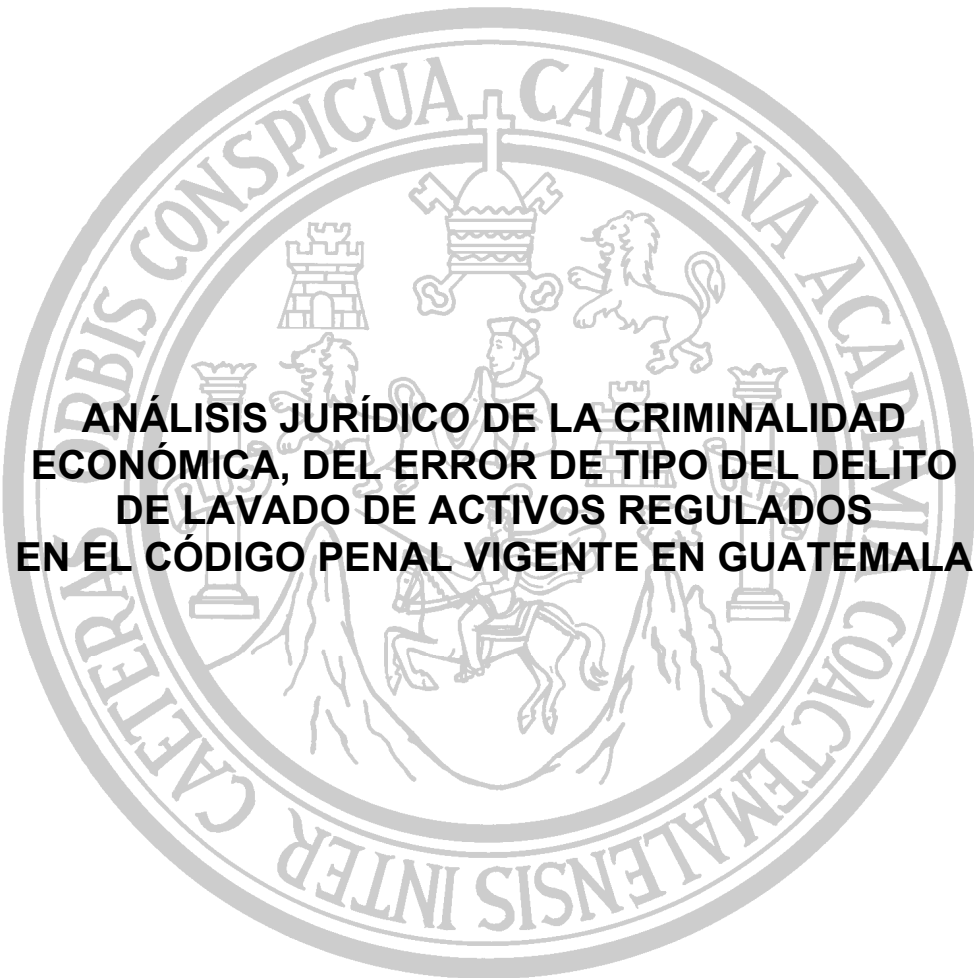


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CRIMINALIDAD
ECONÓMICA, DEL ERROR DE TIPO DEL DELITO
DE LAVADO DE ACTIVOS REGULADOS
EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

ESPERANZA ALVARADO MAYÉN

GUATEMALA, MARZO DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA, DEL ERROR DE TIPO
DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL
VIGENTE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ESPERANZA ALVARADO MAYÉN

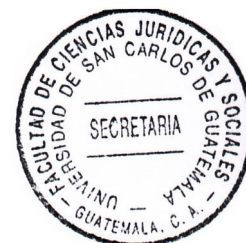
Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2009.



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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL.**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Manfredo Maldonado
Secretario:	Lic. Carlos De León Velásco
Vocal:	Lic. Rodolfo Celis López

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Magda Gil Barrios
Secretario:	Lic. José Dolores Bor
Vocal:	Licda. Marisol Morales Chew

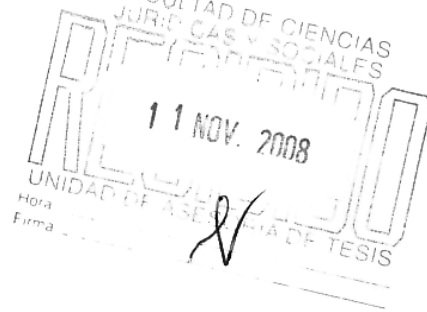
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas Sustentadas contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Abogado y Notario
Colegiado 1557



Guatemala, 10 de noviembre de 2008

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa dirección, se me nombra Asesor de Tesis de la bachiller: Esperanza Alvarado Mayén, quien se identifica con el carné estudiantil 199216654, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA, DEL ERROR DE TIPO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA”**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con la bachiller Esperanza Alvarado Mayén, con quien procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la bachiller Esperanza Alvarado Mayén, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando la ponente un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; y haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo las cuales son congruentes con el tema.

Se estima favorable y se considera de parte de su servidor que el tema es de mucha importancia puesto que trata de la criminalidad económica y del error de tipo del delito de lavado de activos en la legislación penal vigente en el país.

Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Abogado y Notario
Colegiado 1557



En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Examen General Público de Tesis, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,

Lic. Carlos de León Velasco

ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Humberto De León Velasco

Asesor de Tesis

Colegiado 1557

17 Calle 11-08 zona 1

Tel: 54122152

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de noviembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS RAMIRO LEMUS RECINOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ESPERANZA ALVARADO MAYÉN, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA, DEL ERROR DE TIPO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA".

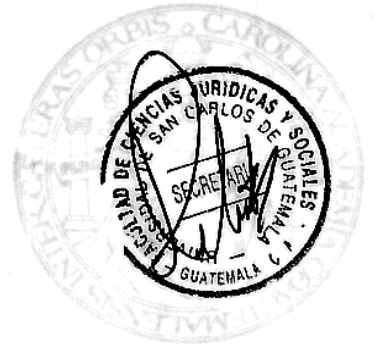
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración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


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

cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm



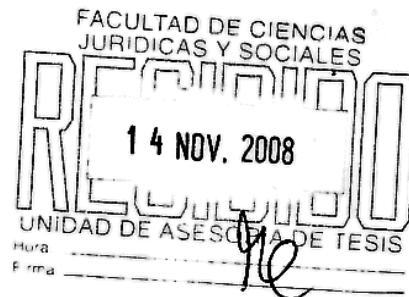
Licenciado Carlos Ramiro Lemus Recinos
Abogado y Notario
Colegiado No. 2,051



Guatemala, 13 de noviembre de 2008

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido Licenciado Carlos Castro:

De conformidad con el nombramiento emitido por dicha dirección, de fecha doce de noviembre de año dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller: Esperanza Alvarado Mayén, intitulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA, DEL ERROR DE TIPO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA"**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad, la recolección de información realizada por la bachiller Esperanza Alvarado; fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

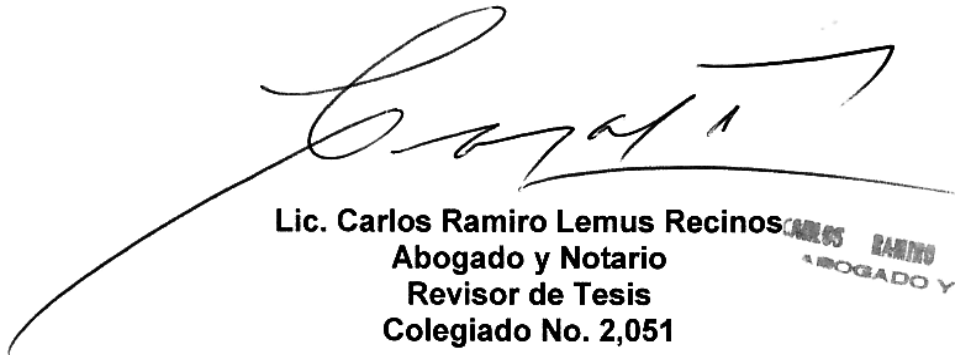
Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal

Licenciado Carlos Ramiro Lemus Recinos
Abogado y Notario
Colegiado No. 2,051



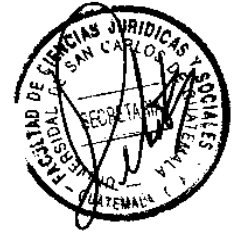
sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegado a las pretensiones de la autora, en virtud cumpliendo con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por la bachiller Esperanza Alvarado Mayén, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema relativo a la importancia de la utilización de extranjerismos al redactar la ley.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.



Lic. Carlos Ramiro Lemus Recinos
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado No. 2,051

CARLOS RAMIRO LEMUS RECINOS
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ESPERANZA ALVARADO MAYÉN. Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA, DEL ERROR DE TIPO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Supremo creador que me da sabiduría, y es mi guía Para seguir adelante, “Dios me escuchó y atendió a la voz de mi plegaria. ¡Bendito sea Dios, que no desvió mi súplica ni apartó de mí su amor!.
- A MIS PADRES:** Odilia Mayèn Mayèn (+) y Abraham Alvarado Ortiz (+). Que mis logros alcanzados sean el mejor tributo a su memoria.
- A MI ESPOSO:** Abel Estuardo García Gaitan. Con amor profundo, por su apoyo incondicional en todo momento y compartir conmigo sinsabores y alegrías.
- A MIS HIJOS:** Flor de Maria y Daniel Estuardo. Razón de mi existir, para ellos este triunfo, y a quienes agradezco profundamente por entenderme y comprenderme.
- A MIS HERMANOS.** Mauro Rogelio, Vilma y Mèlida. Con todo mi amor, y disfrutemos juntos de la alegría que hoy me embarga.
- A MIS SOBRINOS:** Con cariño, que el triunfo hoy alcanzados sea un ejemplo a seguir.
- A:** Mis suegros. cuñados y familia en general, con especial agradecimiento por instarme siempre a seguir adelante.
- A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS, EN ESPECIAL A:** Licda. Julia Yolanda España, Miriam Guerra, Adelaida Valle, Thelma Reynoso, Elder Guerra, Francisco Javier Orrego, por su amistad y apoyo.
- A MI ASESOR Y REVISOR DE TESIS:** Lic. Carlos Humberto de León Velásco y Lic. Carlos Ramiro Lemus Recinos, respectivamente. Por su invaluable apoyo en la elaboración y presentación de la presente tesis.



A MIS MADRINAS
Y PADRINOS:

Licda. Julia Yolanda España Cabrera; M.B.A. Maria del Carmen Dardon Sarti; Lic. Abel Estuardo García Gaitan, Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios, Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo. Con agradecimiento muy especial por su apoyo y sus sabios consejos.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, “mi segunda casa” a quien agradezco eternamente por albergarme todos estos años hasta ver culminada mi carrera.

A: Mi patria Guatemala.

A: Usted especialmente.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

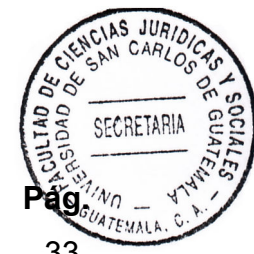
1. Criminalidad económica..... 1

- 1.1. Definición..... 1
- 1.2. Los obstáculos a la persecución de la criminalidad económica 4
- 1.3. Los graves perjuicios ocasionados por la delincuencia económica... 6
 - 1.3.1. Los daños económicos. Algunas cifras..... 6
 - 1.3.2. Perjuicios colaterales intangibles..... 7
- 1.4. La etiología de la delincuencia económica. Factores individuales y sociales..... 8
 - 1.4.1. La asociación diferencial..... 9
 - 1.4.2. La teoría de la anomia..... 11
- 1.5. Las sanciones aplicables a la criminalidad económica..... 16

CAPÍTULO II

2. Error tipo y error de prohibición..... 19

- 2.1. Error de tipo..... 19
- 2.2. Error de Prohibición..... 22
- 2.3. Error de derecho y error de hecho..... 26
- 2.4. Error de derecho penal y de derecho no penal..... 29
- 2.5. El error vencible e invencible..... 30
- 2.6. Error esencial y no esencial..... 32



2.7. Error directo e indirecto.....	33
2.8. Error de comprensión, error de conocimiento y error de Subsanación.....	34

CAPÍTULO III

3. Delito de lavado de activos de origen delictivo.....	37
3.1. Definición.....	37
3.2. La cuestión de la autonomía del delito del lavado y su relación con el encubrimiento.....	39
3.2.1. Bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos.....	41
3.2.2. Los métodos de lavado.....	41
3.2.2.1. Los efectos económicos del lavado de dinero.....	44
3.2.2.2. El origen criminal de los ingresos.....	47
3.3. Instrumentos internacionales en el ámbito del lavado de activos....	48
3.3.1. La convención de las Naciones Unidas sobre Drogas de de 1988, Convención de Viena y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.....	48
3.3.2. El trabajo de la Organización de los Estados Americanos-OEA.....	50
3.3.3. Actividades en Europa: El Consejo de Europa, la Convención de Europa sobre el Blanqueo de Activos de 1990. La Directiva de la Comunidad Europea.....	51
3.3.4. El Grupo de Acción Financiera-GAFI- y otros grupos Regionales de ese estilo. Grupo de Acción Financiera del Caribe-GAFIC- y Grupo de Acción Financiera de Sudamérica-GAFISUD.....	52
3.4. Legislación comparada y Bien Jurídico.....	53
3.5. El lavado de activos como conducta que afecta bienes jurídicos distintos al delito de encubrimiento.....	58



3.6. Acción típica. Tipo objetivo del delito de lavado en las normas internacionales.....	61
3.6.1. La conversión y la transferencia.....	61
3.6.2. La ocultación o encubrimiento.....	63
3.6.3. La adquisición. Posesión, tenencia, utilización o administración de bienes.....	66

CAPÍTULO IV

4. Error de tipo en el delito de lavado de dinero u otros activos de origen delictivo, regulado en el Código Penal vigente en Guatemala..	71
4.1. Lavado de dinero u otros activos y criminalidad económica.....	71
4.2. La estructura típica del blanqueo de capitales.....	72
4.2.1. El tipo objetivo.....	72
4.2.2. El tipo subjetivo.....	77
4.3. El error de tipo en el delito de blanqueo de capitales.....	78
4.3.1. Principios generales.....	79
4.3.2. Problemática del error de tipo en el delito de lavado de activos.....	79
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

El tema propuesto resulta de gran interés y actualidad, dado que a través del análisis jurídico que se hace del error de tipo del delito de lavado de activos, se pone al descubierto la problemática emergente de la errónea tipificación del delito de lavado de activos.

Es objeto de esta tesis, el análisis y la discusión de la criminalidad económica, del error de tipo del delito de lavado de activos, regulados en la legislación financiera penal vigente en Guatemala, partiendo del criterio jurídico sobre la importancia del derecho económico y la trascendencia internacional de la criminalidad organizada. Asimismo, comprobar que debido al error de tipo contenido en el delito de lavado de activos de la legislación penal guatemalteca, se impide la persecución penal y condena de los delitos de criminalidad económica

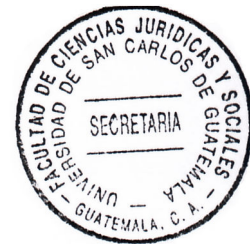
Generalmente el delito de lavado de dinero u otros activos se tipifica a partir del delito de encubrimiento y en ambos delitos la acción consiste en asegurar el resultado de otro delito, a eludir la justicia, el castigo o bien a ocultar rastros del crimen.

Esta tesis consta de cuatro capítulos: el primero, relacionado con la explicación de la criminalidad económica y sus características; el segundo, sobre el error de tipo y el error de prohibición; el tercero, análisis jurídico del delito de lavado de activos, su importancia jurídica, tanto nacional como internacional; por último, en el capítulo cuarto,



se abordan los elementos esenciales del error de tipo en el delito de lavado de activos.

Hice un análisis de toda la doctrina sobre la criminalidad económica del delito de lavado de activos y del error de tipo en contraposición a lo estipulado en la legislación guatemalteca, habiendo utilizado la técnica documental y bibliográfica.



CAPÍTULO I

1. Criminalidad económica

1.1. Definición

Desde el punto de vista criminológico, la delincuencia económica se define como las infracciones lesivas de orden económico, cometidas por personas pertenecientes a estratos altos en el ejercicio de su actividad profesional.

“La trascendencia social de esta delincuencia se manifiesta, en primer término, por la cuantía de los daños ocasionados y en segundo lugar, por el reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad. En muchas ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente de cuello blanco logra que terceros o subalternos sean los autores materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, la persecución del autor que realmente ha dominado la acción.”¹

Estos son los rasgos criminológicos de mayor trascendencia. También debe destacarse, aunque en un segundo plano, que en este tipo de infracciones se lesiona, en muchas ocasiones, la confianza, explícita o implícita, en la economía.

Los sistemas penales evidencian una distorsión estructural fundamental: sólo persiguen, con cierto grado de eficacia, la delincuencia convencional, definiendo como

¹ Bajo Fernández, Miguel. **Derecho penal económico**. Pág. 49.



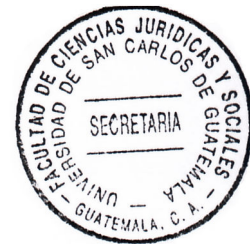
infractor a las personas pertenecientes a las clases subalternas.

Esta distorsión estructural fortalece la imagen estereotipada de un delincuente pobre y violento. Partiendo de la definición legal, la criminalidad es un comportamiento que podría atribuirse a sectores privilegiados de la sociedad y no a una minoría estigmatizada y desviada, como se hace tradicionalmente.

“El positivismo criminológico, al negarle toda racionalidad a la acción criminal e interpretando ésta como patológicamente condicionada, es incapaz de explicar e identificar acciones delictivas racionalmente planificadas, tal como ocurre con la criminalidad económica. Respecto a esta modalidad delictiva, la teoría de la asociación diferencial de Sutherland, así como la teoría de la anomia de Merton, marcaron una importante transformación en el análisis de esta delincuencia. Sutherland presenta el 27 de diciembre de 1939 ante la sociedad Americana de Sociología su tesis fundamental sobre la criminalidad económica, titulándola: ‘White Collar Criminality’. Su trabajo provocó un impacto similar al que suscitó el hombre delincuente de Lombroso.”²

El infractor en este tipo de delincuencia es una persona de nivel socio-económico elevado, lo que le permite ejercer, con mayor o menor éxito, suficiente influencia para impedir la intervención de la víctima o del aparato de persecución estatal. Aunque el status económico elevado es una característica que ha sido objetada por algunos autores, es un indicador del que no puede prescindirse, ya que tiene, en la práctica, una

² Cruz Castro, Fernando. **Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable preversión del sistema penal.** Pág. 4.



importante influencia.

Además de estas características, se pueden agregar las siguientes:

- a. Lesión de la confianza en el tráfico mercantil.
- b. Comportamiento abusivo frente a la ignorancia o ingenuidad de la víctima.
- c. La planificación de la acción delictiva le permite al autor impedir o controlar su descubrimiento. En algunas materias la complejidad de los textos que la regulan, le permite a los asesores especializados, crear las condiciones con las que impiden la aplicación de la ley, obteniendo beneficios injustificados e ilegítimos. La creciente intervención estatal en la economía y la utilización del capital anónimo facilitan la acción delictiva y dificultan notablemente su investigación.

”También es una delincuencia ligada a una actividad profesional, lo que incluiría la delincuencia de cuello azul, cuyos autores no siempre pertenecen a los estratos sociales privilegiados. Dentro de estas actividades delictivas se incluye, entre otras, la de los profesionales liberales, como los médicos, cuando suministran, ilícitamente, drogas o practican abortos; lo mismo ocurre con el asesoramiento que prestan los abogados en la ejecución de acciones ilícitas o delictivas. De igual forma se incluyen las acciones fraudulentas ejecutadas por los profesionales obreros, especialmente en la construcción de viviendas, reparación de autos, electrodomésticos, etc. Se podría hablar en este caso de un delito ocupacional, en lugar del delito de cuello blanco y que sería el que se comete en el ejercicio de una profesión civil o en estrecha relación con ella, tal como ocurre, con las actividades recién citadas y también con los delitos



cometidos por las grandes corporaciones, las prácticas desleales de los comerciantes así como la corrupción de funcionarios. Desde el punto de vista del objeto, también abarcaría la adulteración de alimentos y bebidas, los delitos fiscales, aduaneros y monetarios. En realidad, el delito ocupacional se integra dentro de la criminalidad económica, tal como la definió el mismo Sutherland, pues al fin y al cabo son actividades profesionales mercantiles en las que se realizan actos criminales o ilícitos.”³

1.2. Los obstáculos a la persecución de la criminalidad económica

La indulgencia generalizada frente a la delincuencia económica es uno de los obstáculos más importantes al desarrollar una política represiva frente a estas infracciones. El legislador, los jueces y la opinión pública tienden a menospreciar la trascendencia socio-política de estos delitos. Los estereotipos dominantes sobre la criminalidad y el delincuente propician la exclusión directa o indirecta de la delincuencia económica.

La planificación e ingenio que requiere este tipo de delitos, así como la circunstancia de que su autor posee, en muchas ocasiones, conocimientos especializados que le permiten ocultar hábilmente su acción fraudulenta, plantea obstáculos insalvables a las autoridades judiciales y policiales que deben investigar estos delitos, pues además de los limitados recursos materiales a su alcance, no poseen los conocimientos especializados que sí posee el autor de la infracción. Los jueces, los fiscales o los agentes policiales, generalmente no comprenden los fenómenos económicos y el

³ Middendorff, Wenceslao. **Sociología del delito**. Pág. 61.



proceso penal tradicional no se adapta a los procesos cuyo objeto fundamental es de carácter económico.

La internacionalización de la criminalidad económica es otro obstáculo en la investigación de estas acciones delictivas. Las diversas fases de los fraudes millonarios se realizan en distintos países, tal como ocurre, por ejemplo, con la recepción de fondos privados para inversión. Esta situación plantea serias dificultades en la investigación; se requiere más tiempo para determinar las características y los elementos típicos del hecho criminal, así como una importante inversión de fondos públicos para poder localizar evidencias en otros países. La internacionalización facilita aún más el fraude, ya que al ciudadano común le resulta muy difícil evaluar las atractivas ofertas de una empresa que aparenta tener el sólido respaldo de un capital transnacional.

El Ministerio Público, carece de recursos humanos y materiales para desarrollar una eficiente investigación en los delitos económicos, pues no se cuenta con un personal auxiliar especializado y suficiente, que es lo que se requiere en estos casos. Si no se cuenta con este auxilio, el fiscal no puede plantear su acusación o el juzgador no puede determinar la verdad sobre los hechos. Tampoco se ha planteado la posibilidad de crear jurisdicciones especializadas en el conocimiento del delito económico, ocurriendo lo mismo respecto a los fiscales del Ministerio Público, quienes a lo más que han llegado es a crear la fiscalía específica, pero no la han dotado de personal especializado sobre el tema. Esta especialización es indispensable, pues de lo contrario, la ineficacia del sistema penal frente a la delincuencia económica seguirá siendo un hecho inevitable, como ha ocurrido hasta el momento.



La investigación de estos casos reviste especial dificultad, pues los indicios y rastros del hecho delictivo, a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra la integridad física, como el homicidio, no son evidentes. La aparente legitimidad de la acción fraudulenta plantea, desde el inicio de la investigación, serias dificultades.

1.3. Los graves perjuicios ocasionados por la delincuencia económica

1.3.1. Los daños económicos. Algunas cifras

El perjuicio económico provocado por la delincuencia económica, es cuantioso. “En Alemania se ha considerado que el valor de los daños ocasionados por la delincuencia económica se puede estimar en unos diez mil o quince mil millones de marcos por año. Esta cifra permite afirmar que los daños ocasionados por la criminalidad económica superan la totalidad de los ocasionados por el resto de la delincuencia. De igual forma, en 1965 en los Estados Unidos, el robo con allanamiento ocasionó perjuicios económicos por valor de 284 millones de dólares, mientras que en ese mismo período la Comisión Presidencial, estimó que las ganancias provenientes del juego eran de siete mil millones de dólares, y sin embargo, la proporción de recursos estatales dedicados al combate del delito no convencional y del crimen organizado, siguen siendo escasos en los Estados Unidos y con mayor razón en los países subdesarrollados.”⁴

En este punto el sistema político asume una posición convenientemente contradictoria,

⁴ Pearce, Frank. **Los crímenes de los poderosos**. Pág. 106.



ya que se pregona la necesidad de perseguir por igual la delincuencia convencional y la no convencional, pero a los órganos de persecución y al poder judicial no se le brinda la independencia y los recursos materiales que requieren para poder desarrollar una acción eficaz frente a la delincuencia económica.

El perjuicio económico ocasionado por la criminalidad económica y por el crimen organizado, superan notablemente las pérdidas provenientes de todos los robos y hurtos cometidos por la pequeña y mediana delincuencia; sin embargo, la persecución del sistema penal y la atención de la prensa se concentra, generalmente sobre la delincuencia convencional, ignorándose y minimizándose los efectos nocivos ocasionados por la criminalidad económica y en los casos excepcionales en que se impone una sanción, ésta es leve y poco significativa.

1.3.2. Perjuicios colaterales intangibles

Los perjuicios inmateriales provocados por la delincuencia económica se determinan en la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, las deformaciones en el equilibrio de los mercados y la grave distorsión o eliminación de la competencia. Estos efectos no se pueden determinar de inmediato, sino que se producen a corto o mediano plazo. Sin duda alguna, quien se beneficia con las ganancias ilícitas provenientes de las maniobras fraudulentas con las que evade impuestos y otros controles estatales, obtiene una posición ventajosa respecto a otros agentes económicos o frente al mismo consumidor, lo que le podría permitir, dependiendo de la magnitud del fraude, alcanzar posiciones ventajosas en el mercado, eliminar la competencia e incluso lograr el control



monopólico del mercado.

Otros perjuicios intangibles ocasionados por la delincuencia económica, son: “el efecto resaca o espiral, la reacción en cadena y finalmente el fortalecimiento y profundización de la corrupción en la administración pública, pues en este tipo de delitos casi siempre se requiere la participación, por acción u omisión, de algún funcionario público”.⁵

Dentro del efecto corruptor debe destacarse la financiación clandestina e ilegítima de los partidos políticos, ya que tanto el crimen organizado, como los narcotraficantes o las empresas que desarrollan una actividad sistemática de violación al ordenamiento jurídico económico, obtienen importantes beneficios al neutralizar la acción estatal mediante la financiación de las campañas políticas de los partidos mayoritarios.

Esta financiación clandestina o ilegal, le asegura al generoso contribuyente, una poderosa influencia política con la que neutraliza la acción estatal. En estos casos, la generosa contribución a la campaña política se retribuye con el trato privilegiado que el partido le brinda, desde el aparato de poder político, al delincuente económico que ha asegurado su inmunidad mediante una generosa contribución a la campaña.

1.4. La etiología de la delincuencia económica. Factores individuales y sociales

“Es muy difícil establecer una explicación patológico-individual sobre el delincuente económico, tal como se pretendió, sin éxito, a través del famoso Psicograma de



Mergen, cuyo objetivo fundamental era identificar las características que definen la estructura síquica de este tipo de delincuente”.⁶

Dentro de los enfoques sociológicos más importantes sobre la delincuencia económica, debe mencionarse la teoría de la asociación diferencial y la teoría de la anomia.

1.4.1. La asociación diferencial

“La asociación diferencial fue propuesta por Sutherland en 1939, manteniéndose con modificaciones por Sutherland y Cressey en su obra titulada: Principios de Criminología de 1966. Se rechaza en esta teoría las explicaciones siquiátricas del comportamiento criminal, sin que tampoco se tome en cuenta la condición económica del infractor, lo que constituye una transformación conceptualmente significativa.”⁷

Este planteamiento se encuentra dentro de las teorías de las subculturas y parte del principio de que la delincuencia es el producto de un proceso de aprendizaje y de interacción.

Esta teoría se resume en nueve postulados:

- A) La conducta criminal es aprendida.
- B) La conducta criminal es aprendida en interacción con otras personas dentro de un proceso de comunicación.

⁶ Sandoval Huertas, Emiro. **Sistema penal y criminología crítica**. Pág. 72.

⁷ Bergalli, Roberto. **Criminalidad económico-social: Una digresión sobre la tropología del discurso jurídico-Penal**. Pág. 63.



- C) La parte principal del aprendizaje de la conducta criminal se produce mediante la interacción en grupos personales íntimos.
- D) Cuando la conducta criminal se aprende, el aprendizaje requiere:
- a) Técnicas para cometer el delito, que son algunas veces muy complicadas, y otras muy simples.
 - b) La dirección específica de los motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes.
- E) La dirección específica de los motivos e impulsos es aprendida de las definiciones de los códigos legales como favorables y desfavorables.
- F) Una persona pasa al acto delictivo debido a un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley sobre las definiciones desfavorables a la violación de la ley.
- G) Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad.
- H) El proceso de aprendizaje de la conducta criminal por asociación con patrones criminales y anti-criminales comprende todos los mecanismos que están involucrados en cualquier otro proceso de aprendizaje.
- I) Aunque el comportamiento criminal es la expresión de un conjunto de necesidades y valores, no se explica por tales necesidades y valores, puesto que el comportamiento no criminal es también expresión de las mismas necesidades y valores.

Según esta teoría, la conducta criminal es la culminación de un proceso de aprendizaje en el que no se detectan necesidades y motivaciones diferentes al aprendizaje de una conducta respetuosa de la ley.

“La tesis de Sutherland requiere un enfoque transnacional en virtud de la



internacionalización del capital. Variadas críticas se le han hecho a esta teoría; sin embargo, una de las más graves limitaciones de esta teoría consiste en el hecho de que no toma en cuenta la influencia decisiva que tienen, para el ser humano, las elecciones racionales con las que define sus propósitos y proyectos, de manera que bien puede elegir entre diversos modelos de comportamiento. El peligro de esta teoría es que bien puede sustituir el determinismo biológico por un determinismo social. Desde esta perspectiva la acción individual, el acto desviado como simple expresión de una personalidad rebelde, no encuentra respuesta dentro de esta teoría; predomina el concepto de que es la estructura organizativa de la asociación diferencial, con su capacidad de transmitir valores antagónicos, la que se convierte en el centro del análisis del fenómeno criminal. Es importante destacar, en todo caso, que la teoría es útil en la explicación de las nuevas formas criminales que surgen con el gangsterismo norteamericano de las décadas de los veintes y treintas.”⁸

1.4.2. La teoría de la anomia

El término anomia se refiere a ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que provoca, entre otras consecuencias, la conducta desviada de algunos de sus miembros. Esta situación de crisis guarda estrecha relación con la estructura, organización y el grado de desarrollo social.

“Durkheim es el primero que desarrolla, desde un punto de vista criminológico, la teoría de la anomia, replanteando posteriormente su contenido, el sociólogo norteamericano

⁸ López-Rey y Arrojo, Manuel. *Criminología*. Pág. 155.



Robert Merton. Merton parte de la misma idea propuesta por Durkheim en el sentido de que el delito es un fenómeno social normal, aportando a esta teoría un concepto fundamental: La ruptura entre fines sociales y medios para alcanzarlos.... La conducta delictiva refleja la discrepancia entre las expectativas culturalmente preexistentes y los medios determinados por la estructura social para satisfacer tales expectativas. Merton introduce muy claramente la variable estructural al proponer una teoría general del comportamiento desviado, señalando que su primer propósito es descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista."⁹

El comportamiento desviado, como expresión de una conducta inconformista, tiene causas sociales y culturales, ya que tal conducta se origina en la discrepancia entre las aspiraciones culturalmente determinadas y los medios socialmente aceptados para obtenerlas. La estructura social le facilita a los grupos dominantes la obtención de los valores culturales, pero se le hace difícil o imposible de alcanzar a los demás.

La estructura social actúa como una barrera o como una puerta abierta para la acción impuesta por los mandatos culturales. Si no existe una adecuada integración entre la estructura cultural y la estructura social, exigiendo la primera una conducta y unas actividades que la segunda impide, surge una definida tendencia que va desde el quebrantamiento de las normas hasta su abolición.

Así, la estructura cultural convierte la acumulación de riqueza material en un valor

⁹ Pavarini, Massimo. **Control y dominación**. Pág. 123.



supremo para todos los ciudadanos, mientras que la estructura social restringe a ciertos grupos sociales del acceso efectivo a los procedimientos legítimos que permitirían lograr tal meta. Esta es la situación de los procesos favorables al estado social de anomia.

“La presión de la estructura social sobre el individuo propicia cinco tipos de adaptación y que Merton denomina de la siguiente forma: 1) Conformismo, 2) Innovación, 3) Ritualismo, 4) Retraimiento y 5) Rebelión. Todos estos tipos de adaptación, excepto el primero, representan modalidades de conductas desviadas aunque no necesariamente criminales.”¹⁰

Al asumir una actitud innovadora, el sujeto conserva las metas culturales, pero rechaza los medios institucionales para lograrlas. Esta adaptación la asumen las personas de estratos sociales altos y bajos, manifestándose, de igual forma, en la delincuencia de cuello blanco.

El delincuente económico casi siempre presenta las características que definen la reacción innovadora, aunque si se trata de una sofisticada defraudación en las altas finanzas, no será fácil determinar que lo que parece un negocio genial, en realidad es un procedimiento ilegítimo y socialmente reprochable.

Asimismo, este planteamiento es aplicable a la delincuencia común, pues cuando existe poca movilidad social y los valores predominantes son el éxito económico y el ascenso

¹⁰ **Ibid.** Pàg. 46.



social, la conducta desviada se convierte en una reacción normal de las clases subalternas. También, el comportamiento desviado o delictivo se podría manifestar a través de la rebelión. En este caso son comportamientos en los que no sólo se rechazan los fines culturales, sino que también se rechazan los medios institucionalizados para obtenerlos, proponiéndose, en último término, un cambio total.

El revolucionario es el ejemplo que mejor sintetiza las características que definen la rebeldía. La delincuencia de cuello blanco casi siempre presenta las características que definen la adaptación innovadora, ya que la rebelión supone una ruptura que difícilmente asume la criminalidad económica. Es, en los niveles económicos superiores en donde puede apreciarse la presión hacia la innovación, que en muchas ocasiones parece borrar la diferencia entre esfuerzos a manera de negocios del lado de las costumbres y prácticas violentas más allá de las costumbres.

“Como observó Veblen: No es fácil en ningún caso dado en realidad, es imposible a veces hasta que no han hablado los tribunales; es decir, si es un caso encomiable del arte de vender o si es un delito punible. La historia de las grandes fortunas norteamericanas está llena de tendencia hacia innovaciones institucionalmente dudosas, como lo atestiguan los numerosos tributos pagados a los magnates del robo. La repugnante admiración expresada con frecuencia en privado, y no rara vez en público, a esos sagaces, vivos y prósperos individuos, es producto de una estructura cultural en la que el fin sacrosanto justifica de hecho los medios. En un sistema social en el que el valor cultural dominante es el éxito económico, la presión estructural es intensa hacia la conducta desviada, ya que los medios legítimos para lograr tal



enriquecimiento, están limitados por una estructura de clases que no le brinda, en todos los niveles, iguales oportunidades a los individuos capaces. La presión dominante se orienta hacia la utilización creciente de los procedimientos ilegítimos, ya que los legítimos resultan, generalmente, ineficaces.”¹¹

La actitud innovadora y los procedimientos legítimos limitados para lograr el enriquecimiento, constituyen las características más sobresalientes del delito de cuello blanco dentro de la teoría de la anomia. A esta teoría se le han hecho diversas críticas, señalando, especialmente, que la desviación innovadora de las clases más desfavorecidas, no puede tener la misma función explicativa respecto a la criminalidad de cuello blanco. Es decir, que cuando se trata de personas pertenecientes a los grupos económicamente más poderosos, tal como ocurre con la criminalidad económica, difícilmente puede admitirse que sean sujetos que no tengan fácil acceso a los medios legítimos para obtener el éxito económico.

En este punto el planteamiento de Merton se resquebraja, sin que identificara el nexo funcional objetivo de la criminalidad de cuello blanco y la gran criminalidad organizada, dentro de la estructura del proceso de producción y del proceso de circulación del capital; es decir, que existe, según se ha puesto en evidencia en diversas investigaciones sobre la gran criminalidad organizada, una relación funcional objetiva en la sociedad capitalista, entre los procesos legales y los procesos ilegales de acumulación. Por ejemplo, una parte del sistema productivo legal obtiene importantes beneficios de las actividades delictivas de gran estilo. Este vínculo estructural entre la

¹¹ Bergalli, Roberto. **La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella.** Pág. 195.



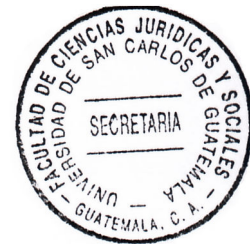
delincuencia dorada y el sistema político económico, no permite considerar a la primera como un mero problema de socialización y de interiorización de normas, como lo sugiere Merton.

1.5. Las sanciones aplicables a la criminalidad económica

El delincuente económico no es un marginado, tal como ocurre con el delincuente común. Más bien pertenece a los sectores dominantes de la sociedad, por esta razón las sanciones que se le podrían imponer no cumplirían los mismos objetivos político-criminales asignados a la pena impuesta al delincuente convencional.

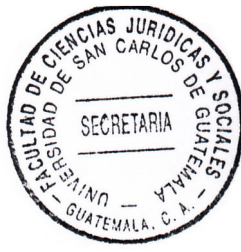
Reaccionar frente a ambos con los mismos criterios, sería ilógico e inconsecuente, ya que la sociedad adopta actitudes totalmente diferentes frente a uno y otro tipo de delincuente. Los delincuentes económicos no requieren resocialización, sino que el objetivo primordial de la pena frente a estos infractores es la intimidación. En este caso es aplicable el efecto shock de la pena de corta duración.

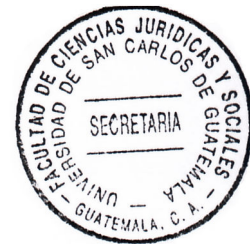
En cuanto a la criminalidad económica, la pena de corta duración, es eficaz, ya que su efecto preventivo especial es exitoso frente a los autores provenientes de los niveles sociales más altos. También pueden ser eficaces otro tipo de sanciones como: la amenaza de publicidad del proceso, en el que evidentemente se aprovechan las secuelas negativas de la estigmatización ocasionada por la acción represiva estatal; el cierre de la empresa; la inhabilitación profesional, que implica, según sea el caso, la prohibición temporal para cumplir funciones como gerente de una sociedad a la persona



condenada por un delito concursal.

Respecto a las subvenciones estatales, se puede imponer la inhabilitación temporal para solicitar subvenciones o para tomar parte en concursos. En el caso de la empresa condenada por un delito contra la competencia, se le podrían imponer limitaciones temporales en su propaganda. Todas estas sanciones tienen un claro objetivo contramotivador y disuasorio, que bien podrían aplicarse indistintamente a personas físicas y jurídicas. Estas sanciones pueden resultar más eficaces, dependiendo del tipo de infracción, que la pena individual, sea corta o larga. Lo importante, en todo caso, es que el Estado demuestre su disposición a perseguirlas penalmente hasta lograr que se imponga una pena y ésta sea cumplida.





CAPÍTULO II

2. Error de tipo y error de prohibición

2.1. Error de tipo

El error de tipo sería aquél que recae sobre las circunstancias que dan contenido a la figura o tipo delictivo; es decir, sobre circunstancias de hecho.

Al estudiar el dolo, se sabe que el error que recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo es el error de tipo, que invariablemente excluye la tipicidad dolosa de la conducta. Asimismo, cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que los extremos de la misma estén dados.

“El error de tipo (cuando falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo) determina según la corriente finalista, la ausencia de tipo. La expresión falta o es falso es equivalente a ignorancia o error, pero ambos se concilian en el error de tipo. Como bien lo señala Jescheck, el punto de partida de toda teoría del error debe ser la distinción objetiva de los diferentes casos de error”¹²

En general, el error es la ignorancia o falsa apreciación de una situación. En forma específica, la teoría del error del tipo se relaciona directamente con el dolo y su

¹² Jescheck, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte General. Pág. 275.



referencia es inmediata en cuanto a su valoración jurídica. En efecto, el dolo se entiende de forma general como el conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal.

Ahora bien, el error, y en forma específica el error de tipo supone el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo injusto. Bacigalupo al hablar sobre el error de tipo, señala que el mismo existe cuando "...el autor carezca de la correcta representación de la realidad, en la que actúa de tal forma que no pueda saber que su acción realiza el tipo de un delito. Como consecuencia de tal desconocimiento o error sobre la existencia de esos elementos, se excluye el dolo y todo lo demás. Como ejemplo; el caso del sujeto que dispara sobre una liebre que supone se oculta bajo una mata, pero lo hace sobre un niño que se encuentra en el lugar en que él cree está la liebre."¹³

En el caso de la total exclusión del dolo, se hace referencia del llamado error invencible, pero de ser vencible, deja subsistente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente -en los casos que sea posible su aplicación-.

“En forma clara y explícita, el derecho penal español consagra la institución del error de tipo y viene a salvar lagunas que anteriormente se mantenían. Tal redacción corresponde a la reforma de 1983, y es la que ha venido a introducir en forma explícita, situaciones que anteriormente se echaban de menos. Otro ejemplo del caso de error de tipo tenemos: el cazador que dispara sobre otro su escopeta tomándolo como una

¹³ Bacigalupo Zapater, Enrique. **El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición en comentarios a la legislación penal.** Pág. 65.



pieza. Aquí nos encontramos ante el desconocimiento esencial del tipo de homicidio donde se requiere que se mate a otro hombre (ver Artículo 407 del Código Penal español).”¹⁴

Respecto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una representación falsa como en la falta de una representación, ya que error es en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad. Lo anterior es de tal forma, ya que la falta de seguridad respecto a un elemento objetivo del tipo no es error, sino dolo eventual o imprudencia consciente; teniendo otro tratamiento jurídico.

En opinión de Bacigalupo: “desde la visión del error de tipo, lo que importa es si se trata de elementos que fundamenta no modifican la pena. Continúa indicando tal autor, que en tanto la ley se refiere por una parte a los elementos de la infracción (los que fundamentan la penalidad), como aquellos que agraven la pena (en definitiva, que la modifican), la distinción entre elementos esenciales y los que sólo serían accidentales resulta superflua.”¹⁵

La mayoría de los autores que tratan el tema, dan por supuesto y aceptada la diferencia que expone la ley, y proceden a partir de la distinción entre elementos esenciales y elementos accidentales; distinción que por otra parte, no llega a apartarse de la idea de fundamentación y modificación de la pena.

14 Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 275.

15 **Basigalupo. Ob Cit.** Pág. 68.



Así como el error de tipo es lo contrario a la existencia de dolo, el error de prohibición es del actual conocimiento del injusto.

2.2. Error de prohibición

El error de prohibición sería aquél que recae sobre normas que dan lugar a un hecho, el carácter de delito.

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición es un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación es el aspecto negativo de la antijuridicidad.

De esta manera, frente al error de tipo, que elimina siempre la tipicidad dolosa, pero que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, está el error de prohibición, que cuando es invencible elimina la culpabilidad.

El principio "ignorantia vel error iuris non excusat" (la ignorancia o el error de derecho, no excusan) viene del derecho romano, ya que en este ordenamiento jurídico las leyes se enseñaban a todos, y de aquí partía la premisa de que las leyes se presumían conocidas por todos los ciudadanos romanos.

El ordenamiento jurídico guatemalteco también adopta dicho principio, por lo que las leyes luego de publicadas y desde el día que ellas se establezcan, son consideradas



obligatorias, por lo cual se presumen que son conocidas por todos los habitantes de la nación. Es por esta cuestión que no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades. Sin embargo, en el derecho penal, el tema del error tiene matices especiales y peculiares.

“Entonces, se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de lo injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza: hasta el mínimo legal conforme al Artículo 41 del Código Penal, o, en algunos casos, aplicando disposiciones especiales, como la del párrafo 2º del Artículo 80 del Código Penal (circunstancias extraordinarias de atenuación).”¹⁶

Resumiendo, entonces, y dicho de otra manera: en el error de tipo el hombre no sabe lo que hace y en el error de prohibición, sabe lo que hace, pero cree que no es antijurídico. Si es invencible elimina también la culpabilidad; si es vencible puede dar lugar a la culpa.

Aun cuando, el resultado frecuente del error será el de transformar un hecho doloso en culposo, es una limitación incorrecta la de considerarlo solamente como destructivo del

¹⁶ Bacigalupo. **Ob Cit.** Pág. 66.



dolo, pues no dejar ningún remanente culposo, suele destruir toda forma posible de culpabilidad. Sería un error ante la legislación guatemalteca sistematizar este tema como si fuera la faz negativa del dolo.

“La diferencia entre error de tipo y error de prohibición no se ha logrado imponer sino hasta tiempos recientes. Anteriormente imperaba la utilización de los términos diferenciadores que provenían del derecho civil, que distinguía entre error de hecho (error facti) y error de derecho (error iuris); distinción que aún puede encontrarse en muchos países, como es el caso del Código Penal de Costa Rica en sus Artículos 34 y 35, así como en la jurisprudencia. El error de hecho era aquél que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito; por su parte, el error de derecho recaía sobre las circunstancias jurídicas valorativas del delito.”¹⁷

Por su parte la doctrina, hoy guarda completo acuerdo en cuanto a la determinación de los términos y se ha abandonado la vieja fórmula de error de hecho y de derecho, al admitirse la categoría de los elementos normativos del tipo, que implicaban valoración ya en la tipicidad. Uno de los aspectos polémicos que aún persiste dentro del error, es acerca de los presupuestos típicos de las causas de justificación y si en definitiva se consideran error de tipo, o en su caso, error de prohibición.

El error de tipo supone el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto, por lo cual se considera que no existe dolo alguno. Por su parte, el error de prohibición afecta a la significación antijurídica del hecho, ya por creer que éste no está

¹⁷ Quintero Olivares, Gonzalo. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 415.



prohibido, ya por creerse el autor legitimado para hacerlo (error sobre la justificación de la conducta). Por tanto, dentro del error de prohibición se encuentran, tanto el error sobre la licitud de la conducta, como el error sobre la concurrencia de alguna causa de justificación o exclusión de lo injusto.

Se puede distinguir entre error e ignorancia. La diferencia atiende a la distinción entre falso conocimiento y falta de conocimiento. La ignorancia es no saber y el error es saber mal, es decir, que implica un conocimiento que se tiene por verdadero o exacto, siendo falso. En realidad, difícil un caso de ignorancia pura, ya que casi siempre se dará la hipótesis de obrar equivocadamente.

La verdad es que la falta de conocimiento implica, en última instancia, un conocimiento falso. Pero ello es así en la medida en que se atiende al contenido general del conocimiento del sujeto en un momento dado; si se circunscribe, en cambio, al concreto saber en relación a los aspectos del hecho, la distinción es viable.

Se puede designar la materia genéricamente como error, por ser lo más común, o por comprender éste todos los elementos de la ignorancia más un estado de ánimo, lo que permite, bajo su denominación, el estudio de las diversas formas de error e ignorancia.

“Para Savigny el error es siempre una forma de la ignorancia, puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa; Binding dice que todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento erróneo. También es uniforme el criterio que la duda, o la incertidumbre,



están fuera del error, asimilándose, en cambio, al saber: el cazador que duda si lo que ve es un animal o un hombre y, a pesar de esa duda, dispara, no obra por error.”¹⁸

La diferenciación carece de interés en la práctica, tanto porque es difícil imaginar un puro no saber en el que obra, como porque las legislaciones en general suelen equiparar los efectos jurídicos del error y la ignorancia.

2.3. Error de derecho y error de hecho

La doctrina distingue el error en error de derecho y error de hecho desde el Derecho Romano, y esta distinción ha sido aceptada por no pocas legislaciones, entre ellas, la legislación guatemalteca, que se refiere únicamente al error de hecho, para acordarle poder excusante. La ley promulgada se presume conocida y, su ignorancia no procede a los efectos exculpatorios.

“La exclusión terminante del error de derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio nulla poena sine culpa. Si la culpabilidad se funda en una actitud psíquica del sujeto, no podrá negarse la relevancia del error, cualquiera sea su naturaleza, por causa del cual el individuo actúe sin tener conciencia de la criminalidad del acto, que es, como afirma Soler, lo que da contenido a la culpabilidad. No obstante, la más elemental inteligencia bastará para informar al sujeto más rústico de la ilicitud de sus acciones: nadie que sea

¹⁸ Cobo Gómez de Linares, Miguel Ángel. **Presupuestos del error sobre la prohibición.** Pág. 190.



hombre normal podrá decir que no sabe que está prohibido matar al padre o robar.”¹⁹

Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funda. Agréguese a esto que es imposible una distinción suficiente entre error de derecho y error de hecho, por cuanto el derecho, en sus disposiciones, se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho.

“La previsión de la ley argentina admite la posibilidad de dar valor excusante al error de derecho en determinados casos, no por aplicación de la referencia al error hecha en la ley, sino por ausencia de un elemento, del dolo. Entendiendo el error de derecho como el desconocimiento de lo ilícito, puede ser situado en un terreno que participa del hecho y del derecho, y es más acorde con la realidad que la posición clásica, que distingue, de modo tajante, entre error de hecho y error de derecho. La conciencia se resiste a negar hoy toda significación al error de derecho, particularmente en esos casos en que el autor ha hecho todo lo que la diligencia y el buen sentido indican para conocer la naturaleza jurídica del acto que realiza y la consecuencia de su indagación ha sido mantener o crear en él el error en que actúa.”²⁰

Lo decisivo para la inculpabilidad no es la situación de inocencia que el error, sea de

19 Cesano, José Daniel. **Error de tipo y criminalidad económica**. Pág. 43.

20 Bacigalupo. **Ob. Cit.** Pág. 65.



hecho o de derecho, acarrea, sino que el poder excusante proviene de la cosa ignorada, y por ello sólo excusa la ignorancia de hechos y no de normas. De ahí el principio de que la ignorancia del derecho sólo a la propia torpeza puede imputarse, pues la ley se presume conocida y es un deber conocerla, de donde se deduce, que en derecho penal la ignorantia juris no excusa.

Supongamos que, siendo delito la tenencia de estupefacientes sin autorización, yo tengo marihuana sin estar autorizada. Ahora bien: puede ser que yo ignore la disposición que prohíbe la tenencia sin autorización, o bien, que ignore que la sustancia que tengo es marihuana. En el primer caso, habría error de derecho; en el segundo, de hecho. Pero en ambos casos ignoro que la sustancia que tengo, está jurídicamente considerada y sometida a determinada reglamentación; con lo cual, la distinción entre error de hecho y de derecho, no aparece suficientemente clara.

“La jurisprudencia alemana, no adopta tal posición, siendo fiel a las fuentes romanas, en el sentido de distinguir entre error de hecho y de derecho. Lo que sí aceptó aquella jurisprudencia, fue la opinión –ya sostenida por Carrara- que distingue entre error de derecho penal y error de derecho no penal (o extrapenal), entendiéndolo a éste, como equiparable al error de hecho y que, por tanto, excluía la culpabilidad.”²¹

Para concluir, Zaffaroni expresa que “no puede identificarse al error de prohibición con el error de derecho. La clasificación del error en error de derecho y error de hecho (error juris y error facti) está desprestigiada y, si queremos compararla con la de error

21 Gómez Benitez, José Manuel. **Teoría jurídica del delito. Parte general.** Pág. 222.



de tipo y de prohibición, así como el error de tipo no es lo mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de derecho, porque la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada, es decir, la llamada justificación putativa, es un error de hecho (el sujeto cree que lo agraden y le están jugando una broma, cree que el incendio le amenaza porque está encerrado y no está encerrado) y, no obstante, es un error de prohibición.”²²

2.4. Error de derecho penal y de derecho no penal

“La doctrina distinguió según que la ignorancia o el error se refieran a la ley penal o a otra ley (civil, comercial, administrativa). Según esa doctrina, sostenida en Alemania por Reichsgericht, la ignorancia de derecho debe ser distinguida en ignorancia de derecho penal y de derecho extrapenal. La ignorancia del derecho penal no excusa; la ignorancia de derecho no penal equivale a ignorancia de hecho. Así, por ejemplo, diversos Artículos del Código Penal, describen normas penales en blanco. Es decir que, dichas leyes, a la vez que establecen la sanción a imponer, complementan su precepto mediante un reenvío a otra disposición. Describen parcialmente el tipo penal, delegando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica, a la cual remiten en forma expresa o tácita.”²³

La ignorancia de una ley de esa naturaleza es ignorancia de hecho, con respecto a la ley penal, a la cual, es lo ordinario que el contenido de ilicitud se lo den las demás leyes

22 Zaffaroni, Raúl Eugenio. **La creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia, Teorías Actuales en Derecho Penal**. Pág. 98.

23 De Mata Vela, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**. Pág. 6.



del Estado, en la valoración que de los hechos contienen. Esta teoría parte aceptando la distinción entre error de hecho y de derecho; pero, considerando el carácter específico del derecho penal estima que a los preceptos penales el restante derecho les da contenido.

Fernández Carrasquilla expone un ejemplo con el que concluye que no es necesaria la remisión a otras leyes: “no sabría qué diferencia exista entre el caso del que yace con una mujer, que por error de derecho civil, cree núbil, y el de quien no denuncia un hecho que, por error de derecho penal, no sabe que es un delito.”²⁴

En realidad, con aquella distinción, se alude a la diferencia que va entre la norma que manda o prohíbe y las normas que dan contenidos a ese mandato o a esa prohibición y que hacen que el sujeto crea o no crea obrar en contra de la norma.

En un caso, el sujeto puede manifestar que no sabía que una norma prohibiese tal acción y en el otro caso que no sabía que con su acción violase la norma que prohíbe tal cosa.

En el segundo caso, no se discute la validez y vigencia de la norma misma, y como ese error recae sobre el sentido de la propia acción, por eso se asimila a ignorancia de hecho.

2.5. El error vencible e invencible

24 Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 34.



Hablar de evitabilidad o inevitabilidad del error es lo que en doctrina se conoce como vencibilidad o invencibilidad del error. El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la antijuricidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuricidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuricidad.

El error de prohibición invencible es aquél en el cual no se pudo evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó. En el mismo orden de ideas, Gunther, hace referencia al error invencible “denominándolo error inculpable; estableciendo que será tal cuando no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos, se ha incurrido en él”.²⁵

Si bien desde el punto de vista de la estructura delictiva del hecho éste sigue siendo doloso, ello no afecta al autor, por cuanto el dolo libre de valoraciones nada predice por sí solo acerca de la enemistad o indiferencia del autor frente al derecho. Pero también desaparece toda posibilidad de atribuir responsabilidad por culpa: éste realizó el tipo dolosamente. El error de prohibición inevitable trae como consecuencia forzosa la absolución.

En cuanto a la evitabilidad del error, denominada error culpable o culposo, es aquél que

²⁵ Jakobs, Gunther. **Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva.** Pág. 34.



procede de las mismas fuentes que la culpa: es decir, la imprudencia y la negligencia.

En consecuencia, el error vencible o culpable, lo que hace es eliminar el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, o bien disminuye la reprochabilidad del autor, reflejándose ésta en la cuantía de la pena. En tanto que respecto del error invencible o inculpable, lo que se elimina es la culpabilidad, es decir, no hay reprochabilidad del injusto.

Por su parte, Zaffaroni entiende que: “El error de prohibición evitable deja subsistente el cuadro global de un hecho delictivo doloso, pero crea la posibilidad de aplicar una pena atenuada debido a una culpabilidad disminuida; es decir la evitabilidad o inevitabilidad del error, debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades.”²⁶

2.6. El error esencial y no esencial

El error será esencial cuando recaiga sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, o bien, sobre una circunstancia agravante o sobre la antijuridicidad del hecho. Será no esencial, también denominado accidental, cuando el mismo recaiga sobre circunstancias que acompañan al hecho, pero que las mismas no alteran la esencia de la figura delictiva, o bien, su calificación.

Para que el error sea excluyente de toda culpabilidad, el mismo debe ser esencial e

²⁶ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 105.



inculpable o invencible. La exigencia de que el error sea esencial, corresponde a la circunstancia de que es ésta la única forma que impide comprender la criminalidad del acto; y, la exigencia de que sea inculpable o invencible se deriva de que ésta es la única forma que elimina el dolo y la culpa.

2.7. Error directo e indirecto

El error de prohibición será directo, cuando recaiga sobre el conocimiento de la norma prohibitiva y será indirecto cuando recaiga sobre la permisión de la conducta; la cual puede consistir en la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga o bien en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada.

En el error de prohibición directo, también llamado abstracto, el autor considera que su actuar es jurídicamente irrelevante, sea porque supone la falta de una norma o porque cree que ella no tiene tal extensión, o bien porque cree que la norma como tal carece de vigencia material. En cambio, el error de prohibición indirecto, también llamado concreto, consiste en que, a pesar de conocer el mandato normativo, el autor supone, una retirada de la norma frente a su autorización para actuar.

Se pueden enumerar tres tipos de error de prohibición:

- a) El error directo, abstracto o sobre la existencia de la norma, según el cual el autor no sabe la existencia de la norma propiamente dicha.
- b) El error concreto o indirecto, en el cual el autor sabe de la existencia de la norma,



pero supone que su obrar está permitido.

- c) El error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho, en el cual el autor cree que la norma no le es exigible.

2.8. Error de comprensión, error de conocimiento y error de subsunción

El error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad, es el error de prohibición, pero no obstante puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce: éste es el error de comprensión.

“Se menciona como un caso especial del error de comprensión al error culturalmente condicionado. Así, los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente ecuatoriano, en que tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiendo que es un acto de defensa. En este caso nos hallamos con un error de prohibición culturalmente condicionado. El error de comprensión culturalmente condicionado, por regla general, será un error invencible de comprensión que eliminará la culpabilidad de la conducta.”²⁷

En cambio, el error de subsunción se trata de un error de interpretación, es decir que el sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico, de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta.

27 Saavedra, Edgar. **Constitución, derechos humanos y derecho penal**. Pág. 45.



Como bien pude demostrar, el error de prohibición dentro de la teoría del delito, se encuentra en la estructura de la culpabilidad, ya que de ser esencial e invencible la elimina. La culpabilidad como característica del delito es la reprochabilidad: es decir que se le reprocha al autor de un delito, la conducta típica y antijurídica porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho tomando en cuenta elementos objetivos y subjetivos.

Por lo expresado es que cuando se produzca un error de prohibición esencial e invencible habrá ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, y aquélla no podrá reprochársele, ya que aun cuando se hubiera tenido la debida diligencia, el sujeto no habría podido comprender la antijuridicidad de su injusto, es decir de su conducta.

De forma contraria, si resultara que el error fuera vencible, lo cual implica que se hubiera podido vencer aquel error si se hubiera puesto la debida diligencia, el mismo no tendrá el efecto de eliminar la culpabilidad; por lo que la conducta podrá serle reprochada a su autor pero solamente a título culposo.

Los distintos elementos que conforman el error, permiten que la subsunción de los casos concretos a la ley penal, no se pueda llevar a cabo de manera mecánica, puesto que al partir de la amplitud de conductas, así será la posibilidad de que se encuadren en una determinada forma de error, o bien que la conducta pueda ser interpretada ampliamente debido a la existencia de distintos errores, sea de tipo o de prohibición, por lo que sería una situación, como por ejemplo el concurso real de delitos, donde puede darse el caso de que se interrelacionen conductas culposas con dolosas. De ahí



deviene lo enriquecedor del análisis del error de prohibición y del error de tipo con sus distintas variantes.



CAPÍTULO III

3. Delito de lavado de activos de origen delictivo

3.1. Definición

El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo. El lavado de dinero consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar sus orígenes ilegales.

Actividades criminales tales como el tráfico de armas, el contrabando o el tráfico ilícito de drogas generan grandes sumas de dinero, por lo que las organizaciones criminales necesitan encontrar una vía para utilizar los fondos sin despertar sospechas respecto al origen ilícito de éstos.

“En la segunda mitad del siglo XX, con la amenaza de modernas y sofisticadas formas de actividad criminal transnacional, ha surgido la preocupación por la insuficiencia de legislaciones nacionales eficaces para combatir el crimen organizado y las actividades tendientes a lavar el dinero proveniente de sus actividades ilícitas.”²⁸

A partir del fenómeno señalado surgieron nuevas legislaciones y esfuerzos en el ámbito internacional para combatir el lavado de dinero, así, la Convención de las Naciones

28 Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas –CICAD-. **Manual de Apoyo para la tipificación del delito**. Pág. 19.



Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 conocida como la Convención de Viena de 1988, el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves, de la CICAD de 1992 y la última Convención sobre la temática, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Del mismo modo tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional han realizado esfuerzos tendientes al control de esta actividad.

El desarrollo actual de la delincuencia es hacia una criminalidad organizada, y no individual; empresas regidas por las leyes del mercado que dirigen su acción a la obtención de beneficios económicos aprovechando las oportunidades que brinda una economía mundial globalizada.

Las estimaciones sobre los alcances del lavado de dinero indican que éste supera el producto bruto interno de la mayoría de los países, lo cual permite comprender fácilmente porque las organizaciones criminales manejan fortunas y que resulta importante estudiar y legislar a efectos de combatir este fenómeno.

“Las consecuencias dañosas de esta nueva realidad pueden describirse como la contaminación y desestabilización de los mercados financieros poniendo en peligro las bases económicas, políticas y sociales de la democracia. Dado que la integridad del sistema bancario y de los servicios financieros depende fundamentalmente de la percepción que de los mismos tenga la sociedad, dicha reputación, entendida como integridad, es uno de los valores más importantes de ambos sectores. Si los fondos



provenientes de actividades ilegales pueden entrar en una institución integrante del sistema por la participación intencional de un empleado o por su negligencia, la institución puede verse involucrada en una actividad delictiva asociada a una organización criminal afectando negativamente la reputación de la misma.”²⁹

Además el Fondo Monetario Internacional ha señalado como consecuencias perversas del lavado de activos a escala macroeconómica el cambio inexplicable en la demanda de dinero, lo que aumenta los riesgos bancarios, contaminado transacciones financieras e incrementado la volatilidad del flujo de capitales y el cambio de las tasas de interés debido a cambios sin anticipación de capitales entre distintos países.

Es por las razones anteriormente señaladas, que el fenómeno del lavado de activos afecta en forma novedosa valores sociales tales como el orden socioeconómico y a partir de tal hecho se debe subrayar que el blanqueo de dinero ya no sólo afecta a la administración de justicia, como lo hace el delito de encubrimiento o de blanqueo, de acuerdo a una interpretación teleológica del mismo, daña el orden socioeconómico al afectar tanto la libre competencia como la estabilidad y solidez del sistema financiero.

3.2. La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con el encubrimiento

Una de las cuestiones centrales a tomar en consideración en la formación de leyes penales que pretendan penalizar el lavado de activos está relacionada con las

²⁹ Blanco Cordero, Isidro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pág. 32.



similitudes y diferencias entre el delito de lavado de dinero y el encubrimiento.

“Es importante considerar si el delito de lavado es un delito independiente que puede ser diferenciado del encubrimiento. De ser así, el autor del delito previo puede ser considerado autor del crimen de blanqueo de dinero y, por ende posible de ser penado en concurso con el delito precedente. Para comprender el delito de lavado de activos hay que valorar que en los instrumentos jurídicos internacionales una de las hipótesis de conducta del delincuente incluso en dicho delito puede coincidir con la del tipo penal del encubrimiento (en sus formas de favorecimiento real, personal o receptación); es decir, el lavado puede verse como una forma de encubrimiento calificado.”³⁰

El origen de la confusión entre ambos delitos surge por cuanto en las tipologías que se utilizan para describir la conducta de lavar activos se emplean verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento, como son encubrir y ocultar. Asimismo, en situaciones en que se penaliza el lavado el convertir o transferir como acciones típicas, también se requiere usualmente que dichas acciones tengan como finalidad el encubrir u ocultar el origen ilícito del bien.

“Asimismo es importante valorar si es necesario y mediante qué tipo de procedimiento probatorio comprobar la comisión de un delito previo para corroborar la comisión del delito de lavado, o bien si a consecuencia del concepto de autonomía del delito de blanqueo de dinero es posible sostener que el crimen es independiente del delito predicado, pudiendo inferirse a partir de prueba circunstancial e indiciaria que hay un

30 Franzini-Battle, Rafael. **El delito de lavado de dinero (blanqueo de capitales)**. Pág. 11.



supuesto de lavado y que los fondos provienen de actividades que constituyen el delito predicado sin resultar necesario su acreditación previa.”

Por lo tanto, para un control efectivo el fenómeno el blanqueo de capitales debe ser comprendido no sólo como una forma de encubrimiento sino como un delito independiente (autónomo) contra el orden socioeconómico, por lo que la prueba indiciaria debe orientarse hacia corroborar el delito de lavado y la procedencia ilegal de los fondos.

3.2.1. Bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos

Los estudios realizados durante la década de los 90 concluyeron que el lavado de dinero asciende al dos por ciento de Producto Bruto Mundial. No obstante, las mismas evaluaciones destacaron que dicha aproximación podría no reflejar la magnitud del problema.

“La evaluación de la magnitud del problema requiere que se consideren: 1) Los métodos de lavado, 2) Los efectos económicos del lavado de dinero, y 3) El origen criminal de los ingresos.”³¹

3.2.2. Los métodos de lavado

El desarrollo de las organizaciones criminales, por una parte, y de los instrumentos

31 Raine, Leonel Plutarco. **Crimen organizado global: el nuevo imperio del mal**. Pág. 19.



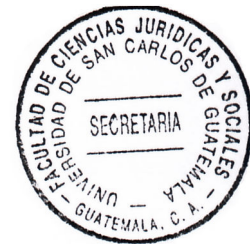
monetarios electrónicos, por otra, cambió el panorama de los instrumentos de lavado de dinero. La globalización de la economía ha aumentado significativamente, con el desarrollo de los mercados, la desregulación de los sistemas financieros y la reducción de los controles en las fronteras.

Este proceso de globalización beneficia a las organizaciones criminales, que desarrollan mecanismos de lavado de dinero que les permiten rápida y discretamente inyectar en los mercados mundiales el capital que resulta de actividades ilícitas. En este contexto, el dinero en proceso de lavado genera movimientos rápidos de capital y por ende participa en los movimientos especulativos.

“Entre los instrumentos más utilizados para disimular el origen del dinero figuran las letras bancarias, fideicomisos, autopréstamos y “swaps”. Y como consecuencia del desarrollo de técnicas más modernas de lavado de dinero, existe ahora una demanda de profesionales tales como notarios, abogados y contadores capaces de elaborar estructuras complejas para aprovechar las falencias en materia de regulación y control y las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de diversos países que puedan ser aprovechadas para la comisión de un delito que, como el lavado de activos, es eminentemente trasnacional.”³²

En fin, el proceso de globalización no ayuda a medir el peso del lavado de dinero en la economía mundial y, al contrario, dicho proceso es aprovechado por la empresa criminal que mediante la diversidad de las técnicas y de los profesionales involucrados

32 FATF. **Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001**. Pág. 23.



puede disimular las maniobras tendientes a blanquear activos.

Otro cambio en el panorama consiste en los instrumentos monetarios electrónicos que favorecen el carácter anónimo y la velocidad de las transacciones. A pesar de que el último reporte de Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001 de (FATF) destaca la permanencia de las técnicas clásicas de lavado como la compra en efectivo de objetos de lujo y los contratos de leasing, el internet ofrece nuevas oportunidades de lavado de dinero y está menos reglamentado que los medios tradicionales de lavado.

“Los servicios financieros ofrecidos por internet no son, en puridad, originales; más bien son servicios tradicionalmente brindados por las entidades financieras, tales como pagos directos, transferencias de fondos y compra de títulos de valores que ahora se pueden obtener vía electrónica. El problema que acarrea la oferta de este tipo de servicio por internet radica en que hace dificultosa la identificación de las partes en proceso. En efecto, el internet funciona mediante una serie de servidores que normalmente conservan una prueba de cada conexión (número IP y fecha de la conexión); no obstante, dicha prueba no existe si un servidor no cuenta con un ‘fiel’, quedando la transacción en el anonimato, sin posibilidad de ser registrada.”³³

Asimismo, por su complejidad, los instrumentos de lavado participan directamente del cáncer de la corrupción que se beneficia de la globalización y de las nuevas técnicas financieras para facilitar el proceso de disimulación de los orígenes de los activos del crimen organizado.

33 **Ibid.** Pág. 25.



3.2.2.1. Los efectos económicos del lavado de dinero

Existen estimaciones que calculan el monto del lavado de activos en un promedio de entre 500.000 a 1.000.000 de millones de dólares por año. “El fondo Monetario Internacional ha calculado, que el lavado de activos tiene un valor de aproximadamente entre el dos y el cinco por ciento del producto bruto del mundo. El lavado de activos puede suceder en cualquier lugar del mundo, aunque generalmente los lavadores buscan los países con menor regulación en el tema.”³⁴

El lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y financiero por cuanto estos servicios dependen de la percepción de profesionalidad y estándar ético que de ellas tengan sus clientes. Es importante considerar que el lavado de dinero puede potencialmente imponer costos en la economía mundial, por cuanto tiene la capacidad de: a) Dañar o al menos amenazar con perjudicar las operaciones económicas de los países, b) Corromper el sistema financiero, reduciendo la confianza del público en el sistema financiero internacional, y por lo tanto incrementar el riesgo como la inestabilidad del sistema, y por último c) Como consecuencia de lo expresado tiende a reducir la tasa de crecimiento de la economía mundial.

“También se ha afirmado que el lavado de activos tiene como efectos macroeconómicos indirectos: 1) Las transacciones ilegales pueden impedir o afectar las legales al tener efectos contaminantes. Por ejemplo inversores extranjeros tienden a evitar invertir en

³⁴ www.undcp.org/money-laundering, 2001. 19 de septiembre de 2008



mercados asociados con el lavado de dinero y corrupción. Se pierde entonces confianza en el mercado. 2) El dinero que es lavado por razones distintas a la evasión fiscal, igualmente contiene una tendencia a evadir impuestos distorsionando la economía. 3) El lavado de dinero tiene un efecto contaminante en el cumplimiento de la ley por cuanto si un aspecto del sistema legal es incumplido, otros actos ilegales probablemente se cometerán.”³⁵

Los sujetos involucrados en el lavado de activos generalmente no buscan invertir en función de la tasa de retorno más conveniente, sino disimular el origen ilegal de los fondos invirtiendo en los lugares que permitan el reciclado de los fondos en cuestión. Por lo tanto, estos movimientos pueden tener una dirección contraria a la que es esperada conforme a los principios básicos de la economía. Es decir, el dinero puede ser movido desde países con buena situación económica y altos índices de retorno a países con pobres indicadores económicos y tasas de retorno menores, lo cual desafía las leyes de economía.

Esto implica que debido al lavado de activos, el capital tiende a ser invertido en forma menos efectiva que en una situación en la que no hubiese lavado de activos. La tasa de crecimiento puede reducirse por los efectos de las organizaciones criminales y por la ubicación de los productos de estas actividades criminales. Esta forma de asignar los recursos no es consistente con una asignación óptima. Se presenta entonces una distribución incorrecta de los recursos mundiales asociada al lavado de activos en distintos países.

35 www.oecd.org/fatf/Mlaundrying. Informe de FATF, 2001. 19 de septiembre de 2008



“Uno de los mayores peligros para los países en vías de desarrollo es el aceptar fondos para sostener y beneficiar su economía sin tener en cuenta el posible origen ilegal de éstos. De esta forma al posponer las acciones tendientes a evitar el lavado de dinero se permite que el crimen organizado comience a penetrar en su sistema bancario y legal. Estos grupos organizados pueden infiltrarse en las instituciones financieras, adquirir luego el control de éstas y posteriormente de sectores de la economía, todo lo cual puede llevar reflejado el soborno eventual a funcionarios públicos para lograr sus objetivos. En última instancia el poder económico y político de las organizaciones criminales puede debilitar las instituciones democráticas de gobierno.”³⁶

Otro de los peligros relacionados con las organizaciones criminales está ligado con la magnitud de los fondos que manejen las organizaciones criminales. El peligro reside en la posibilidad que tienen estos grupos de transferir sus fondos de un país a otro con las consecuencias económicas que esto implica. Estos movimientos pueden tener efectos macroeconómicos negativos en los países que reciben o pierden el dinero en cuestión.

“Se ha indicado que el lavado de dinero puede erosionar la economía de los países por cuanto el cambio en la demanda de dinero efectivo, puede incrementar el monto de la tasa de interés y afectar dichas tasas con altos grados de volatilidad, causando potencialmente fenómenos inflacionarios.”³⁷

A nivel de los países involucrados, las entradas y salidas de capitales pueden afectar

36 Global Programme Against Money Laundering. www.undcp.org.

37 www.undcp.org/money_laundering. 2001. 19 de septiembre de 2008



significativamente variables, tales como las tasas de interés y la tasa de cambio de moneda. Asimismo, puede afectar el valor de las propiedades donde el dinero ilegal es invertido, lo cual no puede ser explicado a partir de las políticas económicas de los países involucrados. De esta forma, debido al proceso de globalización y la integración de los mercados financieros, el cambio en uno de los centros puede tener efectos en otros países, lo cual requiere mecanismos de control a fin de evitar efectos desestabilizadores.

Existen entonces diferencias en los controles y regulaciones entre los distintos países que crean incentivos no económicos para atraer capitales, por cuanto el incentivo no está guiado por las reglas del mercado sino que se intenta en algunas jurisdicciones atraer capitales de origen dudoso, justamente a partir de la falta de regulación, lo cual permite atraer potencialmente el lavado de activos.

3.2.2.2. El origen criminal de los ingresos

Los ingresos que resultan de actividades criminales son calculados en rangos que van desde 300 a 800 mil millones de dólares por año.

“Varios estudios destacan que la producción y la distribución ilícita de drogas y armas tienen como efecto reducir la producción del país así como su tasa de crecimiento. Sin embargo, los últimos reportes anuales de las agencias de lucha anti-lavado adelantaron tres temas que son directamente vinculados al problema de los ingresos de origen criminal: la corrupción de políticos y funcionarios que apoyan las empresas del crimen,



la infiltración de las actividades criminales en los negocios legítimos, y la presencia de organizaciones que proceden al lavado de dinero por otros crímenes como el crimen de tráfico de drogas.”

Dado lo que antecede, teniendo en cuenta los efectos nocivos del lavado de activos, que se reseñará más adelante, organismos internacionales, Estados y organizaciones no gubernamentales vienen desarrollando esfuerzos para controlar este delito.

3.3. Instrumentos internacionales en el ámbito del lavado de activos

3.3.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre Drogas de 1988. Convención de Viena y la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000

El primer instrumento se denomina Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 19 de diciembre de 1988. Conocido como Convención de Viena de 1988.

Uno de los fundamentos de la misma, y, obviamente, razón por la cual se desarrolla por primera vez en un instrumento internacional el concepto del lavado de activos, está plasmado en su introducción, estableciendo que las partes estaban decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad.



“La Convención de Viena de 1988 demuestra el interés y la importancia que tiene este tema en el ámbito internacional puesto que se trata de un problema que escapa a las jurisdicciones nacionales. Por eso es que el enfoque de este instrumento pone especial énfasis en la cooperación internacional. La exigencia de la tipificación penal del lavado de activos y de su valoración como un delito grave, permitirá en el futuro la cooperación en materia de decomiso, asistencia judicial recíproca y extradición.”³⁸

Por otro lado, en diciembre de 2000 la Organización de las Naciones Unidas elaboró la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En su Artículo 1 se establece que el propósito de ésta es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

El Artículo 5 penaliza la participación en un grupo delictivo organizado, mientras que el Artículo 6 tipifica el blanqueo del producto del delito; es importante destacar que en esta tipificación se pone de manifiesto la relevancia de delitos previos, no sólo relacionados con el narcotráfico de estupefacientes, sino que en el ámbito internacional se relaciona íntimamente al lavado con la delincuencia organizada internacional.

La Convención, establece medidas para combatir el blanqueo de dinero en el Artículo 7 y en el Artículo 8 penaliza los actos de corrupción.

Por otra parte, tal cual lo había hecho la Comisión Interamericana para el Control de

38 Blanco Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 117.



Abuso de Drogas (CICAD) en 1993, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) estableció, en 1995, una legislación modelo para controlar el lavado de activos. Conforme su prefacio “está destinada a facilitar el trabajo de los Estados que desean completar y modernizar su legislación contra el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas y el blanqueo del dinero de la droga”.³⁹

3.3.2. El trabajo de la Organización de los Estados Americanos –OEA-

La Organización de los Estados Americanos, ha identificado su acción contra el lavado de activos y la confiscación de productos en la lucha contra el tráfico de drogas en América. En abril de 1986 se adoptó el Programa de Acción de Río de Janeiro que crea la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD).

En 1990, los representantes de los Estados miembros de la OEA adoptaron en Ixtapa, México la Declaración y el Programa de Ixtapa, en el que se estableció la necesidad de tipificar como delito toda actividad referente al lavado de activos relacionada con el tráfico ilícito de drogas y de facilitar la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de los activos procedentes de tal delito.

Con este antecedente fue que se adoptó, en 1992, el Reglamento Modelo de la CICAD sobre Delitos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. Dicho Reglamento fue modificado en 1997, para dar cabida a las Unidades de Inteligencia

³⁹ Franzini, Rafael. *El delito de lavado de dinero y el secreto bancario*. Pág. 45.



Financieras como una herramienta idónea para el combate al lavado de activos, y en 1999, para ampliar el tipo del lavado de activos que ahora acepta como delitos previos no sólo el tráfico ilícito de drogas sino otros delitos graves, por lo que cambió su denominación a Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves (CICAD).

En diciembre de 1995, los ministros representantes de los 34 Estados que participaron en la Cumbre de las Américas, se reunieron en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en la Conferencia Ministerial Concerniente al Lavado de Dinero e Instrumentos del Delito. En ésta se sostuvo que: se convenía en recomendar a sus Gobiernos un plan de acción para concretar una respuesta hemisférica coordinada con el fin de combatir el lavado de activos. Se estableció que la tipificación del delito de lavado debía comprender como delitos precedentes, además del narcotráfico, otros delitos graves; que los países debían implementar el reglamento modelo de la CICAD; correspondiendo para los miembros del Grupo de Acción Financiera 40 recomendaciones y 19 recomendaciones para el Grupo de Acción Financiera del Caribe.

3.3.3. Actividades en Europa: El Consejo de Europa, la Convención de Europa sobre el Blanqueo de Activos de 1990. La Directiva de la Comunidad Europea

En la Convención en Lavado, Registro, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen” se establece la obligación de tipificar el lavado de activos procedentes no sólo



del producto del tráfico ilícito de drogas sino extendido o abierto a cualquier delito.

En este mismo sentido la Unión Europea estableció el Consejo Directivo de Prevención del Uso del Sistema Financiero con Propósitos de Lavado de Dinero, el 10 de junio de 1991. En el mismo se adoptó un régimen preventivo en el tratamiento del tema. La finalidad de la normativa es el aseguramiento de la integridad y limpieza del sistema financiero. También, en esta directiva se prevé que el lavado puede derivarse no sólo de delitos del tráfico de drogas, sino de delitos graves como el terrorismo o el crimen organizado.

3.3.4. El Grupo de Acción Financiera –GAFI- y otros grupos regionales de ese estilo Grupo de Acción Financiera del Caribe –GAFIC- y Grupo de Acción Financiera de Sudamérica -GAFISUD-

El Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales –GAFI- o Financial Action Task Force on Money Laundering –FATF- fue establecido por el Grupo de los 7 en la reunión de París en 1989, para desarrollar una acción coordinada en forma internacional y destinada a combatir el lavado de dinero. Al momento cinco miembros del sistema interamericano forman parte de este grupo: Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América y México.

“Una de las primeras acciones del grupo fue el desarrollar 40 recomendaciones para establecer medidas en el ámbito nacional, para implementar programas que en forma efectiva ataquen el lavado de dinero, creando un sistema de evaluaciones mutuas



(entre pares) para medir la aplicación de dichas recomendaciones por parte de sus miembros.⁴⁰

Este organismo internacional explica claramente cómo el lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y los servicios financieros, por cuanto éstos dependen en la percepción que tiene la sociedad a criterios de profesionalidad y estándar éticos.

El GAFI ha fomentado la creación de organismos regionales establecidos, sobre la base de la adopción de las 40 recomendaciones, para que asuman como método de evaluación de su aplicación el sistema de las evaluaciones mutuas. En el hemisferio americano se han establecido dos grupos con esas características: el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), cuyas sedes se encuentran en Puerto España, Trinidad y Tobago y en Buenos Aires, Argentina.

El GAFIC comprende países y territorios del Caribe, así como algunos países de América Central y América del Sur, integrantes de la sub-región del Caribe. El GAFISUD, por su parte, está integrado por el resto de los países de América del Sur que no pertenecen al GAFIC.

3.4. Legislación comparada y Bien Jurídico

A efectos de la investigación, se han escogido como ejemplos los siguientes países:

⁴⁰ FATF-GAFI, <www.oecd.org/fatf/> 20 de septiembre de 2008



Suiza

El delito de lavado de activos se encuentra previsto en los Artículos 305 bis y 305 del del Código Penal suizo. En este país se entiende que el bien jurídico afectado es la administración de justicia. El autor del blanqueo tiene la intención de poner a salvo de las medidas que establece la ley, los beneficios que obtuvo del hecho delictivo que cometió, quiere resguardarlas de las acciones de administración de justicia. La reforma al Código Penal que incorporó los dos nuevos Artículos los ubicó en el Título 17 del Código Penal relativo a los delitos contra la administración de justicia.

Alemania

“En este país la doctrina se encuentra dividida al considerar el bien jurídico protegido en la normativa del §261 StGB. (Código Penal de Alemania). Para algunos autores se afecta el bien jurídico tutelado en el delito previo. La finalidad del legislador desde esta perspectiva es la de evitar que el criminal, con la utilización de los objetos provenientes del delito, pueda cometer otros delitos. Otros autores estiman que el bien protegido es la administración de justicia. Para esto se pondera que en el proyecto de la ley se indica que la ley sanciona conductas que impiden o dificultan el acceso de los órganos de persecución penal.”⁴¹

“También se postula que el bien en cuestión es la seguridad del Estado y la lucha contra la criminalidad organizada. La ley intenta destruir entidades mafiosas y sus

41 Blanco Cordero, **ob. cit.** Pág. 163



capitales ilícitos. Un grupo minoritario de la doctrina se refiere al orden económico como el afectado con las actividades de lavado de bienes de origen delictivo.”⁴²

España

“El Código Penal español regula el lavado de capitales en el Artículo 301 que se encuentra ubicado en el Capítulo XIV, de la receptación y otras conductas afines dentro del título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Dadas las conductas descritas en el tipo, algunos autores consideran que el bien jurídico afectado es la administración de justicia.”⁴³

Bélgica

En Bélgica la ley del 11 de enero de 1993 destinada para prevenir el uso del sistema financiero con el propósito de lavar dinero convirtió en ley la Directiva del Consejo de Europa 91/308/CEE del 10 de junio de 1991, lo cual claramente demuestra que el bien jurídico protegido por la ley resulta ser el sistema financiero y no sólo la administración de justicia.

Argentina

“En la ley Argentina el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia. En el

⁴² **Ibid.** Pág. 165

⁴³ Diez Repolles, José L. **Blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español.** Pág. 603.

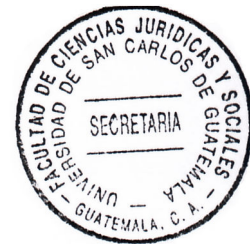


proyecto de ley elaborado por la Cámara de Diputados de la Nación se establece que el lavado de dinero es una forma de encubrimiento. La crítica del Congreso Argentino al concepto de un delito de lavado que sea diferente al delito de encubrimiento surge a partir de la idea de que en la represión del encubrimiento simple también se da un golpe financiero a la organización que delinque como se busca con el tipo penal del lavado de activos; así, si se persigue por encubrimiento a quienes apoyan a una organización que se dedica al robo de autos adquiriéndole vehículos a bajo precio, se daría un golpe financiero al robo de automóviles, puesto que la organización que se dedica a tal actividad ilícita no tendría cómo reducir su botín.⁴⁴

No obstante lo anterior, el dictamen de mayoría establece que en la figura del lavado de activos suele existir como elemento fundamental la presencia del crimen organizado reinvertiendo el producto del delito y que esa razón, más el hecho de que varios países en el contexto cultural de Argentina hayan tipificado el lavado de activos como crimen autónomo, es razón suficiente para que se acepte al menos una regulación de lavado, ya que además, de esta forma en el plano del derecho penal simbólico se ubica al país entre aquellos que no son proclives al lavado de dinero.

Esta posición no es la mayoritaria según las tendencias en la tipificación del delito de lavado de activos, que relaciona el lavado con el crimen organizado y a su tipificación y castigo como un instrumento que facilita los medios para su control. El legislador argentino, estimó que el encubrimiento sería suficiente para combatir a la empresa criminal y por eso su tipo penal no es ni más ni menos que una forma de encubrimiento

44 **Ibid.**



calificado, aun cuando nominalmente existe un delito de lavado de activos.

La legislación argentina asumió que la figura de lavado es una forma de encubrimiento, que no se protege otro bien jurídico y que no tiene diferencia sustancial con el encubrimiento simple, aun cuando en la hipótesis que denomina lavado de activos aumenta la pena de las personas que cometan los verbos típicos que están previstos en el Artículo 278 que combate este último delito.

Colombia

En Colombia la Ley 365 de 1997 y la Ley 333 de 1996, proporcionan los instrumentos adecuados a la justicia a efectos de combatir el crimen organizado y esencialmente el fin último de éstas, que es el beneficio económico. “El Gobierno colombiano tuvo en consideración que las organizaciones criminales y no sólo las dedicadas al narcotráfico afectan la estabilidad del sistema judicial y en general generan la pérdida de confianza en el sistema económico por cuanto desestabilizan la transparencia del mercado. Las leyes citadas diferenciaron entre el delito de recepcionar y lavar bienes, en tanto la última afecta no sólo la administración de justicia sino el orden social y económico. También se aclara en el proyecto del Poder Ejecutivo, que la sanción por el crimen de lavado de activos es acumulable, concurre, con el delito originario. Es decir, que en el caso de un traficante de drogas, éste será enjuiciado no sólo por este delito sino también por el crimen de esconder o legalizar (lavar) el dinero o propiedad procedente



del crimen. Los delitos concurren entre sí y no se excluyen.”⁴⁵

Corresponde señalar que conforme a la Ley 599 del 2000 entró en vigencia el Artículo 323 en el Código Penal de Colombia el 24 de julio de 2001. Este delito se encuentra ubicado dentro del libro II, parte especial dentro de los delitos del Título X contra el Orden Económico Social y dentro de un capítulo específico dedicado a los delitos de lavado de activos.

De esta forma surge claramente que el bien jurídico protegido es el orden económico social y que los delitos relacionados al lavado de activos no constituyen únicamente una forma de encubrimiento calificado como en Argentina, sino delitos especiales que afectan la economía de un Estado.

“Debe tenerse en cuenta que al tipificarse las conductas susceptibles de constituir lavado de activos en forma alguna se circunscribe el círculo de posibles autores y se deja en el criterio del Magistrado tal decisión.”⁴⁶

3.5. El lavado de activos como conducta que afecta bienes jurídicos distintos al delito de encubrimiento

De los convenios internacionales mencionados y las diferentes normativas nacionales, surge que uno de los bienes jurídicos protegidos por los tipos legales que sancionan el

45 Ministerio de Justicia, **Mensaje de la Presidencia de la República de Colombia**. Pág. 58

46 www.cicad.org, Leyes Nacionales sobre Lavado de Activos. 22 de septiembre de 2008



lavado de dinero es la administración de justicia. Esto es posible gracias a la similitud con el tipo objetivo del delito de encubrimiento.

Sin embargo, debo considerar que el orden socioeconómico y la salud financiera del Estado resultan afectados por maniobras de blanqueo de capitales. La tipificación y la sanción del delito de lavado de activos, intenta proteger a los Estados de la acción de organizaciones criminales que tienen “vínculos con el tráfico ilícito (de drogas) y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”. Según el preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas

“El problema de lavado de activos está relacionado con la influencia de los narcodólares que generan una economía paralela, que influye en los procesos inflacionarios y fomenta el abuso de poder y la delincuencia no convencional, las especulaciones financieras y monetarias, a la vez que permite la introducción de grandes cantidades de artículos suntuarios.”⁴⁷

Existen también, estudios que aclaran cómo los ingresos de dinero de origen ilegal al mercado afecta al Estado, al producir: corrupción en la política y la administración pública y la infiltración de las actividades criminales en los negocios legítimos. “Puede considerarse que el orden socioeconómico y la salud financiera del Estado se ven comprometidos por las acciones de lavado; en este aspecto es posible identificar como

47 Neuman, Ángel. **La legalización de las drogas**. Pág. 39.



valores afectados a la libre competencia y a la estabilidad y solidez del sistema financiero.”⁴⁸

Uno de los objetivos de las organizaciones criminales es corromper a los oficiales públicos, para lograr prebendas y beneficios aparentemente legales. A su vez, estos oficiales públicos corrompidos tienen que lavar el dinero proveniente de ilícitos, tales como el cohecho, pagos ilegales y fondos obtenidos a través de instituciones financieras internacionales.

“El principio de libre competencia se fundamenta en el concepto de confianza, que es uno de los pilares sobre los cuales descansa la economía de mercado y el desarrollo económico. Pero el objetivo de la criminalidad organizada es infiltrarse en la economía legal y lograr mercados monopólicos que eliminen la libre competencia, lo cual es uno de los principales riesgos de los mercados controlados por una organización criminal.”⁴⁹

Si los gobiernos no pueden controlar el lavado de dinero, estos mecanismos, aparentemente legales, controlados por organizaciones criminales pueden afectar la demanda de dinero, convirtiendo la tasa de interés y de cambio de los países en vías de desarrollo en altos índices de volatilidad y causando inflación. En conclusión, el peligro del lavado de dinero escapa claramente del bien jurídico de la administración de justicia y puede potencialmente afectar la economía de distintos países.

48 Blanco Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 191.

49 **Ibid.** Pág. 196.



3.6. Acción típica. Tipo objetivo del delito de lavado en las normas internacionales

En la Convención de Viena, Convención de Palermo, Reglamento Modelo (CICAD), Modelo de Legislación (PNUFID), Convenio Centroamericano 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, la Directiva de la Comunidad Europea y el Convenio del Consejo de Europa, pueden encontrarse tres tipos de categorías mediante las cuales se tipifica el lavado de dinero.

3.6.1. La conversión y la transferencia

“La conversión y la transferencia de bienes con fines de lavado, se realizan con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito, o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.”⁵⁰

“La conversión o transferencia es, para muchos autores, delito de lavado de dinero strictu sensu, resultando las demás modalidades delictivas formas especiales de encubrimiento. El Artículo 3 (c)(i) de la Convención de Viena, no describe el blanqueo de dinero en sí mismo, sino que contempla un aspecto económico del delito.”⁵¹

50 CICAD. **Manual de apoyo**. Pág. 20.

51 Langón Cuñarro, Miguel: **La Convención de Viena de 1988**. trabajo presentado al PNUFID en Sucre, Bolivia, mayo de 1992. Pág. 66



La conversión es la transformación de un acto nulo en otro eficaz, mediante confirmación o convalidación o también la acción o efecto de convertir, y convertir es cambiar, modificar, transformar algo. La transferencia es definida como paso o conducción de una cosa de un punto a otro, otra de sus acepciones es remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes. Entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas está la transferencia de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales.

La finalidad de las conductas es la de transformar un bien por otro, con la intención de legitimarlo; que el bien de origen ilegítimo se convierta o pase a la legalidad, a la licitud. También se ha considerado que la enunciación de distintos verbos rectores en la tipificación se realiza con la finalidad de remitirse a un concepto general de lavar dinero, siguiendo el ejemplo de la defraudación o estafa, en donde el legislador puede enumerar distintos verbos típicos con un mismo fin, pero en última instancia lo que se busca es describir y sancionar aquellos actos que tienden a lavar dinero sucio.

A diferencia de lo prescrito en los otros instrumentos analizados, el Reglamento Modelo de la CICAD no exige que la conversión o transferencia sean hechas con un objetivo. No exige un requisito subjetivo del tipo, restringiendo la formulación del delito, le basta sólo que se realicen las conductas descritas sabiendo, debiendo saber o con ignorancia intencional de que los bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.



3.6.2. La ocultación o encubrimiento

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, “ocultar implica esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. La ocultación se refiere a la substracción de una cosa con el objeto de quitarla de donde puede ser vista y colocarla donde se ignore que está, esconderla de cualquier modo.”⁵²

La conducta aquí tipificada es la de esconder, tapar o disfrazar bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes. La conducta se puede realizar mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar-, o bien una pasiva – callar lo que se conoce-. Para esta última forma debe existir un deber jurídico que el autor del delito ha dejado de lado.

El Reglamento Modelo de la CICAD se refiere a quien impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a tales bienes.

El Artículo 21 de la legislación modelo del PNUFID prevé que: “quienes hubieren contribuido a ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de recursos,..”. Esta norma entonces, no amplía el tipo, lo modifica por cuanto castiga a quienes hubieran contribuido a ocultar, lo que en puridad es una forma de complicidad o de coautoría del encubrimiento, algo que parece absurdo desde que en esta redacción no ocurre lo que sí pasa en la Convención o en el

⁵² CICAD. **Manual de Apoyo**. Pág. 23.



Reglamento Modelo de CICAD, donde la ocultación toma forma de delito autónomo. Nótese que el mencionado Artículo 21 no incluye como sujeto punible al que ocultare el origen del dinero.

La gran diferencia entre el ocultar y el encubrir puede residir en el hecho de que se oculta lo que es de uno o lo que está bajo la disponibilidad jurídica del autor, mientras que se encubren los actos de otro o bien sus bienes. Esta aclaración permite en cierta medida hacer responsables a los autores del hecho previo en cuanto al delito de lavado, pues son los autores del crimen previo los que ocultan su delito.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la tipificación adoptada por la Convención de Palermo se ha sustituido el vocablo encubrir por el de disimular, lo cual es demostrativo -junto con la aclaración del Artículo 6, (2) literal e) que establece que no se penará al autor del hecho previo por el posterior lavado si así lo requieren los principios fundamentales del Estado parte- que en la actualidad busca redactar las normas de forma tal que se pueda efectuar un juicio de reproche por el lavado al autor del hecho previo.

“Al desaparecer el verbo encubrir no hay razón para sostener que se está penando el encubrimiento del delito propio, toda vez que no se castiga el auto encubrimiento sino la posterior conducta de disimular. La utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha dado lugar a problemas, por lo cual este vocablo es entendido por parte de la doctrina como sinónimo de ocultación, problemática que ha venido a subsanar la Convención de Palermo. Es por ello que países como Portugal, al



incorporar la normativa internacional en su legislación optó por el concepto de disimular que como se ha visto es el que existe en la Convención de Palermo. Tradicionalmente se tipificó el encubrimiento como una forma de participación, a través de los llamados cómplices a posteriori. Este modelo estaba dado por el Código Francés de 1810 que luego de algunas reformas, distribuyó esta materia entre la parte general y otras como delito autónomo.”⁵³

“Actualmente el presupuesto en las distintas formas de encubrimiento es la comisión de un hecho anterior en el que no se participó, por lo que se argumenta que no puede ser autor de este crimen quien ha sido autor o partícipe del hecho previo. El encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales o de derechos relativos a tales bienes es algo distinto al encubrimiento clásico en la forma en que está tipificado en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos, ya sea que los mismos distingan entre el favorecimiento real, personal o la recepción clásica.”⁵⁴

Por eso, tal como está dispuesto tanto por la Convención de Viena como por el Reglamento Modelo de CICAD, este tipo de encubrimiento diferente al delito tradicional de encubrimiento, no está sujeto a la fórmula clásica del mismo, por la cual comete el delito quien sin haber participado en el crimen y sin concierto previo a la perpetración del mismo ayuda al autor ya para asegurar el resultado del delito, ya para eludir el castigo, para obstruir el desempeño de la Justicia. “Es ésta justamente la cuestión clave

53 Blanco. Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 319.

54 Franzini. **Ob. Cit.** Pág. 23.



a analizar en este trabajo: si al aceptarse la autonomía del delito de lavado de activos se puede o no castigar en concurso por el delito de blanqueo de capitales al autor del crimen previo que generó tales capitales.”⁵⁵

3.6.3. La adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración de bienes

En la Convención de Viena, Artículo 3 (1) literal c) i); la Convención de Palermo, Artículo 6 (1) literal b); el Reglamento Modelo CICAD, Artículo 2 (2); el Modelo de Legislación (PNUFID), Artículo 21 (3); y en el Convenio Centroamericano, Artículo 2 (3), se encuentran estas figuras o algunas de sus variantes.

Adquisición significa obtener, conseguir, cualquiera sea el medio. Implica el acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa, como también la misma cosa adquirida. “La palabra adquisición, abarca, todo cuanto se logra o consigue por compra, donación, u otro título cualquiera; incluye lo que se obtiene mediante dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante y no así lo que viene por derecho de herencia. La conducta típica descrita como adquisición de los bienes se establece sólo para terceros, es decir, no cubre al autor del delito previo, y coincide hasta cierto punto, con las conductas que dan lugar a la receptación. Aunque la acción no requiere explícitamente 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.”⁵⁶

⁵⁵ **Ibid.**

⁵⁶ Fontán Balestrana, Carlos. **Tratado de Derecho Penal tomo II.** Pág. 246.



Mientras que la posesión es: “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).”⁵⁷

Por otra parte, la utilización consiste en: “aprovechar algo, emplear, usar, servirse de una persona o cosa con determinada finalidad. Aunque la doctrina entiende que la utilización de los bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas (u otros crímenes, por extensión) no constituye por 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... En Chile en los antecedentes de la norma que tipifica el lavado de activos se aclara que los verbos rectores de esta figura delictiva, denominada lavado de dinero, son los de participar o colaborar en el uso, aprovechamiento o destino de bienes provenientes de la perpetración de alguno de los delitos contemplados en la ley. “Se expresó que la finalidad de la ley es la de castigar la participación en el uso, aprovechamiento o destino de los bienes, respecto de los cuales se conoce su procedencia ilícita y que es muy difícil probar la sola intención de darles un uso, aprovechamiento o destino determinados.”⁵⁸

Administrar, en el derecho privado se refiere a la gestión de intereses privados, incluidos los actos y deberes que esa tarea lleva consigo, o también se puede entender como ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes. La finalidad de

57 CICAD. **Manual. Ob. Cit.** Pág. 26.

58 Ibid. Pág. 27



la conducta prevista es la de efectuar un juicio de reproche respecto de los sujetos que se hacen responsables de los intereses de los autores del crimen previo, de los traficantes de drogas, armas y jefes de organizaciones criminales.

Es notorio cómo a medida que evolucionan los métodos utilizados para blanquear los activos provenientes de actividades ilícitas, el legislador va ampliando la lista de verbos rectores en la tipificación del lavado de activos, de forma tal que la misma abarque la mayor cantidad de conductas posibles.

Como se ha visto para evitar la confusión entre el delito de encubrimiento y el lavado, resulta fundamental regular tal como lo prevé la Convención de Palermo con el verbo disimular en lugar de encubrimiento. En resumen, en la normativa internacional la conducta descrita se dirige a castigar los actos que oculten o disimulen el origen delictivo de los activos.

Desde otra perspectiva se puede considerar que se ha de admitir la sanción del autor y de los partícipes de los hechos previos cuando posteriormente blanquean las procedencias del ilícito. Las organizaciones criminales y en especial sus jefes, lesionan gravemente el orden socio económico de los países, tal como ha sido reseñado en el apartado del bien jurídico tutelado. De esta forma, contrario de lo sustentado por las legislaciones que excluyen específicamente a los autores del delito previo como autores del delito de lavado, en tanto lo consideran una forma de encubrimiento, puede concluirse que si el legislador tiene como finalidad proteger el bien jurídico del orden socioeconómico, podría penalizarse al autor del delito precedente.



También, cabe considerar que existen razones de cooperación en el ámbito internacional, que requieren que se considere al lavado como un crimen autónomo. En este aspecto el problema puede surgir en el caso de que una jurisdicción solicite la extradición de un organizador de una asociación criminal por el delito de lavado de activos y en el otro país donde se encuentra estuviere acusado o hubiese sido penado por el delito previo.





CAPÍTULO IV

4. Error de tipo en el delito de lavado de dinero u otros activos de origen delictivo, regulado en el Código Penal vigente en Guatemala

4.1. Lavado de dinero u otros activos y criminalidad económica

Pese a que, por su ubicación sistemática, el delito de lavado de activos afecta, como bien jurídico preponderante, a la administración pública, no puede negarse su carácter de ofensa compleja. Ello es así, ya que esta forma de criminalidad, en la realidad, menoscaba, simultáneamente, amén de aquel bien, otros intereses socialmente valiosos: la transparencia del sistema financiero o la legitimidad misma de la actividad económica.

Esta división en la legitimidad de aquella actividad se puede apreciar con sólo advertir que, el lavado de activos, constituye un proceso merced al cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita. Se trata de un auténtico reciclaje de bienes que debe visualizarse como un proceso complejo integrado, al menos, con tres fases estratégicas sucesivas: a) ocultación; b) control y cobertura, y c) integración o blanqueo propiamente dicho.



Con independencia de que la reconversión de capitales se verifique mediante la puesta en práctica de una sucesión de operaciones puntuales— cambio de divisas, transferencias bancarias, adquisición de títulos o de inmuebles, constitución de sociedades, etc.— no parece que la última meta buscada o perseguida —la plena limpieza de esa riqueza— se obtenga de una forma instantánea o inmediata, sino en virtud de un progresivo proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino, a fin de simular su auténtica naturaleza y así conseguir que parezcan legítimos.

Indudablemente, cada una de esas operaciones tenderá a facilitar la regulación perseguida, pero será preciso efectuar una serie de ellas hasta conseguir el nivel de blancura deseado: el suficiente grado de ocultamiento del origen de tales ingresos para poderlos reintegrar en los causes económicos regulares sin levantar sospechas o, al menos, sin que el origen ilícito de los mismos pueda ser demostrado.

La complejidad de estos mecanismos descritos, indudablemente, tuvieron un reflejo en la construcción legislativa de la figura delictiva; circunstancia que se observa por la inclusión de elementos normativos en la estructuración del tipo objetivo.

4.2. La estructura típica del blanqueo de capitales

4.2.1. El tipo objetivo

Sabido es que, los elementos típicos conforman la estructura de la figura delictiva y



contribuyen a concretar técnicamente la función de garantía que compete al principio de tipicidad. A los efectos de su análisis, en la actualidad, existe consenso en que, metodológicamente, aquellos elementos deben aglutinarse en dos fases: objetiva y subjetiva. Dentro de la faz objetiva se distingue entre: a) la acción; b) el objeto material; y, tratándose de delitos de resultado, c) el nexo causal y de imputación.

Dentro de las acciones constitutivas del delito, el Artículo 2, literales a), b) y c) de la Ley de Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, hace referencia a distintas acciones típicas; a saber: “Invertir, convertir, transferir, adquirir, poseer, administrar u ocultar bienes o dinero, sabiendo u obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.”

De esta manera, pareciera que el legislador apeló a una técnica de tipificación caracterizada por una enumeración de verbos típicos meramente ejemplificadora. Ello así por cuanto la figura analizada constituye un tipo penal abierto, mediante el cual se busca abarcar todas las modalidades de comisión posibles.

En cuanto al significado de las expresiones verbales concretas, hay consenso respecto a que:

- a) Convierte, quien transforma, cambia o muda una cosa. La acción supone el cambio de un bien obtenido de la comisión de un delito por otro de naturaleza distinta;



- b) Transfiere, quien cede un bien a un tercero a cualquier título. La transferencia de la cosa comprende tanto su transmisión a terceras personas como su traslado de un lugar a otro;
- c) Administra, quien tiene el gobierno y la dirección del dinero o de los bienes obtenidos ilícitamente. El giro lingüístico, en este caso, abarca tanto el cuidado como el manejo de estos objetos.

Se coincide con Barral en cuanto a que, el tipo objetivo, se integra, además, con un determinado efecto: “la consecuencia posible de que los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito. Lo cual significa que, para que las acciones constitutivas puedan considerarse típicas, deberá demostrarse, por un lado, la idoneidad de ellas para producir la posibilidad de que los bienes adquieran una nueva apariencia y, por otro, que dicha apariencia tenga aptitud bastante para disimular la procedencia ilícita de los bienes que se reciclan, con la consiguiente creación de una situación de peligro concreto respecto del bien jurídico que se tutela.”⁵⁹

Mientras que, en relación al objeto material de la acción, lo constituye el dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado el autor del blanqueo. En rigor, la referencia al dinero resulta redundante; dado que, éste, queda comprendido en la categoría, más general, de bienes; puesto que por bienes, se entenderá cualquier beneficio que tenga significación económica, sea dinero, cosas (muebles o inmuebles) o derechos; los que, además, deberán estar en el comercio; de manera que sean susceptibles de que alguien los convierta, transfiera, administre,

⁵⁹ Barral, Jorge E. **Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos**. Pág. 196.



venda, grave o aplique de cualquier modo, de forma que puedan adquirir la apariencia de un origen lícito.

No obstante la notable amplitud del objeto material, la lectura del precepto permite apreciar que se ha establecido un límite cuantitativo: “el delito se configurará siempre que se verifique que el valor de los bienes con apariencia de origen lícito supere el quantum de diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional”, según el Artículo 24 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, sean éstas ocasionales o habituales, es decir, en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Precisamente, sobre este aspecto, se ha generado un interesante debate –con incidencia sobre el tema del presente trabajo- respecto a la naturaleza jurídica que ostenta dicho límite. En tal sentido, dos son las posturas prevaletientes: hay quienes sostienen que se trata de una condición objetiva de punibilidad (a); en tanto que, otros, lo califican como un elemento objetivo del tipo (b) que, como tal, deberá ser abarcado por el dolo.

En mi opinión, considero que la referida limitación constituye una condición objetiva de punibilidad, compartiendo para ello la opinión de Vives Antón y Cobo del Rosal en cuanto a que, estas condiciones “no desempeñan una función estructural en la noción de delito: la infracción está ya completa, con independencia que concurren o no. Repercuten tan sólo sobre la penalidad, en base a consideraciones político criminales, de naturaleza material. Y no hacen desaparecer ni la tipicidad, pues ésta ya ha sido



afirmada, ni tampoco la obligada y abstracta referencia conceptual a la pena (punibilidad), sino que condicionan, únicamente, la punición, esto es, la fase aplicativa de concreción de la punibilidad. En síntesis, de su afirmación se hace depender la concreta aplicación de la pena.”⁶⁰

Es una exigencia del objeto material de la figura de lavado de dinero y otros activos que los bienes provengan o hayan sido obtenidos como consecuencia de la comisión de un delito por parte de otra u otras personas, pues el vínculo entre el bien que se pretende legitimar y el delito previo es esencial para la configuración del lavado. Debido a ello es que se puede considerar que se trata de un elemento normativo del tipo objetivo, cuya verificación exige un proceso intelectual o valorativo.

Diversas cuestiones merecen analizarse respecto a esta exigencia típica, en primer término, la clase de delitos previos:

Desde una perspectiva del derecho comparado, dos son los modelos más frecuentes: por un lado, está el del catálogo o listado de delitos y, por otro, el modelo consistente en indicar todos los delitos en general.

“El primero de ellos es el utilizado, por ejemplo, en la normativa uruguaya y brasileña; el segundo, en cambio, es empleado, verbigracia, por la legislación española y la guatemalteca. Es verdad que, como ya se expuso, el legislador argentino, al redactar el tipo receptado por el Artículo 278, inciso 1º, letra ‘a’, estableció un límite cuantitativo

60 Vives, Antón. Cabo del Rosal **Derecho penal. Parte general**. Pág. 330.



(que los bienes objeto del blanqueo superen los cincuenta mil pesos). Tal circunstancia, empero, no torna singular la legislación guatemalteca, desde la óptica de este razonamiento no enerva la conclusión a la que se llega en el texto (en el sentido que, el límite cuantitativo constituye una condición objetiva de punibilidad).⁶¹

4.2.2 El tipo subjetivo:

Para que se configure el delito en estudio, se requiere entonces, la presencia de dolo en el sujeto activo. En términos generales, el dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Este dolo debe abarcar dos aspectos distintos, aunque indisolublemente ligados: uno hacia el conocimiento del origen ilícito de los bienes sobre los que se opera (dolo en cuanto al objeto material); el otro acerca de la percepción que debe tener el autor acerca de las consecuencias posibles de su conducta y la voluntad de llevarla a cabo (dolo en relación a la acción típica).

En cuanto al primero de ellos, será necesario que el autor conozca la procedencia delictiva de los bienes objeto de reciclaje. Este requisito (conocimiento de la existencia del delito antecedente del cual derivan los bienes) abraza, por consiguiente, el elemento normativo del tipo.

Ahora bien, evidentemente, si tal elemento subjetivo existiese, su consecuencia dogmática no sería otra que excluir la compatibilidad con el dolo eventual. La razón de esto es clara: la presencia de estos especiales elementos subjetivos, especializan el

61 Blanco, Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 225.



dolo; haciendo surgir la mentada incompatibilidad.

El segundo aspecto que merece atención es el relativo a la oportunidad en la que el sujeto activo adquiere ese conocimiento de la procedencia delictiva.

“En tal sentido, hay consenso respecto a que, tal conocimiento, debe existir al momento de la acción; siendo irrelevante tanto el dolus superveniens como antecedents.”⁶²

En lo concerniente a las particularidades del dolo respecto a la acción típica, debe puntualizarse que, su acreditación, no exige que medie un ánimo específico de ocultar el origen o de legitimar los bienes, bastando con que se cree la posibilidad de que ello suceda aunque no sea el resultado concretamente deseado por el sujeto.

Dicho de otra manera, la maniobra podría tener cualquier otro fin específico para el autor, como el interés en obtener algún beneficio personal para sí o para un tercero, y aunque puede prever que con ello tal vez diera lugar a que los bienes obtuviesen alguna apariencia de legitimidad, esa circunstancia no lo detiene y lleva adelante su acción conformándose con la posibilidad de la realización del tipo.

4.3. El error de tipo en el delito de blanqueo de capitales

⁶² Renart García, Felipe. **El blanqueo de capitales en el derecho suizo**. En <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artrenart.htm>). 25 de septiembre de 2008



4.3.1. Principios generales

El análisis precedente permite ingresar al estudio de la problemática del error de tipo en esta forma de criminalidad. Por error de tipo se entiende a toda representación falsa (déficit de conocimiento) o falta de representación (ignorancia) respecto de los elementos que constituyen la faz objetiva del tipo delictivo. Por esta razón, el error de tipo puede recaer tanto respecto de los elementos descriptivos como normativos del tipo objetivo.

En términos generales, el tratamiento que ha de recibir el error de tipo coincide en todas las concepciones doctrinarias en materia de error. Tanto desde la teoría del dolo como desde la teoría de la culpabilidad, se sostiene que el error de tipo, sea vencible como invencible, excluye el dolo. Como el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y dado que en el error de tipo falta (o es deficiente) tal conocimiento, queda excluido el dolo. Cuando el error de tipo es invencible, no cabe imponer pena alguna. Si es vencible, se impondrá la sanción por imprudencia en la medida en que el delito cometido admita la forma culposa.

4.3.2. Problemática del error de tipo en el delito de lavado de activos

Se ha dicho que, con relación a este delito, rigen todas las reglas generales tanto respecto del error de tipo como de prohibición. La afirmación, aun cuando correcta, requiere cierta matización si se repara en el intenso debate vinculado con el funcionamiento de la teoría del error en los casos en los que, el tipo delictivo (como aquí



ocurre) se encuentra compuesto por elementos de carácter normativo. De allí que se considere pertinente, un tratamiento un tanto más puntual de esta problemática. Con tal finalidad, es necesario acercarse al núcleo de la cuestión, a partir de progresivas aproximaciones:

He planteado en este trabajo que el error de tipo puede ser vencible o invencible. Será invencible cuando no pueda ser evitado aunque se aplicase la diligencia debida. En cambio, será caracterizado como vencible cuando, el autor, podría haberlo evitado observando el cuidado exigido. En el caso de la criminalidad que aquí examino, los efectos diversos que se derivan de una u otra forma de error, carecen de relevancia. Ello es así por cuanto, la legislación guatemalteca se ha previsto la figura del lavado sólo bajo la modalidad de imputación subjetiva dolosa.

Por esta razón, aun cuando el error fuese vencible la conducta deberá quedar impune.

Un tema que requiere cierto detenimiento, es el vinculado con el error en relación al límite cuantitativo que prevé el tipo analizado de diez mil dólares estadounidenses. La cuestión se encuentra debatida en este punto; discrepancias que no hacen más que reflejar las posturas contrapuestas respecto de la naturaleza jurídica que atañe a tal límite. Quienes sostienen que se trata de un elemento de tipo objetivo, obviamente concluyen que la falta de conocimiento (o su déficit) en vinculación al mismo constituyen un error de tipo; que excluirá el dolo.

En este caso, he establecido que en esta tesis estoy a favor de la postura teórica que



considera este elemento como una condición objetiva de punibilidad. De esta manera, evidentemente, el error carecerá de relevancia; dado que, al ser las condiciones de punibilidad ajenas al tipo objetivo, no deben ser abarcadas por el dolo del autor.

El error también puede recaer sobre los hechos, las circunstancias fácticas, relativos a la proveniencia de los bienes. Por ejemplo: creencia de que aquéllos tienen una procedencia legítima cuando, en realidad, ocurre lo contrario. En tal caso, el intermediario se encontrará en un error de tipo que excluye el dolo.

Ciertamente, si esta eximente es invocada como defensa, en virtud del principio jurídico de inocencia, corresponderá al órgano acusador demostrar lo contrario.

Por fin, la situación que más debate interpretativo ha generado, se vincula con la siguiente situación particular: el autor conoce que los bienes provienen de determinados hechos, pero no alcanza a comprender que esa plataforma fáctica constituye delito. En palabras de Barral: el agente cree, por ejemplo: “que por los antecedentes con que cuenta acerca del hecho del cual proceden los bienes, éste no configura delito sino una maniobra para eludir impuestos que sólo merece sanción como infracción administrativa.”⁶³

Si se está de acuerdo con respecto a esta caracterización de la exigencia típica del delito previo (y su vinculación con los bienes que se reciclan) como un elemento normativo de la figura; fácil será advertir que, lo subyacente en el fondo de esta

63 Barral. **Ob. Cit.** Pág. 223.



discusión, no es otra cosa que el funcionamiento de la teoría del error con respecto a estos componentes valorativos.

Se trata de una cuestión que, desde la antigüedad, viene siendo objeto de posturas discrepantes, en el ámbito de la criminalidad económica y, en particular, respecto de los delitos tributarios. Es así que, mientras para algunos autores, han propuesto establecer reglas diferentes para el tratamiento del error de prohibición en el derecho penal accesorio (incluyéndose –en algunos casos– dentro de esta categoría conceptual al llamado error de subsunción); otros, en cambio, vienen sosteniendo la necesidad de reducir la órbita de aplicación del error de prohibición a favor de la del error sobre el tipo.

En esta tesis, considero que estos casos deben ser analizados bajo las reglas del error de tipo. Para fundar mi afirmación, parece esencial recordar los argumentos vertidos por Francisco Muñoz Conde. Sostiene este autor que, los elementos normativos (cuando son utilizados por el legislador) tienen una gran significación en la caracterización del hecho como un hecho típico, y por tanto, relevante jurídico-penalmente. En efecto, desde el momento en que sin la constatación de estos elementos el hecho carece de relevancia jurídico-penal, los mismos deben ser considerados como: “elementos de la tipicidad misma y, por tanto, el error sobre ellos un error excluyente del dolo típico de estos delitos.”⁶⁴

La conclusión anterior, resulta obligada si se atiende al carácter secuencial de las

64 Muñoz Conde, Francisco. **El error en derecho penal**. Pág. 126.



categorías del delito, pues obviamente si éstas tienen algún sentido, éste no es otro que el de ir resolviendo progresivamente en cada escalón o fase lo que es propio de cada una de ellas.

Sobre la base de la premisa anterior y ahora ya en relación concreta con el delito analizado, es de considerar que si la conciencia (por parte del autor) de que los bienes proceden de un delito es un elemento normativo del tipo; este conocimiento exige en el agente realizar, previamente, un proceso de valoración. Ello porque, en las circunstancias normativas del hecho, el conocimiento presupone una comprensión intelectual, y sin esta comprensión o valoración faltará el dolo.

Pero esta valoración o comprensión intelectual de los elementos normativos que caracterizan el dolo típico en los delitos de lavado, no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto.

En el delito de lavado de dinero y otros activos, dicho conocimiento se agota con la conciencia actual (esto es: existente al momento de realizar las conductas típicas) de la relación previa de los bienes que se reciclan con el delito precedente. De allí que, cuando el sujeto actúa, creyendo –para volver al ejemplo original– que los bienes sobre los cuales recae su conducta no proceden de un delito sino de una mera infracción administrativa, estaría actuando amparado por un error de tipo.





CONCLUSIONES

1. La proliferación de elementos de carácter normativo, como técnica de tipificación, en el ámbito de la criminalidad económica, constituye uno de los factores que explican la relevancia que adquiere, respecto de esa delincuencia, la teoría del error.
2. El delito de lavado de dinero y otros activos, constituye un tipo de ofensa compleja o delito pluriofensivo, lo cual permite analizarlo como una forma de criminalidad que participa de las notas de los delitos que integran el derecho penal económico.
3. La falta de conocimiento (o su déficit) sobre las circunstancias fácticas relativas a la proveniencia de los bienes que se reciclan, constituye un caso de error de tipo que excluye el dolo.
4. La falta de conocimiento con relación a la comprensión de la valoración jurídica, provoca en el elemento normativo de la figura (proveniencia delictiva de los bienes que se reciclan) un error de tipo que también excluye el dolo.
5. El desconocimiento y la incompreensión del valor jurídico en la comisión del delito, provoca la exclusión del dolo en el error de tipo del delito del lavado de dinero y otros activos.



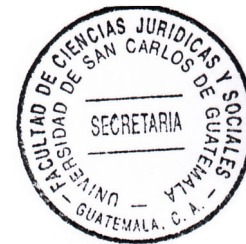


RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso, reforme el Código Penal para corregir el error de tipo, porque no está tipificado adecuadamente, en el sentido de reprimir al autor del delito de lavado de dinero y así terminar con la criminalidad económica.
2. El Congreso, debe agravar la pena del delito para evitar que se argumente, en caso de que este crimen se cometiere con fin de lucro, y así reducir la comisión de este ilícito penal.
3. Ampliar la figura del autor de delito de lavado de dinero u otros activos, hacia aquellas personas que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión conozcan del manejo de elevadas sumas de dinero, no lo informen a la Intendencia de Verificación Especial, para que ésta verifique la legalidad de su procedencia.
4. El ministerio de Gobernación, debe fomentar la participación de la ciudadanía para que informe a una instancia estatal de seguridad las transacciones mercantiles que no sean comunes en su entorno para que se investigue la legalidad de las mismas.
5. Que el ejecutivo, por medio del Departamento de Divulgación Informe a la ciudadanía de una manera clara y comprensible de la existencia del delito de

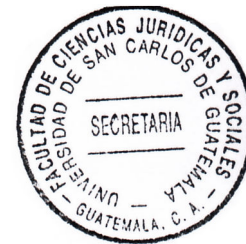


lavado de dinero y otros activos para que de esta forma se disminuya o se evite la comisión del mismo.



BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN, VIVES y COBO DEL ROSAL. **Derecho penal. Parte general.** Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1991. Pág. 76, 330
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la anti juridicidad o la prohibición en comentarios a la legislación penal.** Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1985. Págs. 65, 66, 68
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal económico.** Ed. Civitas. España. 1978. Pág. 49
- BARRAL, Jorge E. **Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos.** Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2003. Págs. 196, 223
- BERGALLI, Roberto. **Criminalidad económico-social: Una digresión sobre la antropología del discurso jurídico-penal.** Ed. Morata. España. 1986. Pág. 63
- BERGALLI, Roberto. **La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella.** Ed. Morata. España. 1978. Pág.195
- BLANCO CORDERO, Isidro. **El delito de blanqueo de capitales.** Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997. Págs.32, 117, 163, 191, 196, 225, 319
- CESANO, José Daniel. **Error de tipo y criminalidad económica.** Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 2004. Pág. 43
- CICAD. **Manual de apoyo para la tipificación del delito.** Págs. 20, 23, 26, 27
- COBO GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel. **Presupuestos del error sobre la prohibición.** Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987. Pág.190
- Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas –CICAD-. **Manual de Apoyo para la tipificación del delito.** Pág.19
- CRUZ CASTRO, Fernando. **Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable perversión del sistema penal.** Ed. Ábaco. Buenos Aires, 1986. Pág. 4
- DE MATA VELA, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal.** Ed. Ediciones Superiores. Guatemala, 1983. Pág. 6



DIEZ REPOLLES, José L. **Blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español.** Ed. Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal. Madrid, 1997. Pàg. 603

FATF. **Follow-the-money methods in crime control policy.** En www.yorku.ca/nathanson/Publications/washout.htm. 19 de septiembre de 2008

FATF. Informe de 2001. www.oecd.org/fatf/Mlaundering. 19 de septiembre de 2008

FATF. **Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001.** Págs. 23, 25

FATF-GAFI, <www.oecd.org/fatf/>. 19 de septiembre de 2008

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1985. Pàg. 34

FONTÀN BALESTRANA, Carlos. Tratado de derecho penal, tomo II. Argentina, 1996. Pàg. 246

FRANZINI-BATTLE, Rafael. **El delito de lavado de dinero (blanqueo de capitales).** Ed. Jurídica. Montevideo, 2001. Págs. 11, 23

FRANZINI-BATTLE, Rafael. **El delito de lavado de dinero y el secreto bancario.** Ed. Jurídica. Montevideo, 1995. Pàg. 45

Global Programme Against Money Laundering. www.undcp.org. 20 de septiembre de 2008.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. **Teoría jurídica del delito. Parte general.** Ed. Editorial Civitas. Madrid, 1984. Pàg. 222.

International Monetary Fund and World Bank. **Enhancing contributions to combating money laundering.** April 2001. En www.imf.org.

International Monetary Fund and World Bank. **Financial System Abuse, Financial crime and Money Laundering.** February 2001. En www.imf.org.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva.** Ed. Cuadernos Civitas. Madrid, 1996. Pàg. 34



JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Ed. Comares. Granada, 1993. Pàg. 275

LANGÓN CUÑARRO, Miguel. **La Convención de Viena de 1988.** Trabajo presentado al PNUFID en Sucre, Bolivia, mayo de 1992. Pàg. 66.

Ministerio de Justicia, Mensaje de la Presidencia de la República de Colombia. Pàg. 58

LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel. **Criminología.** Ed. Akal, Madrid, 1991. Pàg. 155

MIDDENDORFF, Wenceslao. **Sociología del delito.** Ed. Revista de Occidente. España. 1961. Pàg. 61

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte general.** Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1990. Pàg. 225

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en derecho penal.** Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2003. Pàg. 226

NEUMAN, Ángel. **La legalización de las drogas.** Ed. Trota. Buenos Aires, 1991. Pàg. 39

PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación.** Ed. Praxis. Valencia, 1996. Pàg. 123

PEARCE, Frank. **Los crímenes de los poderosos.** Ed. Siglo XXI. México. 1980. Pàg, 106

QUINTERO OLIVARES Gonzalo. **Derecho penal. Parte general.** Ed. Pons. Madrid, 1989. Pàg. 415

RAINE, Leonel Pluarco. **Crimen organizado global: el nuevo imperio del mal.** Ed. Anuario Derecho Penal. Perú, 1997. Pàg. 19

RENART GARCÍA, Felipe. **El blanqueo de capitales en el derecho suizo.**

<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artrenart.htm>). 22 de septiembre de 2008



SAAVEDRA, Edgar. **Constitución, derechos humanos y derecho penal**. Ed. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente”, ILANUD, Costa Rica, 2003. Pág. 45

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. **Sistema penal y criminología crítica**. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 72

www.undcp.org/money_laundering. 2001. 25 de septiembre de 2008

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, teorías actuales en derecho penal**. Ed. AD-Hoc. Buenos Aires, 1998. Págs. 98, 105

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1985.

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

Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

Leyes Nacionales sobre Lavado de Activos. En www.cicad.org

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-2001.

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