.7.5	Competencia.....	70

CAPÍTULO VI

6.	Fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.....	71
6.1	Origen y creación.....	71
6.2	Organización.....	71
6.3	Función y competencia.....	72

CAPÍTULO VII

7.	El Ministerio Público en el Procedimiento Común conforme el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.....	73
7.1	Consideraciones Generales.....	73
7.2	El Ministerio Público, según la Constitución Política de la República de Guatemala.....	73
7.3	El procedimiento común conforme el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.....	75
7.4	Objetivos.....	76

CAPÍTULO VIII

8.	La función del Ministerio Público en el Código Procesal Penal y en cuanto a la solicitud o aplicación de medidas cautelares.....	83
8.1	Las providencias cautelares en la doctrina y la legislación.....	83
	8.1.1 Apariencias de buen derecho (fumus boni iuris).....	84
	8.1.2 Peligro de riesgo o demora (Periculum in mora).....	84
8.2	Naturaleza jurídica de las medidas o providencias cautelares.....	85
	8.2.1 El aseguramiento.....	85
	8.2.2 La conservación.....	85
	8.2.3 Anticipación.....	86
8.3	Clasificación de las medidas precautorias o cautelares.....	86
	8.3.1 Medidas precautorias personales.....	86
	8.3.2 Medidas precautorias reales.....	87
8.4	La función del Ministerio Público en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares.....	90

CAPÍTULO IX

9.	Las medidas cautelares y la intervención del Ministerio Público de conformidad con la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros	
	Activos.....	93
9.1	La Prueba Indiciaria en el Delito de Lavado de Dinero.....	95
	9.1.1 La prueba en el proceso penal.....	95
9.2	Análisis de los Artículos 11 y 12 de la ley.....	101
	CONCLUSIONES.....	105
	RECOMENDACIONES.....	107
	BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN

Como ponente de la presente tesis considero de interés elaborar una investigación que conlleve el estudio de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, contenida en el Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, que se encuentra vigente desde el 17 de diciembre de 2001; fecha de su publicación en el Diario Oficial. En forma específica se analizó la función del Ministerio Público en el procedimiento común y su intervención en la aplicación de las medidas cautelares o providencias cautelares; derivadas de la aplicación de los Artículos 11 y 12 de la ley antes mencionada.

Sobre la base del trabajo bibliográfico, documental y utilizando la forma de interpretación e integración de la ley se estableció el efecto que produce la función del Ministerio Público, contenido de los Artículos 11 y 12 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

Es importante tomar en cuenta los preceptos que tiendan a contradecir lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, y lo importante que es la aplicación de la misma como norma jurídica de jerarquía superior.

Un punto importante que se ha tomado en cuenta es lo que establece el Artículo 12 referente a la función del Ministerio Público en caso de peligro en la demora. Para establecer la importancia que representa este precepto legal, se llevó a cabo la evolución histórica que ha tenido la presente ley, tomando en cuenta que es un delito de trascendencia internacional especialmente en lo que se establece en la Convención de Viena y los derechos constituciones que protege la misma.

Se tomó como base la definición y origen del delito de lavado de dinero y lo importante que es su conocimiento para poder realizar la persecución penal, su naturaleza jurídica y el bien jurídico que se protege, que como bien se manifiesta es el interés socio-económico que encierra dentro del mismo la protección de derechos

fundamentales de la persona. Se hace referencia de la importancia que ha tenido el Reglamento Modelo elaborado por la Organización de los Estados Americanos, que sirve de base para la elaboración de nuestra ley en esta materia, principalmente a lo referente a la amplitud del Artículo 2 de La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

Para llegar al análisis del porque el Artículo 12 puede tener repercusiones serias en el funcionamiento del Ministerio Público, la ponente establece la importancia que tiene hacer un análisis de la interpretación e integración de la ley, tomando en cuenta su evolución histórica. Esta norma faculta al Ministerio Público para que en el caso de que exista peligro en la demora pueda ordenar medidas precautorias, situación que puede ser difícil de probar con posterioridad, en virtud de que es muy subjetivo. Puede adoptar cualesquiera de las medidas cautelares que ahí se regulan lo cual crea una inestabilidad o inseguridad jurídica en los ciudadanos y pueden darse abusos por parte de los fiscales y auxiliares fiscales, que posteriormente el Juez no va a poder enmendar porque el daño ya se ha realizado, tanto para el sindicado como para la ciudadanía, así como provoca el llevar a cabo la persecución penal sin un resultado positivo para Guatemala y crear una calificación desfavorable para nuestro país, por parte de organismos internacionales, siendo este el objetivo general en la elaboración del presente trabajo.

Por lo anterior se estableció como hipótesis que la facultad que se otorga al Ministerio Público en el caso de aplicación de medidas cautelares cuando exista peligro en la demora tiene repercusiones negativas de orden constitucional y provoca una inseguridad y desconfianza en la ciudadanía, tomando como base para establecer la misma, el bien jurídico tutelado que se encuentra normado en las Convenciones, tratados, acuerdos, la Constitución Política de la República de Guatemala, y otras leyes de aplicación en la materia a través de la integración e interpretación de la Ley así como la razón de su existencia, ya que tutela derechos e intereses privativos del Estado, los de la sociedad y de la persona.

Es de vital importancia el conocimiento de la misma y su reglamento para todo ciudadano, que por falta de conocimiento, se vea involucrado en la comisión del presente delito o la participación en el mismo, así como la omisión en presentar la denuncia correspondiente, tal es el caso del oficial de cumplimiento que en el presente trabajo se hace referencia a las calidades que debe reunir y de sus obligaciones, lo referente a la elaboración del código de conducta y de la implementación de la unidad de cumplimiento.

Para la persona en general es importante que sepa ante quien debe presentarse la denuncia sobre actividades sospechosas. Se establece las funciones, obligaciones y como se encuentra integrada la Intendencia de Verificación Especial y la Fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

Y por último, debo hacer mención del motivo por el cual fue creado el Ministerio Público y su función dentro del procedimiento común de conformidad con lo que establece la ley, la importancia que poseen los medios de prueba para poder presentar acusación en determinado caso y para que la misma pueda ser valorada dentro del proceso, así como este delito posee la característica principal de ser un delito autónomo, la importancia que posee la prueba indiciaria en la tipificación del mismo y poder diferenciar los actos procesales de los medios de prueba y quien posee la facultad para decretarlos.

El conocimiento de la presente ley es de carácter imperativo para todos los ciudadanos, el Estado y especialmente para el sistema financiero; a quienes se les atribuye la función de prevenir este delito, ya que son estas instituciones las más utilizadas por las organizaciones criminales para lavar dinero.

Debemos tener clara la función que ejerce cada una de las instituciones administrativas y judiciales, para poder llevar a cabo la persecución penal de cualquier delito y en especial lo regulado en la Ley Contra el Lavado de Dinero u

Otros Activos, para aplicarla de manera eficaz y así evitar que un sindicato sea absuelto por una errónea aplicación de la ley.

Por último uno de los motivos que me llevó a la elaboración del presente trabajo, es que el mismo pueda servir de base para el conocimiento de delito por parte de las personas obligadas, así como para el nombramiento del personal adecuado dentro de cada institución y la importancia que posee para cada ciudadano de realizar su trabajo de conformidad con principios morales y éticos para tener una Guatemala mejor, principalmente con la función que tienen los abogados y notarios en el ejercicio de la profesión en el servicio público, en el ejercicio de la profesión liberal y el de asesoría.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes

1.1 Origen del término

Por más de cuatro décadas la preocupación por el uso indebido de drogas, sustancias narcóticas y sustancias sicotrópicas, ha sido un tema de vital importancia en el ámbito mundial; por tal circunstancia se lleva a cabo en la Organización de la Naciones Unidas en 1961 la Convención sobre Drogas Narcóticas, cuyo objetivo principal es combatir el abuso de las drogas mediante una acción internacional coordinada, a través de dos mecanismos de control: El primero es que el uso, posesión, intercambio, distribución, importación, exportación, fabricación y producción sean destinadas con fines científicos o médicos y el segundo dirigido a prevenir y desincentivar el uso de narcóticos.

Como consecuencia de la diversificación, expansión y proliferación de nuevas drogas, la Convención es enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, en la que se establecen controles a un número de drogas sintéticas, después de estudiar su potencia por abuso así como su valor terapéutico.

Su principal objetivo es que el uso indebido de drogas representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos, protegiendo un derecho universal como lo es el derecho a la vida. No es sino hasta 1982 que surge el término lavado de dinero en Estados Unidos con la denominación pitufo, pitufo, pitufo. Fue a través de la investigación denominada Greenbank, realizada por Fred Meyer, agente especial de la División de Investigaciones Criminales del Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos, que la denominación tiene mayor importancia, y se identifica la compra de cheques de gerencia por valores inferiores a US \$10,000 cada uno, en forma constante, realizado a través de los bancos. Se estableció que el tráfico ilícito de drogas genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que

tienden a desacreditar, corromper y contaminar la estructura de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles. Es a través de esta investigación en donde surge el concepto de lavado de dinero y en 1986 la ley de lavado de dinero en Estados Unidos (Money Laundering control Act).¹

En 1986 surge una nueva política internacional antidroga: La Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un “delito autónomo”, en donde se tipifica y sanciona el delito de lavado de dinero. Dicha política Internacional concluye con la firma de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en el año de 1988, en esta convención es en donde se encuentra definido el término lavado de dinero, que actualmente es tomado en la legislación de cada país miembro a dicho tratado.

1.2 Definición

El lavado de dinero por la obtención de bienes y ganancias procedente del tráfico ilícito o la comisión de un hecho punible, toma diferentes acepciones dentro del campo financiero y en la legislación de cada país como lavado de dinero, blanqueo de dinero, reciclaje de dinero, legalización de capitales.

Uno de los objetivos del lavado de dinero es la simulación de licitud, el ocultamiento de la verdadera identidad del traficante y su ubicación. Por ello la venta y compra de los bienes sujetos a lavado no es realizada directamente por el autor intelectual del hecho punible, sin embargo de conformidad a las clases de autoría (Sujeto que presta una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho)², todos son responsables en forma directa sobre la comisión del hecho punible.

¹ **Lavado de dinero un delito criminal**, <http://www.lavadodinero.com/QueEsLavado.aspx>, (8 junio 2002).

² Gálvez Barrios, Estuardo, **La participación en el delito**, pág. 12.

No existe una definición con referencia a este término, para algunos el lavado de dinero es un proceso y no simplemente un concepto, es por ello que existen muchas definiciones, de las cuales enumeramos las más aceptadas en el ámbito internacional.

“Lavado de dinero: en general, es el proceso de esconder o disfrazar la existencia, fuente ilegal, movimiento, destino o uso ilegal de bienes o fondos derivados ilícitamente para hacerlos aparentar legítimos. En general involucra la ubicación de fondos en el sistema financiero, la estructuración de transacciones para disfrazar el origen, propiedad y ubicación de los fondos y la integración de los fondos en la sociedad en la forma de bienes que tienen la apariencia de respetabilidad.”³

"El que convirtiere, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de \$ 50.000, sean en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí." ⁴

"La conversión o transferencia de activos a sabiendas de que deriva de ofensa criminal, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal, también ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar. Ocultar o disfrazar la naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal. La adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo al momento de su recibo, que deriva de una ofensa criminal o de la participación en algún delito. “ ⁵

“Concretamente, podemos definir como lavado de dinero a “un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto

³ **Que es el lavado de dinero**, <http://www.lavadodinero.com/QueEsLavado.aspx>, (8 junio 2002).

⁴ Blanco Cordero, Isidoro, **El delito de blanqueo de capitales**, pág. 101.

⁵ Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), <http://www.lavadodinero.com/QueEsLavado.aspx>, (8 junio 2002).

Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas.”⁶

Muchas son las definiciones que se le ha dado a este término; Naciones Unidas la define como “La conversión o transferencia de propiedad a sabiendas que tal propiedad es derivada de cualquier delito o de un acto de participación en tal delito con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de la propiedad o de ayudar a cualquier persona que esta involucrada en la comisión de tal delito a evadir las consecuencias legales de esta acción”.⁷ A mi criterio de las definiciones anteriores la más completa es la realizada por el GAFI, en virtud que contempla todas las formas en que puede ser realizada esta clase de delito.

1.3 Evolución histórica del delito de lavado de dinero.

1.3.1 Convención de las Naciones Unidas en contra del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

El lavado de dinero es considerado un tipo penal que afecta la economía de un país, a través de la utilización del sistema financiero. La reunión celebrada por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas en 1986, tuvo como finalidad establecer una política internacional de cooperación en donde se propuso que el lavado de dinero pasara a ser considerado como un *delito autónomo*; debido a que constituye un peligro para la actividad financiera, así como el gran consumo de droga que se realiza en el ámbito mundial, lo que pone en peligro la vida del ser humano. Tomando en cuenta lo anterior, la comisión tomó como principal objetivo la protección de la vida del ser humano que ha afectado principalmente a jóvenes y menores de edad; el que se encuentra contemplado dentro del considerando del documento, siendo este

⁶ Prado Saldarriaga, Víctor Roberto, **El delito de lavado de dinero en el Perú**, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artdoc1htm>, (agosto 2002)

⁷ IV Conferencia Anual Latinoamericana sobre lavado de Activos celebrada en Panamá el 25 de Septiembre 2003.

un principio fundamental y de carácter imperativo, regulado en la legislación de cada país.

A partir de que el lavado de dinero comienza a ser evaluado como una conducta antijurídica, en 1987 se aprueba en la Organización de las Naciones Unidas el Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras en Materia de Fiscalización del uso Indebido en Materia de Drogas, en donde se consideró como objetivo principal "la adecuación de normas penales para una mayor eficacia en la persecución de los actos de lavado", una de las medidas sugeridas para cada Estado fue la necesidad de definir como delito de lavado de dinero la adquisición, posesión temporal, transferencia o blanqueo del producto o los instrumentos derivados del tráfico ilícito utilizados en ese delito, así como establecieron medidas destinadas a la prevención y detección de los actos de lavado de dinero, sugiriendo a las asociaciones bancarias, sociedades de inversión y otras instituciones análogas, que deben elaborar códigos de conducta, para que sus miembros se comprometan a ayudar a las autoridades a detectar ganancias derivadas de actos ilícitos.

Uno de los medios más eficaces y el más utilizado para el lavado de dinero es el sistema financiero, así como el utilizado a través de correo electrónico, su detección ha sido uno de los mayores problemas que se enfrentan actualmente. Se aprueba entonces en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988, La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefaciente y Sustancias Sicotrópicas en donde por primera vez se establece el lavado de dinero como un delito. En la Convención se proponen las siguientes medidas:

- Cada una de las partes adoptará las medidas necesarias para tipificar tanto el consumo de drogas y el lavado de dinero como delito, el grado de participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados. La tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

- Cada Estado deberá regular dentro de su derecho interno las penas impuestas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, tomando en cuenta el fin primordial del derecho penal como es la rehabilitación del reo. Asimismo, se regula que cada estado debe tomar en cuenta para la aplicación de la pena las circunstancias atenuantes o agravantes siguientes tales como: su grado de participación en grupo delictivo organizado, su participación usando el empleo de violencia y armas, que ocupe un cargo público y que el delito guarde relación con el cargo, la utilización de menores, el lugar en donde se haya cometido el delito,
 - Deberán establecerse las sanciones pecuniarias, el decomiso y las medidas de rehabilitación; tomando en cuenta que este es uno de los fines del Derecho Penal. El mismo documento establece en su Artículo 2: *“Que dichas medidas deberán regularse sin que se viole el derecho interno de cada país, especialmente "Principios Constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento, con el único fin de que se garanticen siempre los derechos humanos y las garantías de cada persona.”*
 - Los mecanismos y procedimientos para la detección y fiscalización de las operaciones realizadas a través del sistema de intermediación, tomando en cuenta los principios establecidos en la Declaración de Basilea.
 - La flexibilidad del secreto bancario, en este aspecto debemos tomar en cuenta que, a pesar que en el documento suscrito se establece que deberán respetarse principios constitucionales como se mencionó anteriormente, la institución bancaria esta obligada a remitir los informes que le solicite el órgano supervisor, tomando en cuenta la aplicación los principios fundamentales de “conozca a su empleado” y “conozca a su cliente”, a los que nos referiremos en el presente trabajo en forma más detallada, para que los informes presentados sean los más ajustados a la realidad.
 - La inversión de la carga de la prueba para la investigación penal de todos los actos de lavado de dinero.
 - Amplia asistencia judicial en el ámbito internacional, para las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delito de lavado de dinero.

- Deberá establecerse y mantenerse canales de comunicación entre los organismos y servicios competentes de cada estado para poder facilitar el intercambio rápido y seguro de información.
- Deberá establecerse un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento correspondiente, debiendo tomar en cuenta si el sindicado a evadido a la justicia y establecer que dicho plazo sea prolongado.

La Convención de Viena de 1988 establece todas las medidas que deberán aplicarse para prevenir el lavado de dinero, en virtud de que es una problemática que escapa de las jurisdicciones nacionales. A pesar que en el mismo documento se presenta una definición de lavado de dinero como un proceso y establece diferentes formas de realizarlo; asimismo se hace énfasis a la aplicación de las penas, sanciones y otras medidas para la rehabilitación del reo como uno de los fines del Derecho Penal; la creación de una norma jurídica que establezca el procedimiento de extradición y la creación del mecanismo para la cooperación y la ayuda internacional que solicitare algún país miembro que es el principal enfoque que se da en este documento.

Uno de los principales objetivos en la Convención de Viena de 1988, fue la tipificación del lavado de dinero proveniente o derivado del tráfico ilícito de drogas, como un delito autónomo, el que deberá analizarse con relación al derecho interno guatemalteco, en el presente documento, Debemos tomar en cuenta que una de las formas de controlar el tráfico ilícito de drogas es limitando la actividad comercial de origen ilegal, normando el tipo penal en la legislación de cada país, uno de los fundamentos es “el privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”.⁸ Así lo manifiesta el Doctor Víctor Prado Saldarriaga, Presidente de Expertos para el Control del lavado de Dinero de la CICAD-OEA: "El narcotráfico es una actividad económica de corte y estructura empresarial, sólo sería posible controlarlo mediante mecanismos que afecten su capacidad de financiamiento y reinversión, es decir neutralizando o limitando la movilidad y utilización de los capitales de la organización ilegal. Si una

⁸ Pinto, Ricardo y Ophelie Chevalier, **Delito de lavado de activos como delito autónomo**, pág. 17

empresa no tiene dinero, ni puede obtenerlo, sencillamente no podrá mantener su proceso productivo, su presencia en el mercado, sus redes de comercialización, su personal calificado, etc. por ende, colapsará y se agotará económicamente, por tal motivo es importante crear controles que minimicen este tipo de organización."

Es entonces en 1988 que surge el tipo penal "lavado de dinero" en el ámbito internacional, como un delito autónomo originado principalmente por el tráfico ilícito de drogas, a través de la Convención de Viena de 1988 que entró en vigencia el 11 de noviembre de 1990 y ha sido firmada y ratificada por 136 países miembros de las Naciones Unidas.

1.3.2 Principios de la Declaración de Basilea.

El lavado de dinero afecta principalmente el sistema financiero de cada país, que es uno de los principales pilares para la estabilidad económica de un Estado, es la fuente que otorga a cada ciudadano su desarrollo integral, un derecho fundamental del mismo; es a través de él en donde también se movilizan grandes cantidades de dinero provenientes de actos ilícitos. Tomando como base lo que establece la Convención de Viena de 1988 referente a crear los mecanismos y procedimientos para la detección y fiscalización de las operaciones realizadas a través de los sistemas financieros, surge en 1988 la Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea sobre la Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para Fines de Reciclaje de Fondos Derivados de Actividades Ilegales, elaborada por el Comité de Basilea, que fue formado en 1975 y comprende los representantes de los bancos centrales y de los organismos de vigilancia del grupo de los diez países más industrializados (Bélgica, Canadá, Francia, Alemania Federal, Japón, Italia, Reino Unido, Estados Unidos, Suecia, Suiza, Holanda) y Luxemburgo, y toma el nombre de Comité de Basilea Para la Supervisión Bancaria. De esta declaración se crea un documento en 1997 que contiene los 25 principios que debe adoptar cada institución financiera para la prevención y utilización del sistema bancario en el lavado de dinero.

Para la elaboración del documento colaboraron los países de: Argentina, Brasil, Hungría, India, Chile, China, República Checa, Hong Kong, México, Rusia, Tailandia, Indonesia, Corea, Malasia, Polonia y Singapur, y se contó con la asesoría de Banco Mundial y del Fondo Monetario.

En el se establecen los principios para una mejor vigilancia en el sistema bancario y financiero, para que los mismos no sean utilizados para el reciclaje de dinero proveniente de actividades ilícitas. En el se establece el principio fundamental de “Conozca a su Cliente” el que establece la creación de procedimientos para la identificación de la clientela, la comprobación o averiguación sobre las transacciones a elevados estándares éticos, la cooperación con las autoridades judiciales.

Los principios adoptados por el Comité de Basilea busca como principal objetivo que la institución bancaria o financiera no sirva como ente para el reciclaje de los fondos provenientes de actividades ilícitas, sin que estas muchas veces no tengan conocimiento, sirviendo de intermediarios para que los fondos sean muchas veces transferidos a cuentas en otros estados, siendo necesario que cada país modifique o decrete en su legislación la norma jurídica que deberá aplicarse y es deber de cada institución bancaria trasladar sus informes a la autoridad supervisora de conformidad con lo que establece la ley y sus reglamentos, así como el de adoptar las 40 recomendaciones del GAFI (que detallaremos más adelante en el presente trabajo), las que el comité llama requisitos mínimos, las cuales serán revisadas cada dos años por el comité en la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios.

Se establecen dentro de una de las recomendaciones del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, la elaboración del Código de Conducta, la actitud vigilante de los directivos bancarios y la adopción de los principios contenidos en la declaración, siendo estos: a) La identificación de los clientes, b) Acatamiento de las normas jurídicas vigentes; c) Cooperación con las autoridades, d) Adhesión a la declaración de principios.

El principio fundamental “conozca a su cliente”, es un término aplicado no solo a las instituciones financieras sino también a todo el sistema económico (casas de cambio

de moneda, casa de corretaje de bolsa, comerciante en oro, casinos, vendedores de automóviles, compañías de seguros y sociedades mercantiles, sistemas de telégrafos y la financiación comercial, sociedades ficticias, las zonas de libre comercio, etc.) que es la base fundamental para el desarrollo de un país. Este término debe ser fundamental y aplicado por la institución financiera y evitar que la misma sea utilizada para transacciones ilícitas creando una estabilidad temporal en la misma. Las políticas deben ser tomadas por las instituciones financieras para evitar que el lavado de dinero integre un gran porcentaje en el producto interno bruto mundial, que actualmente se estima del 2 y 5 por ciento, aproximadamente 600,000 millones de dólares, según informe del ex Director Gerente del Fondo Monetario,⁹ y en algunos países en desarrollo estas ganancias ilícitas producen un resultado negativo, a tal extremo de que el gobierno pierda el control de su política económica y sus presupuestos gubernamentales se vean afectados.

Conozca a su cliente es un término que deberá ser utilizado por todo el sistema económico en el ámbito mundial enfocado tanto al conocimiento del cliente, así como del empleado que deberá realizar dicha función dentro de la institución o empresa en donde labore, debido a que es la estrategia fundamental para poder prevenir el lavado de dinero y evitar que el sistema económico se vea afectado a través de la desestabilización en la moneda, tasas de interés, la difícil recaudación de impuestos sobre estas ganancias ilícitas teniendo como consecuencia que el gobierno tome nuevas políticas fiscales, elevando las tasas a los contribuyentes honrados, siendo éstos los afectados por el poco control en esta materia.

⁹ McDowell John y Gary Novis, **Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero**, Periódico Electrónico del departamento de Estado de Estados Unidos, Vol. 6, pág. 7

1.3.3 Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En la primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Narcóticos, celebrada en La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1986, a través del Programa Interamericano de Acción de Río de Janeiro Contra el Consumo, la Producción y el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (más conocidos como el Programa Interamericano de Acción de Río de Janeiro); se sugiere que se forme una Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), cuyo objetivo principal es reforzar la capacidad de los Estados miembros para reducir la demanda de drogas ilícitas y prevenir su abuso, prestar capacitación especializada a los estados miembros, prevenir el lavado de dinero, promover el desarrollo alternativo, promover iniciativas en los campos de investigación, intercambio de información y la creación del Reglamento Modelo sobre lavado de activos, siendo la base para la creación de la norma jurídica en cada país miembro, que hoy en día tienen contemplada ésta actividad como un hecho ilícito.

Además de las funciones anteriores, la CICAD tiene a su cargo la formación de un grupo de expertos para la elaboración del Reglamento Modelo, el que debe ser elaborado con base a lo establecido en la Convención de Viena de 1988. La comisión ha participado en la elaboración de tres reglamentos, siendo éstos:

- Control de precursores y sustancias químicas, máquinas y elementos (1990)
- Delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos (1992), el que fue aprobado en el mismo año. En el reglamento se estableció que dentro de la legislación de cada país debe penalizarse el lavado de bienes y productos relacionado con el tráfico de drogas, deben cambiarse las normas jurídicas a efecto de que el secreto bancario no sea un obstáculo para el control y asistencia legal y prevenir el uso del sistema bancario en la comisión del delito de lavado de dinero.

- Control del tráfico Internacional de armas de fuego, sus partes, componentes y municiones. (1998)

Dentro de sus principales funciones tenemos:

- Formar un grupo de expertos que elaboren las normas para combatir el lavado de activos.
- Tiene la responsabilidad de identificar y establecer tipologías de lavado de activos.
- Examina en coordinación con la secretaria ejecutiva de la OEA, los diversos instrumentos nacionales e internacionales en vigencia.

Uno de los principales objetivos de la CICAD, no es la creación de más normas jurídicas para combatir el lavado de dinero, sino la aplicación y cumplimiento de las normas vigentes en cada país, así como el análisis que deberá realizarse para establecer si dichas normas están cumpliendo con el objetivo de prevenir, controlar y sancionar el delito. Uno de los mecanismos de evaluación que crea la CICAD es la instalación en 1998 a través del Grupo de Trabajo Intergubernamental, el Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM) aprobado en la II Cumbre de las Americas.

Es necesario que cada país miembro a la CICAD, cree su mecanismo de evaluación en especial sobre la prevención y control de lavado de dinero, es necesario establecer en que medida se han puesto en práctica los planes de acción y las normas legales y reglamentarias así como la implementación en el ámbito internacional por parte de la CICAD de los Mecanismos de Evaluación Multilateral (MEM) siendo sus principales metas el de prevención del delito, perseguir a los delincuentes, principalmente a los autores intelectuales, decomisar activos ilegales a los delincuentes y prestar la colaboración internacional a los países que se lo requieran, así como la de trasladar las recomendaciones que crea convenientes a cada país miembro a la CICAD.

Una de las funciones del MEM es asesorar sobre la extensión de los delitos subyacentes del lavado de dinero y la aplicación de las personas obligadas a la

prevención de lavado de dinero, que guarda una relación con las 40 recomendaciones del GAFI y otros organismos internacionales.

1.3.4 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) o Financial Action Task Force on Money Laundering (FATT) fue creado por el Grupo de los siete países más industrializados (Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Reino Unido, Estados Unidos), denominados G-7. Fue creada en la Reunión Cumbre Económica que tuvo lugar en París en el año de 1989, es una organización intergubernamental, cuyo principal objetivo es crear las medidas para la represión de lavado de dinero, el procesamiento del producto de actividades delictivas con el objeto de simular su origen y definió los principios éticos para la prevención del uso ilícito del sistema bancario para actividades de blanqueo de capitales, es actualmente una de las instituciones más importantes.

El GAFI agrupa a los principales centros financieros mundiales:

- Veintinueve Estados/jurisdicciones (Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hong Kong, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Singapur, Suecia, Suiza y Turquía).
- Dos organizaciones/organismos internacionales. (La Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo)
- Otras organizaciones internacionales (BIRD, Consejo de Europa, FMI, Interpol, OEA/CICAD, PNUFID actualmente denominado Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito ONUDD, Europol) participan como observadores en las reuniones plenarias del GAFI.

Las principales actividades del GAFI:

- Elaboración de las 40 recomendaciones para la lucha contra el lavado de dinero, creando los sistemas de evaluaciones mutuas, para medir la aplicación de las recomendaciones.
- La regulación de los 25 criterios para evaluar a los países y territorios calificados como no-Cooperante.
- Ejercicio sobre financiación del terrorismo.
- Los 8 nuevos criterios contra el financiamiento del terrorismo.
- Ha fomentado la creación de organismos regionales siendo estos:

El Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), creada en 1990. Este acoge las 40 recomendaciones del GAFI, y propone 21 recomendaciones adicionales para la lucha contra el lavado de activo para ser implementadas en la región del Caribe.

El Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), la que se encuentra integrada por el resto de países de América del Sur que no pertenecen al GAFI, cuyas sedes se encuentran en Trinidad y Tobago, Puerto España y Buenos Aires, Argentina.

1.3.4.1 Las 40 recomendaciones del GAFI

Las recomendaciones fueron elaboradas por primera vez en el año de 1990. Estas recomendaciones abarcan en forma general la aplicación y elaboración en cada estado de un sistema de justicia penal, de aplicación de la ley en el sistema financiero principalmente y su reglamentación y la cooperación tanto nacional como en el ámbito internacional, las que deberán ser implementadas de conformidad con sus principios constituciones y derecho interno.

Las 40 Recomendaciones del GAFI, establecen en forma general los principios sobre los cuales deben elaborarse los procedimientos antes mencionados, son la fase previa para la calificación que anualmente realiza este organismo. En ella se establece que cada estado debe contener dentro de su norma jurídica el tipo penal que tipifica la conducta antijurídica, la cual deberá abarcar la actividad de lavado de dinero "realizada a sabiendas" (como elemento intencional)¹⁰, término que al ser utilizado excluye el dolo eventual y la culpa. Debe de incluir asimismo la figura delictiva proveniente de Narcotráfico y otros delitos graves tales como fraude financiero, estafa, secuestro, extorsión, contrabando, corrupción de funcionarios públicos, peculado, actos de terrorismo, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, prostitución infantil, tráfico ilegal de niños, tráfico ilegal de órganos humanos y otras figuras delictivas que los estados deberán tipificar de conformidad con el derecho interno, lo que el Reglamento Modelo establece como "otros delitos graves"¹¹ y en otros documentos como delitos conexos".

Asimismo, se establece el papel del sistema financiero para la represión del lavado de dinero, como lo son las normas sobre identificación de clientes y mantenimiento de registro que el GAFI solicita por un plazo de cinco años a partir de que se realizó la transacción sospechosa y se puso en conocimiento a la entidad supervisora o se realizó la denuncia correspondiente.

El GAFI a través de las recomendaciones incluye el fortalecimiento de la cooperación internacional, cuyo fin principal es prestar la ayuda necesaria a los países en vías de desarrollo que no cuenta con un sistema e infraestructura que les permita prevenir, controlar y sancionar este delito a través de la ayuda mutua, la que deberá solicitar el país que lo requiera.

El GAFI dentro de sus funciones también realiza una evaluación anual, ésta se lleva a cabo a través de la superintendencia multilateral y la evaluación por sus iguales,

¹⁰ Grupo Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de capitales, **Las cuarenta recomendaciones**, www.uifbol.gov.bo/uif.gafi40r.htm (agosto 2002)

¹¹ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves**. www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002)

que es un proceso detallado en donde cada país miembro se somete a un examen in situ. La evaluación se lleva a cabo a través de los 25 criterios elaborados por dicha organización.

La calificación del GAFI es primordial, de ella depende la ayuda económica internacional que se otorga principalmente a los países en vías de desarrollo y la inversión extranjera.

1.3.5 Convención de Lavado, Registro, Embargo y Confiscación del los Productos del Crimen.

La convención no utiliza en su nombre el término “europea” con el objeto de que otros países asuman el compromiso de combatir el lavado de dinero. Esta convención fue realizada a través de la Comunidad Europea en la que se tipifica el lavado de dinero por la comisión de cualquier delito; asimismo, se establece el Consejo Directivo de Prevención de Lavado de Dinero el 10 de junio de 1991 como medio preventivo para la comisión del delito.

1.3.6 Declaración y Programa de Acción de Ixtapa.

Fue celebrada en México el 20 de abril de 1990 por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y se recomienda a la CICAD que el grupo interamericano o de expertos elabore un Reglamento Modelo; para que los Estados miembros lo utilicen como base para elaborar la norma legal contra el Lavado de dinero de conformidad con su principios constitucionales.

Esta convención amplía las funciones de la CICAD de la manera siguiente: ¹²

¹² Organización de los Estados Americanos/CICAD, **Estatuto de la comisión interamericana para el control del abuso de drogas**, <http://www.cicad.oas.org>, (12 de octubre de 2002)

- a) Sirve como cuerpo consultivo y de asesoramiento de la organización sobre el uso indebido, la producción, el tráfico y distribución ilícito de drogas y delitos conexos;
- b) Asistir a los Estados miembros de la organización mediante la coordinación y cooperación internacional y regional, para facilitar la ejecución de las acciones y la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de sus fines;
- c) Debe realizar actividades de cooperación técnica a solicitud de uno o más Estados miembros de la organización, cuando así lo permita el presupuesto de la comisión;

La Declaración del Programa de Ixtapa es el antecedente para que en 1992 se elabore el Reglamento Modelo de la CICAD sobre los Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Graves.¹³

1.3.7 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue celebrada en Palermo, Italia en la Conferencia Política de la Organización de Naciones Unidas en diciembre del año dos mil. En el presente documento establece promover la cooperación para prevenir y combatir la delincuencia organizada internacional, penaliza la participación de un grupo delictivo, "tipifica el blanqueo de ganancias de origen ilícito no únicamente originadas por el tráfico ilícito de drogas, sino que en el ámbito internacional se relaciona íntimamente al lavado con la delincuencia organizada internacional, dicha tendencia fue adoptada por el Reglamento Modelo de la CICAD en 1999 que tipificó el delito de blanqueo no sólo por el tráfico ilícito de drogas, sino por otros delitos graves".¹⁴

¹³ Pinto, Ricardo y Ophelie Chevalier, **Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo** http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ESP/GupoExpertos/autonomo.doc (12 octubre 2002)

¹⁴ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002) .

Asimismo, se establecen otras medidas aplicables, las que se encuentran en el Reglamento Modelo de la CICAD; el reglamento es de gran utilidad como guía legislativa al servicio de los Estados miembros. Entre los preceptos que se regulan

están: tipificación del delito, lo referente a los delitos determinantes, lo que el reglamento establece como delitos graves; la autonomía del delito, los medios de prueba, las medidas para combatir el lavado de activos, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas de decomiso, la jurisdicción y competencia y el secreto bancario.

Actualmente son bastantes los tratados suscritos en materia de delitos de lavado de dinero, sin embargo los antes descritos son los que dieron origen a tipificar el delito de lavado de dinero como un delito autónomo, de trascendencia internacional. La criminalización es aplicada por cada Estado en su sistema nacional; y cada uno ha adoptado y regulado el delito del lavado de dinero sobre la base de los documentos suscritos en el ámbito internacional:

- La Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.
- La Convención Europea Sobre Blanqueado, Rastro, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen, suscrita en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990.
- El Reglamento Modelo Americano de la OEA sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Graves suscrito en las Bahamas el 23 de mayo de 1992.
- Las 40 recomendaciones de Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)
- Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, elaborada por la Organización de las Naciones Unidas en diciembre del 2000.

1.3.8 En Latinoamérica.

Tras la firma de la Convención de Viena, nombre que se da a la Convención celebrada en 1988 en donde se establece "El delito de Lavado de Dinero", son muchos los países que adoptan dentro de su derecho interno dicho concepto como un tipo penal. Dentro de los primeros países que lo legislaron se encuentran Argentina (1989), y Ecuador (1990); en la década de los 90 Perú (1991) Chile (1993), y Colombia (1995).

Uno de los países que cuenta con una experiencia legislativa en esta materia es Estados Unidos de Norteamérica donde los precedentes legislativos datan de 1956; sin embargo no es sino hasta 1986 en donde el lavado de dinero fue declarado un proceso ilegal, a través de la Ley de Control de Lavado de Dinero, sancionada por el Congreso que establece: "Quienquiera que realice o intente realizar una transacción financiera con dinero o activos que se sabe proviene de actividades ilegales específicas...intente o lleve a cabo un movimiento internacional de instrumentos Monetarios... realice o intente realizar una transacción financiera con activos que provienen de una actividad ilegal específica". Estados Unidos cuenta con un poderoso sistema de control de lavado de dinero a través de los informes que el sistema financiero proporciona al Estado sobre transacciones en efectivo, las que son requeridas a través de la Ley de Secreto Bancario desde 1972, el que fuera reformado por la Sección 5312 de la Ley de Secreto Bancario (BSA), enmienda que incluye el término institución financiera, a los negocios definidos como "cualquier comerciante, comisionista de futuros, asesor comercial de productos básicos u operados colectivo de productos básicos inscrito u obligado a inscribirse conforme a la Ley de Intercambio de Productos Básicos". Es el primer país en establecer el lavado de dinero como una figura delictiva; asimismo, actualmente cuenta con normas aplicables a dicho delito, así como la sanción por parte del Congreso de la Ley USA Patriot de 2001.¹⁵

¹⁵ IV Conferencia Latinoamericana Sobre Lavado de Activos, Panamá septiembre 2003, pág. 276

Latinoamérica con los únicos antecedentes que cuenta sobre la tipificación y sanción de delitos de lavado de dinero, anteriores a la Convención de Viena, los encontramos en el Código Federal de México y en la Ley 23 Panameña del 30 de diciembre de 1986, esta última es elaborada para reformar el Código Penal de Panamá, especialmente en lo que respecta a la tipificación del delito de lavado de dinero y tráfico ilícito de drogas, así como la utilización del sistema bancario para estos fines. Es importante destacar que utilizan dentro de este cuerpo legal el término “a sabiendas”; palabra que posteriormente la GAFI incluye dentro de las 40 recomendaciones y solicita su aplicación dentro de los delitos que se tipifiquen en la legislación de cada país, esto con el fin de que se excluya dentro de esta figura el dolo eventual y la culpa.

A mi criterio es importante destacar que la Ley 23 establece el tipo penal en una forma clara, detallando en forma específica los tipos penales que se pueden llevar a cabo en el lavado de dinero.¹⁶

1.3.9 Legislación guatemalteca.

Dentro de las normas legales básicas que adoptan los países latinoamericanos, tanto para la prevención del delito de lavado de dinero como para su tipificación se encuentra: La Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (La Convención de Viena de 1998), Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Dinero Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves, de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD/OEA), y los Principios Básicos de la Declaración del Comité de Basilea.

¹⁶ Comisión Nacional para el Estudio y la Prevención para los Delitos relacionados con Drogas, **Ley 23 de la Asamblea Legislativa Panameña, diciembre 1986**, <http://www.opadro.com/Documentos/unico.doc>, (Enero de 2003)

Guatemala es parte de la Convención Única de la Organización de las Naciones Unidas, Convención de 1961; el Protocolo de 1972 que enmienda la Convención Única; Convención de 1971 sobre Sustancias Sicotrópicas y la Convención de 1988. Como consecuencia de dichas convenciones Guatemala reguló el uso ilegal de drogas en su Código Penal.¹⁷ Posteriormente en el Decreto 48-92 Ley Contra la Narcoactividad, establece los conceptos que se relacionan con esta figura delictiva y tipifica el delito con una pena y multa mayor que la regulada en el Código penal.¹⁸

Guatemala es parte de la Comisión Centroamericana para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícito de Drogas y Sustancias Sicotrópicas y el Tratado Centroamericano sobre Ayuda Legal Conjunta para Asuntos Penales. Asimismo, se han firmado convenios antinarcóticos bilaterales, con Argentina, Colombia, Perú y España. En el año 2001, Guatemala ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra el Crimen Organizado Internacional así como la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Las principales medidas del ámbito internacional que dieron origen a nuestra actual Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos se encuentran las siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, celebrada en Viena en 1988, en donde se establece que cada país miembro debe crear dentro de su derecho interno el delito de lavado de dinero proveniente del narcotráfico. Guatemala la ratifica en 1990.
- Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea sobre la Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para Fines de Reciclaje de Fondos Derivados de Actividades Ilegales realizadas por el Comité de Basilea. Esta declaración sirve de base para emitir en el Congreso de la República de Guatemala las siguientes leyes: Decreto 16-2002, Ley orgánica del Banco de Guatemala; Decreto 17-2002, Ley Monetaria;

¹⁷ Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, Libro Segundo, Título VII De los Delitos contra la seguridad colectiva, Capítulo IV, De los delitos contra la salud, artículo 306.

¹⁸ Decreto 48-92 del Congreso de la Republica de Guatemala, Ley de Narcoactividad, Artículo 2 y 36.

Decreto No.18-2002 Ley de Supervisión Financiera; Decreto No. 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros.

- El Reglamento Modelo Americano de la OEA sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos suscrito en las Bahamas el 23 de mayo de 1992, modificado recientemente en el 2003.
- Cumbre de las Américas en 1995, establece tipificar como delito el lavado de dinero, los mecanismos para el intercambio de información y las medidas legales para obtener registros claros y completos de transacciones financieras (Guatemala es miembro de la Convención Centroamericana para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y uso Ilícito de Drogas y Sustancias Sicotrópicas)
- Convenio Centroamericano Para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero, firmado el 11 de julio de 1997, se establecen medidas como: conocimiento del cliente, la capacitación del personal y los mecanismos de auditoria. Como resultado la Superintendencia de Bancos de Guatemala emite Acuerdo Número 56-2002 referente a los requisitos que deben incorporarse en la contratación y alcance de las auditorías externas de las empresas sujetas a la vigilancia e inspección de la institución, de conformidad con el Artículo 61 del Decreto número 18-2002, ley de Bancos y Grupos Financieros y el Artículo 3, inciso ñ del Decreto 18-2002 Ley de Supervisión Financiera.
- Egmont, Integración de Unidades de Inteligencia Financiera, de 1995, crea las Unidades de Inteligencia e información financiera para estudiar tipologías y efectuar análisis financieros.
- Plan de Acción II Cumbre de la Américas celebrado en Santiago de Chile el 18 y 19 de abril de 1998.
- Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, realizada por la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en diciembre del 2000, que como propósito fundamental establece promover la cooperación para prevenir y

combatir más eficazmente la delincuencia organizada y penaliza la participación de los grupos delictivos organizados.

- Acuerdo Internacional en Contra de la Corrupción firmado en enero del 2000 y ratificado en el 2001 con La Embajada de los Estados Unidos para combatir el narcotráfico y apoyar a la Fiscalía contra la Corrupción. Guatemala a través de la firma de este acuerdo recibe ayuda financiera, donación de equipo y capacitación del personal.

Se han suscrito otros convenios, entre ellos: México (1989), Venezuela (1991), Argentina (1991), Colombia (1992), Perú (1994), República Dominicana (1997), España (1999) y Panamá.

Posteriormente a la creación de la Ley de Narcoactividad y en donde por primera vez se tipifica el delito de lavado de dinero, únicamente en materia de Narcoactividad, se emite la Resolución de la Asociación Bancaria de Guatemala, vigente a partir del 7 de octubre de 1996, cuyo cumplimiento era voluntario para los bancos. Con este instrumento se comenzaron a adoptar nuevas políticas referentes al conocimiento de clientes y normas de conducta para los empleados, requeridas en los Principios del Comité de Basilea.

Posteriormente la Junta Monetaria el 1 de mayo de 2001 emite la Resolución 191-2001 "Reglamento para Prevenir y Detectar el Lavado de Activos, éste documento paso a ser de carácter obligatorio para las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos; sin embargo en ese mismo mes el GAFI calificó a Guatemala como uno de los países no cooperantes, tomando en cuenta para la calificación los 25 criterios ya establecidos. Entre otros Guatemala no había cumplido con los siguientes criterios:

- Criterio uno: "Ausencia o regulaciones y supervisión no efectivas para todas las instituciones financieras en un país o territorio dado, Onshore y offshore, sobre una base equivalente con respecto a los estándares internacionales aplicables al lavado de dinero".

- Criterio trece: "Obstáculos para identificar a los beneficiarios, dueños y directores de compañías o negocios." Calificación que se le da por el incumplimiento al principio básico "Conozca a su cliente y la implementación de los Códigos de Conducta en las entidades financieras.
- Criterio veintitrés: "Fallas en la provisión de recursos financieros, humanos y técnicos a las autoridades administrativas y judiciales para ejercer sus funciones o conducir sus investigaciones." En este año todavía no se había formado una institución que fuera la supervisora de todas las entidades financieras, así como la creación de la fiscalía correspondiente para la persecución de este delito.

Para Guatemala no es conveniente que el GAFI la califique en esta forma, nuestro país puede ser sancionado por dicha entidad, por los países que forman parte del mismo y por los organismos internacionales, así como la cancelación en el otorgamiento de créditos por parte de organismos financieros internacionales en virtud de que implica un riesgo invertir con el problema de lavado de dinero en nuestro país. Debido éste riesgo y siendo Guatemala un país en vías de desarrollo, surge la necesidad de elaborar el Proyecto de Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos siendo la Superintendencia de Bancos quien la elabore. Posteriormente se publicó con fecha 7 de noviembre de 2001 el Decreto 51-2001, el cual fue derogado por el Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, publicado el 17 de diciembre de 2001, que actualmente se encuentra vigente.

1.4 Organismos Internacionales.

Hemos hecho mención en el presente trabajo sobre algunos organismos internacionales como lo son la CICAD y el GAFI, sin embargo otros organismos internacionales también coadyuvan para modificar, prevenir, controlar o crear normas jurídicas para combatir el crimen organizado, entre los que se encuentran:

1.4.1 Consejo de Europa.

Fue establecido en 1949 para promover la unidad europea, el progreso económico y social de la región. Dentro de los logros que ha realizado se encuentra la Convención Europea sobre Extradición de 1957 y la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Criminal de 1959, que constituyen los pilares centrales para combatir el crimen organizado. Se convirtió en una de las primeras organizaciones internacionales en enfocar el tema de lavado de dinero en forma sistemática y actualmente es el organismo encargado en la implementación de instrumentos para combatir el lavado de dinero. En septiembre de 1990 se llevó a cabo la Convención de Lavado, Registro, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen.

A través del Tratado de la Convención Económica Europea se proponen las bases para el Consejo Directivo de Prevención del Uso del Sistema Financiero con propósitos de lavado de dinero el 10 de junio de 1991.

1.4.2 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

Comisión orgánica del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas que formula políticas internacionales y coordina actividades en materia de prevención del delito y justicia penal.

1.4.3 Centro de Prevención Internacional del Delito.

Este centro desempeña los mandatos que establece la Comisión de Viena y es la oficina de las Naciones Unidas encargada de la prevención del delito, la justicia penal y la reforma del derecho penal, pone principal atención en combatir la delincuencia organizada transnacional, la corrupción, el terrorismo, el tráfico de seres humanos y fomenta la creación de nuevos instrumentos jurídicos internacionales. Actualmente tiene como función principal la ratificación por los Estados y la asistencia para la mejor aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus tres protocolos, la cual fue aprobada por la Asamblea General en el año 2000.

1.4.4 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD).

Fue creada en 1991 con el nombre de Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) y a partir de octubre de 2002 cambia su nombre por Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Actualmente mantiene el programa mundial contra el blanqueo de dinero, con el cual asiste a los gobiernos para que puedan enfrentar a los delincuentes que utilizan el sistema financiero internacional para blanquear los ingresos procedentes de actividades delictivas. El programa proporciona a los gobiernos, la policía y los servicios de inteligencia financiera, sistemas para combatir el blanqueo de dinero, así como asesoramiento sobre el mejoramiento de las políticas bancarias y financieras y colabora con los servicios nacionales de investigaciones financieras.

1.4.5 Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI).

El UNICRI es la dependencia del Centro de Prevención Internacional del Delito que se encarga de las investigaciones interregionales. La labor del UNICRI es realizar y promover investigaciones orientadas hacia la acción para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. El Instituto contribuye en la formulación de mejores políticas relacionadas con la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia a través de la investigación y la difusión de información.

CAPÍTULO II

2. El delito de lavado de dinero

2.1 Definición y origen

El delito de lavado de dinero surge como una figura delictiva en el ordenamiento jurídico guatemalteco, a través de la Ley de Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, en donde por primera vez se establecen las transacciones e inversiones ilícitas; sin embargo a pesar de que el epígrafe no manifiesta el concepto Lavado de dinero, incipientemente regula el tipo penal que conforman estas transacciones,¹⁹ la cual se desarrolla en una forma más técnica y extensa, en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

Para definir el delito de lavado de dinero debemos tomar en cuenta los diferentes elementos y características que lo integran y que lo diferencian de los demás hechos jurídicos, así como los elementos que establecen los diferentes tratados internacionales; siendo estos elementos:

- Es un Proceso:
- Es realizada por una persona individual o colectiva, tomando en cuenta que esta última la realiza a través de su representante legal o personas que de conformidad con la ley se encuentran obligadas de denunciar las transacciones sospechosas y tal como lo establece el Código Penal Guatemalteco en su Artículo 38: " En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes... que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiera realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales."
- Es un proceso que se realiza mediante la comisión de otros delitos.
- Es de carácter doloso.
- Existe la imposición de una pena o multa.

- Además debe reunir ciertas características
- a) Referido al Modus Operandi: En los actos que lo materializan se llevan a cabo observando las formalidades y procedimientos para cualquier negocio jurídico o financiero. Estas características son:
- Es un delito financiero.
 - Se basa en ficciones.
 - Conjunto de operaciones complejas y poco comunes, Se lleva a cabo a través de la creación de empresas de papel o ficticias y el manejo de operaciones que se salen de lo normal.
 - Es un delito transnacional, que afecta el sistema legal de la mayoría de países.
 - Se sirve de la vulnerabilidad del sector financiero y de sus avances tecnológicos.
 - Es un delito autónomo, característica principal e importante para poder llevar a cabo su persecución. Para el efecto debe tomarse en cuenta lo que establece el Artículo 2 del Reglamento Modelo de la CICAD/OEA sobre los denominados “Delitos de lavado”, en donde se establece que estos delitos se investigarán, sancionarán y sentenciarán por la autoridad competente, independientemente de que el delito de tráfico ilícito o delitos conexos (delitos graves) hayan ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición, cuando proceda conforme al derecho y sin que sea necesario el establecimiento del delito previo.
- b) Otro aspecto que se relaciona es en función de los vínculos entre el agente del lavado y el origen ilegal del dinero que se lava, es decir que en los actos de lavado de dinero solo intervienen personas ajenas totalmente a los actos generadores del capital o bienes ilegales.²⁰

¹⁹ **Ob. Cit**, pág. 21. Artículos 45, 46 y 47

²⁰ Prado Saldarriaga, Victor Roberto, **El delito de lavado de dinero en el Perú**, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artsaldo1htm>, (agosto 2002)

Sobre la base de los elementos anteriores y de lo establecido en los convenios internacionales podemos definir el delito de lavado de dinero como: *Un proceso mediante el cual una persona individual o colectiva convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice, administre, oculte, bienes o ganancias cuyo origen es la comisión de una actividad ilícita, para hacerlos aparentar de legítimos; así como quien encubra, impida o ayude a la persona que haya participado en el mismo, cuya sanción es a través de la imposición de una pena o multa"*

De la anterior definición debemos tomar en cuenta que nos referimos a una actividad criminal dirigida no únicamente al sector financiero, que es el más utilizado por este tipo de organizaciones, sino a toda persona individual o colectiva que adquiera, administre así como tenga conocimiento de la comisión del presente delito. Esto incluye la función de los profesionales que ejercen en forma liberal.

El Decreto 67-2001 del Congreso de la República, Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, establece la conducta de la persona que comete este delito, así como el grado de participación, de quienes lo cometen, tomando en cuenta lo que establece el Reglamento Modelo elaborado por la CICAD, en su Artículo 2;²¹ y de lo que se encuentra regulado en el Código Penal en su parte General:

- a) De acuerdo a la participación del delito en el grado de autor:
- "La persona que convierta, transfiera o transporte
 - "La persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre
 - "La persona que oculte, impide o encubra.

²¹ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002)

- b) En el grado de cómplices:
- La persona que participe en la comisión, la asociación, la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada.
 - La facilitación o el asesoramiento en la relación de su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos"²². Con este elemento estamos frente a lo que el Derecho Penal denomina la cooperación y la conspiración.
- c) "Contribuir a ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad verdadera de recursos, bienes..."²³
- d) Y, por último se establece que puede ser por el tráfico ilícito de drogas, así como otros delitos graves ("Por delitos graves se entiende aquellos que así sean definidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado y, en general, las actividades ilícitas relacionadas con la delincuencia organizada, terrorismo, tráfico ilícito de armas, personas u órganos, actos de corrupción, fraude, extorsión y secuestro, contrabando, robo y contrabando de vehículos, corrupción de funcionarios públicos, peculado, actos de terrorismos, prostitución infantil, pornografía, enriquecimiento ilícito, rebelión, tráfico ilegal de niños, desfalco, soborno, evasión fiscal y fraude de valores").²⁴.

²² Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

²³ Convenio entre Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los Delitos de lavado de dinero y de Activos relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Conexos, Santo Domingo, 6 de noviembre de 1997, http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones_Presidentes (agosto de 2002)

²⁴ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002)

2.2 Naturaleza jurídica.

El término de lavado de dinero surge como una figura delictiva debido a la necesidad de replantear una política internacional antidroga en 1984 y posteriormente, en la Convención de Viena de 1988, se establecen las medidas de carácter penal para sancionar este delito. Debido a su modus operandi, dicho delito, toma una figura delictiva en el ámbito internacional, cuya persecución corresponde al Estado; entonces podemos manifestar que la naturaleza jurídica del delito de lavado de dinero es de carácter público dentro del Derecho Internacional, debido a que surge en cada país a través de una serie de tratados ratificados por los Estados miembros y porque uno de los intereses principales que protegen son el derecho a la vida, el desarrollo e integridad de una persona, el sistema económico de cada país y la seguridad nacional e internacional; como lo establece el preámbulo de la Convención de Viena.

Es Derecho Público de carácter internacional debido a que es un problema que escapa del ordenamiento jurídico de cada país, siendo importante e indispensable su regulación en el ámbito internacional tomando como base el Reglamento Modelo elaborado por el CICAD, las 40 recomendaciones del GAFI, las recomendaciones de la GAFIC y de la cooperación internacional para combatir este delito, pues es a través del lavado de dinero que las organizaciones criminales se agencian de fondos para posteriormente cometer nuevos delitos, afectando principalmente derechos humanos como lo es el derecho a la vida y el desarrollo integral de una persona, a través de las transferencia y operaciones efectuadas para lavar el dinero, que puede dejar a un Estado con un déficit dentro de sus finanzas, en perjuicio de las necesidades de una sociedad; dejando de cumplir con el fin supremo para el cual fue creado: El Bien Común.

2.3 Bien jurídico tutelado.

Es importante que se tome conciencia que el lavado de dinero puede afectar enormemente la estabilidad de la moneda y la demanda de dinero originando la

desestabilización en las tasas de interés, el de los índices de inflación y la contaminación en el sistema judicial a través de actos de corrupción.

Por ello, la Convención de Viena establece la figura de lavado de dinero como un delito de carácter internacional, que cada día cobra más fuerza, afectando la microeconomía, a través del sector privado, con la creación de empresas de fachada, la competencia desleal, en virtud de que las mismas trabajan con dinero procedente de actos ilícitos, los que convierten en fondos legítimos. Estas empresas ofrecen dentro mercado precios por debajo del costo de fabricación, originando pérdidas en las empresas que generan ingresos lícitos que al no poder competir con estas empresas son declaradas en quiebra. Lo mismo ocurre con el sistema financiero, principalmente con los bancos al recibir grandes cantidades de dinero que tienen carácter temporal y que tienden a desaparecer a través de transacciones telegráficas. Esta situación puede causar problemas de liquidez, inestabilidad para el banco y falta de confianza dentro de sus depositarios.

2.4 Legislación comparada:

2.4.1 Suiza:

Se encuentra regulado en el artículo 305 Bis y 305 del Código Penal y establece que el bien jurídico afectado es la administración de justicia; y la nueve reforma al Código Penal la ubica en el título 17 del mismo cuerpo legal dentro de los delitos contra la administración de justicia.

2.4.2 Alemania

No existe un criterio al respecto; algunos autores manifiestan que se afecta en el delito previo. La finalidad del legislador es la de evitar que el criminal utilice los objetos provenientes del delito para cometer otros posteriormente. Para otros es la

administración de justicia, la seguridad del estado y otros establecen que es el orden económico.²⁵

2.4.3 España

Se encuentra regulado en el Código Penal español en el Artículo 301. Establece que el bien jurídico tutelado no es solo la administración de justicia sino el sistema financiero.

2.4.4 Argentina

Es uno de los primeros países que establece, en el proyecto de ley, que el lavado de dinero es una especie de encubrimiento. Manifiesta que el lavado de dinero se realiza mediante el crimen organizado y lo ubica como un delito autónomo.

2.4.5 Colombia

Estableció que las organizaciones criminales, además de afectar el sistema judicial, crean desconfianza en el sistema económico; es por ello que diferenció el delito de recepcionar y el de lavar bienes, en virtud de que esta última afecta el orden social y económico. "En el año 2000 se establece en Colombia que el bien Jurídico Tutelado en el delito de lavado de dinero es el orden social y que los delitos relacionados con el lavado de activos son delitos especiales que afectan la economía de los Estados."²⁶

Algunos de los convenios internacionales y las diferentes normativas latinoamericanas establecieron que uno de los bienes jurídicos protegidos por los tipos legales que sanciona el lavado de dinero es la administración de justicia, lo que era posible gracias al encuadrarse el delito de encubrimiento. Sin embargo, el delito de lavado de dinero no solo afecta a la administración de justicia, sino crea abuso de poder, corrupción en la política y la administración pública y la infiltración de las actividades criminales en los negocios legítimos, lo cual afecta el orden socioeconómico y el sistema financiero de cada país.

²⁵ Blanco Cordero, Isidro, **El delito de blanqueo de capitales**, pág. 163

²⁶ Pinto, **Ob. Cit**; pág. 15

En Guatemala en el Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Lavado de Dinero u otros Activos, en el primer considerando se establece que la ley fue decretada con el fin de proteger "La economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco", Con base a lo anteriormente expuesto y de conformidad con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, Sección Décima, Régimen Económico y Social, y especialmente en su Artículo 118, *Principios del Régimen Económico y Social: El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de Justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional.* Asimismo, en el Artículo 119 del mismo cuerpo legal inciso d) *se establece que una obligación del Estado es el velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país procurando el bienestar de la familia.* Se establece que el bien jurídico tutelado en ésta ley es el orden socioeconómico y el sistema Financiero de nuestro país y con ello se protege un derecho fundamental inherente a la persona como es el de proteger su desarrollo Integral que se encuentra regulado en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

CAPÍTULO III

3. Reglamento Modelo sobre delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos graves, CICAD/OEA.

3.1 Origen

El 20 de abril de 1990, en la Reunión Ministerial de la OEA, en Ixtapa, México fue aprobado que la CICAD formara un grupo de expertos para desarrollar las regulaciones para combatir el lavado de dinero; quienes más tarde elaboran El Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos graves, aprobado en 1992; y en junio del mismo año fue adoptado por la Asamblea General de la OEA.

3.2 Normas mínimas que se deben aplicar en el derecho interno de cada Estado

La CICAD a través del Reglamento Modelo establece y sugiere las normas que deben de aplicarse dentro del derecho interno de cada país, como las siguientes:

- Dentro de la legislación de cada país se penalice el lavado de dinero.
- Se elaboren las medidas de prevención en el uso del sistema financiero para el lavado de dinero.
- Cooperar con las autoridades para identificar, rastrear, decomisar o incautar bienes cuyo origen sea por la comisión de un delito.
- Mayor flexibilidad en las leyes de tal forma que el secreto bancario no sea un impedimento para el control y la asistencia legal mutua, para la detección de transacciones sospechosas.²⁷
- Fortalecimiento de la cooperación internacional en materia de investigación.

²⁷ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** Artículo 21. www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

El 2 de diciembre de 1995, a través de la participación de los ministros de estado en la Cumbre de las Américas, celebrada en Buenos Aires, Argentina, se establecieron las medidas para el control del Lavado de Dinero; en el comunicado ministerial concerniente al lavado de dinero e Instrumentos de delito. En este documento se estableció una mejor cooperación internacional para enfrentar el lavado de dinero, la tipificación del delito, el intercambio de pruebas y principalmente sobre el papel que cumple el sector financiero del país en la prevención y control de este hecho ilícito. En esta reunión se estableció que en la tipificación del delito de lavado de dinero, debía incluirse además de narcotráfico, la comisión de otros delitos. En 1997 se modifica el Reglamento Modelo en el sentido de crear las unidades de inteligencia financiera, para el combate del lavado de dinero y en 1999 se amplía el tipo penal del lavado de activos que en la actualidad acepta como delito previo no solo el tráfico ilícito de drogas sino otros delitos graves, de gran impacto social, en donde se utiliza el sistema financiero para dar legalidad a las ganancias provenientes de un hecho ilícito, cambiando su denominación a Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves, CICAD.

El reglamento ha tenido varias modificaciones, las mismas fueron realizadas en Santiago, Chile, en octubre de 1997; en Washington, D.C., en mayo de 1998; en Buenos Aires, en octubre del mismo año; en México, Distrito Federal en julio de 2002; *en Washington, D.C., en julio de 2004* y aprobadas por la CICAD en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Lima, Perú, en noviembre de 1997; en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C., en mayo de 1999; en el trigésimo segundo período ordinario de sesiones celebrado en México, Distrito Federal en diciembre de 2002 y en el trigésimo cuarto período de sesiones celebrado en Montreal, Canadá en noviembre de 2003.

El 16 de octubre de 1996 la CICAD aprobó el Plan de Acción para la Implementación de la Estrategia Antidrogas en el Hemisferio, surge entonces el grupo de trabajo intergubernamental sobre el Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM). Dicha

institución ha establecido las normas reglamentarias para prevenir, reprimir y controlar el delito de lavado de dinero, siendo estas:²⁸

- Tipificación del lavado de activos de drogas como delito penal;
- Extensión del concepto de lavado de activos a otros delitos;
- Asignación de deberes de diligencia debida a Bancos y otras actividades o tipo de instituciones;
- Normas y recomendaciones;
- Colaboración judicial internacional;
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas;
- Intervención de cuentas;
- Incautación y decomiso de activos;
- Nueva dimensión del conocimiento del cliente;
- Diligencia debida;
- Ignorancia intencional;
- Elaboración y conservación de registros e informes;
- Suministro de información a autoridades;
- Registro y reporte de transacciones sospechosas;
- Operaciones encubiertas;
- Inversión de la carga de la prueba;

El Mecanismo de Evaluación Multilateral tiene como principal objetivo minimizar el lavado de dinero, mediante los indicadores hacia la reducción de la oferta y demanda de drogas, crear mejores estrategias nacionales antidrogas, tráfico de armas de fuego y municiones, tráfico ilícito de drogas, y evaluar las medidas de control dentro de los países miembros.

²⁸ Alba, Ricardo, **El Reglamento Modelo de la CICAD y la evaluación multilateral del esfuerzo para la prevención, control y represión del blanqueo de capitales en América Latina**. Revisión de las nuevas leyes y regulaciones antilavado en América Latina. IV Conferencia anual Latinoamericana sobre lavado de dinero, Septiembre 2003. pág. 34

Del resultado que se obtuvo sobre la evaluación realizada a Guatemala se estableció que dentro de los años del 2000 a 2002 no se obtuvo ningún resultado sobre personas detenidas o condenadas por esta clase de delitos, motivo por el cual Guatemala estuvo calificada como país no cooperante. De las recomendaciones que se sugieren fue el de extender las medidas administrativas de control a empresas inmobiliarias, Abogados y Notarios.²⁹

3.3 Mecanismo de evaluación

Según Ricardo M. de Alba, quien actualmente es Asesor del Ministro de Economía y Finanzas de Panamá, para la defensa de los Servicios internacionales y Asesor Honorario del Ministerio de Relaciones exteriores de Panamá, manifestó en la IV Conferencia Anual Latinoamericana sobre lavado de Dinero, celebrada en Panamá en el 2003, que dentro de los mecanismos de Evaluación para el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias adicionales a las que realiza el MEM, se encuentran:

- Evaluación mutua de los países miembros del Grupo de Acción Financiera (GAFI), con referencia a sus 40 recomendaciones; Grupo de Acción Financiera de América del Sur (GAFISUD), con referencia a las recomendaciones del propio grupo, y los criterios en referencia a los países llamados “Países y Territorios no Cooperantes.
- La Metodología implementada por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para la evaluación sobre el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias contra el lavado de dinero y el financiamiento de terrorismo.
- El informe Anual “Internacional Narcotics Control Strategy Report”, presentado por el Gobierno de los Estados Unidos al Congreso. En dicho documento se hace una evaluación sobre el tráfico ilegal de narcóticos y el lavado de dinero en el ámbito internacional, así como se realiza una evaluación sobre la situación de cada país referente a la adopción de sus normas legales y reglamentarias.

²⁹ **Ibid**, pág. 43

El reglamento de la CICAD-OEA establece varias normas que deben de estar incluidas dentro del ordenamiento jurídico de cada país que adopte y tipifique el delito de lavado de dinero, delitos conexos y delitos graves; siendo estas:

- a) El secreto bancario no debe convertirse en un impedimento para la aplicación de la ley de lavado de dinero. Dicho precepto obedece a lo que quedó establecido en la Convención de Viena celebrada en 1988.
- b) Admitir como prueba la orden de decomiso de bienes expedida por un tribunal competente de otro estado con relación al tráfico ilícito de estupefacientes o delitos conexos.
- c) Las entidades financieras no deben de establecer ni mantener cuentas anónimas ni aquellas que figuren bajo nombres ficticios o inexistentes.
- d) La identificación plena de sus clientes y conservar todos los antecedentes relacionados con las operaciones que realice.
- e) Que se investigue, enjuicie y sentencie por el tribunal competente, independientemente de que el delito grave o conexo haya ocurrido en territorio de otro Estado.
- f) Obligación de las entidades financieras de reportar a las autoridades todas las transacciones que les resulten sospechosas.
- g) Cuando se solicite asistencia de un Estado a otro, esta asistencia obliga al Estado que recibe la solicitud a suministrar originales o copias legalizadas de los documentos y registros.
- h) Y en la modificación realizada en el 2003, establece la figura delictiva sobre el financiamiento del terrorismo.

- i) Se incluye por la comisión del delito tanto de lavado de dinero como el de financiamiento del terrorismo a las instituciones financieras, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas dentro de la ley y el Reglamento o que falsifiquen o adulteren los registros o informes.³⁰

³⁰ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** Artículo 15. www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

CAPÍTULO IV

4. Importancia y conocimiento sobre la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos.

4.1 Importancia y conocimiento de la presente ley para el ciudadano en general, profesional liberal, gerentes, directores, jefes y demás personal que esté obligado dentro de la ley.

El Artículo 2 del Decreto 67-2001, establece las personas que cometen delito de lavado de dinero u otros activos. Debemos tomar en cuenta que la ley establece la forma en que se lleva a cabo este delito, así como también se emplea el término “sabiendo” “o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, es decir que todos estamos dentro del supuesto hipotético en virtud de que es muy general el precepto, por lo tanto todos estamos obligados a conocerla, tomando como base lo que establece la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 3: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorarse, desuso...”. Por lo tanto es necesario e importante el conocimiento de la presente ley, sus alcances y de las obligaciones para eximirnos de responsabilidad penal y civil.

Con base a lo anterior se establece que dentro de la norma jurídica existe una laguna de ley; por una parte se establece el tipo penal, el grado de autoría para cometerlo y las personas obligadas de informar, por otro el reglamento establece las personas obligadas a informar, dejando en el último inciso toda aquella que por disposición legal se someta a vigilancia de la Superintendencia de Bancos. A mi criterio de conformidad con la ley todo ciudadano esta obligado a informar, pero lo que no nos queda claro es a que entidad se debe informar. La Intendencia de Verificación Especial, es el ente encargado de recibir los informes sobre actividades sospechosas. Esta debería ser la entidad encargada de recibir todos los informes en esta materia para presentar posteriormente la denuncia sobre alguna actividad sospechosa al Ministerio Público; sin embargo, esta última institución puede recibirlas también, en

los casos de flagrante delito, tal y como se ha dado en las detenciones realizadas en el Aeropuerto Nacional La Aurora. La finalidad de presentar la denuncia a la Intendencia de Verificación Especial es porque es la encargada de llevar a cabo el análisis correspondiente sobre actividades sospechosas dentro del sistema financiero y otras instituciones con riesgo de ser objeto para lavar dinero, con ello se evita que el Ministerio Público realice la persecución penal y se decreten las medidas necesarias por parte del órgano jurisdiccional sin contar con los indicios y evidencias necesarias. Con base a lo anterior es necesario que todo ciudadano o persona jurídica que este en riesgo de ser sujeto para lavar dinero deba remitir el informe correspondiente, a ésta institución de conformidad con la ley. La función de las personas obligadas a informar de conformidad con la ley y el reglamento, juegan un papel importante para que no se involucren a personas ajenas que por desconocimiento de la misma no informen sobre actividades sospechosas, tomando en cuenta que las cantidades que se manejan, muchas veces son realizadas a través del sistema financiero. La prevención y detección del lavado de dinero requiere además del conocimiento pleno de la ley, de un trabajo que se lleva a cabo con principios morales y éticos. Debe ser una labor que corresponde a todos los ciudadanos si deseamos una mejor convivencia dentro de un estado de derecho.

4.2 Importancia y conocimiento sobre la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos y su impacto dentro de la economía nacional.

No de los principales objetivos por lo cual surge el tipo penal de lavado de dinero fue porque dicha actividad afectaba la estabilidad económica de una sociedad, generando consecuencias negativas para su desarrollo, como lo son el alto grado de corrupción administrativa, deterioro en la moral social, violencia interna, deterioro en su imagen tanto nacional como internacional, inflación, problemas cambiarios, competencia desleal y desempleo, al extremo de llevar a la quiebra a muchas empresas honradas. Debemos tomar en cuenta que si la estabilidad económica de un país produce un resultado negativo, no afecta únicamente a un sector sino a una sociedad completa.

Una de las consecuencias que se producen en el sector financiero por la comisión del delito de lavado de dinero, es la desconfianza del público y de los inversionistas nacionales e internacionales, así como de los bancos corresponsales, y en algunos casos se produce la inestabilidad y quiebra de éstos, siendo necesario realizar un análisis de lo que establece nuestro ordenamiento jurídico así como los convenios y tratados internacionales y de estudios e informes elaborados por expertos de la CICAD-OEA.

Debemos tomar en cuenta que Guatemala es un país en vía de desarrollo y que para salir adelante su economía necesita de la ayuda internacional que le proporcionan. El GAFI es la institución que califica a todos los países no cooperantes en materia de lavado de dinero y se debe cumplir en nuestro ordenamiento jurídico con los requisitos mínimos establecidos en las 40 Recomendaciones, para no ser descalificados. Asimismo debemos tomar en cuenta que no es a través de la imposición de nuevos impuestos que vamos a llevar a Guatemala a un país con una economía estable, sino a través del cumplimiento de la ley vigente y de la cooperación para crear un ambiente seguro para los inversionistas.

Otra situación por la cual es importante el conocimiento de la presente ley, es porque en caso de no cumplir la persona obligada con los requisitos mínimos para la prevención del delito, la ley la sanciona a través de la imposición de una multa, siendo la Superintendencia de Bancos la que establece los parámetros que deberán tomarse en cuenta para establecer la gravedad del hecho. El reglamento de la ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos establece que previo se dará audiencia a la persona obligada para que exponga los motivos que dieron lugar al incumplimiento y las pruebas de descargo que crea convenientes. La multa con la cual se sanciona a la persona obligada va de \$10,000.00 a \$50,000.00 o su equivalente en moneda nacional. Tómese en cuenta que previo a la aplicación de la multa la ley establece claramente los requisitos necesarios los cuales deben cumplirse, debido a que el

pago de la correspondiente multa tiene únicamente un plazo de 5 días, sin perjuicio de las responsabilidades penales que se originen.

4.3 Importancia de denunciar el hecho ilícito tipificado en la presente ley.

Dentro de lo que establece la ley de lavado de dinero, se enumeran las personas que se encuentran obligadas de presentar sus informes a la Intendencia de Verificación Especial, quien es la encargada de presentar la denuncia. En análisis internacionales se ha hecho referencia sobre lo que es el delito de encubrimiento y la figura de los cómplices en el presente delito, lo cual ha generado polémica al respecto.

La ley establece las sanciones que deben imponerse a las personas obligadas que no presenten los informes correspondientes y denuncia sobre actividades sospechosas a este departamento que se encuentra ubicada dentro de la organización de la Superintendencia de Bancos. El delito de encubrimiento es una figura delictiva que se aplica a toda aquella persona que no cumpla con lo que establece la ley, siempre y cuando no haya tenido conocimiento o participado en la realización del delito previo o el lavado de dinero.

El principal objetivo por el cual la persona obligada debe remitir su informe de cada cliente o denuncia sobre actividades sospechosas, es para establecer la veracidad de la información requerida a sus clientes, proveedores y otros. Es mediante estos informes que el ente supervisor puede presentar denuncia si considera que existen los elementos necesarios para tipificar el delito de Lavado de Dinero. Es importante requerir los formularios cuando las transacciones exceden del monto de \$10,000.00 o su equivalente en quetzales. Los mismos son proporcionados a través de la Intendencia de Verificación Especial (IVE).

CAPÍTULO V

5. Análisis e interpretación de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala y su Reglamento.

5.1 Análisis e interpretación de la ley.

Previo a analizar la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, es necesario establecer las formas de interpretación e integración que regula la Ley del Organismo Judicial y el nivel jerárquico que ocupan las leyes en el sistema jurídico nacional.

El análisis que se lleva a cabo en el presente trabajo lleva su principal fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala como norma jurídica suprema, las convenciones y tratados ratificados por Guatemala en materia de lavado de dinero, derechos humanos y las leyes ordinarias que deben ser aplicadas.

Asimismo, se debe tomar lo que establece la Corte de Constitucionalidad:³¹ “...al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no solo individuales sino también sociales....”

Es conveniente que para que una norma sea aplicada a un caso concreto exista una interpretación previa para no violar derechos inherentes a la persona. En la presente investigación se han analizado los antecedentes de la presente ley y se puede establecer que la misma protege derechos importantes de la persona, que se

³¹ Gaceta No. 1, página 3, expediente No. 12-86, sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 17/09/86 referente a los deberes del Estado.

encuentran inmersos en el bien jurídico que protege la misma, como lo es el derecho a la vida, desarrollo integral de la persona, y el sistema socioeconómico de la sociedad. La ley de Organismo Judicial en su Artículo 10, primer párrafo establece: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales,” es decir que la norma ordinaria no puede contradecir preceptos constitucionales, caso contrario estaríamos frente a una norma nula ipso jure, es un derecho vigente, pero no puede ser aplicado por contradecir preceptos constitucionales.

En la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se debe realizar una interpretación e integración para su aplicación. En la misma se establecen preceptos claros que no presentan ninguna confusión; sin embargo hay otros que deben ser analizados y se deberá realizar una integración de la norma para establecer el espíritu de la misma. Al respecto el licenciado José Arturo Sierra González manifiesta que “No puede haber aplicación del derecho positivo, si no media una actividad de interpretación”, es decir que las normas jurídicas no pueden aplicarse a un caso concreto en forma aislada, sino debemos analizarla de conformidad con la jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

5.2 Su relación con otras normas jurídicas.

La gran necesidad que surgió de tipificar el lavado de dinero en el ámbito Internacional, tiene su origen en el lavado de grandes cantidades de dinero provenientes del narcotráfico. La Convención de Viena en su Artículo 3 manifiesta que la conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento o encubrimiento relacionado con el delito de tráfico ilícito de drogas deberá ser penalizado en la legislación de cada país. La misma establece claramente que el lavado de dinero debe ser por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; sin embargo debido al alto grado de corrupción en la administración pública y administración de justicia en Latinoamérica, fue modificado posteriormente por la CICAD y se establece en su Artículo 2 que se comete delito de lavado de dinero por la comisión de delito de tráfico

ilícito de drogas y delitos graves mismo que se lleva a cabo “a sabiendas”, término que el GAFI solicita se incluya en la tipificación del delito en la legislación de cada Estado.³² Y en el Convenio entre Centroamérica y República Dominicana para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delito Conexos, suscrito en la ciudad de Santo Domingo, el 6 noviembre de 1997, se hace referencia que para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, se regulará por la comisión de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.³³

Guatemala con base a los tratados ratificados establece el tipo penal y la sanción correspondiente a quien lo realice. La Ley contra el lavado de dinero u otros activos Decreto 67-2001 del Congreso de la República, cobro vigencia a partir del 17 de diciembre de 2001, establece como objetivo principal en su Artículo 1: " Prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito, y establece las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas y autoridades competentes".

Al analizar lo que establece la norma jurídica y con base al Reglamento Modelo, Guatemala tipifica el delito por la comisión de cualquier ilícito, es decir que nuestra norma jurídica extiende su tipificación por la comisión de los tipos penales que regula el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal y de otras que se encuentren en leyes especiales³⁴, en virtud de que no se manifiesta en la norma jurídica que sea por la comisión de delitos graves o delitos conexos específicamente, o en su caso los delitos de acción pública que son los que se encuentra regulados en el Código Penal. Sin embargo, debemos tomar como referencia que nuestra legislación cataloga los delitos como leves aquellos cuya trascendencia no sean de impacto social.

³² Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** Artículo 21. www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

³³ Convenio entre Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los Delitos de lavado de dinero y de Activos relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Conexos, Santo Domingo, 6 de noviembre de 1997, http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones_Presidentes (agosto de 2002).

³⁴ Decreto 19-2002 del Congreso de la Republica de Guatemala, **Ley de Bancos y Grupos Financieros**, Artículo 96. Delito de Intermediación Financiera

La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos en su Artículo 1, manifiesta en forma general el objetivo por lo cual fue creada, siendo una de ellas la de prevenir. El Diccionario de la Real Academia Española define este término como: "Preparar con anticipación una cosa. Prever un daño o peligro".

Para prevenir el lavado de dinero, se han realizado varios acuerdos y recomendaciones en el ámbito internacional, dentro de los cuales se encuentran:

- Recomendación del Consejo de Ministros de Europa, celebrado en 1980, en donde se solicita por primera vez a las autoridades de supervisión bancaria y las entidades financieras del mundo para prevenir el lavado de activos, estableciendo como obligación legal el de colaborar con las autoridades.
- Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Sicotrópicas, en donde se regula que el Delito de Lavado de Dinero, sea catalogado como un delito autónomo. Se establece la cooperación judicial internacional y flexibilizar el secreto bancario.
- Declaración de Principios del Comité de Regulación Bancaria Basilea celebrada en 1988, en donde se define el papel de los supervisores financieros y las políticas que se deberán implementar para prevenir el lavado de dinero, entre ellas: conocer a su cliente, colaborar con las autoridades judiciales, elaborar un manual de conducta, fortalecer la vigilancia bancaria y diseñar programas de capacitación.
- Cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), cuyo fin primordial es la creación de políticas para la represión de lavado de dinero, como un instrumento para la prevención del delito y que su aplicación sea de carácter universal para que abarquen el sistema de justicia penal y la aplicación penal, el sistema financiero y la cooperación. Guatemala ya es miembro de la GAFI, para dar cumplimiento a sus recomendaciones, después

de la descalificación que le diera esta antes de la emisión de la ley. Debemos tomar en cuenta que una de las recomendaciones de esta institución es que las leyes sobre el secreto bancario deben formularse de una manera que no limite la aplicación de la ley, la tipificación del delito proveniente del narcotráfico así como otros delitos graves y medidas preventivas. Establece sobre la aplicación de la ley a todo el sistema financiero, normas de identificación del cliente, las medidas para la prevención del lavado de dinero, la cooperación en el ámbito internacional; esto incluye el intercambio de información.

- Directivos del Consejo de la Comunidad Económica Europea en donde se establece el deber de reportar operaciones sospechosas, los que exime de responsabilidad a la persona obligada por el reporte de buena fe.
- Plan de Acción de buenos Aires, celebrada en diciembre de 1995, en el Marco de la Organización de los Estados Americanos, se compromete cada estado a la prevención del delito de lavado de dinero.
- Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), en donde se establecen las políticas de autorregulación en el sector financiero.
- Grupo Egmont (UIF) en donde se crean las Unidades de Inteligencia o de Información financiera, cuya función principal es el control y prevención del lavado de dinero. Este fue uno de los anexos que se encuentran dentro del reglamento modelo de la CICAD.³⁵

5.3 Prevención, control y vigilancia del lavado de dinero u otros activos.

Guatemala para prevenir el lavado de dinero, adoptó las recomendaciones anteriores; es por esta razón que se crean y modifican las leyes que regulan el sistema financiero

³⁵ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. **Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves.** Anexo 9 y 12.3, www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

tomando en cuenta los principios contenidos en la Declaración de Basilea, en virtud de que uno de los medios que se utilizan para lavar dinero es el sistema financiero, siendo estas:

5.3.1 La Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Decreto No 16-2002 del Congreso de la República).

Este Decreto deroga al Decreto 215 del Congreso de la República con la finalidad de estructurar los nuevos cambios que se han generado en el sistema financiero, a efecto de implementar nuevas políticas monetarias y financieras. Dicho cuerpo legal establece en su Artículo 4 como una de las funciones del Banco de Guatemala la de procurar que se mantenga un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario, mediante mecanismos previstos en la ley. En su Artículo 26 establece como una atribución de la Junta Monetaria la de velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario; asimismo, se establece que el Banco de Guatemala podrá otorgar crédito a los bancos del sistema únicamente para solventar deficiencias temporales hasta el 50% de su patrimonio computable y únicamente se podrán otorgar un máximo de dos créditos por un período de 12 meses.

El sistema financiero tiene un papel importante en la prevención del lavado de dinero, La Ley Orgánica del Banco de Guatemala establece las funciones principales del mismo y la obligación de depositar en el banco central los ingresos del Estado. Las sanciones impuestas por diferencias en el encaje bancario y diferencia en el depósito legal, esto con el objeto de que el banco no tome riesgos dentro de la institución, afectando a los usuarios cuando el mismo tiene problemas de liquidez cuando es utilizado para lavar dinero.

5.3.2 La Ley de Bancos y Grupos Financieros (Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala).

Tiene como principal objetivo la prevención del delito de lavado de dinero, siendo importante destacar los artículos en donde esta prevención se lleva a cabo. Primero nuestra legislación regula lo referente a la supervisión de las entidades financieras a través de la autorización y organización de un grupo financiero. Dicha entidad agrupará a dos o más personas jurídicas que realicen actividades financieras, de las cuales una de ellas deberá ser el banco, quien será la empresa controladora, supervisada por la Superintendencia de Bancos, para evitar que cualquier empresa realice actividades financieras o de intermediación sin tener una supervisión por parte del Estado (Artículos 27, 28).

Otro punto que es importante destacar de la presente ley es que en su Artículo 63 regula lo referente al secreto bancario y la confidencialidad de la identidad de los depositarios de las entidades financieras. Al respecto la Convención de Viena y el Reglamento Modelo de la CICAD/OEA, establece que debe existir una mayor flexibilidad en las leyes a efecto de que el secreto bancario no sea un impedimento para el control y la asistencia legal mutua para la detección de operaciones sospechosas. En el Artículo se exceptúan los informes que los bancos deben remitir a la Superintendencia de Bancos y en materia de lavado de dinero a la Intendencia de Verificación Especial, que aunque el artículo no lo mencione es una obligación que se define en la Ley de Lavado de Dinero u otros Activos; los que son remitidos a través del oficial de cumplimiento.

Asimismo, se regula el Fondo para la Protección del Ahorro y el delito de intermediación financiera.

5.3.3 Ley de Supervisión Financiera (Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala) que amplía el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos.

Uno de los objetivos principales de la creación de la Ley de Supervisión Financiera, es prevenir el lavado de dinero, a través del ámbito de aplicación de la supervisión de la Superintendencia de Bancos, para lo cual se amplía su competencia territorial y material establecida en el Artículo 133 último párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala, referente a las entidades que la Superintendencia de Bancos vigilará e inspeccionará en forma preventiva; facultad que se amplía en el Artículo 1 de la referida ley.

El Artículo 3, literal 5 de la ley de Supervisión Financiera establece que la Superintendencia de Bancos ejercerá su función con las más amplias facultades y podrá solicitar cualquier información o documentación a la entidad que supervisa. Es en esta función en donde se establece la prevención del delito de lavado de dinero que se encuentra contemplado en el Artículo 1 que estamos analizando. El Reglamento Modelo de la CICAD establece que la ley que se decreta no deberá violar el derecho interno y principios Constitucionales. Vemos que la CICAD y la Convención de Viena establecen que el secreto bancario no sea un obstáculo para la investigación. Si el bien jurídico tutelado que protege el lavado de dinero en nuestra legislación es la economía nacional y el sistema financiero, debemos tomar en cuenta que es a través de la estabilidad económica que una persona puede obtener su desarrollo integral, que se encuentra como un deber primordial del estado y derecho inherente a la persona, contemplado en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por tanto a mi criterio no se estaría violando la Constitución en virtud de que la función de la Superintendencia de Bancos es de prevención del delito al establecer la facultad de solicitar cualquier información a la entidad financiera y estaría cumpliendo con el fin supremo del estado, el bien común, al proteger el desarrollo integral de la persona a través de la estabilidad en el sistema financiero nacional.

Dentro del Artículo 1 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se establece el prevenir, controlar y vigilar el lavado de dinero, esta función es realizada por la persona que la ley denomina oficial de cumplimiento.

5.4 El oficial de cumplimiento

La Federación Latinoamérica de Bancos, define como oficial de cumplimiento, al ejecutivo designado por el máximo órgano directivo de una institución financiera o sujeto obligado, para que asuma las responsabilidades de establecer el código de conducta, verificar la aplicación de la ley, formular y ejecutar procedimientos y diseñar controles adecuados, efectivos y de calidad, con el propósito de prevenir la utilización de la entidad o sujeto obligado para el lavado de dinero.

El oficial de cumplimiento es una de las figuras más importantes para prevenir, detectar, investigar y comprobar el delito de lavado de dinero; para minimizar el riesgo legal, operativo y de reputación de la persona obligada, Es el funcionario encargado de analizar el perfil de cada cliente y de los proveedores. Debe estar informado sobre las políticas de mercadeo y preferentemente su cargo debe estar relacionado directamente con el órgano supremo de la entidad obligada. Debe analizar a cada directivo, empleado y a toda persona vinculada con la persona obligada; así como las circunstancias y las situaciones, relacionadas con el actuar de cada uno. Una de las recomendaciones en el Reglamento Modelo de la CICAD/OEA, en el Artículo 16 es que las instituciones financieras u otras entidades obligadas, deberán asimismo designar funcionarios a nivel gerencial encargados de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas. Dichos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes. Por lo anterior el oficial de cumplimiento toma un papel importante y debe ser catalogado un trabajador de confianza tanto para la persona obligada como para el ente supervisor y controlador en la presente ley; al momento de ser propuesto debe llenar los siguientes requisitos de conformidad con la Federación Latinoamericana de Bancos:

- Profesional preferiblemente en áreas administrativas.
- Total disposición al cambio.
- De proceder recto e íntegro.
- Enérgico, activo, diligente, dinámico y creativo.
- De actuar precavido y reservado.
- Debe conocer de manera amplia la actividad y productos de la entidad.
- Amplia experiencia en control y supervisión.

5.4.1 Funciones del oficial de cumplimiento

Las funciones del oficial de cumplimiento están contenidas en el Artículo 22 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Algunas recogen parte de la normativa del Reglamento Modelo, por ejemplo:

- Debe elaborar el Código de Conducta con base a las necesidades de cada entidad, así como los programas, normas, procedimientos y controles que se deben adoptar, desarrollar y ejecutar.
- Debe organizar programas de capacitación para la persona obligada y la política conozca a su cliente, conozca su mercado e informar sobre los alcances y sanciones que conlleva la falta de cumplimiento a lo establecido en la ley.
- Enviará los informes que le sean requeridos por la Intendencia de Verificación Especial, especialmente aquellas operaciones sospechosas a través de los formularios autorizados. Es el medio de enlace con la autoridad competente de conformidad con el artículo 36 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.
- Si las necesidades de la empresa así lo requiere deberá crear las directrices para organizar y crear la Unidad de Cumplimiento.

La entidad obligada debe prestar vital importancia a la elaboración del Código de conducta a través del oficial de cumplimiento u otra persona nombrada para la realización del mismo; ello debido a que a través de este instrumento se regulará la forma en que cada empleado debe de realizar su trabajo para la prevención y control de lavado de dinero y al mismo tiempo evitarle a la persona obligada la sanción que corresponda en caso de que se omita, se destruya alguna información. Es importante tomar en cuenta que en este delito la responsabilidad y el delito también recaen sobre la persona (natural o jurídica) obligada, funcionarios y demás empleados.

5.4.2 El Código de conducta

Los principios morales y éticos que regulará el código de conducta deben de ser del conocimiento de todos los empleados de la persona obligada. Dicho documento al momento de ser elaborado debe ser divulgado, con el fin de que el mismo sea acatado tanto por funcionarios como empleados. Deberá contener asimismo las sanciones que se impondrán por su incumplimiento y es de carácter imperativo.

Otra de las políticas a desarrollar por la persona obligada es el principio “conozca a su cliente y conozca su Mercado”. Son principios que permiten saber más acerca del cliente, conocer su actividad económica, su patrimonio y la forma en que realiza sus transacciones. A través del formulario que proporciona la Intendencia de Verificación Especial, puede establecer a que persona le interesan los productos y servicios que se ofrecen en una entidad financiera, la oportunidad de visitarlo y verificar que la misma no sea de carácter ficticio, en el caso de empresas.

Una de las instituciones que adopto un código uniforme fue la Asociación Bancaria y Entidades Financiera ASOBANCARIA en Colombia, el 21 de octubre de 1992

Otras instituciones que están obligadas a rendir informe sobre actividades sospechosas a través del oficial de cumplimiento, son las Cooperativas de Ahorro y Crédito que si bien no son supervisadas por la Superintendencia de Bancos pueden

ser utilizadas para lavar dinero a través de sus asociados o por medio del financiamiento que reciben de otras entidades financieras o no.

Con menores obligaciones ante la Intendencia de Verificación Especial y sin necesidad de contar con un oficial de cumplimiento existen otras personas obligadas entre las cuales están las Organizaciones no Gubernamentales, reguladas a través del Decreto 02-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Son de carácter no lucrativo al igual que las cooperativas y son fiscalizadas de conformidad con la ley por la Contraloría General de Cuentas. Sin embargo dichas entidades pueden ser utilizadas para lavar dinero a través del financiamiento que reciben de otras entidades financieras o no.

¿Cual es el motivo por el cual se establece que existe una obligación para estas y otras organizaciones? Analicemos lo que establece el Reglamento Modelo y la Ley Contra El Lavado de Dinero u Otros Activos. El Artículo 10 del Reglamento Modelo establece lo referente a las instituciones y actividades financieras como principales obligadas; dicho cuerpo legal en su Artículo 17 se refiere a las disposiciones para otros obligados. Entre ellas la supervisión y control del financiamiento de organizaciones no lucrativas o no gubernamentales. El Decreto 67-2001 dentro de las funciones de la Intendencia de Verificación Especial establece en su Artículo 33, inciso a) Requerir y/o recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos; Inciso h) "Otras que se deriven de la presente ley o de otras disposiciones legales y convenios internacionales aprobados por el estado de Guatemala. En el Artículo 18, numeral 5, inciso g, dentro de las personas obligadas están las personas individuales o jurídicas que realicen cualesquiera de las siguientes actividades...g) Cualquier otra actividad que por la naturaleza de sus operaciones pueda ser utilizadas para el lavado de dinero u otros activos, como se establece en la ley. En el Artículo 5, Grupo B del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; se establece más detallado las personas obligadas y en el Artículo 8 establece la forma de incorporación de otras personas obligadas mediante acuerdo Gubernativo; sin

embargo dicho artículo establece que deberá indicar a que grupo de personas obligadas se debe ubicar, para lo cual el Artículo 5, inciso h establece “Otras que la legislación someta específicamente a la vigilancia e inspección de Superintendencia de Bancos.” A mi criterio y con base a lo que establece la ley, las ONGS deben enviar los informes correspondientes sobre actividades sospechosas, dando cumplimiento a lo que establece la ley referente a la prevención y control de lavado de dinero, a través del funcionario que el mismo nombre.

La función que realiza el oficial de cumplimiento es esencial en la prevención del delito en virtud, que el Reglamento Modelo de la CICAD en sus Artículos 14 y 15, establece la obligación de presentar denuncia y la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos en su Artículo 2, establece dentro de los grados de participación, la tipificación del delito en caso de que el mismo no cumpla con la obligación de informar, así como de otros funcionarios o personal que asesora, dentro de los que se incluye a los Auditores, Abogados y Notarios y funcionarios en las instituciones del Estado. Es importante mencionar que la ley es muy amplia y determina responsabilidad para la mayoría de personas y no únicamente a las entidades financieras. Tomando como base las funciones de la Intendencia de Verificación Especial, la misma puede recibir los informes y formularios de personas obligadas que no necesariamente sean entidades de carácter financiero, en virtud de que la ley enmarca como personas obligadas a todas aquellas que sepan que una transacción es sospechosa por lo inusual de la operación o el manejo de grandes cantidades de dinero. Más que una imposición es un deber moral el llevar a cabo esta función y evitar la realización de nuevos hechos delictivos.

5.4.3 Unidad de cumplimiento

En Guatemala las entidades financieras, ya sea que operen en forma autónoma o como grupos financieros, poseen agencias y sucursales, lo cual hace más complejo el control de lavado de dinero. Ante ésta situación para realizar mejor la labor del oficial de cumplimiento es necesario la creación de una unidad de cumplimiento, la que debe encontrarse a cargo del oficial de cumplimiento, cuya función principal es la de

coordinar a un equipo de trabajo que se encuentra a su cargo, cubriendo todas las dependencias, instituciones u oficinas de la persona obligada, delegando funciones, preparando seminarios de capacitación actualizada, así como de informar sobre los cambios en las leyes referente a esta materia.

Uno de los objetivos de la creación de la unidad de cumplimiento es la descentralización del trabajo, para obtener mejores resultados en la prevención y control de lavado de dinero.

Cada unidad de cumplimiento debe contar con un organigrama cuyo funcionario de alto rango debe ser el oficial de cumplimiento designado por el órgano superior de la persona obligada y depender directamente del mismo. Deben de estar bien delimitadas las funciones y responsabilidad de cada miembro del equipo de trabajo, quienes deberán reunir las mismas calidades requeridas para el oficial de cumplimiento.

El órgano superior de cada entidad debe ser el encargado de nombrar y remover al oficial de cumplimiento. Debe delimitar la misión, objetivos, estrategias, autonomía y responsabilidad del mismo, debidamente respaldados con documentos aprobados por dicho órgano.

Una de las principales funciones del equipo que conforma la unidad de cumplimiento son:

- Elaborar las políticas, normas y procedimientos para la aplicación de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su reglamento.
- Ejecución de los procedimientos para la prevención de lavado de dinero.
- Revisión y envío de los reportes periódicos de información de entes externos de supervisión y control.
- Elaboración de informes mensuales.
- Seguimiento efectuado sobre las operaciones de cada cliente.

- Análisis sobre operaciones inusuales para establecer operaciones sospechosas.
- Observancia de los preceptos contenidos en el Código de Conducta.

Analicemos el último concepto que se define en el Artículo 1. De nuestra norma jurídica, referente a que se deberá sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito. Debemos de establecer si la comisión del delito previo es indispensable para la tipificación del delito de lavado de dinero.

Ahora bien, además de lo regulado en nuestra norma jurídica previo a analizar el artículo anterior y sus alcances, debemos tomar en cuenta que el delito de lavado de dinero es considerado por la Convención de Viena como un delito autónomo diferente del delito de encubrimiento y el delito previo. La convención fue ratificada por Guatemala en 1990. Así también el Reglamento Modelo en su Artículo 2 numeral 6 establece: “Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados y sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave.” Es importante hacer mención sobre la importancia y conocimiento de que este delito posee como una característica principal, el ser un delito autónomo. Deseo reiterar que el Reglamento es el documento base para que los estados tomen la regulación mínima contenida en el mismo. Fue elaborado por la CICAD; organización que forma parte de la Organización de los Estados Americanos OEA, y del compromiso que se adquirió de tomar como base el reglamento para la elaboración de nuestra ley.

5.5 El delito de lavado de dinero, un delito autónomo

5.5.1 Etapas en el delito de lavado de dinero.

La Convención de Viena establece que el lavado de dinero sea tipificado en la legislación de cada país como un delito autónomo; convención que se encuentra

ratificada por Guatemala. En nuestra legislación el bien jurídico que se protege es el orden socioeconómico, que se encuentra dentro del considerando de la ley, protegiendo a su vez derechos fundamentales inherentes de la persona. Para establecer sobre la autonomía del delito de lavado de dinero, debemos tomar en cuenta las diferentes etapas con que se lleva a cabo. La tipificación del mismo se centra en el acumulamiento de grandes cantidades de dinero o bienes, provenientes de actividades ilícitas. Al respecto el Doctor Víctor Prado Saldarriaga, Presidente del Grupo de Expertos para el control del lavado de dinero de la CICAD-OEA expone en su Artículo denominado "Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica"; las etapas que se vinculan con las conductas que la ley suele tipificar en el delito de lavado de dinero, en la siguiente forma:

5.5.1.1 Etapa de colocación:

Involucra el estudio previo sobre el sistema financiero del agente del lavado, que debe hacer, a fin de distinguir las agencias de intermediación financiera que resultan más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes, para luego depositar en aquellas el dinero sucio y obtener instrumentos de pago. La ley lo tipifica en su Artículo 2 inciso a) como la persona que invierte en una entidad financiera.

5.5.1.2 Etapa de intercalación o proceso de lavado de dinero:

El agente del lavado intercala sucesivas operaciones financieras o comerciales utilizando los instrumentos de pago que recibió del sistema financiero en la etapa anterior de colocación (en esta etapa es en donde se realiza la prevención del delito como función del oficial de cumplimiento). La ley lo tipifica como la persona que invierta y transfiera el producto de la inversión que se realizó en la primera etapa. Con ello adquiere inmuebles, vehículos, yates de lujo, piedras preciosas, etc.; para ser revendidos; operaciones que se realizan de forma veloz, dinámica, variada y sucesiva.

5.5.1.3 Etapa de integración.

Inserción del dinero lavado por las etapas anteriores, en nuevas entidades financieras o su repatriación al extranjero, para ser invertido en empresas legítimas, reales o simuladas dotadas de sus registros contables y tributarios, para que pueda expresar una legitimidad verificada por cualquier medio o procedimiento de control contable o tributario convencional. Esta etapa se encuentra tipificada en el Artículo 2 inciso b) y c). Sin embargo debemos tomar en cuenta que aunque la empresa exista físicamente deberá ser a la autoridad competente la encargada de probar que la misma no posee una actividad comercial que le genera ingresos y egresos dentro de la misma.

Debemos tomar en cuenta para la tipificación del delito de lavado de dinero, que se lleve a cabo estas etapas como un elemento importante y primordial, para que posteriormente podamos establecer el grado de autoría empleado por el o los criminales. Tómese en cuenta que en cada una de las etapas no se establece la realización del delito previo, sino únicamente se lleva a cabo el blanqueo de dinero u otros activos, situación por la cual se le da el calificativo de ser autónomo.

5.6 Del delito de lavado de dinero u otros activos

El Artículo 2 del Decreto 67-2001, establece tres supuestos para la realización del tipo penal, tomando en cuenta que llamamos tipo a una creación abstracta y formal que se construye sobre un hecho, sobre un acontecimiento que se desarrolla en el ámbito de los fenómenos causales³⁶; siendo el primero, “Comete delito de lavado de dinero u otros activos quien por si o por interpósita persona “Invierta, convierta y transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero....”

Del párrafo anterior establecemos que se dan tres formas de realizar el delito: El primero es la persona que invierta, que como ya se pudo establecer es aquella

³⁶ Organización de los Estados Americanos, **Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado**, Pág. 2.

persona que después de haber realizado un estudio sobre el sistema financiero utiliza aquel cuyos controles sean los menos eficientes. El Diccionario Enciclopédico de Guillermo Cabanellas define la conversión como la “transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación” o también como la “acción o efecto de convertir” y nos define convertir como “cambiar, modificar, transformar algo”. La transferencia la define como “paso o conducción de una cosa de un punto a otro” o alguna de sus otras acepciones “remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes”, asimismo entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas esta la transferencia de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales. La conversión o transferencia para muchos autores en el delito de lavado de dinero es “strictu sensu”.³⁷ En Guatemala dichas figuras pueden llevarse a cabo a través de invertir principalmente en el sistema Financiero, por medio de depósitos a plazo fijo, contratos de bolsa, contratos de las Sociedades de inversión, contratos de fondo de inversión, contrato de fideicomiso de inversión, contrato de suscripción de valores, contratos a futuro, construcción, compraventas y a través de otros contratos mercantiles, así como un sin número de transacciones; contratos que se realizan a través de internet mediante el uso de la firma electrónica.

El segundo supuesto o forma de realizar el delito, la ley la establece en la persona que adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero....., el primer término “adquiera” se puede definir como el “Acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa”, como también la misma cosa adquirida”. Esto incluye todo lo que logramos y nos viene por compra, donación u otro título cualquiera; esto solo incluye lo que se alcanza por dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante más no lo que viene por derecho de herencia. Esta conducta únicamente se establece para terceros, es decir que no se incluye al autor del delito previo, y el fin de lucro (el fin de lucro es característico de la receptación), la utilización del verbo adquirir “abarca los supuestos que caracterizan los actos del encubridor que recepta, al que inspira el fin de lucro.”³⁸

³⁷ Lanzón Cuñano, Miguel, “**La Convención de Viena de 1988**”, trabajo presentado al PNUFID en Sucre, Bolivia, mayo de 1992.

³⁸ Pinto Ricardo, **Ob. Cit.** pág. 17

En segundo término: Poseer el que se define como el “poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por el elemento intencional o animus (la creencia y propósito de tener la cosa como propia) y el elemento físico o corpus (la tenencia o disposición efectiva de un bien material).³⁹ La figura más común es la del testafierro (persona interpuesta) quien es la persona que se presenta como propietario o socio fundador de algunas empresas irregulares o de hecho (las denominadas empresas de fachada) que se encuentran reguladas en el Código de Comercio. En Guatemala para que una empresa se encuentre legalmente constituida o autorizada para funcionar como tal, debe haber cumplido todos los requisitos legales. Sin embargo muchas empresas individuales y sociedades constituidas carecen de inscripción ya sea en el Registro Mercantil o en la Superintendencia de Administración Tributaria, los cuales son obligaciones formales de carácter imperativo para una empresa, caso contrario estaríamos hablando de empresas de carácter ilegal.

El término administrar en el Derecho Privado se refiere “a la gestión de intereses privados, incluidos los actos y tareas que esa lleva consigo”. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como “ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes.”⁴⁰ Dentro de nuestra legislación existen muchas formas en que una persona puede administrar bienes de otra. Es por esta razón que es importante que la persona designada como oficial de cumplimiento tenga conocimiento de lo que establece la ley para poder detectar transacciones sospechosas que no necesariamente van a ser realizadas por el autor de delito previo. Una de las formas que nuestra ley contempla para administrar bienes que pertenecen a otra persona se encuentra en el Código Civil en su Artículo 1686 que establece: “Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios” y dentro de las formas en que este puede llevarse a cabo con representación o sin ella. En la Ley del Mercado de Valores y Mercancías en su capítulo III, IV, V, VI, establece lo referente a los Contratos de Fondo de Inversión,

³⁹ Manual para la Tipificación, **Ibid**; pág. 24

⁴⁰ Manual de Tipificación, **Ob. Cit**; pág. 61

Contrato de Fideicomiso de Inversión, del Contrato de Suscripción de Valores y de los Contratos a Futuro, que si analizamos son formas de administrar o adquirir bienes de otra persona, de los cuales de conformidad con la ley estamos obligados a saber la procedencia de los mismos.

Referente al término tener es necesario diferenciar entre la tenencia, la posesión y la propiedad. El Manual de Tipificación elaborado por la CICAD/OEA, denomina tenencia a la “ocupación corporal y actual, sin título que permita disfrutarla sin adueñarse de ella, sin buena fe, viciosa o clandestinamente o por mera tolerancia del dueño, reconociendo el dominio ajeno.” La posesión es el “el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por el elemento intencional o animus y el elemento físico o corpus”. Se diferencia de la anterior, de conformidad con lo que establece la ley, en que ésta figura debe reunir las características de la buena fe, debe ser pública y constante. La propiedad de acuerdo a lo que establece la doctrina es la facultad que se tiene de gozar y disfrutar de la cosa.

La utilización puede dar lugar a confusión en virtud que los bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas no constituye “per se” lavado de activos sino un aspecto económico del delito que debe ser tratado en cualquier esquema exhaustivo de lucha contra el blanqueo de fondos, sin embargo la legislación chilena incluye este término y lo define como “Todo acto cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta”. Saavedra Rojas lo define como “Emplear, usar”, “servirse de una persona o cosa con determinada finalidad”⁴¹. Una de las formas más utilizadas, es lo que el Reglamento Modelo denomina los instrumentos.

El último supuesto utiliza los términos quien “oculte o impida” la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o derechos relativos a tales bienes o dinero..... El termino ocultar es una conducta

⁴¹ Pinto, **Ob. Cit.** pág. 35.

tipificada como la de esconder, tapar o disfrazar, bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes”.⁴² Dicha figura se puede realizar en forma activa a través de esconder, disfrazar o tapar o bien en forma pasiva a través de callar lo que se conoce. Debemos tomar en cuenta que puede que nuestra legislación utilice el término ocultar como un sinónimo del término encubrir dado a que no se encuentra regulado en la ley contra el Lavado de Dinero U Otros Activos. Muchas legislaciones latinoamericanas toman esta figura como la que se lleva a cabo por una persona que no ha participado ni como autor o cómplice del delito previo, tal y como lo regula nuestro Código Penal; sin embargo, el lavado de activos es un delito totalmente diferente al delito previo, situación que no encuadra en el supuesto regulado en el Código Penal en virtud de que su comisión es previa al delito de lavado de dinero. Por su naturaleza amerita un análisis específico.

En nuestra legislación para establecer el tipo penal se han utilizado tres términos: El primero es “sabiendo”. Uno de los motivos que este término sea utilizado por la Convención de Viena, el GAFI, El Reglamento Modelo CICAD/OEA y nuestra legislación, es que este delito es realizado con dolo. Sin embargo, no puede incluirse en el momento de la tipificación el dolo eventual. Un segundo término es que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión “este obligado a saber.” Al respecto el Reglamento Modelo lo regula como “debiendo saber” y la interpretación que le da es el elemento de culpa. Nuestra doctrina define la culpabilidad como “la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó, no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho, siendo sus elementos principales la imputabilidad, la conciencia de ilicitud y la exigibilidad de la conducta”. Tomemos en cuenta que el tipo penal al referirse a esta segunda frase establece que todos los ciudadanos estamos obligados a tener conocimiento de lo que establece la ley y el de denunciar toda actividad o transacción que sea sospechosa. El tercer término, que es el que ha dado lugar a confusión es: “que los mismos son producto, procedan o se originan de la comisión de un delito”; situación que se establece en su inciso a), b). Sin embargo en el inciso c) Se

⁴² *Ibid*, pág. 31

establece que los mismos son producto de la comisión de un delito. Proceda y se originan son términos que viene a significar lo mismo: Origen. Los términos antes descritos han servido de base para el establecimiento del tipo penal y no para su tipicidad que son términos muy distintos, siendo este último el encuadramiento del tipo penal en el hecho realizado, siendo este el fundamento el porque es un delito autónomo. Con base a lo que ya he mencionado en el párrafo anterior, muchas ganancias suelen servir para la comisión de nuevas figuras delictivas; he aquí una de las razones por las cuales nuestra ley lo regula en esta forma. El delito debe ser procesado, tomando en cuenta sus etapas, elementos y una de sus características esenciales; como lo es su autonomía. El delito previo y el lavado de dinero son figuras delictivas muy diferentes, los grados de participación no suelen ser los mismos y el bien jurídico tutelado es distinto en muchos casos, es por ello que en muchas legislaciones el lavado de dinero suele confundirse con el delito de encubrimiento.

Al establecerse el tipo penal, se debe iniciar la persecución a toda aquella persona que viole la norma jurídica, para lo cual se debe tomar como pilar fundamental que es un delito autónomo y protege garantías constitucionales, principalmente en materia de derechos humanos como anteriormente lo he indicado. Analicemos un poco sus antecedentes: El calificativo surge por primera vez en la Convención de Viena de 1988, en donde se establece que el tipo penal será catalogado como delito autónomo. Al respecto el Reglamento Modelo nos aclara este precepto en su Artículo 2: *Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados y sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave.* Guatemala es miembro de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos; que en 1990 ratificó la Convención de Viena de 1988 y una de las bases para la elaboración de nuestra legislación fue el Reglamento Modelo elaborado por la CICAD/OEA; por lo tanto Guatemala tiene un compromiso de carácter legal, para llevar a cabo estos procesos independientemente si se establece o no el delito previo. Por otro lado el tipo penal tiene un impacto internacional, por motivo de que este tipo de actividades

a dado origen en el establecimiento del crimen organizado, la desestabilización del sistema económico y el deterioro del valor moral; así como del desarrollo integral de la persona, que en lugar de tener un nivel de vida adecuado, este no se alcanza. Otro aspecto importante es que el Estado de Guatemala tiene como fin supremo el Bien Común y el Artículo 44, segundo párrafo de la Constitución Política de Guatemala establece que el interés social prevalece sobre el particular, (este artículo La Corte de Constitucionalidad lo reconoce como de súper legalidad), por lo tanto la economía nacional es una de las estructuras fundamentales para el desarrollo integral de los ciudadanos guatemaltecos. Por tal motivo, el delito debe ser procesado y sentenciado de conformidad con lo que establece la Convención de Viena y otros convenios, como un delito autónomo independiente del delito previo. Por lo tanto no se estaría violando la Constitución Política de la República de Guatemala al tomar en cuenta lo que establece la Convención de Viena (que en su preámbulo regula que se protege la Vida e integridad del ser humano), y la misma constitución en su Artículo 46 tiene como principio general, que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tiene preeminencia sobre el derecho interno. En el tipo penal el bien jurídico tutelado es el orden socioeconómico del país, que a su vez se constituye como el pilar fundamental para el desarrollo integral del ser humano que es un derecho inherente a la persona humana contenidos en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos. En consecuencia la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención de Viena ocupan un nivel jerárquico superior, que el Decreto 67-2001 Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y el Código Procesal Penal.

En la sección II de nuestra legislación se establecen los responsables de la comisión del delito y de las penas que se les debe imponer. Es importante hacer referencia que en los Artículos 19, 21, 22, 23 establece el término deberá, el que impone una obligación para la entidad financiera o persona obligada. Caso contrario se le impondrá una multa sino no cumple con lo solicitado en los Artículos antes mencionados.

5.7 Intendencia de Verificación Especial (IVE)

5.7.1 Antecedentes

La regulación y creación de la intendencia de verificación especial tiene sus antecedentes en el Reglamento Modelo de la CICAD que en su Artículo 19 hace mención de la autoridad competente de supervisar a las entidades financieras, así como las 40 recomendaciones del GAFI, que en su recomendación número 27 establece que "debe nombrarse autoridades competentes para asegurar una aplicación eficaz de todas esas recomendaciones", por medio de la reglamentación y supervisión administrativa. Las recomendaciones del GAFI establecen las funciones principales que debe tener la autoridad competente como es la reglamentación o supervisión de las instituciones financieras y para adoptar las medidas legales o reglamentarias necesarias, para evitar que delincuentes o sus asociados pasen a controlar instituciones financieras o adquieran una participación significativa en ellas.

Por lo anterior expuesto, Guatemala regula dentro de su legislación la creación de la Intendencia de Verificación Especial, para que realice las funciones previas y de vigilancia referente al lavado de dinero proveniente de la comisión de cualquier delito.

5.7.2 Origen y creación

La Intendencia de Verificación Especial tiene su origen en el Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, "Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos". La autoridad superior de la Intendencia de Verificación Especial es el Superintendente de Bancos, ya que la misma forma parte de la estructura de la Superintendencia de Bancos.

La Intendencia de Verificación Especial es una organización administrativa que forma parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Bancos, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su

Reglamento. Es la encargada de presentar denuncia ante el Ministerio Público de aquellos casos en donde existan indicios de lavado de dinero producto de actividades ilícitas.

5.7.3 Organización

La Intendencia de Verificación Especial se encuentra a cargo de un intendente que es nombrado por la Junta Monetaria, a propuesta del Superintendente de Bancos. Actualmente mediante la resolución JM-4-2002 de fecha 2 de enero de 2002 fue nombrado el intendente.

Dentro de su personal se encuentra un director de análisis; quien es nombrado por la Junta Monetaria. Además cuenta con contadores públicos y auditores, abogados y notarios, ingenieros en sistemas, economistas, con postgrados o maestrías.

Para su funcionamiento coordina la investigación con diferentes instituciones estatales como: La Superintendencia de Administración Tributaria, Ministerio de Gobernación, Dirección General de Migración, Ministerio Público, Registro Mercantil y otros registros, Asociaciones Gremiales y otros en proceso.

5.7.4 Función y competencia

La Intendencia de Verificación Especial de conformidad con lo que establece el decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su Reglamento tiene funciones que debe realizar estrictamente en el ámbito administrativo entre las cuales están las siguientes:

- Es la encargada de realizar intercambio de información con entidades homólogas de otros países, con las que se haya suscrito memoranda de entendimiento. Al respecto Guatemala actualmente ha suscrito memoranda de entendimiento con el Salvador, Panamá, Colombia, Montserrat, República Dominicana, Brasil, Bolivia, Honduras y España. Se encuentra en negociación realizar memorando con

Venezuela, Bahamas, Islas Vírgenes Británicas, Estados Unidos, México, Francia, Costa Rica y Belice.

- Analizar la información de los reportes de transacciones sospechosas RTS. Debemos tomar en cuenta que el formulario se realizó con base al formulario modelo presentado por la OEA.
- Analizar nuevos mercados y los ya existentes con el fin de establecer indicios de lavado de dinero u otros activos.
- Encargada de las relaciones internacionales y coordinar las relaciones nacionales. En este tema debemos indicar que Guatemala tendrá evaluaciones por parte de los organismos internacionales, siendo estos el Fondo Monetario Internacional, Grupo de Acción Financiera, La Organización de las Naciones Unidas y el Banco Mundial.
- Vigilar a las entidades financieras y otros entes obligados a través de los mecanismos de prevención y reportes.
- Debe presentar denuncia ante la autoridad competente, cuando existan indicios de la comisión del delito de lavado de dinero.
- Solicitar la cooperación internacional para realizar la investigación, a través del cruce de información.
- Requerir la información pertinente a las personas obligadas y analizarla.

5.7.5 Competencia:

Dentro de su competencia debemos separarla en territorial y material, que son las principales. La Intendencia de Verificación Especial realizará su competencia en todo el territorio de la República de Guatemala y es la encargada de analizar toda actividad sospechosa reportada por las Instituciones financieras de conformidad con la ley.

CAPÍTULO VI

6. Fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos

6.1 Origen y creación

La Fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos tiene su origen en diferentes preceptos legales, siendo el primero de ellos el Reglamento Modelo que en su Artículo 3, establece que el delito de lavado de dinero debe ser investigado, enjuiciado y sentenciado por Tribunal o autoridad competente. A su vez el Código Procesal Penal establece que la persecución penal será realizada por el Ministerio Público y la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos establece, en el Artículo 28, que la asistencia que la Superintendencia de Bancos debe prestar al Ministerio Público en materia de lavado de dinero u otros activos, a través de la Intendencia de Verificación Especial, quedará delimitada a la unidad o fiscalía que el mismo designe. Con base a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 18 inciso 3) de la Ley Orgánica del Ministerio Público que otorga la facultad de creación o supresión de las secciones al Consejo de esta institución, surge la misma mediante el Acuerdo 2-2002 de fecha 24 de junio de 2002

6.2 Organización

La Fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos se encuentra organizada por un Fiscal de sección que será Jefe del ministerio Público en la fiscalía. Ejercerá directamente las funciones encomendadas, a menos que el Fiscal General asuma directamente esta función o le sea encomendada a otro Fiscal; a su vez tiene a su cargo a los Agentes Fiscales, Fiscales Especiales, Auxiliares Fiscales, oficiales y demás personal de conformidad con la ley. El fiscal de sección podrá ser asesorado por expertos de entidades públicas o privadas así como podrá solicitar asistencia Internacional, de conformidad con lo que establece el Reglamento Modelo y otros Convenios Internacionales.

El Artículo 33 inciso f) de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos establece sobre la asistencia que brindará la Intendencia de Verificación Especial con relación al análisis de información que posea la misma de una caso determinado.

6.3 Función y Competencia

La fiscalía de Sección contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se encargará de conocer todos los procesos de hechos delictivos y acciones que tengan relación con actividades relativas a las enumeradas en el Artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos.

La competencia de la Fiscalía es en todo el territorio nacional de conformidad con lo que establece el Artículo 30 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en virtud de que en ella se tramitaran las denuncias que le presente la Intendencia de Verificación Especial, que es la institución a donde se remiten los informes sobre actividades sospechosas y que de conformidad con el Artículo 33 inciso a) de la Ley respectiva, requiera o deba recibir de las personas obligadas que como se consigno con anterioridad involucra a todos los ciudadanos y las denuncias que se presenten directamente en el Ministerio Público.

CAPÍTULO VII

7. El Ministerio Público en el Procedimiento Común, conforme el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

7.1 Consideraciones generales

Se ha realizado un análisis la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos en los Artículos que a mi criterio son los de mayor importancia, siendo uno de estos la creación de la fiscalía de lavado de dinero. Es importante hacer mención de los preceptos constitucionales que regulan la facultad que poseen las instituciones administrativas en materia penal, principalmente las funciones del Ministerio Público y las atribuciones que posee con base a la presente ley.

7.2 El Ministerio Público, según la Constitución Política de la República de Guatemala

Para algunos estudiosos, el Ministerio Público tuvo su origen en Grecia y Roma; para otros en el derecho francés. En la Baja Edad Media surge un procedimiento que dio origen a lo que podríamos llamar Ministerio público; a mediados del siglo XVI dicha institución comparece en los juicios de orden penal y en la época napoleónica se estableció su dependencia del poder ejecutivo por considerársele representante del interés social. Antes la persecución penal era realizada por el Juez, quien a su vez se constituía en parte y juez dentro del proceso (sistema inquisitivo).

En Guatemala la figura del Ministerio Público se establece en el Artículo 186 de la Constitución Política de la República de Guatemala, decretada el 2 de febrero de 1956, "Una Ley organizará el Ministerio Público y determinará sus atribuciones y funcionamiento". El 15 de septiembre de 1965 surge una nueva Constitución y establece en el título VI capítulo VI, que las funciones del ministerio Público serán ejercidas por el Procurador General de la Nación quien tendrá los agentes auxiliares e investigadores que la ley determine y más tarde surge como una institución con

independencia y autonomía funcional. La Constitución Política de la República en el Artículo 251 establece que el Ministerio Público se constituye en “una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, con funciones autónomas, cuyo fin principal es velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país”.

Una de las principales funciones de la institución se encuentran contempladas en el Artículo 2 de La Ley Orgánica, Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, siendo estas la de formular la acusación, cuya finalidad será obtener la imparcialidad del juzgador. El término “auxiliar de la administración de justicia”, en cuanto a la administración pública, se refiere a que la institución presta la ayuda necesaria para promover la persecución penal e investiga los delitos de acción pública ante los Tribunales de justicia, ejerce la acción pública, es asesor para quienes se constituyen como querellantes por los delitos de acción privada, preserva el estado de derecho y es un garante en cuanto a la protección de los derechos humanos debido a que es el encargado de averiguar la verdad de un hecho delictivo, actuando con imparcialidad, objetividad y legalidad; y ante los tribunales de justicia debido a que estos no pueden conocer y aplicar la ley a determinado caso, antes que el Ministerio Público haya formalizado la acusación correspondiente.

La Corte de Constitucionalidad al respecto manifiesta que la función del Ministerio público “se rige por los siguientes principios: a) El de unidad, desde luego que es una institución u órgano administrativo, integrado por diversos funcionarios que realizan cometidos institucionales; b) El de autonomía funcional, que implica que en el ejercicio de sus funciones no esta subordinado a autoridad alguna; c) el de legalidad, puesto que su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica de conformidad con lo que establece la norma constitucional anteriormente citada.”⁴³

Le corresponde por lo tanto, el ejercicio de la acción pública penal, y tal como lo regula el Artículo 46 del Código Procesal Penal, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que el Código le

⁴³ Gaceta No. 36, página No. 3 expediente No. 662-94, sentencia 14-06-95.

asigne, con intervención de los jueces de primera instancia en calidad de contralores jurisdiccionales.

El principio de independencia se encuentra en el Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, que corresponde a su Ley Orgánica, y en el artículo 8 del Código Procesal Penal cuando establece que “El Ministerio Público, como institución, goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma determinada en el Código, salvo la subordinación jerárquica establecida en su propia ley. Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al Jefe del Ministerio Público o a sus subordinados respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción, salvo las facultades que esta ley concede a los tribunales de justicia.” Por lo tanto de conformidad con lo que establece la ley el Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación.

También se encuentra regulado el principio de objetividad, el cual permite establecer que los actos se adecuaran a criterios subjetivos velando por la correcta aplicación de la ley penal, y que deberá formular sus requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio aún en favor del imputado.

7.3 El procedimiento común conforme el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

El proceso penal, es un conjunto de normas, principios y postulados que se constituyen en instrumentos para aplicar la ley penal, el cual a partir de 1985 ha experimentado una serie de modificaciones que se concretizaron con la entrada en vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, que establece una serie de preceptos, principios y garantías que hacen posible que se fortalezca el estado de derecho y democrático; que se de fiel cumplimiento y respeto a lo que establecen, no sólo los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, sino también el respeto de las garantías y derechos de toda

persona que se encuentre sujeta a un proceso penal. Lo anterior se encuentra establecido en la normativa constitucional en materia de derechos humanos.

Al modificarse el proceso penal, se establecen una serie de principios que introduce un sistema acusatorio, el cual responde más acertadamente a todo un sistema penal y procesal penal garantista y moderno, el cual ha tenido gran influencia en el derecho internacional en materia de Derechos Humanos.

Siendo uno de los objetivos principales del proceso penal la aplicación de la justicia, entendida esta como la actividad del Estado que a través del Organismo Judicial, protege los bienes, derechos de las personas y el cumplimiento de sus deberes. Así también que se constituye en uno de los valores fundamentales de cohesión social y una vivencia personal, expresada como responsabilidad moral. Debe basarse en principios fundamentales de carácter procesal, los cuales constituyen valores o postulados que guían, conducen o dirigen, el proceso penal y lo determinan, para que se constituyan en criterios orientadores y elementos valiosos de interpretación y comprensión de la actividad jurisdiccional del Estado.

Tomando como base la naturaleza jurídica del Derecho Penal y en especial el delito de lavado de dinero, se establece que la acción penal es el poder del sujeto de derecho, en nombre e interés de la sociedad de presentarse ante la autoridad competente a solicitar se administre justicia, para llegar a la averiguación de la verdad mediante la prueba.

7.4 Objetivos

En cuanto al procedimiento común, como lo ha explicado acertadamente el tratadista César Ricardo Barrientos Pellecer,⁴⁴ el procedimiento preparatorio, o preliminar, “sirve esencialmente para recabar elementos que habrán de fundamentar la acusación del

⁴⁴ Citado por el Doctor Alejandro Rodríguez, texto **Derecho Procesal Penal**, Pág.43

Ministerio Público, los que solo pueden ser utilizados como medios de prueba cuando son conocidos en otra etapa por el Tribunal de Sentencia. La investigación esta a cargo del Ministerio Público, quien actúa bajo el control del Juez de Primera Instancia”.

Dentro de los principales objetivos de esta fase, se encuentran:

- a) Determinar mediante la investigación y por el ente encargado legalmente, la existencia de un hecho delictivo con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, así como establecer la participación de los sujetos activos y pasivos y las circunstancias personales para valorar la responsabilidad y que influyen en la punibilidad, así como la verificación de los daños causados por el delito.
- b) Dentro de este procedimiento tiene intervención directa la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público, el Juez contralor de Primera Instancia, así como la Defensa Pública Penal.
- c) El procedimiento preparatorio tiene una duración de tres meses, que debe ser considerado para la práctica de las diligencias que sean objeto para la investigación y la averiguación de la verdad. Cuando la persona sujeta a proceso penal se encuentra con prisión preventiva, el plazo es de tres meses y seis en el caso de que se haya dictado medida sustitutiva. Es importante hacer mención que se encuentra bajo el control del juez competente, por medidas de seguridad.
- d) Durante el procedimiento preparatorio, deben efectuarse las primeras diligencias con relación a la determinación de la situación jurídica del imputado., Se recibe la declaración, se establece si procede la medida sustitutiva o la prisión preventiva, y consecuentemente se dicta el auto de procesamiento.
- e) Dentro de esta fase, también podría considerarse dictar el sobreseimiento a favor del imputado cuando falte alguna de las condiciones para la imposición de una

pena, salvo que correspondiera decidir sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección, o bien cuando no existiera la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundadamente la apertura del juicio.

- f) Dentro de los actos conclusivos, también puede el Ministerio Público solicitar la clausura provisional, si no correspondiera sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, o cuando los elementos de convicción reanuden la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o el sobreseimiento, el tribunal permitirá reanudar la investigación a petición de alguna de las partes, o de oficio cuando lo estimare conveniente.

El procedimiento intermedio es la fase del procedimiento común, que permite concluir la fase de investigación, en la que el Ministerio Público, después de haber efectuado la investigación correspondiente, tiene elementos de juicio para determinar el pedido que hará al juez contralor de la investigación, y dentro del cual se encuentra la acusación, sin embargo dentro de las funciones que se delimitan para el Ministerio Público no se encuentra la de decretar medidas precautorias.

El Artículo 324 del Código Procesal Penal al respecto establece: “Petición de apertura. Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, requerirá por escrito al juez la decisión de apertura del juicio. Con la apertura se formulará la acusación”.

El Artículo 332 del mismo cuerpo legal indica: “Acusación. Con la petición de apertura se formulará la acusación que deberá contener:

- Datos que sirvan para identificar al imputado y el nombre y lugar para notificar a su defensor.
- La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación.

- Los fundamentos resumidos de la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados.
- La expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables, y
- La indicación del tribunal competente para el juicio. El Ministerio Público remitirá al juez de primera instancia, con la acusación, las actuaciones y medios de investigaciones materiales que tenga en su poder”.

De lo anterior expuesto podemos establecer la importancia que poseen las medidas precautorias para la formulación de la acusación, debido a que en ellas se encuentra la evidencia que nos lleva a la aplicación de una pena o el sobreseimiento en un caso determinado, siendo esta la base para poder solicitar la apertura a juicio, por lo cual pueden suscitarse las siguientes consecuencias:

Se continuará con la acusación formulada por el Ministerio Público y consecuentemente, se enviarán las actuaciones al Tribunal de Sentencia respectivo para la fase de preparación del debate público y oral.

- Se puede decretar la clausura provisional del proceso, cuando los elementos de investigación resultaren insuficientes para fundamentar la acusación, pero fuere probable que pudieran llegar a ser incorporados nuevos elementos de convicción.
- Así también decretar el sobreseimiento cuando resultare con certeza que el hecho imputado no existe o no está tipificado como delito, o que el imputado no ha participado en él. También puede decretarse cuando no fuere posible fundamentar una acusación y no existiere posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba, o se hubiere extinguido la acción penal, o cuando luego de la clausura no se hubiere reabierto el proceso durante el tiempo de cinco años.
- Se suspenderá condicionalmente el proceso o aplicará el criterio de oportunidad.
- Se ratificará, revocará, sustituirá o impondrán nuevas medidas cautelares.

- Se decretará el Procedimiento Abreviado.

El ejercicio de la acción penal por excelencia la tiene el Ministerio Público. La acción penal se clasifica según la ley procesal penal, en:

- a) Acción pública
- b) Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal
- c) Acción privada

Cabe señalar que esta distinción del ejercicio de la acción, que unas dependen del Estado y otras de los particulares, se debe a una nueva concepción de la forma de proceder del Derecho Procesal Penal. El tratadista Juan Montero Aroca al respecto dice: “El proceso no debe ser la única manera de actuar del Derecho Penal en el caso concreto, debiendo admitirse otras maneras no procesales”.⁴⁵ Es así como se ha distinguido claramente los delitos menos graves y los delitos graves o de impacto social. Como se observa, la función del Ministerio Público es esencial en las fases señaladas para cualquier clase de delito. Por esta razón el delito de lavado de dinero se origina por la comisión de cualquier delito, deba entenderse aquellos delitos graves o de impacto social.

En el tema de los delitos de lavado de dinero u otros activos, luego de establecer los objetivos y principios inspiradores en la creación de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, se puede inferir, que en el ámbito del proceso penal, tratando de cumplir con los fines regulados en el Artículo 5 del Decreto 5I-92 del Congreso de la República, la función que ejerce el Ministerio Público en la fase preparatoria tiene la obligación de la investigación, y como se verá más adelante, también ésta ley le otorga facultades que trascienden de la investigación, porque permite que este en su calidad de auxiliar de los tribunales de justicia, pueda aplicar medidas precautorias.

⁴⁵ Aroca, Juan Montero, **Principios del derecho penal**, pág. 191

En la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, contenida en el Decreto número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala que se encuentra vigente actualmente, y específicamente en cuanto a la función del Ministerio Público en el procedimiento común en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares y providencias cautelares, permite analizar constitucional y legalmente dicha función y la trascendencia que la misma ha tenido en la actualidad.

CAPÍTULO VIII

8. La función del Ministerio Público en el Código Procesal Penal y en cuanto a la solicitud o aplicación de medidas cautelares.

8.1 Las providencias cautelares en la doctrina y la legislación.

Dentro de las clases de procesos que se conocen se encuentran los de aseguramiento o cautelar, que como su nombre indica son realizados para garantizar los resultados del proceso, este se encuentra regulado en la legislación guatemalteca en el Código Procesal Civil y Mercantil. Asimismo, encontramos las medidas de seguridad, llamadas también medidas precautorias o providencias de urgencia, estas se diferencian de las primeras en el momento procesal que se solicitan. Las primeras se solicitan previo al proceso y las medidas precautorias dentro del proceso, éstas últimas el objeto del presente trabajo.

Con base a lo anterior, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones *"encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte"* (Gómez Orbaneja), cuyas características son las de ser instrumental, provisional y homogéneo.

Guasp lo define como "aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados".⁴⁶

Las medidas precautorias o cautelares se caracterizan por ser solicitadas y decretadas dentro del proceso sin embargo la existencia de las medidas en el derecho penal y específicamente en la fase preparatoria viene a darse por dos factores: por un lado los procesos con las debidas garantías se desarrolla siguiendo normas de procedimiento por lo que su duración es temporal, que en nuestra legislación corresponden a la fase preparatoria (3 meses) y por otra parte debido a que el imputado si es culpable o si así se considera, realizará actos que dificulten, impidan o

⁴⁶ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado, **Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco**. pág. 136

haga inútil la resolución que se dicte en sentencia respecto a su culpabilidad, con lo cual nunca se podrá alcanzar el resultado perseguido; la averiguación de la verdad.

Una diferencia en la aplicación de las medidas cautelares del derecho penal con respecto al proceso civil es la de no exigirse la constitución de una fianza o garantía. Los presupuestos de las medidas cautelares se reducen entonces en dos: "*fumus boni iuris*" (juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada) y "*periculum in mora*" (que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena).⁴⁷

8.1.1 Apariencia de Buen Derecho (*fumus boni iuris*)

Para la aplicación de una medida precautoria es necesario que exista una apariencia de buen derecho, es decir que para ser decretada la medida debe existir no solo la pretensión del actor, sino que por lo menos indicios o evidencias de la comisión del delito; situación que sirve de punto medio entre la incertidumbre que se tiene en la fase de investigación del Ministerio Público y al momento de dictarse la sentencia.

8.1.2 Peligro de riesgo o demora (*Periculum in mora*)

Al respecto Doctor Mauro Chacón Corado manifiesta que el peligro en el retardo que puede justificar la adopción de medidas cautelares no es peligro de daño jurídico genérico, sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional propia del proceso de conocimiento considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño.⁴⁸

⁴⁷ Pelaez, Francisco y Juan Miguel Bernal Neto, **Las Medidas Precautorias**, www.noticiasjuridicas.com (Junio de 2003).

Uno de los motivos que ha dado lugar para decretar las medidas precautorias en la fase preparatoria del proceso Penal es el hecho de que el imputado aproveche este plazo para desaparecer evidencias y lograr con ello una sentencia absolutoria, el sobreseimiento del caso, la clausura provisional del mismo, que como se puede observar son solicitadas al juez contralor o de instrucción antes del juicio oral.

De lo anterior deriva que en la determinación del peligro exista una inevitable subjetividad, que puede ser paliada pero no suprimida, es decir se debe tomar en cuenta que la determinación del peligro puede establecerse a determinados intereses y los mismos pueden provenir de actos relacionados con la persona y los bienes del demandado, realizados incluso por terceros como lo manifiesta el autor antes mencionado, tanto que la valoración subjetiva del juez no podrá suprimirse. Sin embargo, la ley debe establecer los presupuesto del peligro y en último caso a falta de estos, quedará a juicio del juez el decretarlas, siendo éste el funcionario facultado de conformidad con la ley.

Otra situación es la que el peligro pueda aumentar o disminuir de acuerdo a la duración del proceso, que en muchas ocasiones puede durar hasta años siendo estas medidas un medio para asegurarlas.

8.2 Naturaleza jurídica de las medidas o providencias cautelares.

Se ha establecido la importancia de las medidas cautelares en el proceso penal, su naturaleza jurídica radica principalmente:

8.2.1 El aseguramiento. Con la única finalidad de que en el momento que se dicte sentencia esta pueda ser debidamente ejecutada.

8.2.2 La conservación. Se lleva a cabo con el fin de que las evidencias e indicios que posteriormente serán incorporadas al proceso como prueba, no desaparezcan mientras dure el proceso de investigación.

⁴⁸ Aroca, **Ob. Cit**; pág.155

8.2.3 Anticipación. A través de las medidas precautorias se pretende obtener un resultado favorable a la pretensión presentada por el actor.

En materia penal, es importante no confundir lo que son las medidas cautelares o precautorias con actos para la investigación de delito, que son situaciones muy diferentes, ya que en las primeras se protegen derechos y garantías constitucionales por lo tanto deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional mientras que en las segundas no requieren de la intervención del órgano jurisdiccional para ser llevadas a cabo por el Ministerio Público.

Uno de los objetivos de las medidas precautorias no es solo el de asegurar el pronunciamiento patrimonial en cualquier proceso, siendo éstas la restitución de la cosa y el pago de daños y perjuicios sino que también los pronunciamientos penales con contenido patrimonial como lo es la pena de multa y costas procesales.

8.3 Clasificación de las medidas precautorias o cautelares

De acuerdo con el profesor Fenech y la mayoría de la doctrina, *"los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales."*⁴⁹

8.3.1 Medidas precautorias personales.

Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y en su caso la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez instructor o para evitar su inasistencia o consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el juzgador.⁵⁰ En la

legislación guatemalteca lo encontramos regulado en el Código Procesal Penal, siendo éstas la citación, detención, la prisión provisional, la libertad provisional.

8.3.2 Medidas precautorias reales.

“Las medidas cautelares reales o patrimoniales son aquellas que tienden a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal.”

En Guatemala y atendiendo a la división de las providencias cautelares, o las medidas cautelares como institución, tienen su naturaleza jurídica en el derecho procesal propiamente dicho, y para el caso de la legislación vigente guatemalteca, se encuentra regulado ampliamente en el libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil, que se refiere a las alternativas comunes a todos los procesos, y en el título I se regula lo que respecta a las providencias cautelares dentro de ellas, en el capítulo I se relaciona con las medidas de seguridad de personas y en el capítulo II las medidas de garantía.

Con relación a las medidas de garantía conviene establecer que el Código Procesal Penal regula como medidas de garantía y específicamente lo relativo al embargo y otras medidas de coerción en el Artículo 278 al respecto dice: “Remisión. El embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar el pago de la multa, los daños y los perjuicios, se regirán por las prescripciones del Código Procesal Civil y Mercantil y las demás leyes relacionadas con la materia. “El embargo de bienes y las demás medidas de coerción, para garantizar la multa o la reparación, sus incidencias, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil. En los delitos promovidos por la Administración Tributaria, se aplicará lo prescrito en el Artículo 170 del Código Tributario. En estos casos, será

competente el juez de primera instancia o el tribunal que conoce de ellos. Sólo serán recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé”.

En lo que respecta a las medidas de garantía, se encuentra regulado el arraigo, y tal como lo establece el Artículo 523 del Código Procesal Civil y Mercantil “Cuando hubiere temor de que se ausente y oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguirse el proceso. El arraigo de los que estén bajo patria potestad, tutela o guarda o al cuidado de otra persona, solicitado por sus representantes legales, se decretará sin necesidad de garantía, siendo competente cualquier juez, y producirá como único efecto, mantener la situación legal en que se encuentre el menor o incapaz”.

También se encuentra la medida de anotación de demanda, de embargo, secuestro, intervención, providencias de urgencia. Respecto a la anotación de demanda, es de considerar, que esta institución es aplicable en otras materias no penales, por la naturaleza de la misma. En cuanto a las medidas de embargo, secuestro, se establece que si le puede ser aplicable a la materia penal, y de conformidad con su regulación el Artículo 527 del Código Procesal Civil y Mercantil respecto al embargo, dice: “Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución”.

Respecto al secuestro, el Artículo 528 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “El secuestro se cumplirá mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma. En igual forma se procederá cuando se demande la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones o que se constituya, modifique, o extinga cualquier derecho sobre los mismos”.

Dentro de las medidas de garantía o precautorias, también se regula la institución de la intervención, sin embargo, en materia penal, resulta casi inusual su aplicación. Sin embargo, el Artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Cuando las medidas de garantía recaigan sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, podrá decretarse la intervención de los negocios. Podrá decretarse asimismo la intervención, en los casos de condominio o sociedad, a los efectos de evitar que los frutos puedan ser aprovechados indebidamente por un condueño en perjuicio de los demás. El auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor, las que se limitarán a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación. Asegurado el derecho del acreedor, se decretará de inmediato el cese de la intervención”.

Por último, conviene establecer que dentro de las normas relacionadas a las medidas de urgencia o precautorias, el Artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, tiene un carácter *sui generis*, es decir, que tal como se encuentra regulado, permite que cualquier persona, solicite cualquier tipo de medida precautoria o de garantía, aunque no sean de las que típicamente se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil u otras leyes. Al respecto el Artículo 530 establece: “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, y en otras disposiciones de este Código, sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este código se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que según las circunstancias, parezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

También se regulan las instituciones de la garantía del otorgamiento de las medidas cautelares o precautorias, de las cuales hicimos mención dentro de su naturaleza jurídica, siendo estas:

- a) Que debe ser otorgada por el juez competente
- b) Que tengan el carácter temporal
- c) Que existe a responsabilidad de quien solicita el otorgamiento de la medida de garantía o precautoria
- d) Que la otra parte, puede solicitar la garantía y puede también las partes solicitar la contra garantía.

8.4 La Función del Ministerio Público en cuanto a la aplicación de las Medidas cautelares.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 203 establece a quien se le da la facultad de administrar justicia: “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los Tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”.... En su Artículo 204 establece que “Los Tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier Ley o Tratado”; esto debido a que nuestra carta Magna esta en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco. Al respecto la Corte de Constitucionalidad manifiesta: “La superlegalidad se reconoce, con absoluta precisión en tres Artículos de la Ley Fundamental: el 44 que dispone que serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; el 175 que afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas ipso jure y el 204 que establece que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.⁵¹

Por lo anteriormente expuesto queda establecido que la facultad de otorgar providencia cautelares únicamente es otorgada al Juez, esto obedece a que es el único que puede restringir derechos individuales tales como inviolabilidad a la

vivienda, libertad, correspondencia, documentos y libros y por ende las medidas que se encuentra reguladas en el Artículo 12 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

Dentro de la fase investigativa del Ministerio Público, puede extenderse a las siguientes situaciones de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal:

- a) Permite que el Ministerio Público dirija a la Policía Nacional Civil en las averiguaciones.
- b) Puede solicitar al juez contralor de la investigación, actos procesales de investigación, como la inspección o registro, el allanamiento en dependencia cerrada, exhumaciones de cadáveres, operaciones técnicas, la entrega o secuestro de cosas y documentos, devoluciones, secuestro de correspondencia, clausura de locales, llevar a cabo declaraciones de testigos, participar en la primera declaración o bien otras declaraciones del imputado o imputados, la peritación, expertaje o prueba anticipada conforme las circunstancias. Todo lo cual, deberá hacerlo a través de la solicitud al Juez Contralor de la Investigación, quien emitirá la resolución correspondiente, accediendo o no a lo solicitado.
- c) Que la calidad de juez contralor de la investigación permite determinar que los actos que realice el Ministerio Público en su función investigativa, conlleven establecer que los mismos no trasciendan a violentas normas de trascendencia y lesión a los derechos humanos de las partes, especialmente porque uno de los bienes jurídicos que protege es el social.
- d) De conformidad con el Código Procesal Penal, no existe facultad del Ministerio Público de decretar por la institución misma, medidas cautelares o precautorias, toda vez, que se debe solicitar al juez contralor de la investigación como se hace en la actualidad, para cualquier clase de delitos.

CAPÍTULO IX

9. Las medidas cautelares y la intervención del Ministerio Público de conformidad con la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

Como se manifestó en el capítulo anterior, dos factores pueden ser importantes para que las medidas precautorias sean aceptadas y reguladas en el proceso penal: el primero es que debido al tiempo de duración de la fase de investigación es necesario otorgar las debidas medidas que garanticen el cumplimiento de la ley a través de los medios de prueba y segundo es que si el sindicado es o se siente culpable lo llevará a realizar actos que dificulten o impidan una sentencia condenatoria, factores que hemos mencionado en el capítulo anterior. Por eso la ley faculta al órgano jurisdiccional a que autorice las medidas que crea oportunas para que pueda llevarse a cabo el proceso de investigación de conformidad con la ley y en protección de garantías individuales para llegar a una sentencia que sea plenamente eficaz.

Es necesario establecer la importancia que tienen las medidas precautorias en el delito de lavado de dinero como medidas de garantía, de la facultad del Juez para decretarlas, de conformidad con lo que establecen tratados y convenios internacionales y la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Artículo 12 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, establece entre otras medidas cautelares la de incautación. La Convención de Viena y El Reglamento Modelo la define como la “prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia y el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad competente. La legislación establece que la prohibición es de carácter temporal, es decir que es una medida decretada mientras dure la fase preparatoria tomándola como una evidencia, ya que la misma al momento de presentar la acusación se establece como un elemento probatorio, para posteriormente llamarse prueba al ser incorporada al juicio oral, siendo esta un medida precautoria de carácter patrimonial, por lo tanto para

decretarla deberá tomarse en cuenta lo que establece el Artículo 278 del Código Procesal Penal que nos remite a las prescripciones del Código Procesal Civil y Mercantil. Por lo tanto la incautación y la inmovilización de bienes encierran en su contexto una medida de carácter general sobre el patrimonio del sindicado, sin dar lugar de que deban decretarse las medidas de embargo, secuestro y otras de carácter patrimonial, por lo tanto debe ser decretada por el Juez contralor del procedimiento preparatorio, con base a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Procesal Civil y Mercantil.

Asimismo, el Reglamento modelo establece en su Artículo 4 lo referente a las Medidas Cautelares sobre los bienes, productos o instrumentos: “Conforme a derecho, el tribunal o la autoridad competente dictará, en cualquier momento, sin notificación ni audiencia previas, una orden de incautación o embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados con el lavado de activos o actividades delictivas graves, para su eventual decomiso. Debemos tomar en cuenta que el Artículo 8 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos habla de decomiso de bienes, término que hemos escuchado muy comúnmente previo al proceso penal, sin embargo erróneo en virtud de que dicho término se entiende como la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de Tribunal o autoridad competente, que en nuestra legislación se da al momento de dictarse sentencia.

En Guatemala las medidas que se decretan actualmente en materia de lavado de dinero es el de incautación cuando al sindicado se le detiene por la comisión flagrante del delito, como se ha dado en las detenciones que se realizan en el Aeropuerto Internacional La Aurora; en caso de allanamientos y otros; y la medida de inmovilización de bienes cuando existen indicios sobre la comisión del delito, ambas medidas de carácter patrimonial. En ambos casos a mi criterio el hecho está probado y los elementos encuadran en el supuesto hipotético. Si bien es cierto el sindicado está exento de probar la procedencia de los mismos en virtud de que estaría en contra de lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala,

como el de inocencia; será el Ministerio Público el encargado de probar que los mismos provienen de actividades ilícitas. Si a través de la investigación no se llegare a probar que las cantidades y bienes provienen de actividades comerciales debidamente inscritas en cualquier registro o que el sindicado cuenta con los ingresos suficientes provenientes de su trabajo en forma dependiente y otros, que le genere ingresos para la adquisición y tenencia de los mismos, estaríamos frente a un caso de lavado de dinero. En virtud de que dicho supuesto encuadra en nuestro tipo legal.

Por lo anterior expuesto, es importante que la medida precautoria sea decretada por el Juez contralor caso contrario estaríamos en lo que anteriormente manifesté, el Ministerio Público se constituiría en juez y parte dentro del proceso.

Creo importante que antes de pasar al análisis de los Artículos 11 y 12 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros activos, se establezca la importancia que poseen las medidas precautorias y la importancia de que las mismas sean decretadas por el Juez contralor en el proceso con base a indicios y evidencias del hecho ilícito.

9.1 La prueba indiciaria en el delito de lavado de dinero

9.1.1 La prueba en el Proceso Penal.

Existe confusión referente al término y en muchas ocasiones es mal utilizado por juristas y abogados en ejercicio de la profesión liberal. La prueba se conforma en el momento en que el fiscal considera que una evidencia es útil para que el Juez de Primera Instancia la considere y la pueda valorar en el Juicio oral. Dentro del proceso penal en la fase preparatoria se llamada evidencia; en la fase intermedia, elemento probatorio y en juicio oral se denomina prueba.

Manuel Ossorio define la prueba como el “conjunto de actuaciones que dentro de un juicio cualquiera que sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes en defensa de sus respectivas

pretensiones litigiosas”. Chiovenda expone que la función probatoria tiene por objeto “crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso”; Carnelutti manifiesta que la prueba tiene como fin la fijación formal de los hechos y en la legislación guatemalteca El Manual del Fiscal define y señala: “Según la terminología del Código, prueba solo será lo actuado en el juicio oral, mientras que todo el material reunido durante la investigación es denominado elementos de convicción”⁵²

Para establecer la importancia de decretar una medida precautoria en la fase preparatoria se deben definir los conceptos indicio, evidencia y lo importante de que las mismas existan para dar trámite a la solicitud presentada por el Ministerio Público. Manuel Osorio dice sobre indicio: En el procedimiento criminal se llaman indicios, y también presunciones, a las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre hechos determinados. Así pues, el indicio constituye un medio probatorio conocido como "prueba indiciaria". Puede decirse que generalmente los indicios abren el camino a la investigación de los delitos... Tienen, por lo tanto, un extraordinario valor en criminalística; y unidos a otras pruebas, sirven al juzgador para establecer un juicio definitivo.

La más aceptada definición de indicio es “aquella que lo describe como un hecho del cual se infiere lógicamente la existencia de otro”.⁵³

Caso contrario la evidencia es todo indicio, rastro, huella, vestigio, restos o información de cualquier naturaleza que se obtiene en forma directa de la escena del crimen o indirecta y que aporta información clara y con certeza después de haber sido sometida a procesamiento por un laboratorio criminalístico o a comprobación y que ha sido obtenida en forma legítima, situación por la cual se diferencia de los indicios.

Si analizamos las anteriores definiciones establecemos que indicio es un hecho del cual se infiere lógicamente la existencia de otro y la prueba indiciaria es la resultante de los indicios. La Unidad de Capacitación del Ministerio Público en su trabajo de investigación criminal lo define como todos aquellos rastros, huellas, vestigios o

restos tanto de la víctima como del hechor. Todos estos indicios al momento de ser procesados técnicamente se van a constituir en evidencia que se utilizará como medio de convicción para probar la responsabilidad del sindicado y separar o absolver al inocente en todo proceso penal.⁵⁴

De acuerdo con lo anterior podemos establecer como indicios en materia de lavado de dinero todos los actos que se encuentran regulados en el Artículo 2 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, así como la medida precautoria de inmovilización de bienes e incautación; y las evidencias se constituyen en los indicios debidamente procesados técnicamente; a mi criterio los informes presentados por la Intendencia de Verificación Especial, se constituyen evidencia debido a que la misma cuenta con profesionales debidamente capacitados en esta materia quienes previo a presentar la denuncia ya han realizado un proceso de investigación.

Debido al peligro que representa que un indicio o evidencia tienda a desaparecer y de la importancia de la misma dentro del proceso y especialmente para que el Ministerio Público presente acusación en contra del imputado es necesario que se solicite al Juez de instrucción o contralor las medidas precautorias necesarias para asegurar las resultas del juicio. Esto obedece a que el Ministerio Público en el presente delito defiende un interés social y representa al Estado (delito de acción pública), por tal motivo no puede constituirse en juez y parte dentro de la fase preparatoria, para lo cual se estaría violando el principio procesal de imparcialidad dentro del proceso.

Para algunos juristas y profesionales del derecho uno de los elementos del tipo de lavado de dinero esta constituida en delito previo del cual proceden los activos, el presente delito se asemeja al delito de encubrimiento cuya característica es la comisión del delito previo. Sin embargo, si dicha circunstancia se asemeja en el delito de lavado de dinero entonces solo se podría imputar el lavado de dinero cuando sea comprobado y sentenciado el delito previo, otro punto que se debe observar es que el delito de lavado de dinero afecta la administración de justicia y el orden

socioeconómico del estado que a su vez se constituye en el pilar fundamental para la protección de derechos inherentes a la persona.

El delito de lavado de dinero no es un delito tradicional y es catalogado como un delito de lesa humanidad, para su persecución son importantes los indicios y la aplicación de medidas precautorias de conformidad con ley. Es necesario conocer que no es trascendental el establecimiento del delito previo, como lo establece la Convención de Viena y el Reglamento Modelo, debido a que no necesariamente se presenta una denuncia sobre la comisión del delito previo, sin embargo pueden darse hechos que nos presenten indicios de la comisión del delito de lavado de dinero como lo es la denuncia que se presenta a la IVE, sin que se pueda establecer el delito previo, por lo tanto no es trascendental el inicio de la persecución penal sobre la existencia del mismo, en virtud de que lo que se persigue es la protección del sistema socioeconómico, derechos constitucionales que cada día se ven amenazados por la comisión de hechos delictivos de impacto social.

Si analizamos lo que regula la ley en sus Artículos 1 y 2 de la ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, establece que existe delito por la procedencia en la comisión de cualquier delito. Una de las controversias hoy en día en materia de lavado de dinero es, que muchos juristas manifiestan que el delito de lavado de dinero debe perseguirse toda vez sea probado el delito previo, sin embargo debemos tomar en cuenta que dicho precepto legal se encuentra contenido en la ley ordinaria para establecer el tipo legal, caso contrario no existiría razón de lavar dinero. El Artículo 1 y 2 es claro al establecer la forma en que se tipifica el delito de lavado de dinero, para lo cual el Ministerio Público debe verificar la procedencia y manejo de grandes cantidades de dinero.

Otro punto que debemos tomar en cuenta es que no necesariamente el o los autores del delito previo sean autores en el delito de lavado de dinero, el lugar de los hechos no puede ser el mismo, por esta razón es necesario tomar en cuenta lo referente a la autonomía en el presente delito. Sin embargo cabe destacar que la persecución penal en forma independiente del delito de lavado de dinero nos puede llegar a establecer la comisión del delito previo en algunos casos, debido a que toda actividad

señalada en el Artículo 2 de nuestra ley cuando se manejan grandes cantidades de dinero, debe ser comprobada y justificada, situación que deberá probar el Ministerio Público.

Tomando en cuenta las definiciones anteriores debemos establecer a que se llama prueba indiciaria y si es lo mismo denominarla indicios de prueba. Cabanellas define como prueba indiciaria, "la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o la evidencialidad de los hechos resulte prácticamente inlograble." Esta prueba se denomina también, según él, "de indicios, conjeturas, circunstancial e indirecta..."

Dentro del período preparatorio existen cuatro tipos de actividades:

- Actividades puras de investigación.
- Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.
- Anticipos de prueba.
- Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que puedan afectar garantías procesales o derechos constitucionales. Esta última es la que nos interesa en virtud de que las medidas cautelares son autorizaciones que deben ser decretadas por el juez competente de conformidad con la ley.

Tomando en cuenta las definiciones anteriores las medidas precautorias sobre derechos reales son prueba indiciaria en el delito de lavado de dinero, debido a que lo que se lava o blanquea son bienes. Por lo anterior las medidas decretadas en la fase preparatoria son de vital importancia dentro del procedimiento y para la averiguación de la verdad, así como ser valoradas dentro del juicio oral.

Un ejemplo claro de lo expuesto en el presente trabajo, es referente a un caso cuya sentencia fue dictada en Costa Rica tomando en cuenta lo que establece la Convención de Viena. En ella se acreditó la procedencia ilegal del dinero incautado y demás bienes objeto del delito de lavado de activos a partir de prueba indiciaria.⁵⁵ En el proceso el fiscal formuló acusación y luego el Tribunal tuvo por acreditado que los impuestos “convinieron en realizar una introducción oculta de dinero producto de la venta de drogas no autorizadas a Costa Rica, provenientes de los Estados Unidos”. Se describe en la sentencia que uno de los implicados viajó a los Estados Unidos donde recibió dinero de baja denominación y la envolvió de forma tal que estuviere oculto. Los agentes policiales ante la información de que uno de los acusados ingresaría al país con dinero producto de narcotráfico procedieron a su detención y el secuestro del dinero. Por otro lado se comprobó que uno de los imputados era presidente de distintas sociedades con diversas cuentas bancarias, que no contaban con un volumen extraordinario de ingresos en moneda norteamericana “derivada de su actividad propia” para Justificar los continuos y consecutivos depósitos en efectivo de dólares. También se comprobó que las transacciones millonarias no formaban parte del giro normal de la operación de las empresas mencionadas sino que los montos transferidos al extranjero provenían del tráfico internacional de drogas”

Es así como el Tribunal consideró como elementos indiciarios para valorar los hechos conocidos y el hecho de probar: las llamadas telefónicas entre las partes acusadas, los viajes de miembros de la organización, la constitución de empresas sin tráfico comercial ni tributación, el anormal manejo de cuentas corrientes, las transferencias por sumas millonarias en dólares sin justificación comercial por tres años, el transporte furtivo de grandes cantidades de dólares, el desempeño de puestos políticos claves que facilitaban la comisión del crimen, la baja denominación del dinero incautado.⁵⁶

En el anterior caso no existió la comprobación del delito previo para dictar sentencia en la comisión del delito de lavado de dinero, vemos como los indicios formaron parte importante para que fueran valorados en el Juicio, con base a las pruebas aportadas por el Estado.

9.2 Análisis de los Artículos 11 y 12 de la ley

De conformidad con la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos, el Ministerio Público tiene la facultad de decretar medidas cautelares o de urgencia, dentro de su función investigativa. Las normas textualmente regulan en el Artículo 11: “Providencias cautelares. El juez o tribunal que conozca del proceso podrá dictar en cualquier tiempo, sin notificación ni audiencia previa, cualquiera providencia cautelar o medida de garantía establecida en la ley encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes productos o instrumentos provenientes o relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos, cuando la solicite el Ministerio Público. En cuanto a éste párrafo, la autora considera que se encuentra congruente con toda la normativa constitucional y ordinaria relacionada con la aplicación de las medidas cautelares o precautorias.

“Este requerimiento deberá ser conocido y resuelto por el juez o tribunal inmediatamente.”.

El Artículo 12 de la ley Contra El Lavado de Dinero U Otros Activos establece en su epígrafe “Peligro en la Demora”, la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 15 establece: “ Los jueces no pueden suspender, *retardar*, ni denegar la administración de la justicia sin incurrir en responsabilidad, es decir que este artículo no puede ser aplicado por tanto de que para administrar Justicia no debe haber retardo. El Código Procesal Penal en su Artículo 278 reformado por el Decreto 103-96 establece que para solicitar una medida de embargo deberá remitirse a lo que establece el Código Procesal Civil y Mercantil y en el presente caso a lo que establece el Artículo 530 y

siendo el Ministerio Público parte en los proceso de acción pública deberá formular su solicitud al juez en forma escrita.

Adicionalmente el Artículo 12 de la ley establece: En caso de peligro por la demora, el Ministerio Público podrá ordenar la incautación, embargo o inmovilización de bienes, documentos y cuentas bancarias, pero deberá solicitar la convalidación judicial, inmediatamente, acompañando el inventario respectivo de éstos e indicando el lugar donde se encuentran. Si el juez o tribunal no confirma la providencia cautelar, ordenara en el mismo acto la devolución de los bienes, documentos o cuentas bancarias, objetos de la misma”

Las medidas precautorias deben decretarse con base a indicios sobre la comisión de un delito, observamos la importancia que tiene el decretarlas y el papel importante que juegan dentro del proceso penal las mismas, siendo estas valoradas y calificadas posteriormente como prueba en el juicio oral.

La ley establece peligro en la demora, término que crea confusión. En el caso de que el proceso se lleve a cabo posteriormente de haber dictado sentencia en el delito previo, no existiría peligro en la demora, debido a que las medidas ya se encuentran decretadas en el delito previo y no tendría razón que las mismas deban ser consideradas nuevamente por el juez contralor, como elementos de prueba, ya que estaríamos frente a una prueba preconstituida debidamente valorada en el delito previo.

Sobre la base de lo establecido en el Artículo 12 de la ley, referente a las medidas que decreta el Ministerio Público, tiene repercusiones serias para el funcionamiento del sistema de administración de justicia, principalmente en el actuar del Ministerio Público, toda vez que la Constitución Política de la República de Guatemala no le otorga dicha función, a quien conforme este artículo, se le están excediendo las facultades legales, con el atenuante de que cuando exista peligro en la demora, las facultades judiciales, se trasladan a las facultades fiscales, pudiendo entonces con

esta regulación, violar lo que establece la carta magna y la Ley del Organismo Judicial “la Jurisdicción es indelegable” y que trasciende a lo que regula el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y en ese caso, faculta al Ministerio Público, para que dadas las circunstancias de que exista peligro en la demora, a ejercer funciones jurisdiccionales, que solo le corresponden a los jueces, ya que para el caso de que exista peligro de demora, no pueda en determinado momento, es decir, resulten difíciles de probar posteriormente si fue así, si existió peligro en la demora, y la trascendencia del accionar del Ministerio Público al cumplir con este precepto legal, ya que podría suponerse, que también el juez contralor de la investigación incurriría en algún agravio hacía los particulares, cuando se establezca que no se debió realizar, y el juez así lo decrete, pese a que tal como ha quedado establecido en la legislación procesal civil, es responsable de la medida, quien lo pide, pero en este caso, existe la interrogante, que quien solicita la medida, es quien la ejecuta, y pueden adoptarse cualesquiera de las medidas cautelares que allí se regulan, creando con ello, una inestabilidad o inseguridad jurídica en los ciudadanos, porque efectivamente, ya que la legislación le otorga facultades plenas a los jueces para que apliquen, a solicitud de parte, cualesquiera de las medidas, dicho precepto ofrece confianza y seguridad para los ciudadanos, en virtud de que el presente delito es de gran trascendencia y es importante que los medios de prueba sean eficaces para ser presentados al momento del debate, pero lo que sucede con el Ministerio Público, que en su afán de perseguir los delitos y acusar, pueda ordenar una medida dentro de la especificadas en dicho precepto legal esto representa que no exista confianza ni seguridad en la ciudadanía con relación a lo que acaba de crearse y entrar en vigencia con el contenido e interpretación del Artículo 12 de dicha ley, por lo que no es justificativo, tomando también en consideración la clase de delito del que se persigue y de lo fundamental que representa la Medida precautoria en el proceso de Lavado de Dinero.

Asimismo, quedo establecido la importancia que tienen los indicios y las evidencias en el proceso penal y lo importante que las mismas no desaparezcan con el pasar del tiempo, por lo tanto debido a lo trascendental que resultan las evidencias como

medios probatorios, es importante que la medida sea decretada por el órgano jurisdiccional competente. Estamos frente a un precepto legal que no puede ser aplicado tomando como base lo que establece el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala que afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas ipso jure, por lo tanto el Artículo 12 de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos en nula de pleno derecho.

CONCLUSIONES

1. La ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, de reciente creación, responde a la ratificación y aprobación de 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, así como la solidez del sistema financiero guatemalteco.
2. El Ministerio Público, necesita de herramientas jurídicas que permitan el cumplimiento de su función como ente investigador, y debido a la complejidad y naturaleza *sui generis* del delito de lavado de dinero u otros activos, es necesaria la constante capacitación de los Fiscales y Auxiliares Fiscales.
3. La Constitución Política de la República de Guatemala, constituye el marco dentro del cual deben sujetarse todas las actuaciones de los operadores de justicia, y el proceso penal en sí, lo que obliga a que cada uno observe el respeto irrestricto a los principios y garantías que dicha Constitución establece. Debido a ello, debe respetarse el hecho que son los órganos jurisdiccionales competentes, los únicos que pueden ordenar la incautación, el embargo o inmovilización de bienes, documentos, cuentas bancarias etc, situación que se contradice con el actuar del Ministerio Público en la actualidad, con lo que se provoca una constante violación constitucional en los distintos procesos que se tramitan por estos ilícitos.
4. La ley vigente Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, crea no sólo inseguridad jurídica, sino antes bien una confrontación a la carta magna, al otorgarle al fiscal, la facultad de decretar *per se*, medidas de tal magnitud como las citadas en el párrafo anterior, y siendo como ya se dijo, una facultad exclusiva del Organismo Judicial a través de los jueces competentes, su existencia deriva nula *ipso jure*, específicamente en cuanto al Artículo 12 de la ley ya indicada.

5. Es necesaria la promulgación de una ley que proporcione al Ministerio Público, las herramientas adecuadas para el cumplimiento de sus funciones, sin que contradigan o menoscaben los principios y garantías establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que la otra alternativa sería la reforma de la misma, situación que considero innecesaria e inadecuada debido a que existen mecanismos mucho mas simples y sencillos, que enmienden los errores cometidos en la ley ya citada y que proporcionen un procedimiento con la celeridad y eficacia necesarias.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado reelabore los tipos legales de manera que puedan definirse con mejor precisión y alcance las conductas criminalizadas. Asimismo, el legislador debe delinear las circunstancias calificantes del delito.
2. Que el Estado elabore normas específicas para la incautación de los bienes objeto del delito, plazo para decretarlas, responsabilidades civiles y penales para todo aquel que no cumpla con lo establecido con la ley en caso de peligro en la demora, sobre las personas que custodien bienes decomisados, incautados o embargados, lugar donde deban ser trasladados, para preservar la disponibilidad de los mismos; tomando como base las sanciones que se encuentran contempladas en la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos, y para la ejecución de las medidas accesorias que puedan recaer sobre personas jurídicas cuya organización o administración ha sido empleada para la comisión del delito.
3. Que el Estado elabore o amplíe normas específicas para las denuncias que deben presentarse por la comisión del presente delito, ante que órgano deberán de presentarse y su procedimiento.
4. Que el Estado amplíe las disposiciones legales vigentes sobre secreto bancario y reserva tributaria, a fin de hacerlas compatibles con la investigación financiera del lavado de dinero.
5. Que existan medios de divulgación en forma escrita, por los medios de comunicación, en los centros educativos u otros que se requieran, para que todos los ciudadanos tengan conocimiento sobre las obligaciones y alcances que posee el Delito de Lavado de Dinero u Otros Activos.
6. Que se elaboren las disposiciones referente a la forma en que deberá llevarse a cabo la persecución penal en el delito de lavado de dinero u otros activos tomando como base lo que establece la Convención de Viena y el Reglamento Modelo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE Abularach, Larry, Dr. **Derecho constitucional y derecho humano**. Escuela de estudios judiciales, Módulo I, 1999.
- ALBA, Ricardo, **El Reglamento Modelo de la CICAD y la evaluación multilateral del esfuerzo para la prevención, control y represión del blanqueo de capitales en América Latina**. Revisión de las nuevas leyes y regulaciones antilavado en América Latina. IV Conferencia anual Latinoamericana sobre lavado de dinero, Septiembre 2003.
- Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros, comentario realizado por M & D Consultores, Sociedad Anónima, **Cuaderno de Lectura No. 03-2002**. págs. de la 4 a la 8.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 2da. Ed; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabí, S. R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Talleres Imprenta Fotografiado Llerena, 1993.
- BAUMAN, Jurgen. **Derecho procesal penal**. Conceptos fundamentales y principios Procesales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1989.
- BINDER BARIZZA, Alberto. **El proceso penal**. Programa para el mejoramiento de la administración de justicia. San José, Costa Rica: ILANUD Forcap, 1991.
- CAFFERATTA NORES, José. **Derechos individuales y proceso penal**. Argentina: Ed. Marcos Lernes.
- CANO C., Miguel A. y Danilo Lugo C., **Seminario taller internacional procedimiento operativo del oficial de cumplimiento ante el lavado de dinero**, www.interamericanusa.com/Diapositivas/Sem-Proc-Op-.pps (Octubre, 2004).
- CARNELUTTI, Francisco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- CASTRO, Máximo. **Curso de derecho procesal**. 2da. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Biblioteca Jurídica, 1953.
- CEREZO MIR, José. **Teoría jurídica del delito**. Curso de derecho penal español, Parte general, 6ª ed.; España.

- CLARIA OLMEDO, Jorge. **Derecho procesal penal**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar S. A., 1990.
- CONDE MUÑOZ, Francisco. **Teoría general del delito**. Bogotá, Colombia: editorial Temis, 1990.
- Escuela de Alta Capacitación Royal Bureau, **Seminario sobre leyes financieras: Innovaciones y complejidades**. 19 de septiembre de 2002.
- Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN, **Guatemala frente a las Cuarenta recomendaciones del GAFI y al Reglamento Modelo de la CICAD/OEA**. <http://www.latinbanking.com/lavado/index.php>, (octubre 2002).
- GONZÁLEZ RODAS, Adolfo. **La consolidación de un moderno Ministerio Público** premisa de la efectividad de la persecución penal. 2da.ed.
- Grupo de Acción Financiera (GAFI), **Las cuarenta Recomendaciones**. <http://www.latinbanking.com/lavado/index.php>, (octubre 2002).
- JORDÁN, Wilfredo, **GAFI fiscalizará cuentas bancarias de las ONG'S**. Página electrónica www.prensa.com, (octubre de 2003).
- VALLEJO, Manuel, **Los principios de la prueba en el proceso penal español**. Página electrónica [http://www.unifr.ch/derecho penal](http://www.unifr.ch/derecho%20penal), (noviembre de 2003).
- Lavadodinero.com, "lavado de dinero un delito criminal", <http://www.lavadodinero.com/QueEsLavado.aspx>, (8 junio de 2002).
- MACDOWELL, John. **Las consecuencias del lavado de dinero y el delito Financiero**. Oficina de asuntos internacionales de narcóticos y aplicación de la ley del departamento de estado. Estados Unidos.
- MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. 1ª. ed., Guatemala: Magna Terra Editores, 1,999.
- Organizaciones de los Estados Americanos. **Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado de dinero**, página electrónica. www.cicad.oas.org/Lavado_Activos, (junio de 2003).
- Organización de los Estados Americanos. **Reglamento modelo sobre delitos de lavado Relacionados con el trafico ilícito de drogas y delitos graves**, las Bahamas, 23 de mayo de 1992 y sus modificaciones. www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

PINTO, Ricardo y Ophelie Chevalier, **El delito de lavado de activos como delito autónomo**. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: El autos del hecho previo como autor de lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de la prueba indiciaria. Editado y aprobado por Dr. Franzini Batlee. Organización del los Estados Americanos, www.uifbol.gov.bo/uif.gafi40r.htm, (agosto 2002).

Plan de Acción II Cumbre de las Américas, celebrada el 18 y 19 de abril de 1998, Santiago de Chile. www.cicad.oas.org, (noviembre de 2002).

PRADO SALDARRIAGA, Victor, **La tipificación del lavado de dinero en Latinoamérica: modelos, problemas y alternativas**. Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Dinero de la CICAD-OEA, [http://www.unifr.ch/derecho penal/articulos/htm/artsaldoc1htm](http://www.unifr.ch/derecho%20penal/articulos/htm/artsaldoc1htm), (agosto de 2002).

PRADO SALDARRIAGA, Victor, **Los medios de prueba en los procesos por delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales: ideas generales**. Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Dinero de la CICAD-OEA, [http://www.unifr.ch/derecho penal/articulos/htm/artsaldoc1htm](http://www.unifr.ch/derecho%20penal/articulos/htm/artsaldoc1htm), (agosto de 2002).

PRADO SALDARRIAGA, Victor, **Notas sobre la apreciación judicial de las pruebas en los procesos por tráfico ilícito de drogas y lavado de activos**. Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Dinero de la CICAD-OEA, [http://www.unifr.ch/derecho penal/articulos/htm/artsaldoc1htm](http://www.unifr.ch/derecho%20penal/articulos/htm/artsaldoc1htm), (agosto de 2002).

SIERRA GONZALEZ, José Arturo, **Derecho constitucional guatemalteco** Guatemala: Ed. Piedra Santa, 2000.

Superintendencia de Bancos de Guatemala, **Seminario sobre avances con relación a la prevención del lavado de activos y las evaluaciones del GAFI**, www.sib.gob.gt, 2004

Superintendencia de Bancos de Guatemala, Intendencia de Verificación Especial. **Presentación importancia y prevención del lavado de dinero en el sector financiero**. 4 de octubre de 2002, página electrónica, www.sib.gob.gt, 2004.

VASQUEZ AYALA, Edgar Rodolfo, **Tesis referente a la evolución y conformación del elemento probatorio en la fase preparatoria del proceso penal**. Octubre de 2004.

Legislación:

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

Digesto Constitucional, Corte de Constitucionalidad,

Declaración Universal sobre los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

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

Código Procesal Penal y sus Reformas, Congreso de la República, Decreto 51-92, 1992.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107, 1974.

Ley Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89 1989.

Ley de Narcoactividad, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 48-92, 1992

Ley Orgánica del Ministerio Público y sus reformas, Congreso de la República y sus reformas, Decreto 40-94. 1994

Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 34-96, 1997.

Ley de Lavado de Dinero u otros activos, Congreso de la República de Guatemala Decreto 67-2001, 2001.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 512, derogado.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 16-2002, 2002.

Ley de Supervisión Financiera, Congreso de la República de Guatemala Decreto 18-2002, 2002.

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

Ley de Organizaciones no Gubernamentales, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-2003, 2003.

Acuerdo de entendimiento para la Supervisión Consolidada, entre la Superintendencia de Bancos de Panamá y la Superintendencia de Bancos de Guatemala. www.sib.gob.gt, 2004.

Acuerdo Internacional en Contra de la Corrupción, suscrito con La Embajada de los Estados Unidos para combatir el Narcotráfico y apoyar a la Fiscalía contra la Corrupción. Ratificado 2001.

Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancia sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, ratificada por Guatemala en 1990.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita el 25 de marzo de 1972, ratificada por Guatemala el 4 de noviembre de 1975.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional suscrita el 12 de diciembre de 2000, ratificada por Guatemala el 18 de septiembre de 2003, entró en vigor el 25 de octubre de 2003.

Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, suscrito el 13 de julio de 1931, Ginebra, Suiza, ratificado el 11 de abril de 1933 por Guatemala.

Convención única sobre estupefacientes, suscrito el 30 de marzo de 1961 en Nueva York, ratificada por Guatemala en 1967.

Convenio centroamericana para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, suscrito en el 11 de julio de 1997, Panamá y ratificada por Guatemala el 27 de julio de 2002.

Convenio constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la erradicación de la producción, consumo y uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita el 29 de octubre de 1993, ratificada por Guatemala el 31 de julio de 1995.

Declaración de principios del comité para la reglamentación bancaria y las prácticas de vigilancia de basilea sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para fines de reciclaje de fondos derivados de actividades ilegales, Basilea (1975.)

Tratado de cooperación mutuo entre el gobierno de la República de Guatemala y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el intercambio de

información respecto de operaciones financieras realizadas a través de instituciones financieras para prevenir, detectar y combatir operaciones de procedencia ilícita o de lavado de dinero, suscrito en la ciudad de México el 21 de febrero de 2002.

Ley 23 y sus reformas, Asamblea Legislativa Panameña. Diciembre de (1986. página electrónica www.google.com)