

AÑO 3 | SEMESTRE 1  
EDICIÓN ENERO - JUNO 2020

# REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE



“DISCERE MAGIUS IURIS”  
APRENDE MÁS DE DERECHO



COMUNIDAD JURÍDICA  
DE OCCIDENTE



## “DISCERE MAGIUS IURIS” APRENDE MÁS DE DERECHO

**Coordinador general:**

Erick Juárez Elías.

**Coordinadores de la revista:**

Bayron López Hernández

Luis Alberto Fernández Ramírez.

**Notas aclaratorias:**

Las opiniones expuestas en los artículos publicados son responsabilidad exclusiva de su autor y no expresan necesariamente la opinión de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Se permite su uso, difusión y reproducción total o parcial para fines didácticos, siempre que se cite la fuente.



## DE LAS PALABRAS DE ERICK JUAREZ DADAS A UN AMIGO ANTES DE IMPARTIR JUSTICIA

Has honor de la noble investidura que hoy se te concede, por cuanto es la más importante y delicada de entre todas las que se otorgan.

Impregna y resguarda de dignidad tu cargo, alejándote de los bullicios de la vida licenciosa, desordenada e irresponsable, en cuanto de cuyos actos debes juzgar a los demás.

Antes de ser inclemente se compasivo con los justiciables, porque el yerro de la conducta que juzgas puede ser tu yerro al juzgar.

Cuando la ofuscación irrumpa de tal manera que te impida razonar, posterga la decisión, que es menos perjudicial a las injusticias del fallo inmediato.

Cultiva la tolerancia para respetar por igual a quien sea y conceder indulgencia tanto al ingenuo como al insolente.

Has de la templanza tu hábito más devoto y así tu proceder será estandarte de la moderación del derecho y de los apremios que dispongas.

Jamás encubras tu deber de juzgar, aun cuando la fuerza de la multitud, de la naturaleza o de las armas esté sobre tus sienes.

Arrópate de sabiduría para discernir entre el bien y el mal de tus decisiones, conteniendo así cualquier perjuicio que puedas provocar.

Olvida con la mayor prontitud las ofensas, así tu buen juicio para sentenciar estará libre de los mezquinos sentimientos.

Pues bien mi buen amigo, has de tu cargo el refugio de los que claman justicia, a quienes los abusos han impedido que la exijan como es debido y devuelve a cada uno lo que es suyo, lo que le corresponde y lo que necesita!

# CONTENIDO



PRESENTACIÓN  
ERICK JUÁREZ

**1**

LA TEORÍA PROBATORIA EN LOS  
SISTEMAS ORALES DE AMÉRICA LATINA  
LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO

**13**

LA INFORMÁTICA FORENSE Y EL  
TRATAMIENTO DE LA EVIDENCIA DIGITAL  
JULIO ESTUARDO SANTOS VELÁSQUEZ

**24**

LA EMERGENCIA PUNITIVA EN LOS  
DELITOS CULPOSOS Y LOS DELITOS DE  
TRÁNSITO  
LUIS ALBERTO HERNÁNDEZ RAMÍREZ

**33**

DELITO DE LAVADO DE DINERO  
U OTROS ACTIVOS  
BAYRON LÓPEZ HERNÁNDEZ

**49**

# PRESENTACIÓN



La verdad como correspondencia a una decisión jurisdiccional justa, debe constituir un elemento esencial y determinante del debido proceso, que asegura en gran medida su legitimidad y a la vez, excluye injusticias judiciales. A tal efecto, el procedimiento se sirve de las pruebas para alcanzar esa certeza, como el imprescindible e idóneo medio para el entendimiento de los jueces y la consecuente fundamentación de sus resoluciones.

De esa cuenta, deviene la importancia de la teoría probatoria, con el objeto de establecer estándares básicos de la prueba y de la actividad probatoria, mediante la configuración de sus elementos, características, finalidad y postulados que la rigen. Es en este contexto, que el artículo de Leonel González es de sobrada relevancia, por cuanto centra su análisis en la teoría probatoria de los sistemas orales de América Latina y en tanto identifica los debates pendientes al respecto, lo cual hace con suficiente autoridad, por la experiencia y conocimiento que al respecto tiene.

Inicialmente, González recuerda la importancia de la teoría probatoria en el contexto del juicio, con referencias claras y sensatas, que al respecto han manifestado, entre otros, Tarufo y Foucault, tanto en sus diversos textos como en sus innumerables conferencias. Esto exige una primera reflexión fenomenológica, para contrastar sobre la exigencia de la verdad en el proceso y la realidad de éstos en la escena de los tribunales de Latinoamérica, de lo cual, con alta probabilidad, la certeza sea subordinada por la forma procesal y no se le dé la importancia que conlleva, tal y como Tarufo indica al cuestionar los juicios ante el jurado norteamericano.

Junto a ello, en el artículo se marca la diferencia que debe existir de la teoría probatoria en un sistema oral frente a uno escrito, revelando los grandes beneficios del primero, del que sobresale el derecho de confrontar la prueba, propio del modelo adversarial y que es difícil por escrito; esto acerca a las ideas de Bentham, que hace 195 años, defendía las garantías del testimonio oral y demeritaba los infortunios del sistema escrito al respecto. Esto implica una segunda reflexión, enfocada en la deconstrucción de los paradigmas de la prueba en los sistemas escritos, suprimiendo y

expulsando de la práctica procesal latinoamericana, aquellas ideas propias de la litigación escrita, que aún perviven y se han asimilado en el escenario oral, mutando de las letras a las palabras, pero manteniendo su esencia; de allí que, el desdiseñar es tan importante como el implantar una teoría probatoria propia para los sistemas orales.

Además, González hace un repaso, necesario por cierto, del proceso de reforma de la justicia penal y civil en Latinoamérica, en el que confirma la disparidad en la evolución entre uno y otro; el primero, iniciado en Guatemala fue incipiente y ampliamente llevado a cabo por la mayoría de los países de la región; el segundo, iniciado en Uruguay, ha sido más lento y aún se mantiene en discusión en la mayoría de países, tanto por los derechos en juego como por las áreas de mayor abordaje. Sin embargo y a pesar de esa diferencia, evidencia la elección incuestionable y correcta, por la que han apostado los países: las audiencias orales; razón aún mayor para depurar y consolidar la teoría probatoria propia al sistema oral.

En ese contexto, indica la importancia que, la verdad en el proceso, ha revestido en las reformas procesales, meritiendo tal aspecto al pensamiento de Ferrajoli, quien retomó la función de la verdad en su reconocida obra, *Derecho y Razón*, mediante la diferenciación del modelo sustancialista, propio del inquisitivo y su correlato de secreto y escrito, con el cognoscitivista, propio del acusatorio y su vinculación a la publicidad y oralidad, influyó notablemente, tanto en la academia, en la práctica y en las reformas legislativas.

En este punto, González marca uno de los temas debatidos, que hasta el momento ha sumergido en discusiones interminables a varios procesalistas, que diferencian un modelo procesal de otro; así, confronta la verdad sin límites del sustancialista versus la verdad con límites del acusatorio. De esto deriva la importancia de las reglas probatorias, a las que señala como los obstáculos que deben superarse para condenar. Esto constituye la esencia, de la prueba y de la actividad probatoria, porque determina los elementos y características de aquella y el rol propio y excluyente de los sujetos procesales y de los jueces respecto a la prueba.

Así, desde las autorizaciones jurisdiccionales para la obtención de la prueba, su descubrimiento, admisibilidad, reproducción, valoración, hasta su fundamentación, constituyen los elementos que marcan esas reglas probatorias y que asume el autor como las dimensiones de la prueba, objeto de debates pendientes.

Respecto a la obtención de la prueba, se ha avanzado divergentemente en los países de la región, algunos con mayor intensidad de control jurisdiccional, otros con mayor relajación al respecto. Si bien es cierto, todos asumen, derivado de esos límites que impone el modelo acusatorio, que en aras de la verdad no puede irrumpirse en los derechos fundamentales de los imputados, el tratamiento que hacen de la prueba ilícita es diverso, algunos más aferrados a la teoría de los frutos del árbol envenenado, excluyen la prueba y las que derivan de esta; sin embargo, otros más, sin discernir al respecto, consideran la “contaminación” del proceso y anulan la causa – sobreseen, archivan o la nomenclatura jurídica que corresponda en cada país-, engrosando los escaños de la impunidad. Algunos otros, eligiendo la teoría de la fuente independiente, mal aplican esta y convalidan las pruebas que derivan o se originan de la obtenida ilícitamente, convalidando judicialmente una ilicitud; pero, contrario a esto, aún existen jueces que, con suspiros sustancialistas, sobreponen la relevancia de la condena por sobre cualquier ilicitud, la que toleran y convalidan deliberadamente. Por ello, nuevamente se deslumbra la importancia de este artículo para los sistemas orales de América Latina, porque se debe de avanzar, pero correctamente, sobre esta temática.

En el artículo, González repara en un punto ampliamente debatido por décadas, respecto al rol del juez en relación a la prueba en un sistema oral; cuestión que, desde las primeras ideas, propuestas y proyecto del Código Procesal Penal Tipo para Latinoamérica ha estado en la discusión. Algunos aún, ante la falta de desenseñanza y con cierto clamor de anonimato, sostienen el rol activo de los jueces en la búsqueda de la verdad, para lo cual, abogan por las sugerencias, directrices o recomendaciones que estos deben darle a los fiscales para el desarrollo de la investigación, lo cual está discretamente incorporado en las resoluciones previas al juicio, de audiencia inicial o de etapa intermedia; pero también, respaldan esa búsqueda con prueba “de oficio” que algunos códigos procesales penales aún disponen en su regulación, no encontrando afectación de derechos en tal proceder, a lo que se suma, la falta de control de los jueces al examen de la prueba por las partes procesales e, incluso, a que estos puedan preguntar o hacer reproducir la prueba documental o material. Todo esto, como claramente se expresa en el artículo, no es ni debe ser un rol de los jueces, porque esto provoca crisis de la imparcialidad con que debe proceder en todo momento del proceso, tanto en la dirección de las audiencias, como en su función de control de la investigación, para evitar los abusos que en no pocos casos se han cometido y se siguen cometiendo.

Reafirmando ese rol jurisdiccional y, quizá considerando que en la mayoría de los casos esa posición activa se debe por las debilidades en la

función fiscal, indica que debe mejorarse la actividad de investigación y de persecución penal, para asegurar en mejor medida la adquisición de la verdad, para lo cual deben desarrollarse los mecanismos apropiados que implica, incluso, implantar nuevas formas, condiciones y organización estructural de la persecución penal, a lo que debe agregarse más eficacia y funcionalidad en el uso de las herramientas tecnológicas para la identificación y obtención de pruebas.

En ese contexto, es que identifica los debates pendientes, los cuales deben ser retomados con seriedad y conforme a la lógica del sistema oral, tanto en la actividad probatoria, como en los estándares probatorios y la estructura conceptual de la prueba.

En el primero de ellos, es establecer con claridad el contenido y las reglas de la actividad probatoria, que actualmente se encuentra influenciada por el sustancialismo y la escritura; así, propone que la carga de la prueba, incluido su ofrecimiento, deba ser concebida desde su función, para la defensa, para el ordenamiento del juicio y para tomar decisiones anticipadas al juicio, terminando los casos que no reúnan un mínimo de condiciones probatorias; respecto a la admisibilidad y su correspondiente exclusión, deben establecerse los filtros propios de un sistema oral, a efecto que solo ingrese prueba de alta calidad, evitando así sobresaturar de información al tribunal, pero a la vez, hacer más expeditos los juicios y exigir una correcta selección de la prueba de los sujetos procesales; en cuanto a la producción y su reflejo control de la prueba, destaca la necesidad de profundizar en la mejora de la práctica, porque a pesar de haber sido una de las temáticas abordadas tiempo atrás, en libros como litigación penal y en capacitación sobre litigación, aún existe la debilidad del litigio adversarial; y, sobre la valoración y fundamentación, introduce dos elementos centrales, sobre los cuales debe evolucionarse, como lo es el test de credibilidad de la prueba, rol propio de los jueces para considerar fiable la prueba y que a la vez, permite la explicación de su motivación, lo cual legitima su decisión.

Para el segundo, reconduce el debate a los problemas de los estándares probatorios, los que califica sobre la base de consideraciones incompletas, no concluyentes, ambiguas, discrepantes, imperfectas; a esto se adiciona, la necesidad de establecer ese estándar para la duda razonable, a efecto que sea clara y no se utilice para como un mecanismo de absoluciones ilegítimas.

Finalmente, marca la ruta a seguir en la estructura conceptual de la teoría probatoria, la cual debe sustituir a la actual, enfocada en dos niveles: el



micro, referido a la precisión, claridad e inequívoca descripción y establecimiento de la actividad y estándar probatorio, lo que aseguraría en gran medida, la consolidación democrática de la adquisición de la verdad en los sistemas procesales orales de la región; y el macro, desarrollar una nueva estructura conceptual, propia de la actividad probatoria en modelos acusatorios, despojada de las ideas sobrevivientes del inquisitivo y, completa y autosuficiente para proveer esa verdad que debe legitimar las sentencias.

En ese mismo contexto de la teoría probatoria, con delimitación temática a la prueba electrónica, Julio Santos aborda los puntos relevantes, tanto en la actividad investigativa como probatoria, de este tipo de evidencia, haciendo las acotaciones y vinculaciones respectivas entre las tecnologías de la información y comunicación y el derecho.

Al respecto se revela la importancia del abordaje teórico-técnico del tema, por varias razones, de las que sobresalen 2 principales: la primera, la lentitud de los sistemas procesales de la región en utilizar y adaptarse, de forma eficiente y funcional, a los cambios tecnológicos, lo que ha implicado que las tecnologías estén sub-utilizadas, decayendo en los más rudimentarios usos de estos medios, sin explorar ni explotar las enormes ventajas que proveen, entre otras, las posibilidades de juicios virtuales, remates en línea, comunicaciones y traslado de información inter-institucional, controles telemáticos de medidas de coerción, alertas tecnológicas, proyecciones estadísticas, y propiamente con herramientas para adquirir información, identificar y obtener prueba, verificar datos y hasta reproducir prueba en juicio. La segunda, el reciente y aún limitado estudio sobre la prueba electrónica, que ha impedido tener las reglas claras al respecto, tanto en aspectos de obtención, conservación, como descubrimiento y reproducción en juicio, de lo que aisladamente se encuentran ponencias, entre otras, como las presentadas en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina, o el Seminario Internacional sobre el Balance de la Reforma Judicial en América Latina.

De esa cuenta, la prueba digital es aún un ámbito necesario de análisis y definición teórica, para proveer los estándares conforme a los cuales, se utilice correcta y eficientemente en los juicios, toda vez que, como lo señala Santos, en la institución fiscal aún no existen estándares para la identificación, conservación, análisis, documentación e incorporación de los datos obtenidos de dispositivos electrónicos; y a la vez, incorpora otro indicador de esta situación, como lo es el poco conocimiento que al respecto se tiene por parte de los actores del sistema de justicia; esto último, necesario de revertir, por cuanto la supresión, alteración o manipulación de

la prueba electrónica, es menos advertida, no cuestionada y aceptada con el rigor de la verdad absoluta, por aquellos que desconocen los estándares mínimos a los que debe sujetarse, lo que impide un examen y contra-examen eficaz e, incluso, una valoración y fundamentación probatoria válida.

Ambos enfoques son imprescindibles, con mayor énfasis, cuando la investigación, persecución y enjuiciamiento se trata de delitos informáticos o delitos cometidos por medios digitales, en el que, la prueba idónea y principal radica en ese escenario digital; por ello, un estándar básico a ser cumplido por el ente fiscal y los conocimientos esenciales de los abogados intervinientes, en sus distintos roles, asegura en mayor medida, un juicio que, sobre la base de la prueba lícita y legal, pretenda esclarecer la verdad y legitime el fallo judicial conforme esos parámetros. En este marco, el artículo hace referencia a la importancia y trascendencia del Convenio de Budapest, mediante el cual se establecen las bases y herramientas, que a nivel de Estado y de cooperación internacional, se deben establecer para la efectiva persecución de los denominados ciber-delitos.

En el artículo se enfatiza, a manera de recordatorio, la evolución vertiginosa que han tenido las tecnologías y los alcances actuales e incluso, los pronto desarrollos que en breve estarán dispuestos. Esta acelerada transformación de la sociedad por las tecnologías, hace recordar en paralelo el interés por su vinculación con el derecho, como los artículos y ensayos rusos de finales de los años 70 que proponían la automatización de las sentencias a través de algoritmos predictivos, lo que obviamente eliminaría el razonamiento de las decisiones y las haría fríamente estandarizadas sin conocimiento específico y propio del caso concreto. Sobre esta base, conforme a esos avances y en el contexto del derecho, indica el ámbito que comprende la informática forense, de cuyos elementos que lista, sugiere que deben ser conocidos por los abogados, lo que a primera vista parecería una formación tecnológica, sin embargo, en el contexto de la temática, lo que propone es conocer los aspectos jurídicos que regulan las pruebas digitales, a efecto de comprender y aplicar los conceptos e ideas básicas a los fines procesales, dejando lo propio y esencial de las tecnologías, a los peritos cuando esto sea necesario.

De lo indicado, deriva la incorporación de la prueba pericial, sin sobredimensionar la figura de los peritos claro está, a lo cual se vincula la cadena de custodia digital o propia para ese ámbito, así como el uso, la utilización y la validez de la certificación digital, cuya recurrencia empieza a notarse en diferentes países y en distintos ámbitos, incluido el judicial.

De esto, Santos hace una enumeración, a manera de interrogantes, sobre los aspectos vinculantes a la eficacia de la peritación, de lo que sobresalen dos aspectos básicos: el primero referido a las calidades o cualificaciones que deben reunir los peritos, que va más allá de la simple acreditación universitaria, debiendo conocer, comprender, aplicar y poder explicar apropiadamente todos los elementos concernientes a la informática y a la informática forense, por cuanto que, implica dar explicación propia del dato electrónico, pero a la vez, también sobre el procedimiento que debe utilizarse para el adecuado manejo de la evidencia digital; de esa cuenta, plantea un debate sobre la idoneidad de los peritos, aspecto que debe estar delineado a efecto de excluir a cualquier profesional o técnico que, con simples cursos de actualización, puedan asumir la función indicada. El segundo de ellos, relativo a las condiciones institucionales, propiamente de las ciencias forenses, que debe tener un staff de expertos debidamente formados y constantemente actualizados, a efecto de asegurar en la mayor medida posible, un dictamen que cumpla con los estándares correspondientes; así como el ministerio fiscal, contar con técnicos en la unidad de dirección de investigación, que estén capacitados para procesar escena de crimen, en que se encuentre vinculada prueba digital, a efecto de procesarla correctamente y evitar cualquier afectación futura, incluso para, asegurar la cadena de custodia.

Por ello, la idea central que gravita en el artículo, es el establecimiento de estándares institucionales, que prescriban los parámetros básicos que deben observarse para el adecuado manejo de la evidencia digital, a efecto de evitar, que errores procedimentales provoquen impunidad. A ese respecto, refiere los avances que otros países de la región han tenido el torno a esos estándares e, incluso, manifiesta sobre los estándares internacionales que al respecto se disponen a manera de parámetros generales que deben ser observados en torno a la prueba electrónica.

En otro contexto, siempre en materia penal, pero en el ámbito sustantivo, Luis Fernández aborda un tema de constante reflexión y revisión en la política legislativa, siendo este el vinculado a la emergencia punitiva de la cual usa y se sirve el populismo penal, que con fines políticos-electorales debilita los sistemas penales de no pocos países. Esta forma de proselitismo incauto irrumpe y pone en riesgo los principios básicos del derecho penal, tanto en el adelantamiento de la punición en esferas cubiertas o propias de otros ámbitos de control, así como en la expansión del delito a supuestos no propios de la sanción penal o aumentando la intensidad de esta, trastocando los fines de la pena y devolviendo su naturaleza a etapas ya superadas de la retribución; con efectos reales, menos nocivos para a la subsidiaridad del

derecho penal, se ubica el simbolismo de este proceder legislativo, imposible de ser efectivo en la práctica, por aspectos institucionales, materiales, conceptuales o simplemente culturales, pero que en suma acalla las voces populares de exigencia de justicia, siendo al final una ofensa a las expectativas de estas.

En ese marco, Fernández señala las razones populistas utilizadas por el legislativo para expandir el derecho penal a supuestos anteriormente regulados en materia administrativa y, ampliar el espectro penal a tipos penales ya establecidos previamente; el motivo popular, el impacto social provocado por los accidentes de tránsito, en especial, en los que se encuentran involucrados vehículos de transporte de pasajeros y de carga; y el impulso político, la falacia de presentarse como una legislatura al servicio del pueblo, que recién asumido el cargo, muestra interés en evitar las tragedias que enlutan al país. En ambos casos, el interés político a través de la criminalización es sobradamente perceptible; a ese fin, se cuestiona el considerando que justifica la creación de la ley, citando para el efecto, la razonada y sonada advertencia del maestro Carrara.

Sobre esta base, en el artículo se hace el comparativo de las normas jurídicas, referidas al delito de homicidio culposo, por un lado el texto original y por el otro el modificado, dando las explicaciones que a razón de él, atentan contra las exigencias cualificativas para el aumento de la pena. A este respecto, señala el trato diferenciador que se hace de los pilotos de transporte colectivo, eliminando el supuesto agravante que originalmente la norma penal establecía, lo que induce a utilizar la función legislativa para darle respuesta al clamor popular. En torno a ello, debe profundizarse sobre el trato diferenciador de los pilotos de transporte particular y colectivo, sobre los niveles del deber de cuidado que corresponde y se exige en cada uno, si son idénticos o diferenciados, a efecto de determinar si existen circunstancias ontológicamente distintas para establecer un tratamiento diferenciador en la norma jurídica-penal; este ejercicio, como es recurrente y propio en las sesiones de la Comunidad, permitirá establecer si en efecto, más allá de un derecho de la emergencia se transita en rutas de una estigmatización criminal.

En torno al delito de lesiones culposas, Fernández repara en la disminución de la pena de prisión, lo que constituye un aspecto inusitado en el proceder legislativo, por cuanto, la tendencia que marca este Organismo en materia penal, es al aumento de las penas, a la ampliación de la sanción punitiva y al espectro de aplicación de las normas jurídico-penales. Además, esto es contrario a los indicadores del derecho penal de la emergencia, por cuanto que, éste tiende a elevar las penas y no a

disminuirlas, aun cuando el clamor popular se enfoque en ese sentido; sin embargo, razones políticas son más que concurrentes, no respecto a la colectividad, más bien sectorizado a financistas, siendo el caso que, en este artículo se incorpora a pilotos de transporte de carga, a quienes favorece con la disminución de la pena, siendo deliberada esa modificación.

Respecto al delito de responsabilidad de conductores, en el artículo se abordan todas las implicaciones de este, tanto de aspectos normativos propiamente como prácticos; de ello deviene importante el abordaje que se realiza respecto a la ampliación o expansión punitiva al supuesto de no portar o no tener la licenciad de conducir correspondiente; en este punto, debe recordarse que este supuesto de hecho es concurrente a la premisa inicial descrita en el tipo pena: “conducir vehículo motor con temeridad o impericia manifiesta o en forma imprudente o negligente”, no siendo independiente ni autónomo, por lo cual no puede provocar per se la intervención punitiva de Estado; es decir, esa forma de conducir requiere la condición –ingrediente normativo condicional- de no portar o no poseer la licencia de conducir correspondiente. De esta forma, se soluciona el posible conflicto de normas jurídicas administrativas y penales, por cuanto que, las primeras sancionan el simple hecho de no portar la licenciad de conducir respectiva, más las segundas exigen que, este hecho esté precedido de una conducción irresponsable, como las ya indicadas.

Finalmente hace referencia al tipo penal creado, incorporando para el efecto los razonamientos que la Corte de Constitucionalidad hizo al respecto, al ser cuestionada la constitucionalidad de esa norma jurídica. En torno a este delito, debe reflexionarse sobre la expansión del derecho penal en la esfera administrativa, por cuanto, implica un incumplimiento a una gestión y autorización de la autoridad competente, lo que razonadamente correspondería al ámbito administrativo y no al ámbito penal; de lo contrario, cualquier uso o explotación de servicio o medios, sin obtener la licencia respectiva degeneraría en delitos, lo cual es inconcebible. Además, esto evidencia la debilidad de los controles administrativos, la ineficiencia de las sanciones administrativas y el incumplimiento de la función que corresponde a los entes reguladores y las policías de tránsito.

El último artículo, de Bayron López, también se enmarca en materia sustantiva y aborda un tema amplia y recurrentemente analizado y debatido en las sesiones de la Comunidad, como lo es el delito de lavado de dinero u otros activos; el constante análisis ha derivado, porque el mismo ha constituido un instrumento normativo, en la práctica, para ampliar el espectro penal y responsabilizar a todo sujeto que haya tenido contacto

económico con imputados o en escenarios delictivos, aún y cuando no concurren los elementos objetivos del tipo penal, como el delito precedente o el conocimiento del origen ilícito de los bienes.

Al respecto, López inicia el análisis sobre el delito precedente, indicando que, la correcta imputación de cargos, debe describir los hechos de éste, con las circunstancias exigidas para toda formulación de cargos, con el objeto de asegurar el ejercicio de la defensa, que puede confrontarlos y refutarlos, descender a ese nivel ex ante de su conducta cuestionada penalmente, porque esos constituyen un presupuesto sin el cual el tipo penal de lavado de dinero es inexistente; a tal fin, elevada una serie de posibilidades defensivas, que claro está, no constituyen una defensa extensiva a la persona o personas responsables del delito precedente, más bien, esa refutación conlleva una defensa propia en el caso concreto. Además, indica la obligación, que el tribunal tiene, de connotación de los hechos del delito precedente, porque sobre esta base debe estructurar el análisis de la responsabilidad penal del imputado; la exigencia de comprobación de los hechos, es un punto que también implica en el pronunciamiento, aspecto que debe ser sometido a discusión, para concluir en su delimitación más acertada y correcta, a efecto de no extender el fallo judicial, a personas o ámbitos no propios del caso concreto. En ese sentido, dimensiona las exigencias que implica, en la práctica, para cada uno de los sujetos procesales y de los jueces, en su rol respecto al delito precedente, sin que ello implique, que sea necesaria la existencia de proceso o sentencia previa relacionada al mismo.

Seguidamente, desciende a uno de los puntos más debatidos de este tipo penal, como lo es el conocimiento previo del origen ilícito de los bienes, que ha constituido objeto de intensas discusiones, tanto de naturaleza probatoria como referidas a la formulación de cargos. Para ello, López, partiendo de la extensión del tipo penal subjetivo a los elementos objetivos, señala las condiciones de ese conocimiento, así como los niveles que debe exigirse al efecto, indicando que tal conocimiento, por parte del imputado del delito de lavado de dinero u otros activos, debe ser total, amplio, suficiente, completo.

Este es uno, de los tantos aspectos, en que las discusiones académicas se encierran, por cuanto que, para un sector el conocimiento debe ser básico y elemental, es decir, que el imputado sepa que los mismos han sido obtenidos de acciones delictivas, sin que sea necesario para su responsabilidad, saber los detalles del delito precedente, tampoco los nombres y el número de personas vinculadas, menos aún la cantidad exacta

del dinero o bienes adquiridos, como tampoco el escenario constante, permanente o único en que se cometió el delito precedente; basta en consecuencia, la imposición de un dato general de la ilicitud, porque esto le determina a aceptar o no su vinculación al lavado de dinero, es más que suficiente para discernir su conducta y en consecuencia, determinar su voluntad de obrar. Por el contrario, el otro sector, se opone a ese entendimiento básico, por ser superficial e impedir al imputado determinar su conducta, exigiendo para el efecto, que éste tenga conocimiento amplio y total de las circunstancias vinculantes al delito precedente. En esta bifurcación de interpretaciones, López se inclina por la última, por considerar que es la que más asegura el derecho de defensa, sosteniendo su elección en el principio de favor rei.

En ese contexto, las posturas confrontadas continuarán, debiendo para el efecto, ubicar claramente el objeto de la exigencia y los niveles de conocimiento que implican y determinan la conducta de los imputados; por lo cual, debe evitarse el salto lógico de recurrir a razones probatorias o de defensa, para exigir una cognición total de los hechos del delito precedente y centrarse al escenario sustantivo, en el cual el imputado despliega su acción con relevancia penal, para cuyo efecto lo completo es irrelevante, siendo lo suficiente de la información lo que influye en la voluntad del sujeto activo de adecuar o no su conducta a los elementos objetivos del tipo penal.

Además, en ese mismo punto, en el artículo se hace énfasis al conocimiento que se exige o se impone a empleados, funcionarios o profesionales, que en el ámbito de sus atribuciones y en el fuero de su actividad, están obligados a saber de la ilicitud del dinero o de los bienes; y claro es, que esta es una carga jurídica –presunción legal en materia probatoria-, que la ley impone a determinado sector, colocándolo en una posición de garante, más acercado a la teoría de la evitabilidad, mediante el cual, se le exige proceder de determinada forma, ante escenarios probables de “riesgo” financiero –dinero, bienes, activos-, para lo cual, deben estar debidamente capacitados y desarrollar, implementar y cumplir con protocolos de actuación. Por esto, es que se indica que, el tipo de dolo concurrente en este supuesto es el eventual, ciertamente como esa línea gris entre el dolo propiamente y la imprudencia, cuando se falta al deber de cuidado, que es el que se impone a las personas de ese sector.

A ese respecto, hace referencia a las disposiciones probatorias que la propia ley introdujo, concluyendo que no aporta nada relevante, por cuanto que, la libertad probatoria ha sido un principio rector del proceso penal guatemalteco y, la exigencia de los razonamientos, en aplicación de las

reglas de la sana crítica, es el método impuesto para la valoración de las pruebas. Junto a esto, aborda la autonomía del delito de lavado de dinero u otros activos, con razonamientos vinculados a los ya indicados.

Asimismo, enfoca la autoría y participación en el delito de lavado de dinero, y haciendo acopio a las ideas y posturas asumidas en las sesiones de la Comunidad, reafirma que no puede ser responsable de este delito el que ha realizado o cometido el delito precedente; ciertamente, este punto se ha sustentado por la Comunidad, sobre lo dispuesto en la Convención de Palermo, haciendo el vínculo respectivo, para establecer que, de acuerdo a la única persecución, que es un principio del derecho interno del país, no puede ser perseguido ni sancionado doblemente.

finalmente, con un enfoque ontológico, describe y critica las denominadas etapas del lavado de dinero u otros activos, como lo son la colocación, estratificación y la integración, a efecto de establecer que las mismas no están descritas legalmente y consecuentemente no son exigibles para los efectos acusatorios; también, de la misma forma, se refiere al dinero bancarizado, que en nada cambia ni anula la ilicitud de su origen, sin embargo, si impide que la persona tenga conocimiento de ese origen, siendo un punto defensivo, según las circunstancias relacionadas, para el caso concreto; asimismo, lo concerniente a la multa a imponer para este delito, señalando los escenarios prácticos que se han asumido, para evitar multas desproporcionadas, pero manteniéndose en la imposición de la que fija la ley; un tema relevante sobre el cual, es necesario profundizar al respecto, incluso en la doble pena impuesta, que constituye un punto pendiente y de sumo interés, así como la idea de costo-beneficio que indica, que es diferente en el delito de lavado de dinero, que por su naturaleza, siempre implica la ubicación del dinero o bienes, lo que conlleva su extinción; de esa cuenta, prisión, multa y extinción, no daría como resultado beneficio, a diferencia de otros delitos, en donde los bienes o producto del delito no se ubica y en consecuencia se genera ese resultado de beneficio.

Erick Juárez  
Coordinar Comunidad Jurídica de Occidente



# “LA TEORÍA PROBATORIA EN LOS SISTEMAS ORALES DE AMÉRICA LATINA.”

LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO<sup>1</sup>



## TABLA DE CONTENIDO:

- I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL JUEZ, LA VERDAD Y LA PRUEBA
- II. LÓGICA Y DIMENSIONES DE LA PRUEBA. LOS DEBATES PENDIENTES.
- III. UNA NUEVA ESTRUCTURA CONCEPTUAL SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA.

*Leonel González Postigo<sup>1</sup>*

### **I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL JUEZ, LA VERDAD Y LA PRUEBA**

1. América Latina ha transitado un complejo proceso de reformas judiciales en el transcurso de las últimas tres décadas. A fines de los '80 se reinició un movimiento que guio tanto a la justicia penal como a la civil mediante un denominador común: introducir audiencias orales como el espacio principal para la resolución de las controversias con relevancia jurídica. En la justicia penal, Guatemala inició este camino en el año 1992 al sancionar un ordenamiento de tipo acusatorio/adversarial mientras que la mayoría de los países de la región lo hizo de forma posterior, salvo Brasil y la justicia federal de la Argentina que aún mantienen procesos inquisitivos morigerados. En cambio, las reformas en la justicia civil se han dado con mayor lentitud. Desde la sanción del Código General del Proceso en Uruguay en 1989, han sido varios los países que también introdujeron cambios en sus procedimientos civiles pero aún se trata de una reforma en marcha y evolución. En ambos casos, se trata de la implementación de nuevas dinámicas y reglas de juego de carácter progresivo, que demandan su revisión y puesta en discusión permanente. Una de las áreas que requiere un nuevo abordaje y mayor clarificación es la actividad probatoria. Tanto en lo civil como en lo penal, la concepción sobre la prueba se ha readecuado a las exigencias de los nuevos modelos y se han abandonado las visiones estrechas o meramente teóricas sobre sus alcances. En ambos casos, el *problema sobre la verdad ha estado en el centro de la escena y ha sido el juez quien la ha utilizado para soslayar el litigio contradictorio entre las partes.*

---

<sup>1</sup> Master en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de York, Canadá). Director de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Correo: [leonel.gonzalez@cejamericas.org](mailto:leonel.gonzalez@cejamericas.org)

2. En la justicia penal, los aportes de Ferrajoli permitieron renovar la discusión sobre la función de la verdad en el proceso, marcando sus dos papeles principales. En el modelo inquisitorial, bajo la idea de la *búsqueda de la verdad material o histórica*, el juez de instrucción extendió sus facultades por encima del litigio, concibiendo al imputado como un objeto de prueba. Bajo esta concepción, el juez se constituyó como el gestor central del interés de la sociedad e impulsor de oficio del proceso penal. Sobre este modelo, Ferrajoli ha dicho que “la verdad a la que aspira el modelo sustancialista [anti garantista] del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprendiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales”<sup>2</sup>. En nuestros sistemas latinoamericanos, esta noción se tradujo en el protagonismo del juez instructor a lo largo de muchas décadas, hasta su abandono casi total en la actualidad. El reemplazo de este paradigma inquisitorial por el sistema acusatorio implicó una reestructuración de sus fundamentos: la verdad se instituyó como un límite al poder punitivo del Estado. Binder sostiene que en este modelo “debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla”<sup>3</sup>. Esto no implica que no exista una verdad sobre la cual trabajar<sup>4</sup>, sino que *el juez no irá en su búsqueda pues su función principal será exigírsela al acusador*. Este es el fundamento principal del sistema de garantías de una epistemología acusatoria del proceso penal: *las reglas de prueba se constituyen como aquellos obstáculos que el poder estatal (la acusación) deberá superar para lograr una condena en contra del imputado*. Garapon y Papadopoulos plantean que “allí donde la cultura jurídica romana busca la *substancia* de la verdad, intentando establecer un relato oficial de la manera en que un magistrado emite un juicio, la cultura del *common law*, por el contrario, organiza la confrontación de dos versiones para hacer triunfar públicamente el relato más verosímil”<sup>5</sup>.

3. La función de garantía de las reglas de prueba genera un debate muy específico sobre la actividad probatoria en un sistema

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 44.

<sup>3</sup> BINDER, Alberto: *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 222-223.

<sup>4</sup> El desarrollo de las distintas teorías sobre la verdad y su concepto en el derecho procesal penal puede verse en: GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal. una contribución a la epistemología jurídica*, Del Puerto, Buenos Aires, 2011.

<sup>5</sup> GARAPON, Antoine y PAPAPOULOS, Ioannis: *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Legis, Colombia, 2006, p. 113.

acusatorio/adversarial. En primer lugar, la asunción del juez como un tercero imparcial significa debatir acerca de su rol concreto en las audiencias y los alcances de su labor de control de la investigación. En segundo término, implica repensar las reglas de juego de la Fiscalía en un doble sentido: por un lado, en la organización estructural de la persecución penal (criterios de política criminal o priorización; redes de trabajo intersectorial; comprensión compleja del fenómeno criminal, entre otros); y por otro lado, los mecanismos de adquisición de información para fundar una acusación en juicio (trabajo en equipo; desformalización de la investigación preparatoria; modos de registro; relaciones con la querrela y la defensa).

4. En cambio, los procesos de reforma a la justicia civil aún se encuentran en proceso de implementación y discusión de su estructura conceptual. Una de las áreas críticas se da en torno a la extensión de los poderes procesales del juez. En su debate se han configurado escuelas garantistas que asocian un rol activo del juez (en particular, en la producción de prueba) con sociedades autoritarias y visiones liberales que propugnan una labor pasiva para entregarle el protagonismo a las partes. Tal como afirma Taruffo, “es imprescindible evitar confusiones conceptuales e ideológicas: es posible que un sistema no se inspire en la ideología liberal del siglo XIX sin que por ello deje de ser democrático, y sobre todo sin resultar autoritario o totalitario solamente porque atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas”<sup>6</sup>. Limitando el análisis a la relación entre el juez y la prueba, en cualquiera de las corrientes se elude una premisa fundamental de los nuevos sistemas civiles orales: *los medios probatorios no hablan por sí solos, pues son las partes quienes le darán un sentido en el marco de su estrategia o hipótesis fáctica y jurídica*. A ello se suma un cambio radical en la fuente de información con la que contará el juez para la toma de decisiones jurisdiccionales: la audiencia y las aportaciones que las partes hagan a través de sus alegatos y las pruebas que rindan. Estas ideas nos ayudan a encontrar un punto de equilibrio (o modelo integrado) en la labor del juez: activo en la dirección del proceso (por su naturaleza pública) y distante de las pruebas de las partes (en función del carácter privado del objeto del proceso que imponen los principios dispositivo y de aportación de parte).

5. Por lo mismo, podríamos reafirmar que esta discusión soslaya las tres ideas básicas que sostienen este proceso de cambio: en primer lugar, que la justicia civil tiene un carácter público y en efecto requiere que el juez se instituya como el director y ordenador del proceso; segundo, que la selección

---

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele: *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 172.

de la prueba es una definición estratégica de los litigantes en función de la teoría del caso que hayan diseñado y que, por tanto, al juez le está vedado inmiscuirse en ella; y, tercero, que debe rescatarse la idea del conflicto primario y colocarse en el centro de los cambios prácticos y organizacionales de la justicia civil. Una mirada comprensiva de estas bases nos arroja que el único escenario para discutir sobre el rol del juez es la audiencia oral: solo en ella se podrán delimitar con claridad sus funciones de dirección del proceso (fijando plazos, proponiendo acuerdos, imponiendo cronogramas, entre otras actividades); se podrán construir habilidades para que las partes presenten sus pretensiones (esto es, la argumentación fáctica, apoyada en un encuadre jurídico y medios probatorios); y se podrán marcar los alcances y límites en el rol del juez en función de cada caso (por ejemplo, en los procesos de pequeñas causas se podrá admitir un papel protagónico en tanto se trata de supuestos de baja intensidad probatoria y fáctica, etcétera).

6. En ambos sistemas (civil y penal) nos encontramos ante un eje común: *la definición sobre la prueba descansará en la decisión que adopten las partes en relación a la respuesta procesal que busquen para su caso*. El juez, en este escenario, será el principal responsable de promover el método de la contradicción (control horizontal) entre la prueba que se aporte. Su finalidad reside en promover la depuración de la información de manera que esté en condiciones de tomar una decisión de alta calidad.

## **II. LÓGICA Y DIMENSIONES DE LA PRUEBA. LOS DEBATES PENDIENTES.**

1. Si bien se han acumulado tres décadas de experiencia en oralidad en los procesos civiles y penales en la región, estos años han servido para consolidar nociones básicas sobre el proceso de cambio pero aún detentan *la necesidad de reemplazar la veleidad y superficialidad por la objetivación y especificidad de la actividad probatoria*. Podríamos sistematizar sus discusiones alrededor de cinco áreas: descubrimiento (en la justicia civil hablaremos también de su ofrecimiento y carga); admisibilidad y exclusión probatoria (derecho probatorio, en sentido estricto); producción y control (presentación de la prueba en juicio oral); valoración de la prueba (estándares objetivos de análisis probatorio); y fundamentación o motivación (explicitación del razonamiento). Pese a que todos los ordenamientos procesales han incluido reglas sobre el modo en que estas categorías deberían desarrollarse, *no se ha construido un aparato conceptual que confiera claridad sobre las reglas específicas que deberían orientar los procesos de trabajo de los jueces y las partes*. Una muestra de ello es que en nuestras universidades, escuelas judiciales y centros de estudio

latinoamericanos no se enseñe derecho probatorio como una rama independiente sino que ella forma parte de asignaturas generales como derecho procesal civil o penal o teoría general del derecho.

2. En el primer nivel, el *descubrimiento* cumple una función primordial: en la justicia penal opera como una condición sin la cual el principio contradictorio se vuelve inoperativo. Por lo mismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos regulan que al imputado debe concedérsele “el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa” (art. 8.2.c de la CADH). Sin embargo, los códigos procesales penales contienen normas muy dispersas sobre su aplicación específica, como por ejemplo la posibilidad de acceder al legajo del fiscal o que este ofrezca su prueba en la etapa intermedia. Por el contrario, nada dicen sobre la obligatoriedad de que la defensa también deba revelar su prueba; los alcances de la obligación de registro del Ministerio Público; o las sanciones ante su ausencia, entre otros aspectos irresueltos. Por su lado, en la justicia civil, la etapa de descubrimiento no se ha extendido en la práctica y legalidad de los procesos de Latinoamérica. En cambio, en el sistema anglosajón, el descubrimiento o *discovery* cumple una función ordenadora en tanto permite que en una audiencia inicial del proceso se “muestren las cartas” tempranamente y se pesen los casos de las partes. Por ejemplo, en el modelo de justicia civil de Canadá, la sesión de descubrimiento se realiza en un espacio neutral y con la presencia de un secretario o reportero del Tribunal quien tiene a su cargo tomar nota y grabar todo lo que suceda. A ella concurren ambas partes, quienes se examinan y contra examinan. El secretario confecciona un acta de lo discutido, la cual se admite directamente al juicio. Estas declaraciones se pueden usar para evidenciar una contradicción durante sus declaraciones en el juicio. En la práctica, esta audiencia de descubrimiento permite que se culminen aproximadamente un 25% de los casos que ingresan al sistema.

3. En el derecho probatorio (exclusión o invalidez de la prueba) conviven dos tradiciones muy marcadas, que condicionan el modo en que se analice una regulación legal. De un lado, la *corriente racionalista de la prueba*, cuyo mayor exponente ha sido Jeremy Bentham, plantea que “la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada”<sup>7</sup>. Según esta visión, la única finalidad del proceso penal es la averiguación de la verdad y

---

<sup>7</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi: *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*, en ACCATINO, Daniela (coord.): *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010, p. 3.

ello debe ser alcanzado mediante un principio general de libertad probatoria. En este sentido, el juez estará en mejores condiciones de averiguar la verdad en tanto disponga de una gran cantidad de información y medios probatorios. De allí que la teoría benthamiana sea muy reactiva a la existencia de reglas de exclusión de prueba. Por otro lado, coexiste una *corriente limitativa de la prueba*, que propicia la existencia de filtros muy específicos de admisibilidad para evitar que al juicio ingrese prueba de baja calidad. Esta visión es consistente con el desarrollo del derecho probatorio anglosajón mediante las denominadas *reglas de evidencia* (que rigen para todos los procesos), que constituyen cuerpos normativos uniformes que regulan el modo en que la prueba ingresa al proceso judicial, pero que no estipulan ningún tipo de reglas para la valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia. El débil desarrollo y problematización alrededor de la teoría probatoria generó que los nuevos códigos procesales penales y civiles sufrieran la fuerte influencia del paradigma tradicional, a través de la regulación del llamado principio de “amplitud o libertad probatoria”.

4. En el segundo nivel, esta fórmula de “amplitud o libertad probatoria” produce una confusión en el modo de comprender la *admisibilidad* de la prueba y, en particular, los filtros de la etapa intermedia en el procedimiento penal. De hecho, ha derivado a que se entienda que todos los medios probatorios deben ingresar al juicio y que previo a él debe hacerse un análisis pasivo o formal de la prueba<sup>8</sup>. Una lectura adversarial de los ordenamientos procesales impondría repensar la manera de comprender los criterios probatorios en tanto límites que el acusador debe superar. Los requisitos de admisibilidad de la prueba se encuentran previstos de manera dispersa en los ordenamientos vigentes. En algunos casos, se mencionan entre las normas generales de los medios de prueba; y en otros se hace en el capítulo específico sobre la fase intermedia. De todos modos, en cualquier caso, no existe uniformidad ni especificidad en la regulación de los filtros probatorios que deben ser discutidos y superados en la audiencia de etapa intermedia. De manera sistematizada, podríamos advertir que los códigos regulan criterios de admisibilidad muy similares, independientemente del año en que fueron sancionados y de su mayor o menor adversarialidad. Las categorías más usuales son las de: pertinencia, utilidad, abundancia, admisibilidad, legalidad, repetitividad, notoriedad, necesidad, dilatoria, conducencia y superfluidad. El ejercicio pendiente es dotar de claridad

---

<sup>8</sup> BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo y ROJAS, Hugo: *Litigación estratégica en el nuevo procesal penal*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2008, p. 114. Un análisis comparado sobre el funcionamiento inicial de los sistemas acusatorios en la región, y en concreto de la etapa intermedia, puede encontrarse en: MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan: *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 880-881.

conceptual y práctica sobre las implicancias de cada uno de estos requisitos<sup>9</sup>. En lo civil ocurre lo mismo en relación a la audiencia preparatoria del juicio oral: se regulan filtros de la prueba de carácter genérico pero sobre los cuales aún no se han desarrollado herramientas concretas para realizar un control del mérito de la prueba que presenten las partes y que pretendan introducir en el juicio oral.

5. La tercera área de la actividad probatoria es la *presentación y control de la prueba* en la audiencia de juicio oral. Si bien la gran mayoría de los ordenamientos procesales penales y civiles han regulado la oralidad como el método para sustanciar los juicios, su corta experiencia demuestra una débil utilización de las herramientas legales (contra examen, uso de declaraciones previas, objeciones y alegatos de clausura, principalmente) para esta instancia procesal. En lo penal se ha avanzado considerablemente con la extensión de programas de capacitación específicos en técnicas de litigación, pero aún se siguen observando prácticas que remiten al sistema tradicional, como la tentación a incorporar prueba sin controvertir o dar discusiones tardías sobre admisibilidad que tendrían que haberse producido en la etapa intermedia. En lo civil aún hay un largo camino por recorrer. Los debates sobre la posibilidad de que el juez realice un interrogatorio a las partes o produzca prueba de oficio son muestra de que la litigación no se concibe aún en el marco estratégico de una teoría del caso que oriente el trabajo de los litigantes.

6. El cuarto y quinto nivel de análisis se centran en una de las áreas más problemáticas y menos desarrolladas de la teoría probatoria: la construcción y legitimidad de la decisión del juez, esto es, *la valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia*. Críticamente, Binder apunta que “le hemos prestado atención a la exposición racional de la construcción del hecho [*fundamentación*] pero no a la racionalidad de la construcción misma [*valoración*]”. O como plantea Schiavo, “el dar ‘razones’ es un recurso paralelo, porque la arbitrariedad de un juicio únicamente puede ser controlada con los elementos que componen su emisión, es decir, debe anteceder al acto valorativo; pero a su vez también resulta ineficiente en la medida que deja librado todo control al acto meramente retórico de explicar *por qué* se decidió eso, y no *cómo* se decidió”<sup>10</sup>. En gran medida ello ha

---

<sup>9</sup> Una propuesta de categorización y comprensión específica de estos filtros puede encontrarse en: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel: *La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación*, en PEREIRA CAMPOS, GONZÁLEZ POSTIGO y RUA: “Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”, Universidad de Montevideo, 2018, en imprenta al momento de escribir este trabajo.

<sup>10</sup> SCHIAVO, Nicolás: *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 7. Anderson, Schum y Twining realizan una analogía entre la calificación de exámenes y la valoración de las pruebas en tanto

ocurrido por obra del sistema de libre convicción en la valoración de la prueba<sup>11</sup>, que si bien consistió en un avance histórico (teniendo en cuenta que veníamos de mandatos imperativos para el juez bajo el régimen de la prueba legal o tasada), en la actualidad no permite tomar buenas decisiones pues solo estipula reglas o límites de carácter genérico (ciencia, lógica y máximas de la experiencia).

7. El análisis sobre el juicio de valoración se encuentra en el centro de la escena. En su discusión se entrelazan aportes técnico-jurídicos (como los lineamientos –mínimos- que otorgan los códigos procesales) y científico-cognitivos. Desde este último ámbito, los estudios provenientes de la ciencia norteamericana (especialmente de Paul Ekman) han constatado que los juicios de credibilidad que realizan los profesionales jurídicos son altamente falibles. En el caso concreto de la evaluación de la credibilidad de víctimas y testigos, se ha demostrado que sus declaraciones pueden conducir fácilmente a un error en el juzgador. En un meta análisis, Aldert Vrij “identifica 24 estudios destinados a medir la precisión de los profesionales del sistema de justicia penal arrojándose un promedio de 55,91% de acierto. Lo interesante es que ocho de ellos realizan los mismos experimentos tratándose de profesionales del sistema y personas comunes y corrientes, siete de los cuales concluyen que no hay diferencias significativas”<sup>12</sup>. También se deben considerar los aportes desde el ámbito de la economía (principalmente los de Daniel Kahneman) acerca de las dos velocidades (rápida/intuitiva y lenta/consciente) en las que funciona nuestro pensamiento. Por lo mismo, se vuelve necesario trabajar sobre los errores habituales que se cometen en los juicios de valor que realizan los jueces. Junto a ello, desarrollar criterios concretos para que puedan “pesar”

---

en ambos casos se toman decisiones guiadas por la racionalidad, la justificación y la crítica: “Al evaluar, distinguimos entre los modos convencionales de *expresar* notas o puntajes (porcentaje, nota alfabética, aprobado/suspense); los estándares requeridos para alcanzar un *resultado* en particular (e. g., los estándares para la nota de aprobado, para obtener una distinción o reconocimiento); los criterios usados para asignar notas o las *razones* para realizar una particular calificación (e. g., el puntaje asignado por el rigor, la originalidad, o un buen análisis, o incluso la ilegibilidad); los modos de *combinar juicios* sobre las notas, especialmente cuando están basados en múltiples criterios; y la medida en que tales criterios pueden ser expresados en *reglas*”. Esta ejemplificación nos muestra claramente los tres ámbitos que están comprendidos en cualquier juicio de valor: la expresión del resultado; los estándares para alcanzarlo (prueba preponderante en la justicia civil; más allá de toda duda razonable en la justicia penal); y los criterios para asignar valor (estándares objetivos de valoración). Cfr. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William: *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 281.

<sup>11</sup> Tal como lo hace Binder, nos referimos al sistema de libre convicción sin distinguir entre el método de la sana crítica o el de íntima convicción pues entendemos que su diferenciación sería impropia. “Lo que diferencia a un sistema de íntima convicción de uno de sana crítica es el *modo de legitimar* el relato”, es decir, la necesidad de fundamentar la sentencia. Cfr. BINDER, Alberto: *Justicia penal y Estado de Derecho*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 50-51.

<sup>12</sup> Cfr. DUCE, Mauricio: *¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate*, Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, Año 19, Nº 1, 2013, p. 113.



objetivamente la información que introduzcan las partes a través de sus pruebas.

8. Los estudios de Anderson, Twining y Schum dan cuenta de un esfuerzo por desarrollar habilidades para analizar, organizar y criticar la prueba en un proceso judicial. En relación al peso o fuerza de la prueba, afirman que hay cinco aspectos que influyen en su evaluación y los estándares legales: la primera, es que nuestra prueba está siempre *incompleta*, nunca la tenemos toda; la segunda, es que la prueba es comúnmente *no concluyente*; la tercera, que la prueba que tenemos es a menudo *ambigua*; cuarto, que los conjuntos de pruebas son comúnmente *discrepantes*; quinto, que la prueba llega a nosotros de fuentes que tienen diversos *grados de credibilidad imperfectos*<sup>13</sup>. En efecto, afirman la necesidad de introducir conceptos o juicios probabilísticos en la etapa de “pesaje” o valoración de la prueba. Esta idea relativa a la construcción de estándares objetivos, cuya necesidad solo se presenta en este trabajo, es un debate pendiente en los sistemas latinoamericanos que genéricamente regulan la sana crítica racional (y en cuanto a la legitimación de la decisión solo estipulan que las sentencias deben ser fundadas, sin señalar que ello implica exteriorizar “el camino” que se ha recorrido).

9. En consonancia con la debilidad de los sistemas de valoración, también encontramos un debate pendiente en relación a los estándares de prueba. Ferrer los define como un umbral a partir del cual se aceptará una hipótesis como probada. En efecto, su función radica en especificar el grado o cantidad de error que se necesita para dar un hecho por probado (se podría traducir en la pregunta: ¿quién debe asumir el error?). Tanto en la justicia civil como la penal, los estándares de prueba han sido tomados del common law (Inglaterra, en particular), siendo una tradición muy nueva entre nuestros países. En lo penal, el estándar de “duda razonable” ha sido muy criticado por no dar un parámetro concreto desde el cual analizar la prueba. Laudan, con su doctrina de la distribución del error, ha sido muy crítico al afirmar que “si no está claro qué es una duda razonable –y no lo está en absoluto-, el acto de justificar un veredicto como algo más allá de toda duda razonable se convierte en un quijotesco ejercicio de autoengaño”<sup>14</sup>. Ahora bien, ¿qué es lo significa? La escuela canadiense, por ejemplo, ha trabajado en la idea de la duda razonable como aquella duda articulada con base en

---

<sup>13</sup> ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William: *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 303-304.

<sup>14</sup> LAUDAN, Larry: *Una breve réplica*, en Doxa, Cuadernos de filosofía, n°28, Alicante, 2005, en SCHIAVO, Op. Cit., p. 13.

la evidencia y que no se trata simplemente de un cabo suelto. Además, se pueden encontrar los trabajos de Laudan y Ferrer que intentan construir un estándar objetivo<sup>15</sup>. En lo civil, el estándar de “preponderancia de la prueba” también requiere una nueva mirada, por sobre la tradicional de que implica alegar que un hecho es más probable que el otro. De igual forma se han explorado otros estándares intermedios, como “prueba clara y convincente”, que se aplica en materia sancionatoria o administrativa.

### **III. UNA NUEVA ESTRUCTURA CONCEPTUAL SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA.**

1. Las corrientes o doctrinas sobre el saber probatorio que se han extendido en las últimas décadas dan cuenta de estos debates, especialmente en las áreas de legalidad (derecho probatorio) y análisis de la prueba (construcción de la decisión judicial). En cuanto al primer ámbito, el de admisibilidad, exclusión o invalidez de la prueba, el sistema anglosajón ha sido muy específico en el desarrollo de las reglas de evidencia (de hecho, su primer codificación se produjo a inicios del siglo XX con el Tratado sobre Sistema de Pruebas Angloamericano) hasta el punto de emitir las Reglas Federales de Evidencia en Estados Unidos en 1975<sup>16</sup>. Sin embargo, este cuerpo de reglas probatorias se concentra en la etapa de descubrimiento y admisibilidad, sin incluir ninguna estipulación sobre la valoración de la prueba y la logicidad en la confección del razonamiento del juez. Twining ha sido muy crítico de ello, marcando que las posiciones abolicionistas de Bentham han tenido un impacto positivo en las reglas de valoración, a diferencia de lo ocurrido con aquellas relativas a la exclusión probatoria. Por lo mismo, en los últimos años, la escuela anglosajona de derecho probatorio, entre ellos Schum, Anderson y Twining (tomando las bases epistemológicas de Laudan), han comenzado a trabajar profundamente en la necesidad de generar estándares y reglas relativas al análisis probatorio (valoración y motivación), al igual que las corrientes europeas (en especial, la española e italiana) que han profundizado allí su trabajo de los últimos tiempos<sup>17</sup>.

---

15

LAUDAN, Larry: *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013; FERRER, Jordi, *La valoración...*, Op. Cit.

16

En el derecho anglosajón existe una corriente histórica de estudio sobre el derecho probatorio. En Estados Unidos resaltamos los trabajos de Michael Graham (*A problem, lecture and discussion approach*, 4ta edición, West Academic Publishing, Estados Unidos, 2015), Christopher Mueller, y Laird Kirkpatrick (*Evidence under the rules. Text, cases and problems*, Advisory Board, Little, Brown and Company, 3ra edición, Estados Unidos, 1996). En Canadá se puede consultar el trabajo de David Paciocco y Lee Stuesser (*The law of evidence*, 7ma edición, Irwin Law, Toronto, Canadá, 2015).

<sup>17</sup> NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010; TARUFFO, Michele: *La prueba*, Op. Cit.

2. ¿Cuáles son los esfuerzos pendientes? Podríamos identificar dos niveles en el trabajo en materia probatoria. Por un lado, en el *nivel micro*, la necesidad de construir reglas claras relativas a cada una de las cinco áreas que hemos descrito previamente; este esfuerzo significa la generación de estándares y criterios que no impliquen caer nuevamente en un sistema cerrado (tal como se le criticaba al modelo de pruebas tasadas), sino en reglas que reduzcan los márgenes de discrecionalidad con el que se litiga actualmente. Por otro lado, en el *nivel macro*, se vuelve necesario dotar de una estructura conceptual a esta nueva actividad probatoria, tomando las corrientes que se han marcado en los últimos años y que hemos reseñado en el párrafo precedente. No debe soslayarse que en la justicia penal es necesario consolidar las formas acusatorias en el tratamiento de la prueba, esto es, concebirla como parte integrante del sistema de garantías (como un límite muy claro al ejercicio del poder punitivo estatal).

---

# LA INFORMÁTICA FORENSE Y EL TRATAMIENTO DE LA EVIDENCIA DIGITAL



LIC. JULIO ESTUARDO SANTOS VELÁSQUEZ,  
MIEMBRO DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE.

## TABLA DE CONTENIDO:

I) INTRODUCCIÓN, II) LA INFORMÁTICA FORENSE Y EL TRATAMIENTO DE LA EVIDENCIA DIGITAL, I. CONSIDERACIONES GENERALES, 2. CONTENIDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO, 3. ÁMBITO DE LA INFORMÁTICA FORENSE, 4. PROBATIO EST DEMONSTRATIONIS VERITAS, III) CONCLUSIONES, IV) REFERENCIAS.

## **I) INTRODUCCIÓN.**

### **1. Identificación del problema.**

Actualmente los procedimientos de manejo de evidencia digital y electrónica empleados por funcionarios del Ministerio Público no se encuentran estandarizados para la identificación, preservación, análisis, documentación e incorporación como prueba dentro de un proceso penal en escenarios en donde pueden encontrarse diferentes dispositivos electrónicos y al momento que son objetos de peritajes informáticos y luego ofrecidos como prueba en juicio. Los actores del sector justicia tienen poco conocimiento sobre Informática Forense y eso conlleva a utilizar procedimientos empíricos y malas prácticas, creando con ello un escenario crítico que ocasiona una vulneración a los Derechos Fundamentales del sindicado y la víctima, consecuentemente no existe seguridad jurídica en los procedimientos utilizados para el diligenciamiento, ofrecimiento y valoración de la prueba electrónica y digital en Guatemala, derivado de la inexistencia de procedimientos uniformes y reglamentados para realizar pericias informáticas forenses.

### **2. Respuesta al problema planteado.**

Existe vulneración a los Derechos Fundamentales en el proceso penal al no utilizar procedimientos de Informática Forense que sean uniformes y estén normados en la legislación guatemalteca.

## **II) LA INFORMÁTICA FORENSE Y SU INTEGRACIÓN CON EL DERECHO PROCESAL PENAL EN GUATEMALA.**

**1. Consideraciones Generales:** En las diferentes etapas de evolución de la humanidad se ha observado que siempre se encuentra presente la innovación y creatividad de diferentes objetos para facilitarle al hombre la realización de sus diferentes actividades y aparejada a ello la creación de mecanismos de control y procedimientos eficaces que ayuden a proteger a su familia, sus bienes y mejorar las relaciones comerciales con otros sujetos. En este caso las llamadas TIC's –Tecnologías de la Información y Comunicación- han tomado mucha fuerza desde hace veinticinco años cuyo avance ha tenido gran impacto a la sociedad, es evidente que también se ha observado el desarrollo de las TIC's en los diferentes sistemas judiciales de muchos países a nivel mundial.

En el transcurrir de la historia se ha observado que el hombre dentro de sus roles en los grupos sociales ha propiciado la creación e innovación para mejorar sus condiciones de vida y dentro de ello ha surgido la tecnología como una forma de superación y satisfacción de diferentes necesidades y como una pequeña parte de ese gran campo se encuentra la informática, entendida esta como la forma en que automáticamente se maneja y trata la información a través de diferentes dispositivos electrónicos entre ellos las computadoras. La incidencia de la informática con el paso de los años ha ocasionado que diferentes países modifiquen sus legislaciones a raíz de los grandes desafíos que presenta día a día a los institutos clásicos del derecho, al afirmar esto también debemos aceptar que la informática influye directamente en varios espacios de interacción social, comunicación, documentación y desarrollo.

**2. Contenido de las Tecnologías de la Información y comunicación y su relación con el Derecho.** En nuestro contexto forense es necesario señalar algunas definiciones puntuales:

- a) Defino al Derecho Informático así: “es una rama autónoma del Derecho que estudia a las normas jurídicas, principios, doctrina, protocolos e instituciones que regulan las relaciones jurídicas que surgen de la actividad informática y tecnológica. El Derecho Informático es una rama de las ciencias jurídicas que contempla a la informática como instrumento y como objeto de estudio. Un área interesante y que llama mucho la atención en esta rama del Derecho es la forma en que se estudia y aplica la criptografía y esteganografía” *(Santos, J. 2020) El diligenciamiento, ofrecimiento y valoración de la prueba electrónica y digital en casos de delincuencia organizada- Tesis de Postgrado en Preparación.*

- b) En referencia a la Informática Forense, comparto la siguiente definición: “es la disciplina encargada de estudiar los procedimientos necesarios para recolectar, adquirir, preservar y presentar la información que ha sido procesada en forma electrónica y digital cuyo objeto es la búsqueda de la información o datos necesarios para detallar y encontrar la huella o rastro digital del delito además que nos dará diferentes elementos que nos ayudarán a encontrar información ya sea para dirigir o encaminar la investigación para esclarecer el hecho investigado o por sí mismo tendrá la información necesaria para conocer la verdad histórica derecho”. (Santos, J. 2020) *El diligenciamiento, ofrecimiento y valoración de la prueba electrónica y digital en casos de delincuencia organizada- Tesis de Postgrado en Preparación.*
- c) El autor Julio Téllez en su obra “El Derecho Informático” define a la Informática Jurídica como: la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la Informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación” (Téllez, 2008). Es decir estudia las diferentes formas en que puede aplicarse la informática en el Derecho.

Arean Velasco explica en su texto “El Derecho Informático y la Gestión de la seguridad de la Información” lo relativo a las nuevas Tecnologías señalando que, para enfrentar de manera adecuada los retos que las TIC plantean al Derecho se requiere como punto de partida por el operador jurídico, la comprensión de los aspectos tecnológicos que, desde la informática, las telecomunicaciones y la convergencia, están presentes en el tráfico de bienes y servicios, así como en la economía, pues sin esta comprensión es difícil entender los problemas que giran en torno al desarrollo de software, integración de sistemas informáticos, diseño de hardware, voz IP, servicios y redes de telecomunicaciones, propiedad intelectual de intangibles digitalizables, bases de datos, servicios convergentes, entre otras problemáticas. Sigue manifestando este autor que es necesario que se estudien las Tecnologías de la Información y el Derecho y es por ello que ha surgido una nueva rama del Derecho encargada de estudiar este fenómeno informático y telemático denominado Derecho Informático. (Velasco Melo, 2008)

Actualmente existe el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest elaborado por el Consejo de Europa y acordado en Hungría el veintitrés de

noviembre de dos mil uno, es interesante analizar que diferentes países se adhirieron a este instrumento internacional cuyo objeto era crear los cimientos necesarios en relación a las políticas internas para la persecución penal de los cibercrimitos, es decir, la creación de una legislación para cada uno de los Estados firmantes encaminados a la cooperación mutua para la persecución penal de esas conductas típicas y lesivas para ser investigadas, no sólo en el estado miembro sino también crear los mecanismos necesarios para la persecución penal y estratégica en diferentes estados a través de la cooperación internacional a efecto de proteger intereses legítimos de cada Estado en relación a las tecnologías de la información y comunicación. Se debe considerar que en este convenio se adoptaron estrategias y medidas para que los procedimientos pudieran ser eficientes.

Es menester conocer como el Derecho Informático contribuye y se relaciona con el Derecho Penal; en un primer escenario debemos recordar que este último en un sentido amplio comprende tres áreas de estudio: la parte sustantiva, la adjetiva y de ejecución y que específicamente en la parte sustantiva en su parte especial se encuentra el catálogo de tipos penales y sus respectivas sanciones y que en el caso que nos amerita en el presente artículo, tendríamos que encontrar todos aquellos supuestos que regulen las conductas ilícitas que constituyan una vulneración al uso incorrecto de la tecnológica, sin embargo Guatemala no cuenta con un catálogo amplio y contextualizado en esta materia.

Es conveniente comentar el contenido del Convenio de Budapest y como se clasifican los tipos penales según su característica propia:

- a) Tipos penales relacionados a la tecnología como fin: son aquellos que atentan contra la confidencialidad, integridad o disponibilidad de la información. Por ejemplo, el daño informático, el acceso ilícito a un sistema, entre otros.
- b) Tipos penales que tienen a la tecnología como medio: se refiere a delitos ya conocidos, que se cometen a través de un sistema informático. Son delitos comunes, que ya se encuentran tipificados en la mayoría de las legislaciones, ampliados a los medios digitales. Por ejemplo, el fraude informático o la falsificación de datos digitales.
- c) Tipos penales relacionados con el contenido: establece como delitos diversos aspectos de la producción, posesión y distribución electrónica de pornografía infantil.
- d) Tipos penales relacionados con infracciones a la propiedad intelectual: se refiere a la reproducción y difusión en Internet de contenido protegido por derechos de autor, sin la debida autorización. Por ejemplo: infracciones a la propiedad intelectual, piratería, etc.

Haciendo un análisis sobre esta clasificación podríamos entonces adoptar un nuevo término “Derecho Penal Informático” el cual evolucionará en terminología, conceptos, características y principios que es necesario que el jurista pueda aplicar todos sus conocimientos y experiencias a efecto e abordar con profundidad este tema.

**3. Ámbito de la Informática Forense.** La evolución de los componentes electrónicos en las últimas décadas ha evolucionado a gran escala y eso ha conllevado que existan dispositivos de almacenamiento de información y comunicación cuyo uso trasciende esferas sociales y territoriales, actualmente evolucionan otros campos de investigación como lo es la inteligencia artificial, Big Data y el Transhumanismo. Por el internet actualmente se efectúan transacciones financieras, intercambio de información, contratación de bienes y servicios que facilitan la vida diaria consecuentemente los diferentes entes de investigación criminal a lo extenso del mundo han implementado nuevas técnicas para prevenir o sancionar el delito. Debemos ser conscientes que lo relativo a la informática forense es una opción necesaria que coadyuva a la detección y recuperación de la información digital que probablemente se ha encontrado en un escenario criminal. Si nosotros no tenemos claro la importancia que tiene la aplicación de la informática forense en los diferentes procesos judiciales estamos perdiendo una gran oportunidad de comprobar científicamente los diferentes extremos de este tipo de elemento probatorio y que consecuentemente podríamos presentar en un proceso para su valoración crítica y racional.

Como profesionales del derecho debemos conocer el ámbito que comprende la informática forense, para ello podemos mencionar: 1) La prueba electrónica y digital. 2) Protección de datos y suplantación de identidad. 3) Telecomunicaciones. 4) Auditoria Informática Forense. 5) Big Data. 6) Informes Periciales y Perito Forense Digital (Digital Computer Forensic). 7) Criptografía y Esteganografía. 8) Incidentes Informáticos. 9) Laboratorios Forenses. 10) Análisis forense de dispositivos electrónicos. 11) Protocolos y estándares forenses. 12) Audio y video forense digital. 12) Redes informáticas. 13) Bases de datos y ficheros electrónicos. 14) Inteligencia Artificial. 15) Blockchain y criptomonedas. 16) Delitos informáticos. 17) Hacking ético. 18) Cadena de custodia digital.

**4. Probatio est demonstrationis veritas.** Recordemos que la informática forense estudia los procedimientos necesarios para recolectar, adquirir, preservar y presentar la información que ha sido procesada en forma



electrónica y digital. Es necesario apuntar que la Informática Forense tiene una íntima relación con la Criminalística y sus ciencias auxiliares y tienen un punto en común que dentro de su metodología y técnicas han procurado estudiar y manejar la prueba indiciaria a efecto de realizar una reconstrucción del hecho a efecto de conocer los hechos que en un proceso determinado son investigados y que se pretenden esclarecer.

Esta reconstrucción del hecho evidentemente tiene como fin brindar al Juez elementos necesarios para fortalecer su decisión y emitir su fallo. En este caso quienes son llamados a efectuar esta reconstrucción deben ser técnicos que tengan la pericia necesaria para obtener y manejar la evidencia digital y electrónica, en el ámbito forense deben actuar entonces los Peritos Forenses Digitales. Es válido entonces preguntarse si en el caso de Guatemala, específicamente dentro del Ministerio Público existen personas capacitadas para recolectar y manejar la evidencia electrónica y digital. Y si vamos más allá también preguntarnos qué tan informados y capacitados se encuentran Jueces, Fiscales y Abogados Defensores o Abogados de las víctimas para sustentar argumentos jurídicos conociendo las máximas de la informática forense. Preguntarse entonces si el ente encargado de la persecución penal demuestra fehacientemente en cada caso concreto el sustento factico y probatorio los elementos electrónicos y digitales, que en el momento procesal son puestos a la vista del Juez.

Sin menospreciar el esfuerzo de los diferentes actores del sector justicia pero es necesario reflexionar sobre los casos en que las personas han sido condenadas dándole validez probatoria a: grabaciones de cámaras de seguridad cuyas copias se encuentran en discos compactos, fotos impresas en papel (pantallazos o screenshot), poner a la vista de un Juez una conversación de Whatsapp sin certificación digital, grabaciones o videograbaciones desde un aparato celular sin cadena de custodia digital y copiada la información en un disco compacto, información contenida en una memoria de Bus Universal en Serie (USB) en forma original sin haberse clonado previamente para su análisis, computadoras apagadas y que son encendidas frente al Juez y que simple vista, en fin estas malas prácticas atentan contra los protocolos internacionales en manejo de evidencia electrónica y digital, advertimos que en el ámbito forense día a día casos estos escenarios son recurrentes. Pero ahora reflexionemos sobre las máximas de la informática forense valiéndonos de algunas interrogantes:

A) En el ámbito de la identificación, obtención y recolección de evidencia electrónica y digital actual la Dirección de Investigación Criminalística del Ministerio Público y debemos preguntarnos:

1. ¿Son Peritos Forenses Digitales, E-Discovery, primer respondiente o alguna especialización?
2. ¿Son capaces de discriminar la evidencia electrónica y digital del resto de evidencia?
3. ¿Utilizan bolsas de Faraday e inician una custodia de cadena digital junto a la física?
4. ¿Utilizan la clonación de imágenes forenses in situ?

B) En el ámbito de preservación de la evidencia electrónica y digital cuestionemos:

1. ¿En qué dispositivos de almacenamiento se guarda la información recolectada en un escenario criminal digital?
2. ¿En dónde se almacenan los dispositivos electrónicos objetos a posterior análisis?

C) En el ámbito del análisis de la evidencia electrónica y digital cuestionemos:

1. ¿Qué protocolos de análisis se utilizan?
2. ¿Qué calidades ostentan las personas encargadas de efectuar el análisis?

D) por último en el ámbito de la presentación de resultados:

1. ¿Cuándo se presentan los resultados ante juez competente, qué tipo de informes son entregados?
2. ¿Se utiliza la cadena de custodia digital en el Juicio Oral y Público?

Derivado de estos cuestionamientos debemos analizar los que regula la norma y para ello citamos lo que refiere el artículo 226 del Decreto 51-92 del Congreso de la República referente a la calidad de los Peritos y es que textualmente hay un apartado que refiere “...*Si por obstáculo insuperable no se pudiera contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta*” En el ámbito forense actual se toma como válido el informe rendido por personal del Instituto de Nacional de Ciencias Forenses en materia de evidencia electrónica y digital, en casos determinado, sin embargo debemos advertir que cada uno de los técnicos que ahí labora tienen una especialización determinada o forman su propia preparación, sin embargo cuestionemos:

¿Cuántos técnicos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses son Peritos Forenses Digitales o tienen expertiz para manejar las áreas de la informática forense? En la práctica a pedido de parte se llama bajo la figura del Consultor Técnico a un Ingeniero en Sistemas, Licenciado en Informática, Ingeniero en Telecomunicaciones, entre otros, para debatir o efectuar

aclaraciones sobre un dictamen de peritos de INACIF, sin embargo tanto en Peritos como en Consultores Técnicos se adolece de un criterio definido sobre su idoneidad en virtud que en el campo de la informática forense las competencias y habilidades que se deben poseer son especializadas y que ya apuntamos anteriormente; debemos advertir que en muchas ocasiones a pesar que se tiene un título académico que en documentos acredita la idoneidad esto no significa que automáticamente se tenga la habilidad para efectuar un contraperitaje tecnológico y actuar en el ámbito de la informática forense debatiendo y argumentando sobre prueba electrónica y digital.

Actualmente dentro del sector justicia, se conocen una gran variedad de casos de diferente complejidad y es que en los últimos años ha proliferado el uso de dispositivos electrónicos que son utilizados para la comisión de diferentes actos ilícitos, más aún, el flagelo de las estructuras criminales que aprovechan las bondades de la versatilidad de dispositivos electrónicos y digitales para llevar a cabo su cometido aumenta constantemente. Tanto Ministerio Público como los órganos jurisdiccionales tienen la ardua tarea de estar preparados y conocer la forma correcta en que deben ser diligenciadas las evidencias electrónicas y digitales para que en su momento puedan ser debatidas en el proceso –y en su momento ser ofrecidas como prueba legal, útil, legítima y necesaria dentro de un proceso penal o en su defecto redargüirse de nulidad por estar contaminadas (Teoría del fruto del árbol envenenado), con lo anterior se busca que se le dé una valoración judicial que coadyuve en la averiguación de la verdad del caso concreto, logrando con ello que la prueba electrónica y digital posea un alto grado de efectividad y certeza jurídica.

Tomando en consideración lo expuesto, es necesario advertir que en países como España, Argentina, Colombia, Brasil, y Chile han mejorado y encaminado sus esfuerzos para implementar nuevos mecanismos a efecto de desarrollar la llamada Justicia Digital y dentro de ello está inmersa la aplicación de protocolos y estándares internacionales en materia de Informática Forense, dentro de estos estándares se encuentra la norma ISO/IEC 27037:2012 que se refiere a la identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencias digitales, además norma interesante es la ISO/IEC 27042:19 que proporciona una guía para el análisis e interpretación de la evidencia digital.

### **III. CONCLUSIONES.**

1. Es necesario que dentro de la profesión de Abogado y Notario en Guatemala se implemente un mecanismo de actualización sobre Derecho Informático e Informática Forense tomando en consideración que nuestra profesión es dinámica y que no queda al margen de los cambios generalizados que se presentan en la esta sociedad post-industrial.
2. Debe de existir un cambio de paradigmas sobre las nuevas tendencias tecnológicas y que inciden en el ámbito forense, nuestro país lleva aproximadamente diez años de atraso en estos temas y se debe fomentar la academia para mejorar nuestro desempeño profesional
3. El Ministerio Público debe efectuar una revisión de sus protocolos de actuación y así evitar las malas prácticas en la fase de obtención, recolección, preservación, análisis y presentación de la prueba electrónica y digital.
4. El Organismo Judicial debe propiciar la formación de los Jueces en las áreas de Derecho Informático e Informática Forense y evitar las malas prácticas al momento de emitir su fallo.
5. Para no vulnerar los Derechos Fundamentales y garantizar la certeza jurídica dentro del proceso penal es necesario socializar y contextualizar los diferentes protocolos y estándares internacionales en materia de Informática Forense para que se implementen de manera uniforme y sean normadas y reglamentadas conforme a la ley, para el efecto se debe desarrollar un manual de buenas prácticas basados en las normas ISO/IEC 27037 que dan una guía fundamentada y técnica de la forma en que se debe tratar y valorar la prueba electrónica y digital.

### **IV. REFERENCIAS.**

1. Téllez, J. (2008). *Derecho Informático*. México D.F.: McGraw-Hill.
2. Velasco Melo, A. (2008). El Derecho Informático y la Gestión de la seguridad de la información. *Revista de Derecho*.
3. Santos Velásquez, Julio. (2020). El diligenciamiento, ofrecimiento y valoración de la prueba electrónica y digital en casos de delincuencia organizada. Tesis de Postgrado en preparación.

# LA EMERGENCIA PUNITIVA EN LOS DELITOS CULPOSOS Y LOS DELITOS DE TRÁNSITO.



LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ RAMÍREZ,  
MIEMBRO DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE, QUETZALTENANGO,  
JUEZ DE SENTENCIA.

## TABLA DE CONTENIDO:

I) GENERALIDADES. II) ANÁLISIS COMPARATIVO E IMPLICACIONES DE LOS DELITOS REFORMADOS Y EL DELITO ADICIONADO. III) CONCLUSIONES. IV) REFERENCIAS.  
4. PROBATIO EST DEMONSTRATIONIS VERITAS. III) CONCLUSIONES. IV) REFERENCIAS.

### **I) GENERALIDADES.**

A través del Decreto 45-2016 del Congreso de la República de Guatemala, se emitió la Ley Para el Fortalecimiento de la Seguridad Vial, que posteriormente fue reformada en algunos de sus artículos a través del Decreto 11-2017 del Congreso de la República de Guatemala.

Dicho cuerpo jurídico tuvo por objeto implementar y controlar lo relativo a la regulación de velocidad de todo tipo de transporte colectivo de pasajeros y de carga, a efecto de tratar de reducir con ello los accidentes de tránsito en el territorio nacional, según se desprende del artículo 1 de la ley citada. Para el efecto en su posterior desarrollo dicha ley estableció el procedimiento para la implementación del Sistema Limitador de Velocidad y asimismo reguló lo relativo a la verificación de su cumplimiento, así como las sanciones de tipo administrativo para aquellos que no cumplan con lo antes normado, lo cual fue posteriormente desarrollado a través del Reglamento correspondiente. Adicional a ello dicha ley suprimió, reformó y adicionó algunos artículos a la Ley de Tránsito vigente contenida en Decreto 132-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Sin embargo, el referido decreto, no se limitó a lo antes expuesto (como de la lectura de su objeto, podría haberse entendido), sino que además de lo ya mencionado, la Ley Para el Fortalecimiento de la Seguridad Vial reformó tres delitos contenidos en el Código Penal –homicidio culposo (artículo 127), lesiones culposas (artículo 150), responsabilidad de conductores (artículo 157)- y adicionó un delito más al Código Penal –explotación ilegal de transporte urbano o extraurbano de personas (artículo 158 bis.)-

En ese orden de ideas y limitando el análisis de la referida ley a las modificaciones realizadas en el ámbito penal (que es la temática que nuestra Revista aborda) –salvo algunas remisiones necesarias–; el presente artículo pretende describir y analizar las implicaciones jurídicas que tales modificaciones y adición realizadas conllevan en el escenario del sistema penal tanto en su ámbito teórico como procesal; así como compartir y plasmar por escrito aquellas observaciones y comentarios que respecto a este tema se hicieran en el seno de la Comunidad Jurídica de Occidente en Quetzaltenango una de las sesiones respectivas.

Para tal efecto, de forma inicial se estima oportuno comentar lo expresado en el tercer considerando del (Decreto 45-2016 Congreso de la República de Guatemala, 2016) que es uno de los parámetros o razones para la emisión de dicha norma jurídica. Esto por llamar poderosamente la atención, en virtud de contener varias aristas dignas de mención que deberán tenerse presente durante el desarrollo del presente artículo; sin menoscabo de recordar que las partes considerativas de cualquier norma no poseen carácter imperativo sino meramente interpretativo. Dicho considerando señala:

**CONSIDERANDO:** *Que, debido a los percances ocurridos en los últimos meses, ocasionados por vehículos de transporte colectivo y de carga en todo el territorio nacional, los cuales han enlutado a cientos de familias guatemaltecas, se evidencia la falta de control sobre vehículos de transporte colectivo de pasajeros y de carga, por lo que se hace necesaria la aprobación de leyes que contribuyan al fortalecimiento de la seguridad vial.*

Cuando el considerando expresa “debido a los percances ocurridos en los últimos meses”, lo que hace es reconocer que la emisión normativa tiene como razón fundamental hechos acaecidos en la realidad recientemente, lo cual es válido en algún momento determinado para crear o modificar ciertas normas jurídicas. Sin embargo, no lo es para el ámbito penal, habida cuenta que ésta rama de derecho se caracteriza por ser de *ultima ratio*, es decir funciona como sistema de control social de último recurso.

De ello se deriva que modificar o crear tipos penales sin una base sólida, sino por meros hechos acaecidos en un pasado cercano, a lo que cabría sumarle la función amarillista y sensacionalista de los medios de comunicación y la presión que la sociedad realiza, es legislar a través del **“Derecho Penal de la Emergencia”**, un concepto sumamente profundo y filosófico sobre el cual valdría la pena ahondar en otra ocasión, pero que por ahora baste señalar las ideas expuestas por (Jiménez Rodrigo, 2015) en torno al mismo:

*Este tema tiene una gran relevancia para la política criminal ya que la idea de emergencia está estrechamente ligada a la urgencia. Por lo tanto, la ley penal de*

*emergencia es un fenómeno que muestra la incapacidad del Estado para hacer frente a la delincuencia en un contexto que se escapa de la normalidad, por lo que se requiere la adopción de medidas urgentes y excepcionales. En el marco del derecho penal y de la política criminal, la noción de emergencia nace cuando la sociedad –insegura, asustada y atrapada, debido a la sobreexposición de los delitos y la creación de una sensación de impunidad por los medios de comunicación– empieza a exigir la penalización de ciertos actos así como una inmediata y excesiva retribución del Estado frente a ciertos delitos, en la creencia de que el derecho penal puede resolver los problemas relacionados con la delincuencia. Ante esta situación, el Estado, a partir de un éxtasis de la colectividad, puede proporcionar respuestas a los deseos inmediatos y actuar de acuerdo con las presiones sociales...*

*Por lo tanto, el derecho penal de emergencia surge como una reacción simbólica del Estado a los crímenes de gran impacto, con el uso de medidas excepcionales, que van más allá de los límites normales de la ley penal, y que son incorporadas en el ordenamiento jurídico, ofreciendo respuestas y actuando de acuerdo con las presiones sociales.*

Conviene recordar en este punto a (Carrara, Francesco), jurisconsulto y profesor italiano, mayor representante de la Escuela Clásica del Derecho Penal, cuando al referirse a este tema, señaló: *“¡Ay del código penal forjado sobre el tipo de las leyes ocasionales, pues todo principio de justicia será conculcado por él!”*

Continuando con el análisis del considerando citado éste sigue mencionando que esos percances son “ocasionados por vehículos de transporte colectivo y de carga”, algo que puede tomarse como una aseveración irresponsable por parte de los legisladores, máxime si se toma en consideración que estos hechos según el propio considerando manifiesta sucedieron en los últimos meses (a la emisión normativa), lo que lógicamente hace suponer fundadamente que no existen sentencias firmes en torno a los mismos, es decir, no se ha determinado la responsabilidad penal de las personas en esos hechos, por lo que es aventurado y poco respetuoso de garantías constitucionales como la presunción de inocencia el afirmar en el marco de emisión de una norma jurídica que los responsables de tales hechos, sean este tipo de transportistas, cuando el propio ente encargado con exclusividad de juzgar esas causas (Organismo Judicial) no lo ha declarado así.

En todo caso, como más adelante se expondrá, esta afirmación lo que evidencia es la estigmatización y prejuizgamiento que hace el ente legislativo, respecto a un grupo de la población (pilotos de transporte colectivo de pasajeros y de carga), considerándolos en automático como los responsables de los hechos de tránsito que puedan suceder y sobre esa estigmatización es que legislan, sobre todo en cuanto a los tipos penales se refiere, creando

con ello normas que coinciden con las características y por ende pueden ser catalogadas como **“Derecho Penal del Enemigo”** –otro concepto importantísimo sobre el cual valdría la pena profundizar en un futuro-, *que su máximo exponente (Jakobs, 2003) describe como:*

*El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas...*

El considerando analizado concluye señalando que los hechos mencionados “han enlutado a cientos de familias guatemaltecas... por lo que se hace necesaria la aprobación de leyes que contribuyan al fortalecimiento de la seguridad vial.” La afirmación anterior pone de manifiesto los motivos y razones que justifican la emisión de esta normativa, es decir, las causas por las cuales se crea la norma jurídica y se legisla en el sentido que se hace. Sin embargo, esta afirmación que a primera vista pareciese correcta, realmente constituye una *falacia ad misericordiam*<sup>18</sup>, toda vez que como puede apreciarse no expresa argumentos o parámetros racionales suficientes que expliquen los motivos por los que se emite la norma jurídica, sino que busca justificar su afirmación en meros sentimientos o razones de piedad, como lo son el luto ocasionado en muchas familias a raíz de los accidentes de tránsito.

## II) ANÁLISIS COMPARATIVO E IMPLICACIONES DE LOS DELITOS REFORMADOS Y EL DELITO ADICIONADO.

<b>HOMICIDIO CULPOSO. (Artículo 127)</b>	
<b><u>Regulación anterior a la reforma.</u></b>	<b><u>Regulación posterior a la reforma.</u></b>
Al autor de homicidio culposo se le sancionará con prisión de dos a cinco años. Cuando el hecho causare, además, lesiones a otras personas o resultare la muerte de varios, la sanción será de tres a ocho años de prisión. Si el delito fuere cometido al	Al autor de homicidio culposo se le sancionará con prisión de dos (2) a cinco (5) años. Cuando el hecho causare, además, lesiones a otras personas o resultare la muerte de varias, la sanción será de tres (3) a ocho (8) años de prisión. Si el delito

<sup>18</sup> Es una de las trece falacias aristotélicas. Consiste en un argumento erróneo y falso, pues apela y busca manipular los sentimientos como forma de hacer aparentar un argumento como válido y no a través de razones.



<p>manejar un vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, que afecten la personalidad del conductor o con temeridad o impericia manifiestas o en forma imprudente o negligente en situación que menoscabe o reduzcan su capacidad mental, volitiva o física, se impondrá al responsable el doble de la pena que le correspondería en caso de no existir alguna de estas circunstancias. Si el delito se causare por pilotos de transporte colectivo <b><u>en cualquiera de las circunstancias relacionadas en el párrafo anterior</u></b>, será sancionado con prisión de diez a quince años. (El resaltado y subrayado es propio.)</p>	<p>fuere cometido al manejar un vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, <u>en estado de ebriedad</u>, o bajo influencia de drogas tóxicas o estupefacientes, que afecten la personalidad del conductor o cuando conduzca con temeridad o impericia manifiestas o en forma imprudente o negligente en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva o física, se impondrá al responsable el doble de la pena que le corresponda, en caso de no existir alguna de estas circunstancias, <u>la cancelación de la licencia de conducir de uno (1) a cinco (5) años</u>. Si el delito fuere causado por pilotos de transporte colectivo o de carga, será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años y <u>cancelación de la licencia de conducir por el tiempo que dure la condena</u>. (El subrayado es propio.)</p>
--	--

De la lectura comparativa del tipo penal transcrito, previo y posterior a la reforma que se viene comentando, de forma superficial pareciese que no existe ningún cambio trascendental puesto que en la norma reformada solo se agrega el parámetro de “estado de ebriedad” como supuesto para doblar la pena respectiva y asimismo se adicionan dos tipos de penas accesorias como lo son “la cancelación de la licencia de conducir de uno (1) a cinco (5) años” y la “cancelación de la licencia de conducir por el tiempo que dure la condena” penas estas aplicables según el supuesto concurrente.

Sin embargo, de una lectura más profunda, puede establecerse un cambio que si resulta sustancial y evidencia la estigmatización que se comentó anteriormente al abordar el tercer considerando de la ley, donde se legisla contra un grupo determinado por el solo hecho de serlo (derecho penal del enemigo).

Nótese como la parte final del artículo previo a la reforma aumentaba la pena cuando el sujeto activo era un piloto de transporte colectivo, pero no bastaba ello, era necesario además que el delito fuera cometido “en

cualquiera de las circunstancias relacionadas en el párrafo anterior”, es decir, (manejando ese vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes). Pero en la norma reformada este aspecto que objetivaba y justificaba la variación de la sanción fue suprimido, lo que implica que no es necesario que concurra, por ende, la pena se modifica única y exclusivamente en atención al sujeto activo del delito, en este caso “pilotos de transporte colectivo o de carga” que fue un punto adicionado. Véase como en la redacción de la norma se hace palpable y latente la intención de legislar contra un grupo determinado elevando las sanciones sin ningún parámetro o razón objetiva, sino solo tomando en consideración a la persona que comete el delito.

Recuérdese como mero ejemplo el accidente ocurrido a finales de marzo de 2019 en Nahualá, Sololá, que dejó varias personas fallecidas y la diversidad de opiniones encontradas que el hecho generó sobre la responsabilidad o no del piloto de dicho vehículo de carga, hecho este que por lo mediático incluso ha traspasado fronteras, según (Acuña, 2019), lo refiere a través de Prensa Libre.

Esto trae como resultado la responsabilidad mayúscula que el sistema de justicia tiene al conocer y pronunciarse sobre este tipo de hechos, por lo que una norma mal redactada o malintencionadamente redactada, según los parámetros expuestos, resulta peligrosa y hasta injusta, sobre todo respecto a las distintas posibilidades de punición que la norma jurídica contiene.

<b>LESIONES CULPOSAS. (Artículo 150)</b>	
<b><u>Regulación anterior a la reforma.</u></b>	<b><u>Regulación posterior a la reforma.</u></b>
<p>Quien causare lesiones por culpa, aun cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, será sancionado con prisión de tres meses a dos años. Si el delito fuere ejecutado al manejar vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que afecten la personalidad del conductor o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva o física, se impondrá al responsable, además una multa de trescientos a tres mil</p>	<p>Quien causare lesiones por culpa, aun cuando sean varias las victimas del mismo hecho, será sancionado con prisión de tres (3) meses a dos (2) años. Si el delito fuere ejecutado al conducir vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes <u>o estado de ebriedad</u>, que afecten la personalidad del conductor, o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva o física, se impondrá al responsable, además de una multa</p>

<p>quetzales. Si el delito se causare por pilotos de transporte colectivo, en cualquiera de las circunstancias relacionadas en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de cinco a nueve años.</p>	<p>de <u>cinco mil (Q.5,000.00) a veinticinco mil (Q.25,000.00) Quetzales, suspensión de la licencia de conducir de seis (6) meses a dos (2) años.</u> Si el delito fuere causado por pilotos de transporte colectivo <u>o de carga</u>, en cualquiera de las circunstancias relacionadas en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de <u>tres (3) a cinco (5) años y cancelación de la licencia de conducir de seis (6) meses a tres (3) años o por el tiempo que dure la condena.</u> En caso de reincidencia, la <u>sanción de prisión y cancelación de la licencia se duplicará.</u> (El subrayado es propio.)</p>
--	--

De la lectura comparativa del tipo penal transcrito, previo y posterior a la reforma que se viene comentando, pueden establecerse los siguientes cambios en dicha norma. Inicialmente se adicionó el parámetro de “estado de ebriedad” como habilitante para imponer la multa descrita además de la pena de prisión. Adicional a ello la reforma modificó las sanciones toda vez que elevó la multa descrita que antes de la reforma oscilaba entre trescientos a tres mil quetzales, pasándola entre los montos de cinco mil a veinticinco mil quetzales y adicionó una pena accesoria como lo es la suspensión de la licencia de conducir. En cuanto a los pilotos de transporte colectivo agregó el parámetro de carga para también ser tomado en cuenta en éste grupo y disminuyó la pena que estaba asignada para este supuesto, pues la norma previo a la reforma sancionaba con prisión de cinco a nueve años, en tanto la reforma la bajó a prisión de tres a cinco años, lo que implica que en todos los casos este tipo penal será conocido por Juez de Paz a través del Procedimiento Para Delitos Menos Graves<sup>19</sup> –en la medida que la competencia vaya siendo asignada-, además agregó una pena accesoria de cancelación de la licencia de conducir y fijó la reincidencia como parámetros para duplicar las sanciones, en cuyo caso sería conocido por Juez de Primera Instancia a través del Procedimiento Común.

<sup>19</sup> Sobre este procedimiento, véase mi artículo publicado en el ejemplar identificado como Año 1, Semestre 2 de la presente Revista “Discere Magis Luris”.

Importante resulta destacar como este tipo penal al referirse a los pilotos de transporte colectivo o de carga mantiene el parámetro que hace objetivo y justifica el poder fijar una mayor sanción, esto es, cuando estas personas cometan el delito “bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes o en estado de ebriedad.” Véase como en este caso no basta el simple hecho que el sujeto activo sea esta clase de pilotos, sino que además se hace necesario que concorra el ingrediente normativo condicionado antes mencionado, que es precisamente lo que se criticó al tipo penal anterior en donde tal parámetro fue suprimido.

Sin embargo, es oportuno recordar como el tercer considerando de la ley señalaba la preocupación por estos hechos que enlutaron a cientos de familias, lo cual a todas luces refleja que se refería a los casos de homicidios (muertes) y no a las lesiones, lo que podría explicar porque en aquel tipo penal este punto fue suprimido y en este no.

<b>RESPONSABILIDAD DE CONDUCTORES. (Artículo 157)</b>	
<b><u>Regulación anterior a la reforma.</u></b>	<b><u>Regulación posterior a la reforma.</u></b>
<p>Será sancionado con multa de cincuenta y un mil quetzales y privación de la licencia de conducir de tres meses a tres años:</p> <p>1°. Quien condujere un vehículo de motor <u>bajo influencia de bebidas alcohólicas</u> o fermentadas, fármacos, drogas tóxicas o estupefacientes.</p> <p>2°. Quien condujere un vehículo de motor con temeridad o impericia manifiesta o en forma imprudente o negligente, poniendo en riesgo o peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes, o causando intranquilidad o zozobra públicas.</p> <p>En caso de <u>reincidencia las sanciones de este artículo se duplicarán.</u> <b><u>Si como consecuencia de la conducta irregular resultare lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales</u></b></p>	<p>Será sancionado con multa de <u>cinco mil (Q.5,000.00) a veinticinco mil (Q.25,000.00) Quetzales y cancelación de licencia de conducir de tres (3) meses a cinco (5) años a:</u></p> <p>1. Quien condujere un vehículo automotor <u>en estado de ebriedad</u> o bajo la influencia de drogas tóxicas o estupefacientes.</p> <p>2. Quien condujere un vehículo motor con temeridad o impericia manifiesta o en forma imprudente o negligente, poniendo en riesgo o peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes o causando intranquilidad o zozobra públicas, <u>o no poseyere o portare la respectiva licencia de conducir, bajo las condiciones pertinentes al tipo de vehículo que conduce.</u></p> <p>En caso de <u>reincidencia las sanciones previstas en este artículo</u></p>

<p><b>aplicarán únicamente la infracción penal más gravemente sancionada.</b> Serán sancionados con el doble de la pena prevista, si el delito se causare por pilotos de transporte colectivo en cualquiera de las circunstancias relacionadas con los incisos primero y segundo del párrafo primero del presente artículo.</p>	<p>serán aumentadas en una tercera parte.</p> <p><b><u>Si como consecuencia de la conducta irregular contenida en el numeral 1 del presente artículo, resultare lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, la pena a imponer será de tres (3) a cinco (5) años de prisión, incluida la cancelación definitiva de la licencia de conducir en el caso del piloto del vehículo. En el caso del propietario, persona individual o jurídica, se le cancelará la licencia de operación de transporte público por cinco (5) años; sin perjuicio de la reparación civil que con ocasión de la conducta corresponda a quien resulte víctima del hecho.</u></b></p> <p>Si el hecho de tránsito fuere causado por pilotos del transporte colectivo de pasajeros o de carga, serán sancionados con el doble de las penas previstas en cualquiera de las circunstancias relacionadas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, además de la cancelación de la tarjeta de operación de vehículo por cinco (5) años. Lo anterior sin menoscabo de las acciones administrativas que para el efecto establezca la Superintendencia de Administración Tributaria.</p>
---	---

Este tipo penal sufrió varias modificaciones y reguló varios supuestos de hecho para la aplicación del mismo, que a continuación se comentan, los cuales lejos de brindar mayor claridad respecto a su aplicación generaron mayor confusión y hasta conflicto en su interpretación por su colisión con otras normas jurídicas. Ello permite afirmar que la reforma de éste tipo penal no ha alcanzado la efectividad que seguramente se tenía prevista cuando se modificó, bastaría para el efecto dialogar con abogados litigantes y jueces de paz –que valga decir, son los únicos competentes para su

aplicación, independientemente de la sanción que tenga asignada el tipo penal- para verificar esa confusión.

Inicialmente la norma aumentó la sanción básica de éste tipo penal, pues de una multa que oscilaba entre cincuenta y un mil quetzales (toda vez que no le era aplicable el artículo 6º, del Decreto 2-96 del Congreso de la República [quintuplicación de pena], toda vez que este tipo penal fue reformado en fecha posterior) y pasó a una multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales como consecuencia jurídica.

Además de ello, debe tenerse presente que este tipo penal tiene dos supuestos de hecho principales según los numerales en que se divide, el primero de ellos fue el que sufrió modificación. Antes de la reforma se cometía este delito al conducir “bajo influencia de bebidas alcohólicas o fermentadas...”; sin embargo, a través de la reforma hoy en día se comete éste delito al conducir “en estado de ebriedad”. Nótese que este cambio no es menor, puesto que hoy en día no bastará la influencia de bebidas alcohólicas para cometer el delito -esto en todo caso sería sancionado administrativamente según el artículo 40 bis de la Ley de Tránsito, adicionado por éste decreto- sino será necesario un estado mayor de alcoholización por parte de quien comete el delito, como lo es el estado de ebriedad, a lo que hay que agregarle su consecuente dificultad de probanza por parte de la autoridad denunciante en el procedimiento por faltas que se inicie, pues las típicas manifestaciones [de un aliento oloroso a licor, ojos rojos o que alguien no pueda caminar sobre una línea recta], serían parámetros insuficientes para acreditar fuera de toda duda ese estado de ebriedad que ahora la norma requiere.

Otro punto relevante es el hecho, que la norma reformada agregó como supuestos de hecho de éste tipo penal dos conductas que antes no contenía: 1) Conducir sin poseer la licencia de conducir correspondiente. 2) Conducir sin portar la licencia de conducir correspondiente. Es de hacer notar que este supuesto de hecho es totalmente independiente al primero comentado, es decir, a que se conduzca en estado de ebriedad o bajo influencia de drogas o estupefacientes, lo cual implica que no es necesaria su concurrencia y se comete el delito tan solo por los supuestos antes indicados.

Esta ampliación de las conductas típicas del delito que se analiza, son una clara muestra de la tendencia al expansionismo del Derecho Penal, en búsqueda de regular cada vez más y más conductas que quien legisla considera reprochables y a la vez constituye una inobservancia al principio de *ultima ratio* que debería caracterizar a la ley penal. Lo anterior por el

hecho que los supuestos antes mencionados estaban claramente regulados previamente más no como delito, sino de modo administrativo en el Reglamento de Tránsito (Guatemala., 1998), donde se sancionaba con multas administrativas dichos hechos. El no portar licencia de conducir (artículo 181 numeral 3), el no tener licencia de conducir (artículo 183 numeral 1) así como conducir vehículo con licencia que no corresponda al mismo (artículo 183 numeral 4.)

Lo anterior a consideración del autor, pone en tela de juicio la aplicabilidad de dichos supuestos de hecho del tipo penal, toda vez que existen normas de tipo administrativo que resultan más favorables por la sanción asignada, extremo que debe tenerse presente en atención al principio *favor rei*, sumado a la prohibición *nen bis in ídem*, aun y cuando los procesos y sanciones no sean ambos del ámbito penal, a lo que cabría agregarle incluso un razonamiento de aplicación del Derecho Penal como último recurso donde existiendo normas jurídicas de otro tipo, deberían agotarse previamente a la actuación del Derecho Penal.

Cabe agregar incluso, que esta modificación que la reforma hace, entra en conflicto con el supuesto de hecho regulado en el primer párrafo de artículo 157 bis, donde se sanciona precisamente el hecho de conducir (en ese caso un vehículo de transporte colectivo) sin la licencia de conducir respectiva; aun y cuando se reconoce que por especialidad en el caso de transporte colectivo debiera ser éste último el tipo penal aplicable. En todo caso, véase como se evidencia lo que se ha dicho con antelación, algunos puntos de la reforma lejos de brindar claridad y mejorar su aplicabilidad en el sistema de justicia, crean confusión al modificar tipos penales de forma confusa, contradictoria y hasta innecesaria.

Otro aspecto a considerar es el hecho de cuando a consecuencia de este delito (responsabilidad de conductores) se provoca alguna lesión a alguien. La norma previo a la reforma señalaba que “los tribunales aplicarán únicamente la infracción penal más gravemente sancionada”, es decir, como es lógico suponer no se sancionaba doblemente esa conducta, sino que se dejaba de perseguir el delito de responsabilidad de conductores y se seguía el caso únicamente por el tipo de lesión provocada (por tener pena más grave), criterio éste que en doctrina se conoce como principio de consunción o absorción<sup>20</sup>. Sin embargo, la reforma modifica tal aspecto y lo que señala es “Si como consecuencia de la conducta irregular contenida en el numeral

---

<sup>20</sup> Consiste en aplicar la norma que más ampliamente regula la conducta, es decir, aquella que es capaz de absorber a las demás normas que pudieran resultar también aplicables.

1 del presente artículo, resultare lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, la pena a imponer será de tres (3) a cinco (5) años de prisión, incluida la cancelación definitiva de la licencia de conducir en el caso del piloto del vehículo... Si el hecho de tránsito fuere causado por pilotos del transporte colectivo de pasajeros o de carga, serán sancionados con el doble de las penas previstas en cualquiera de las circunstancias relacionadas en los numerales 1 y 2 del presente artículo...” Es decir amplia el espectro de aplicación del delito de responsabilidad de conductores y ya no es solamente un delito de mera actividad (conducir ebrio o bajo influencia de drogas, o con temeridad etc...), sino ahora además es aplicable como delito de resultado cuando a consecuencia de estos hechos se provoque lesión sin importar su gravedad.

Este aspecto crea un conflicto normativo con el artículo anterior (lesiones culposas) también reformado por éste decreto, ya que dicho tipo penal regula las lesiones provocadas por culpa cuando se cometen al manejar un vehículo bajo influencias de bebidas alcohólicas, estado de ebriedad drogas etc., asignando una sanción de tres meses a dos años de prisión más una multa entre cinco mil a veinticinco mil quetzales y suspensión de la licencia de conducir de seis meses a dos años; y en el evento que esto fuera provocado por pilotos de transporte público o de carga la sanción será de tres a cinco años de prisión y cancelación de la licencia de conducir de seis meses a tres años o por el tiempo de la condena.

Ante este conflicto de leyes la pregunta lógica de muchos será ¿Qué tipo penal aplicar? Lo cual no es un asunto menor tomando en consideración las consecuencias que procesalmente conllevan, ya que sus eventuales efectos serían: Al seleccionar la norma de responsabilidad de conductores dicho caso se sustanciará ante Juez de Paz mediante el procedimiento específico del Juicio por Faltas sin ninguna intervención del Ministerio Público según lo establece el artículo 24 bis del Código Procesal Penal; aquí conviene aclarar que deviene irrelevante que la sanción penal sea de prisión para que el Juez de Paz sea el competente para conocer del asunto, toda vez que su competencia no es asignada en atención a la pena, sino acorde a la posición sistemática del delito (delitos contra la seguridad de tránsito), según claramente lo establece el artículo 488 del Código Procesal Penal <para mayor ilustración ver conflicto de competencia 02-2014 de Cámara Penal.> Por el contrario, al seleccionar la norma de lesiones culposas (y tener asignada competencia para delitos menos graves) el caso se sustanciará ante Juez de Paz mediante el Procedimiento Para Delitos Menos Graves. Al no tener asignada esa competencia el caso se sustanciará ante Juez de Primera Instancia mediante el Procedimiento Común.



Tal y como se mencionó, a pesar de su importancia e implicaciones dicha selección normativa no resulta del todo fácil, máxime si se toma en consideración que ambas son jerárquicamente iguales (normas ordinarias), cronológicamente también son iguales pues fueron modificadas por el mismo decreto, en cuanto al criterio de especialidad no hay suficiente claridad para poder determinarlo con precisión ya que ambas normas regulan de forma específica la misma conducta (conducir bajo alguna influencia –alcohol, drogas- y causar lesión a alguien).

Hay un parámetro más aplicable en el ámbito penal que es conocido como *favor rei*, o norma más favorable, que consiste en aplicar la norma que más beneficie a la persona acusada (la de pena menor.) Sin embargo, aun en este caso la solución no es del todo fácil, por lo siguiente.

Para **pilotos de vehículos particulares**. El delito de lesiones culposas, tiene las siguientes penas: Prisión de tres meses a dos años, multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales y suspensión de licencia de conducir de seis meses a dos años; en tanto el delito de responsabilidad de conductores tiene las siguientes penas: Prisión de tres a cinco años y la cancelación definitiva de la licencia de conducir. Puede estimarse objetivamente que la norma más favorable es aquella que tiene pena de prisión menor (ya que esta es la pena principal), sin embargo al considerar las otras aristas como la eventual conversión de la pena de multa, o la imposibilidad de laborar (en algunos casos) derivado de la suspensión de la licencia de conducir respectiva, quedará a la particular valoración que cada juez haga respecto a que sanciones se consideran más favorables, ello implica la maximización de la subjetividad o discrecionalidad en la decisión, fruto de la deficiente regulación hecha a través de la reforma que se comenta, que es algo que debería evitarse en la mayor medida posible.

En cuanto a este situación pero para el caso de **pilotos de transporte colectivo de pasajeros o de carga**, la solución es más simple porque el delito de responsabilidad de conductores duplica las penas referidas, lo que a todas luces permite establecer que la norma más favorable sería la de lesiones culposas por la sanción que prevé para este supuesto, en consecuencia debiera ser el tipo penal aplicable, según lo analizado.

Por último, la normativa analizada adicionó un tipo penal denominado Explotación ilegal de transporte urbano o extraurbano de personas, mediante la incorporación del artículo 158 Bis que fue posteriormente

reformado a través del Decreto 11-2017 del Congreso de la República de Guatemala, el cual para su análisis se transcribe a continuación:

**Artículo 158 Bis. Explotación ilegal del servicio de transporte público colectivo urbano o extraurbano de personas.** *Quien, sin haber llenado todos los [sic] requisitos establecidos en la legislación sobre la materia y sin contar con la autorización correspondiente, explotare en cualquier forma el servicio de transporte público colectivo de pasajeros o de carga, será sancionado con multa de diez mil (Q.10,000.00) a cien mil (100,000.00) Quetzales. En caso de reincidencia, además de la multa, se le sancionará con prisión de dos (2) a cinco (5) años.*

*El particular funcionario o empleado público que por precio o recompensa, de forma deliberada coadyuve o contribuya en beneficio de un tercero responsable a la explotación del servicio de transporte urbano o extraurbano de personas, sin llenar los requisitos establecidos en la ley, será sancionado con multa de cinco mil (Q.5,000.00) a cincuenta mil (Q.50,000.00) Quetzales. En caso de reincidencia, además de la multa se le sancionará con prisión de uno (1) a tres (3) años.*

Este tipo penal adicionado básicamente sanciona el hecho de prestar un servicio de transporte público colectivo tanto de pasajeros o de carga sin contar con las autorizaciones administrativas respectivas ni llenar los requisitos correspondientes, ya que esto imposibilita el control que el Estado debe realizar sobre este tipo de actividad, en atención a su utilidad pública, tal y como el artículo 131 constitucional establece.

Un segundo aspecto a considerar es respecto al funcionario o empleado público que coadyuve a la explotación de este tipo de transportes de forma ilícita. Es importante señalar que tal actuar de dicho funcionario o empleado se da por precio o recompensa –según la norma lo establece-, por lo que cabe en este punto reflexionar ¿si este aspecto no podría ser encuadrado en el delito de cohecho pasivo, regulado en el artículo 439 del Código Penal? Sin embargo en atención al principio de especialidad como parámetro de decisión ante un conflicto normativo, el tipo penal aplicable debe ser la presente norma analizada y no el de cohecho.

En todo caso, oportuno es traer a colación los argumentos que sobre este tipo penal ha realizado la (Corte de Constitucionalidad, 2017)

*El artículo... posee como bien jurídico tutelado la seguridad a la vida e integridad física de los usuarios del servicio de transporte colectivo de personas o carga, así como la seguridad vial de los ciudadanos, en ese sentido el legislador estimó pertinente prohibir la explotación de esos servicios si carecen de la autorización gubernamental previa para ese efecto, tipificando como delito la actitud relacionada y estableciendo sanciones penales para los condenados...*

*la norma atacada sí identifica concretamente al sujeto activo del delito, el cual es toda persona individual o jurídica (por medio sus representantes o empleados), que ejerzan de forma lucrativa y de hecho los servicios de transporte colectivo de personas o carga, sin*

contar con el permiso de la autoridad competente para operar, lo cual es distinto al transporte sin fines lucrativos, el que si bien para su práctica debe de cumplir con toda la normativa aplicable, se diferencia en cuanto a que en este último no se vende un servicio a cambio de una retribución económica y sus diferencias esenciales no radican necesariamente en sus tripulantes, pasajeros o en el tipo de vehículo utilizado (que en todo caso los interesados deben cumplir con lo regulado en las leyes y reglamentos de tránsito), sino en la intención de beneficiarse económicamente de esa actividad sin tener los requerimientos suficientes que les permitan realizarla de forma responsable, con la debida diligencia y cumpliendo con los estándares de seguridad necesarios para su ejecución. En el presente caso se debe realizar énfasis en cuanto a que el verbo rector del ilícito es la explotación del servicio sin contar con la autorización del Estado, cuestión que lo separa de las formas de transporte de personas o carga (con sus debidas limitaciones legales) realizada por ciudadanos en vehículos que no lo ejecutan con fines comerciales, disposición legal que a criterio de esta Corte cuenta con la suficiente claridad y precisión para ser aplicada por los tribunales ordinarios...

se determina que la intención del legislador al realizar esa distinción radica en la imprescindible dignidad y probidad que deben poseer los funcionarios y empleados públicos, así como la transparencia y la obligación de confianza que deben proveer quienes realicen actividades por servicios profesionales o técnicos por contrato que intervengan directamente en la emisión de la autorización de los citados servicios de transporte, lo cual resulta jurídicamente válido con la normativa y el espíritu de la Constitución Política de la República de Guatemala que en su artículo 154 regula...

### **III) CONCLUSIONES.**

- Crear normas catalogadas como Derecho Penal de la Emergencia, lejos de ayudar a solucionar el conflicto que trata, puede acrecentarlo más, toda vez que no ataca las causas reales del problema sino solo crea una expansión innecesaria del Derecho Penal, e inobserva la característica de *ultima ratio* del mismo.
- Crear normas con tintes o características de Derecho Penal del Enemigo, constituye un retroceso e involución en el sistema penal, pues divide a la sociedad (colectivismo) entre buenos y malos, amigos y enemigos, ciudadanos e indeseables, estigmatizándolos según lo que son o al estrato al que pertenecen, sin tomar en consideración las acciones que realicen, lo cual debiera ser el único parámetro de juicio.
- El sancionar con una pena mayor en el delito de homicidio culposo a los pilotos de transporte colectivo o de carga sin un parámetro que lo justifique, resulta violatorio a los derechos de estos y es una clara muestra de estigmatización y legislación contra dicho grupo específico.
- El tipificar como delito el conducir sin poseer o no portar la respectiva licencia correspondiente, es una clara muestra de un innecesario

expansionismo del Derecho Penal, pues tal conducta ya estaba administrativamente regulada.

- Modificar el delito de responsabilidad de conductores y hacerlo aplicable también para el evento que resulte lesión, genera un conflicto de leyes respecto a que norma deviene aplicable (responsabilidad de conductores o lesiones culposas), que abre la puerta al arbitrio y subjetividad en cada caso, lo que al contrario debería ser reducido al máximo posible, en cumplimiento a las reglas que integran el principio de legalidad (claridad, estrictividad y taxatividad) de la ley penal.
- La reforma antes analizada específicamente en los tipos penales genera confusión y contradicción con el restante ordenamiento jurídico y entorpece el sistema de justicia por las implicaciones procesales (competencia) que la misma conlleva.

#### **IV) REFERENCIAS.**

- Acuña, C. (28 de 03 de 2019). *www.prensalibre.com*.
- Carrara Francesco, c. p. (s.f.). *Ley de Urgencia y Derecho Penal de la Emergencia. Revista de Estudios Criminales*. Uruguay.
- Congreso de la República de Guatemala. (1996). *Ley de Tránsito*. Guatemala: Cultural Guatemalteca.
- Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad General 5949-2016 (Corte de Constitucionalidad 09 de 05 de 2017).
- Decreto 45-2016 Congreso de la República de Guatemala. (2016). *Ley Para el Fortalecimiento de la Seguridad Vial*. Guatemala.: Cenadoj.
- Guatemala., P. d. (1998). *Reglamento de Tránsito*. Guatemala.: Cultural Guatemalteca.
- Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. España: Cuadernos Civitas.
- Jiménez Rodrigo, M. L. (2015). *www.direito.ufmg.br*. Recuperado el 09 de 04 de 2019

# DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS.

BAYRON LÓPEZ HERNÁNDEZ,  
MIEMBRO DE LA COMUNIDAD  
JURÍDICA DE OCCIDENTE,  
ABOGADO LITIGANTE.



## TABLA DE CONTENIDO:

I) INTRODUCCIÓN. II) DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS.  
III) CONCLUSIONES.

### I) INTRODUCCIÓN.

El artículo tiene por objetivo analizar el delito de lavado de dinero u otros activos regulado en la legislación guatemalteca; el término “analizar” se hace conscientemente, pues se pretende no únicamente “interpretar” la norma jurídica sino también criticar ciertas prácticas y criterios equivocados respecto al delito de lavado. Para cumplir el cometido, el principio de legalidad, *favor rei* y presunción de inocencia serán fundamento en todo momento.

### II) DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS.

El delito de lavado de dinero u otros activos, se encuentra regulado en el artículo 2 del (Decreto 67-2001 Congreso de la República de Guatemala, 2001), de la siguiente manera:

***Del delito de lavado de dinero u otros activos.*** Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona:

- a) *Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;*
- b) *Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;*
- c) *Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de los derechos relativos a tales bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.”*

#### **1) DELITO PRECEDENTE.**

De la lectura del artículo, resulta fácil comprender la necesidad de un *delito precedente* para consumir el delito de lavado de dinero u otros activos;

cada inciso señala que, los bienes, dinero o derechos relativos a tales bienes, deben ser “*producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.*”

Una interpretación textual del artículo llevan a hacer varias consideraciones respecto al delito precedente:

- a) El delito precedente puede ser cualquier hecho señalado como delito en el Código Penal o leyes especiales penales.
- b) Al imputar cargos por delito de lavado de dinero u otros activos, es requisito *sine qua non* “describir” los hechos del delito precedente, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, siendo insuficiente señalar la nomenclatura del delito, pues debe imputarse hechos y no calificaciones jurídicas, por las siguientes razones:
  - i) Si bien es cierto, la persona acusada por el delito de lavado no participa en los hechos del delito precedente, también lo es que tiene “interés” legítimo y legal en conocer de forma detallada todo lo referente al mismo, pues para preparar y ejercer adecuadamente su defensa, es imprescindible contar con esos datos, pudiendo alegar varios aspectos: a) los hechos precedentes no son constitutivos de delito (el acusado podría alegar que precisamente la licitud de los hechos le llevó a adquirir, poseer, etc., los bienes o dinero); b) que los hechos dejaron de ser constitutivos de delito; c) que para la consumación del delito el artículo que lo contiene exija un sujeto activo cualificado y que a quien se señala lo cometió no tiene esa calidad; d) que a la fecha de consumación de los hechos, la conducta era atípica; e) negar los hechos con prueba de descargo e incluso que los hechos no puede ser demostrados; f) que no obstante su conducta encuadra en algún verbo rector del artículo 2 de la Ley Contra el Lavado, no existe identidad entre el dinero o bienes procedentes del delito precedente con los que se llevó a cabo la acción; g) Etcétera.
  - ii) Lo referente al tiempo del delito precedente, es fundamental, pues el “conocimiento” que los bienes o dinero proceden de delito, se adquieren entre la consumación del delito precedente y el de lavado; si el conocimiento es posterior, no existe delito de lavado. La determinación del tiempo también es importante, pues una imprecisión o ambigüedad del tiempo del delito precedente podría llegar a confundirla o no distinguirla del delito de lavado, cuando el tiempo de inicio y consumación entre ambos delitos es totalmente diferente.
  - iii) Al momento de emitir sentencia, debe resolverse que los hechos han sido demostrados, que son constitutivos de delito, que los

bienes o dinero objeto del delito de lavado, proceden o se originan del delito precedente y que son exactamente por los que se acusó por el delito de lavado; nótese la necesidad de describir de forma precisa los bienes o dinero objeto del delito de lavado. Este pronunciamiento en la sentencia debe ser previo a entrar a analizar los hechos del delito de lavado.

## **2) CONOCIMIENTO PREVIO.**

Los tres incisos del artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, regulan que el sujeto activo “*sepa*” o “*este obligado a saber por razón del cargo, empleo, oficio o profesión*” que los bienes, dinero o derechos relativos a tales bienes o dinero son “producto, proceden o se originan de la comisión de un delito”. Lo anterior es conocido como “*conocimiento previo*”, y respecto a las personas distintas a las personas obligadas señaladas en el artículo 18 de la Ley Contra el Lavado, es importante considerar:

- a) Un primer problema a tratar es el relacionado al “*contenido del saber*” del sujeto activo. Por lo menos tiene dos alcances: conocimiento del hecho previo y conocimiento de la ilicitud penal del mismo. Respecto al primero, la norma no señala el contenido o alcance del conocimiento, si debe ser *completo* (un conocimiento pormenorizado o detallado, que podría ser prácticamente imposible en algunos casos) o *incompleto* (conocimiento semejante al del hombre común y corriente, concepto de por sí bastante difícil de determinar). A favor del segundo tipo de conocimiento podría considerarse que es contraproducente exigir un saber completo para luego permitir demostrarlo a través de inferencias objetivas; además, un conocimiento completo sería prácticamente imposible, siendo absurdo una interpretación de este tipo. Respecto a un conocimiento completo, puede argumentarse que el texto normativo señala que el sujeto sabe “*que los bienes o dinero son producto, proceden o se origina de la **COMISIÓN de UN delito***”, es decir, las palabras utilizadas no dejan lugar a dudas que el sujeto debe tener un conocimiento completo respecto a UN hecho delictivo; y que en todo caso, debe estarse a la interpretación favorable al reo. Esta dicotomía debe resolverse exigiendo un “**conocimiento necesario**” según las circunstancias del caso concreto, considerando el hecho precedente, su contexto y el sujeto activo del delito de lavado; lo anterior obviamente no permite la conjetura, suposición y discrecionalidad, pues llevaría al arbitrio, injusticia e ilegalidad. Todo lo referente al conocimiento posibilita al sujeto activo discutir que su conocimiento respecto a los hechos previos no tiene el alcance señalados en la

imputación o acusación, que solo conocía ciertos hechos que por sí mismos no configuraban delito, etc.

- b) La forma de regulación del “conocimiento previo”, conlleva una “extensión del elemento subjetivo en el tipo objetivo”, es decir, se debe “imputar o acusar” hechos precisos y categóricos respecto a “cuándo, dónde y cómo se adquirió el conocimiento previo”, siendo insuficiente utilizar frases, tales como: “tenía conocimiento”, “con pleno conocimiento” o “con plena certeza”, que provenía de delito.
- c) Imputar hechos referentes al “conocimiento” previo, realmente es difícil, pues lo que se pretende es describir un estado mental del sujeto activo del delito, que la mayoría de veces no es materializado en hechos de la vida. En muchas ocasiones la imputación del conocimiento se hace a partir de hechos exteriores.
- d) El conocimiento es previo, pues se adquiere entre la consumación del delito precedente y antes de desplegar la actividad del delito de lavado. Como se señaló, si el conocimiento es posterior, el delito no se configura.
- e) Respecto al conocimiento de la ilicitud penal del hecho precedente, debe diferenciarse lo siguiente: i.- conforme la legislación guatemalteca, artículo 3 (Decreto 2-89 Congreso de la República de Guatemala, 1989):

*Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario*

Consecuentemente no habría problemas sobre si es necesario un conocimiento completo o no de la normativa penal. Vale decir que (Hernández Sifontes, 1965, pág. 377):

*La presunción más ajustada a la realidad sería partir de que nadie conoce la ley, salvo prueba en contrario. Luego entonces reconozcamos que el injusto orden jurídico, se asienta sobre una evidente y monstruosa mentira.*

Lo cual no implica impedir discutir aspectos de “error de prohibición”.  
ii.- Un problema distinto sería discutir que no obstante el conocimiento previo del hecho, es considerar que el mismo no encuadra en una figura delictiva.

La norma también señala que el delito lo cometen las personas que “por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión *“esté obligada a saber”* que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito. Esas personas obligadas son las señaladas en el artículo 18 (Decreto 67-2001 Congreso de la República de Guatemala, 2001). Dicha norma en el



numeral 5) inciso g) contiene un tipo penal abierto, contrario al principio de legalidad, pues señala:

*g) cualquier otra actividad que por naturaleza de sus operaciones pueda ser utilizada para el lavado de dinero u otros activos, como se establezca en el reglamento”.*

Nótese que la conducta no se encuentra definida de forma expresa, convirtiendo al delito en abierto; además, la configuración del delito es según lo que establezca el reglamento de la Ley Contra el Lavado, en contraposición al principio de legalidad penal, por tanto, el referido inciso no puede aplicarse.

El artículo 2 al regular que la persona “está obligado a saber” la procedencia de los bienes o dinero, es complicada; pues el “*contenido del conocimiento*” implica en realidad que el sujeto activo “no sabe la procedencia” de los bienes o dinero, pero por la especial condición a que lo sujeta la ley “debía saberlo”.

La norma no señala cuál es el “contenido o alcance” de la obligación de saber, pues el sujeto activo obligado podría señalar que actuó conforme sus procedimientos internos e incluso conforme estándares establecidos por autoridad pública (en el caso de instituciones bancarias, por ejemplo), consecuentemente su conducta fue conforme a la ley y que el delito de lavado no puede configurarse. La obligación de saber, en realidad se asemejaría más a imprudencia del sujeto activo, pues si actúa con dolo (sabiendo la procedencia), entonces no puede decirse que “debía saber”, sino más bien que sí “sabía” que el dinero o bienes procedían de un delito. “Quizá” esta sea la razón por la que los bancos del sistema nacional no obstante *aceptar transacciones inusuales*, Artículo 2 inciso c) (Acuerdo Gubernativo 118-2002 Presidente de la República de Guatemala, 2002):

aquella operación cuya cuantía, frecuencia, monto o características no guardan relación con el perfil del cliente

*o sospechosas*, Artículo 2 inciso d) (Acuerdo Gubernativo 118-2002 Presidente de la República de Guatemala, 2002):

aquella transacción inusual debidamente examinada y documentada por la persona obligada, que por no tener un fundamento económico o legal evidente, podría constituir un ilícito penal

no se les haya perseguido penalmente, porque han cumplido con sus obligaciones bancarias y presentan la denuncia ante el Ministerio Público, lo que permite utilizar el dinero recibido hasta que exista orden judicial, embargando o inmovilizando cuentas bancarias.

Los dos tipos de conocimientos regulados en cuanto al dolo son diferentes; pues las personas que “sabiendo” que los bienes o dinero proceden de delito, actúa con “dolo de primer grado”, pues es claro que tiene conocimiento necesario del delito precedente, y no obstante ello, deciden lavar dinero o activos. Respecto a las personas obligadas a saber, el tipo de dolo sería “eventual”.

### **3) PRUEBA DEL CONOCIMIENTO PREVIO.**

El segundo párrafo del artículo 2 Bis (Decreto 67-2001 Congreso de la República de Guatemala, 2001), regula:

*La prueba del conocimiento de la procedencia u origen ilícito de los bienes, dinero u otros activos, requerido en los delitos de lavado de dinero, se podrá hacer por cualquier medio probatorio, de conformidad con el Código Procesal Penal, incluyendo las inferencias que se desprendan de las circunstancias objetivas del caso.*

Respecto a este párrafo debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- a) Que si el “conocimiento” se prueba, es imprescindible que el mismo este descrito en los hechos acusados, resultando ilógico tener acreditado hechos no contenidos en la acusación, pues violentaría el principio de congruencia. Además, acusar con frases trilladas y vacías, tales como: “usted tenía conocimiento” o “tenía la plena certeza”, violentan el derecho a una “imputación necesaria”, punto de partida para la preparación y ejercicio de la defensa, pues no describen conductas humanas, pues éstas siempre se desarrollan en un tiempo y espacio.
- b) La prueba del conocimiento, en realidad es para el sujeto no obligado conforme el artículo 18 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; respecto al sujeto que “está obligado a saber”, ya se señaló que lo relevante no es que sepa el origen de los bienes o activos, sino que “deba saberlo”, aunque en realidad no lo sepa; nótese que lo relevante en realidad no es inferir objetivamente que se sabía, sino establecer el deber de conocimiento. Y es que el dolo en los dos tipos de conocimiento es distinto, en uno es un dolo de primer grado, mientras en otro es un dolo eventual, que en la práctica generaría inconvenientes pues el sujeto activo podría evidenciar que actuó conforme los deberes establecidos legal y reglamentariamente, y no obstante no pudo conocer sobre la procedencia ilícita del dinero o activos.
- c) La norma en realidad no regula nada nuevo, pues en el proceso penal guatemalteco rige la libertad de prueba y el sistema de valoración es conforme la sana crítica, que permiten hacer inferencias, sin necesidad de regulación concreta.

d) La palabra “inferir” conforme el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 2020) significa:

*Deducir algo o sacarlos como conclusión de otra cosa*

Esa deducción, conforme a la norma debe derivar de las “circunstancias objetivas del caso”, es decir, de hechos de los cuales se tiene certeza, que se tienen demostrados, de lo contrario no sería objetivo (“Que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce”). Para que la inferencia sea debidamente fundamentada y no sea mera subjetividad e incluso arbitrariedad, es necesario razonar que la deducción de que se tuvo conocimiento del delito precedente, es una consecuencia directa, lógica y precisa de los hechos demostrados objetivamente, que la deducción es la más plausible y que no existe otra conclusión igual o superior a la que se llega, de lo contrario, la inferencia dejaría de ser objetiva y pasaría a convertirse en subjetividad y arbitrariedad. Esta construcción debe estar contenida en el razonamiento judicial, pues permitiría ejercer un control en segundo grado.

#### **4) QUIEN COMETE EL DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS.**

La norma jurídica señala que el delito de lavado lo comete la persona por sí misma o por interpósita persona, entiéndase esta como: (Real Academia Española, 2020):

*Persona que, aparentando obrar por cuenta propia, interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otro.*

Además, el sujeto debe adecuar su conducta a cualquiera de los verbos rectores regulados en los tres incisos; la redacción del artículo no permite o autoriza pensar que para la comisión del delito sea necesario que la conducta delictiva se encuadre en los tres incisos o que los mismos forman “etapas del delito de lavado de dinero”.

El inciso a) regula los siguientes verbos rectores: *invertir* (Emplear, gastar, colocar un caudal.), *convertir* (Hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era.) *transferir* (Ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo. Remitir fondos bancarios de una cuenta a otra.) y *realizar cualquier transacción financiera*. El último verbo es contrario al principio de legalidad al ser un tipo penal abierto, no define de manera expresa qué transacción financiera configura el tipo penal; por ello, no puede ser la base para imputar cargos, acusar y mucho menos emitir una sentencia condenatoria.

El inciso b) regula los siguientes verbos rectores: *adquirir* (Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria. Comprar. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se trasmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.) *poseer* (Tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella.) *administrar* (Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes) *tener* (Tener en su poder) *utilizar* (Aprovecharse de algo.).

El inciso c) regula los siguientes verbos rectores: *ocultar* (Esconder, tapar, disfrazar, encubrir la vista) *impedir la determinación* (Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.) de la verdadera naturaleza (nótese que la norma sanciona el hecho de ocultar o impedir determinar la *naturaleza* del dinero, no ocultar el dinero en sí, esto es importante, pues en muchas ocasiones se sanciona llevar dinero “oculto” en vehículos, señalando que son autores de lavado, pues ocultaron el dinero, lo cual obviamente es erróneo y contrario a la norma), el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de los derechos relativos a tales bienes o dinero. Respecto al segundo verbo rector, *impedir la determinación*, un tercero (autoridad pública) facultado para “determinar” la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad, se ve imposibilitado de hacerlo a causa de la acción del sujeto activo al “estorbar o imposibilitarle” su labor; por ello, en toda imputación de cargos o acusación debe estar descrita que el acto de autoridad de “determinar” se vio imposibilitada necesariamente por la acción del sujeto, pues si la imposibilidad deviene de falencias de la autoridad, no es atribuible al sujeto del delito.

En el delito de lavado de dinero u otros activos, existen dos hechos delictivos: el delito precedente y el lavado de dinero propiamente dicho. Corresponde determinar si el sujeto activo del delito precedente puede cometer el delito de lavado, es decir, si puede lavar su propio dinero o activos. La respuesta categórica es *no*, por dos razones “jurídicas” fundamentales:

- a) Los tres incisos del artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros activos, señalan que el sujeto activo “*sabiendo o que por razón de su cargo esté obligado a saber*” que el dinero o activos proceden de la comisión de un delito. El hecho de saber o estar obligado a saber implica “necesariamente” que el sujeto activo del delito de lavado “no participa” en el delito precedente, si fuera así, *es obvio que sabría el origen del dinero o activo, por su participación en el delito precedente, dejaría de tener sentido la forma de demostrar el conocimiento de la procedencia u origen ilícito, a través de “inferencias objetivas”*. La regulación de la norma no deja lugar a dudas respecto a este punto,

es consecuencia de una interpretación textual, respetuosa del principio de legalidad y de la prohibición de crear figuras delictivas por analogía. Ahora bien, el hecho que el sujeto activo del delito precedente no pueda ser sancionado por el delito de lavado (lavar sus propios activos o dinero), no significa que ese delito quede impune, pues debe ser juzgado y sancionado; en cuanto al dinero o activos que proceden de ese delito deben ser decomisados, pasar a propiedad del Estado a través de un proceso de extinción de dominio o ser devueltos al legítimo propietario de cuyo poder se obtuvieron.

b) El artículo 6 (Resolución 55/25 Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000) -Convención de Palermo- establece:

*Penalización del blanqueo del producto del delito regula: "... 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: ... e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponer que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante...*

en otras palabras, lo regulado por la Convención es que los Estados pueden disponer que el delito de lavado no se aplicará a quienes hayan cometido el delito previo –determinante–, que es exactamente lo regulado en el artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, pues al exigir que el sujeto activo sepa o este obligado a saber, implica “necesariamente” no haber participado en el delito precedente, de lo contrario el conocimiento previo sería irrelevante en estos casos.

### **5) AUTONOMÍA DEL DELITO.**

El artículo 2 Bis (Decreto 67-2001 Congreso de la República de Guatemala, 2001), adicionado por el artículo 59 del Decreto 55-2010 del Congreso de la República, y entró en vigencia el 29 de junio del 2011, regula que:

*El delito de lavado de dinero u otros activos es autónomo y para su enjuiciamiento no se requiere procesamiento, sentencia ni condena relativos al delito del cual provienen o se originan los bienes, dinero u otros activos.*

La autonomía del delito de lavado de dinero, se refiere a que para configurar el mismo no es necesario, que exista sentencia ejecutoriada del delito precedente, mucho menos auto de procesamiento o acusación, de ahí su autonomía. Algunos han pensado que la autonomía del delito, inició con la adición del artículo 2 Bis a la Ley Contra el Lavado; sin embargo, el delito siempre fue autónomo, por las razones siguientes:

a) Exigir sentencia ejecutoriada previa puede presentar problemas prácticos, tales como: que el sujeto activo del delito precedente hayan muerto sin que haya podido ser juzgado y condenado, se halle en

situación de rebeldía, e incluso que haya obtenido una medida desjudicializadora (criterio de oportunidad o suspensión condicional de la persecución penal) sin que exista sentencia. Sería absurdo exigir sentencia previa ante tales circunstancias.

- b) Lo importante es que en la imputación de cargos o acusación se “describa” los hechos del delito precedente y que el Tribunal o Juez de Sentencia declare que se tuvo por demostrado los hechos, que son constitutivos de delito y que los activos o dinero lavados proceden del delito precedente.

La autonomía del delito puede generar problemas, entre ellos:

- a) Si existe sentencia condenatoria ejecutoriada previa, no parece acertado impedir al sujeto activo del delito de lavado pronunciarse sobre los hechos del delito precedente; se señaló anteriormente que aunque el sujeto activo no esté siendo acusado del delito precedente, sí tiene interés legítimo y legal, se estableció todo lo que puede hacer valer sobre ese delito. Y es que si bien es cierto en la sentencia condenatoria previa el sujeto activo del delito de lavado no es señalado, sí se “utiliza” la misma en su contra; aquí es importante tener en cuenta lo regulado en el artículo 152 (Decreto 2-89 Congreso de la República de Guatemala, 1989):

*La sentencia dada contra una parte, no perjudica a tercero que no haya tenido oportunidad de ser oído y de defenderse en el proceso.*

- b) Si se parte que el sujeto puede pronunciarse sobre el delito precedente, y que debe existir declaratoria sobre que los hechos precedentes fueron demostrados y que son constitutivos de delito, podría generar una “contradicción” si al juzgarse el delito de lavado se señala que el delito precedente no existe, no obstante existe sentencia condenatoria previa. El problema también puede ser a la inversa, que se haya juzgado previamente el delito de lavado y se haya declarado que no hay delito precedente, y posteriormente éste sea conocido en otro juicio y se declare que sí existió delito.
- c) Otros problemas podrían derivarse cuando a consecuencia de un delito de lavado de dinero se inicia un proceso de extinción de dominio, y en éste se declara la ilicitud de la adquisición del dinero o activos; si bien es cierto la extinción de dominio no es un proceso penal, podría generar contradicción el hecho que en un procedimiento de extinción se declare una adquisición lícita y en uno de lavado lo contrario.

Por ello, es necesario que en el proceso de lavado se conozca todo lo referente a los hechos del delito precedente, y exista declaratoria que los

mismos han sido demostrados, que son constitutivos de delito, que el dinero o activos por los que se acusa por lavado, tienen correspondencia con el delito precedente, *independientemente lo resuelto en otro procedimiento*.

## **6) BIEN JURÍDICO TUTELADO.**

La violación o amenaza al bien jurídico habilita la intervención de la justicia penal; en el caso del delito de lavado de dinero u otros activos, se ha considerado como bien jurídico la “*economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco*”, conforme el primer considerando de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

Ambos conceptos generan dificultad de definición y demostración de violación. La *economía nacional* en realidad es una abstracción, un concepto sin existencia en la realidad, la economía la realizan las personas individuales, como señaló Ludwig Von Mises es *human action*; lo que existe en realidad es que seres humanos intercambian bienes y servicios en un mercado, sea local, nacional e internacional, no existe “la” economía nacional. Si aún se piensa que ésta puede tener existencia real, tendría que definirse quienes la realizan (guatemaltecos, extranjeros o ambos) donde se realiza (transacciones ocurridas dentro de las fronteras nacionales excluyendo los intercambios desde el territorio nacional hacia el exterior y viceversa, etc.). En la actividad económica de las personas se intercambian bienes y servicios, consecuentemente lo que en última instancia se pretende “proteger” –si vale utilizar esta palabra– es el *patrimonio* de las personas, afectadas por el blanqueo de capitales que generan falsas expectativas de mercado o inflación, que llevaría a perder parte de su patrimonio (por la pérdida adquisitiva del dinero); por otro lado (Pérez de Antón, pág. 71):

*Si el trillón de dólares que cada año generan las actividades ilícitas no se lavara y no regresara al flujo de la economía mundial, la catástrofe sería de tal magnitud que muchos países se instalarían de nuevo en la Edad de Piedra.*

Otro problema es referente a como demostrar el daño a la “economía nacional” o más propiamente la economía de las personas; es difícil poder siquiera determinar a quienes perjudicó el blanqueo de dinero, en que magnitud, y es que el blanqueo favorece a unos y perjudica a otros.

La Ley Contra el Lavado no define el “*sistema financiero*” guatemalteco, el concepto al parecer se hace referencia a la intermediación financiera, tanto bancaria como cooperativas, sociedades mutualistas, etc. (artículo 3 y 4 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros). No obstante el considerando del decreto 67-2001 señala que se “protege” el sistema financiero, a efecto no

sea “utilizado” para blanquear capitales, en última instancia lo que se protege es el patrimonio de las personas.

Si bien es cierto, los considerandos de las leyes no constituyen fuente de derecho, también lo es que a partir de ellos puede establecerse el fin perseguido por el legislador. Otro fin atribuido históricamente al delito de lavado de dinero u otros activos fue el hecho de *impedir* que el dinero ilícito *entre* a circular en la economía, es decir, no permitir por ningún medio que el delincuente del delito precedente haga uso de los activos o dinero obtenidos ilícitamente, de ahí que la sanción penal por el delito de lavado vaya encaminado no en contra de quien comete el delito precedente, sino quien comete el delito de lavado, quien no debe permitir en su ámbito de actividad que el dinero o activos ingrese al mercado, al no hacer transacciones con los mismo.

### **7) ¿COLOCACIÓN, ESTRATIFICACIÓN E INTEGRACIÓN?**

En el ámbito forense se habla sobre las “etapas” del delito de lavado de dinero u otros activos, incluso la necesidad de imputar y demostrar las mismas para concluir que se cometió el delito de lavado. En términos sencillos la “colocación” es la etapa en que se capta el dinero o activos de origen ilícito por parte del sujeto activo, a través de negocios, empresas de cartón, *etc.* La etapa de “estratificación” consiste en, una vez el dinero ha sido captado o ingreso al mercado o economía, disposición o distribución del dinero en múltiples cuentas, negocios, empresas, *etc.*, con la intención de perder el rastro del dinero o activos. La “integración” implica el ingreso del dinero o activos a negocios “legítimos”, conocido a veces como “retorno” del dinero o bienes al sujeto activo del delito precedente. Si se configuran esas etapas se señala que el *proceso de lavado de dinero concluye*.

Ahora bien, una interpretación textual, respetando el principio de legalidad y la prohibición de crear figuras delictivas por analogía, el artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos no autoriza concluir, ni por deducción, que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, sea necesario que las tres etapas deban desarrollarse para configurar el delito de lavado. Por el contrario, basta que el sujeto activo *adquiera o tenga* (inciso b) del artículo 2) dinero de origen ilícito para configurar el delito, es suficiente que adecue su conducta a cualquier verbo rector; debiendo aclararse que en dicho caso sea necesario “blanquear capitales o activos”. Por tanto, se concluye categóricamente que las etapas del delito de lavado no están reguladas en la ley y no puede exigirse.



## **8) ¿DINERO BANCARIZADO?**

En no pocas ocasiones defensores sostienen que si el dinero esta bancarizado, es sinónimo de licitud o de apariencia de licitud, consecuentemente si se hizo alguna transacción bancaria no podría configurarse el delito de lavado. Es preferible hacer aclaraciones al respecto:

- a) El dinero es amoral, no es bueno o malo, es la actividad de las personas lo que lo convierte en ilegal o ilícito. Un funcionario o particular pueda recibir su salario mensual, un dinero “lícito”, pero si ese dinero lo utiliza para cometer un hecho delictivo (pagar en efectivo a un sicario para que asesine a otro) el mismo se convierte en “ilícito”. El hecho que el dinero este bancarizado sólo puede dar una apariencia de licitud, pero nada más; ahora bien, con el mismo ejemplo, si la persona recibe su salario mensual, y lo utilizar para cometer un delito (pagar vía electrónica al sicario) el mismo se convertido en ilícito, pues es producto de un delito, aunque este bancarizado. Obviamente esto genera problemas de determinar y demostrar esos hechos en juicio.
- b) Por otro lado, es importante señalar que una vez consumado el delito de lavado, el bien o activos de origen ilícito han ingresado a la economía o al mercado; sería extremadamente riguroso exigir a las personas conocer el origen del dinero o bienes, pues no están en la misma posición del sujeto activo del delito de lavado que sabiendo la procedencia ilícita del dinero o bien, antes que haya ingreso al mercado o economía, los acepta, adquiere, posee, etc. Exigir esta conducta, llevaría a hacer interminable el delito de lavado de dinero u otros activos. En este sentido, es aceptable señalar que por el hecho que el dinero esta bancarizado, es decir, que ya ingreso a la economía, se presume su legalidad y puede realizarse transacciones.

## **1) PENA DE MULTA.**

El delito de lavado de dinero u otros activos es sancionado con pena de prisión y multa, además, del comiso, pérdida o destrucción de los objetos proveniente de la comisión del delito o de los instrumentos para su comisión, el pago de costas, gastos procesales y la publicación de la sentencia. La multa es *igual al valor* de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito.

Al parecer el término “valor” es utilizado como sinónimo de “precio” (en económica se diferencia entre valor, precio y costo. En términos muy simples, el “costo” es la cantidad de dinero necesario para producir la cosa, el “precio” es la cantidad de dinero de su adquisición, y el “valor” la apreciación personal hacia el bien o servicio por la satisfacción producida.). El primer problema que se presenta cuando se han lavado activos es cómo

fijar el “valor” de los bienes o instrumentos o producto objeto del delito, si el valor es subjetivo, pues es asignado de forma individual por cada persona (un conocedor del arte podría estar dispuesto a pagar una cantidad de dinero por un cuadro famoso, y otra persona no ofrecer ni un centavo, pues para él no tiene valor); a pesar que existan “expertos valuadores”, el valor siempre será subjetivo, de ahí un primer problema al fijar la pena de multa en esos casos.

Situación distinta ocurre cuando se ha blanqueado dinero; pues una vez determinado el monto de lo lavado, así será el de la multa. Pero en no pocas ocasiones ocurre que se ha lavado cantidades exorbitantes de dinero, que no pueden ser pagadas por los condenados, y que inevitablemente se convierten en prisión (regulándose el tiempo, según el hecho y las condiciones personales del penado entre cinco quetzales y cien quetzales por cada día –artículo 55 del Código Penal–); sin embargo, al hacer la conversión, aunque se haga tomando los cien quetzales como máximo, las penas sobrepasan los cincuenta años de prisión sin incluir la prisión impuesta por el delito de lavado propiamente. Esto ha provocado discusión sobre la forma de fijar la pena de multa.

Algunos tribunales al percatarse lo que provoca la imposición de multas altísimas, han optado por aplicar el artículo 69 numeral 2° del Código Penal, que establece que la multa no puede superar doscientos mil quetzales, imponiendo esa multa. Y no deja de tener cierto sentido, pues si existiera un concurso de delitos, (que en un hecho se haya lavado diez millones de dólares y en otros se haya lavado cincuenta millones de dólares) la multa no podrá superar los doscientos mil quetzales, lo que significa que por un hecho la sanción podría ser mayor que por dos, *criterio que en realidad podría ser aplicable a cualquier delito que tenga como pena una multa superior a los doscientos mil quetzales*. Sin embargo, tal criterio no tiene sustento legal, por las siguientes razones:

- a) La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos es posterior al Código Penal, y leyes posteriores derogan anteriores.
- b) La ley contra el lavado es ley especial, pues el Código Penal regula las penas de multa en manera general, mientras la ley de lavado regula las penas de multa en su ámbito; leyes especiales prevalecen sobre las generales.
- c) El artículo 9 (Decreto 17-73 Congreso de la República de Guatemala, 1973) regula que:

*Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto éstas implícita o expresamente, no dispongan lo contrario.*

Por lo que no queda duda que la norma a aplicar es la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, por la propia disposición del Código Penal.

Al parecer la forma de fijar la multa parece razonable, pues se sanciona al responsable según lo lavado; proceder de manera contraria, podría llevar a los delincuentes, hacer una comparación entre costo (prisión y multa) y beneficio (dinero o activos lavados), pues podría ser buena negocio lavar dinero en grandes cantidades, pagar una multa menor, pasar unos años en prisión y después salir y disfrutar sus ganancias ilícitas.

En el caso del lavado de activos, podría llegarse a imponer penas de multa igualmente altas, difíciles de cumplir y que se conviertan en varios años de prisión; tal sería el caso, por ejemplo del sujeto activo que *posea* por el plazo de dos meses una casa producto de un delito, “valorada” en diez millones de dólares, si se le sanciona con una multa igual al valor de la casa, y no puede pagarla, se convertiría en prisión, superando los cincuenta años establecidos como máximos en la legislación guatemalteca, sanción que parece no razonable, máxime si se considera que en el caso señalado como ejemplo, varias personas poseyeron el bien inmueble, etc. Lo anterior conlleva la necesidad de revisar legislativamente la forma de fijar la pena de multa pues la misma es contraria al principio de razonabilidad, porque no existe un mínimo y máximo, no se toman en cuenta las circunstancias personales económicas del condenado, tampoco que una multa alta difícil o imposible de pagar pueda generar prisión hasta por cincuenta años, que en el proceso de lavado de dinero el “beneficio” sea diferente entre los sujetos que intervienen, etc.

### III) CONCLUSIONES

- a) Al imputar cargos o acusar es *conditio sine que non* describir con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar el delito precedente o determinante.
- b) El conocimiento del delito precedente debe ser necesario, según las circunstancias del hecho y las condiciones del sujeto activo. En el caso de personas obligadas a saber, es suficiente que se haya faltado al deber establecido legalmente, sin demostrar que realmente se sabía la procedencia del dinero o activos.
- c) El artículo 2 Bis de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, respecto a la forma de demostrar el conocimiento previo, no establece nada distinto a lo regulado en el Código Procesal Penal, pues regula la libertad de prueba y la valoración conforme la sana crítica.

- d) El sujeto activo del delito precedente o determinante no puede cometer el delito de lavado, es decir, no puede lavar su propio dinero o activos.
- e) Es indiferente que exista sentencia previa o de cualquier otra clase, siempre debe dársele la oportunidad al sujeto activo del delito de lavado pronunciarse sobre los hechos ilícitos de donde proceden o se originan los activos o bienes. Debe declararse en sentencia que el delito precedente existe, que los activos o dinero por los que se acusa en el delito de lavado proceden de ese delito.
- f) El bien jurídico protegido en última instancia, en el delito de lavado de dinero u otros activos es el derecho de propiedad.
- g) La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos no regula etapas del delito (colocación, estratificación e integración).
- h) Lo que hace ilícito al dinero o activos es la actividad de la persona sobre dichos bienes o dinero, consecuentemente no es válido establecer como regla general que el dinero bancarizado es lícito per se.
- i) La pena de multa debe ser revisada por el Organismo Legislativo.

#### **IV) REFERENCIAS**

- Congreso de la República de Guatemala. (1973). Decreto 17-73 *Código Penal*. Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (1989). Decreto 2-89 *Ley del Organismo Judicial*. Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (2001). Decreto 67-2001 *Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos*. Guatemala.
- Hernández Sifontes, J. (1965). *Realidad Jurídica del Indígena Guatemalteco*. Guatemala: Departamento Editorial "José Pineda Ibarra", Ministerio de Educación.
- Pérez de Antón, F. (s.f.). *La Corrupción de un Presidente sin Tacha*. México: Alfaguara.
- Presidente de la República de Guatemala. (2002). Acuerdo Gubernativo 118-2002 *Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos*. Guatemala.
- Real Academia Española. (01 de junio de 2020). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es>
- Resolución 55/25 Asamblea General de las Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo.



**COMUNIDAD JURÍDICA  
DE OCCIDENTE**

REVISTA DE LA COMUNIDAD  
JURÍDICA DE GUATEMALA

Edición Digital  
Año 3 Sementre 1  
Edición: Enero - Junio 2020  
Quetzaltenango, 2020

AÑO 3 | SEMESTRE 1  
EDICIÓN ENERO - JUNO 2020

# REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE



COMUNIDAD JURÍDICA  
DE OCCIDENTE