

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Auditoría Forense en el incremento patrimonial
proveniente de actividades ilícitas**

-Tesis de Licenciatura-

Ana Elizabeth Dávila Rodas

Guatemala, mayo 2014

**Auditoría Forense en el incremento patrimonial
proveniente de actividades ilícitas**

-Tesis de Licenciatura-

Ana Elizabeth Dávila Rodas

Guatemala, mayo 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cóbar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Director del Programa de Tesis Dr. Carlos Interiano

Coordinador de Cátedra M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Revisor de Tesis Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Victor Manuel Morán Ramírez

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Licda. Vilma Corina Bustamante Tuche

Lic. José Israel Jiatz Chalí

Segunda Fase

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Licda. Vilma Corina Bustamante

Lic. Pablo Esteban López Rodríguez

Lic. Luis Eduardo López Ramos

Tercera Fase

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Licda. Vilma Corina Bustamante Tuche

Lic. Roberto Samayoa

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Lic. Sergio Armando Teni Aguayo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diecisiete de octubre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **AUDITORÍA FORENSE EN EL INCREMENTO PATRIMONIAL PROVENIENTE DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**, presentado por **ANA ELIZABETH DÁVILA RODAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **JAIME TRINIDAD GAITÁN ÁLVAREZ**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANA ELIZABETH DÁVILA RODAS**

Título de la tesis: **AUDITORÍA FORENSE EN EL INCREMENTO PATRIMONIAL PROVENIENTE DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 16 de enero de 2014

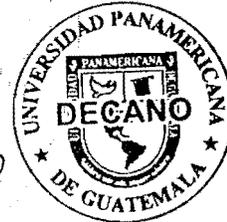
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veinte de enero de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **AUDITORÍA FORENSE EN EL INCREMENTO PATRIMONIAL PROVENIENTE DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**, presentado por **ANA ELIZABETH DÁVILA RODAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **SERGIO AMADEO PINEDA CASTAÑEDA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANA ELIZABETH DÁVILA RODAS**

Título de la tesis: **AUDITORÍA FORENSE EN EL INCREMENTO PATRIMONIAL PROVENIENTE DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 24 de febrero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **ANA ELIZABETH DÁVILA RODAS**

Título de la tesis: **AUDITORÍA FORENSE EN EL INCREMENTO PATRIMONIAL
PROVENIENTE DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 17 de marzo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANA ELIZABETH DÁVILA RODAS**

Título de la tesis: **AUDITORÍA FORENSE EN EL INCREMENTO PATRIMONIAL PROVENIENTE DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 31 de marzo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interjano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia




Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

Dedico este grato acontecimiento a las personas que forman parte de mi vida y lo celebran conmigo, especialmente:

A DIOS
Y LA VIRGEN SANTISIMA

Por haberme tomado en sus manos, acompañándome en todo momento y lugar.

A MI MADRE

Miriam Judith Rodas de Dávila, por enseñarme que la grandeza de la vida solo le pertenece a las personas valientes, que se esfuerzan y luchan diariamente.

A MI PADRE

Carlos Ovidio Rodas S. por guiar mi vida hacia lo que hoy es, a través de su ejemplo y amor incondicional.

A MI ABUELITA

Candelaria de Rodas por su gran amor, sus sabios consejos y su profunda dedicación.

AMI MADRINA

Maria Luisa Sim (Q.E.P.D), con mucho amor.

A MIS PRIMOS

Con amor y especial dedicación
a Ckandy Paola y Carlos José.

A MIS SOBRINAS

Con amor especial a Mónica
Sophia y Sara Gabriela.

A MI TIA

Olga de Rodas con especial
cariño.

A MIS AMIGOS

Especialmente a aquellos que me
brindaron su amistad y apoyo en
todo momento

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
Actividades ilícitas	1
Incremento patrimonial	6
Efectos legales del incremento patrimonial injustificado	8
Pruebas o medios probatorios	10
Auditoría Forense	17
Dictamen de auditoría forense	35
Conclusiones	45
Referencias	47

Resumen

El tema desarrollado enfoca la forma como podría aportarse como prueba un Dictamen de auditoria forense, dentro de un proceso de investigación sobre conductas tipificadas como delitos, que tiendan a incrementar el patrimonio de una persona individual o jurídica y que por esa razón no exista una evidencia suficiente o forma de comprobar que el incremento se ha dado de forma legal, aportando con este tipo de prueba un elemento importante para el juzgador que conozca del caso, porque describirá las evidencias técnicas que por razón de su profesión no necesariamente conocerá el juzgador; será entonces el dictamen de auditoria forense el que dé los elementos suficientes, basado en una investigación y en evidencias que tuvo el profesional a la vista para poder rendir un informe de esta naturaleza.

Derivado del aumento de actividades ilícitas o delitos penales que existen y a la diversificación que éstos; la delincuencia organizada ha ido estableciendo nuevos mecanismos para ocultar la procedencia ilegal de los bienes que ha adquirido o la forma en la que se han enriquecido, esto con la finalidad de seguir financiando diversas actividades ilegales en el país, es entonces donde se hace necesaria la investigación de forma integral que constituya un

elemento idóneo dentro del proceso penal y de la aportación de prueba para que el juzgador tenga una prueba técnica basada en una disciplina que permita integrar los hechos, las evidencias y las comparaciones y análisis financieros, patrimoniales, tributarios, bancarios y de transacciones contables que permitan establecer que existen suficientes indicios para determinar que una persona ha adquirido o ha aumentado su patrimonio de forma ilícita; la disciplina a la cual nos referimos es a la auditoria forense, que tendrá como resultado final de la investigación un dictamen de auditoria forense.

Palabras Clave

Incremento. Patrimonio. Ilícita. Dictamen. Auditoria. Forense.

Introducción

Dentro de la legislación guatemalteca existen tipificados distintos delitos que dentro de sus verbos rectores llevarán aparejada la intención de incrementar el patrimonio de las personas que se dedican a este tipo de actividad para seguir delinquiendo o financiar otras actividades ilícitas, entre ellas el narcotráfico, el lavado de dinero, el contrabando, la defraudación aduanera y tributaria, entre otros, y que dada la naturaleza de este tipo de actividades el incremento en el patrimonio no tendrá forma de justificarse ni demostrar el origen del mismo.

Es por ello que se hace útil y necesario para los juzgadores puedan apoyarse en un tipo de prueba o evidencia de las transacciones que una persona individual o jurídica tenga, que no pueda demostrar que la procedencia de las transacciones corresponde a actividades lícitas.

Tomando en consideración que la prueba es la forma con la que cuentan los Juzgadores para aplicar justicia, podemos decir entonces que la prueba y su apreciación es importante, porque es a través de esos elementos de juicio con los cuales se acredita un hecho objeto de investigación.

Lo anterior debido a que los Jueces necesitan para el ejercicio de su función la asistencia de profesionales que colaboren en la obtención de las pruebas y las aporten al proceso de investigación, y así se garanticen los procesos judiciales, ya que sería imposible que el Juzgador se especializara en todas las ramas del conocimiento científico.

El estudio reviste especial y particular importancia, debido a que el concepto de la prueba pericial de Auditoria Forense, como medio probatorio desde el punto de vista del conocimiento financiero, tributario y patrimonial de la persona que se investiga, al exponer las calidades que debe contener la prueba, que soporte y documente lo que necesita probarse.

Por lo que se considera necesario documentar técnicamente el incremento patrimonial injustificado de la persona investigada, que puede ser objeto de acciones de Extinción de Dominio, para que el Juzgador tenga elementos técnicos en la prueba que la hagan idónea, pertinente y útil dentro del proceso.

Se establece la importancia de la aportación de investigación de Auditoria Forense, para producir prueba en acciones de extinción de dominio por incremento patrimonial proveniente de actividades ilícitas.

Se determina la validez probatoria dentro del proceso que tiene un Dictamen pericial, a efecto de determinar la incongruencia del patrimonio adquirido y las rentas de ingresos provenientes de actividades lícitas.

Actividades ilícitas

Una actividad ilícita, se entiende como la actividad por la cual un ser humano toma acciones contrarias al ordenamiento jurídico existente, vulnerando los derechos constitucionales protegidos, siendo ellos: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad y la paz.

Es decir que todo acto que sea contrario a la Ley es considerado ilícito, esto conlleva necesariamente la consecuencia que dicha actividad sea definida como delito.

Según Ossorio define un acto ilícito como “El reprobado o prohibido por el ordenamiento jurídico, el opuesto a una norma legal o a un derecho adquirido. El Acto ilícito es propiamente un acto antijurídico por excelencia al punto que cabe definirlo como el acto culpable, antijurídico y dañoso. (Ossorio 2009, 5).

Se entiende entonces que toda acción que lleve aparejada una actividad contraria a la Ley se entenderá como ilícita o ilegal, bajo el presupuesto de la ley que indica no hacer lo que está expresamente prohibido o bien la omisión de lo que le es debido hacer, y siempre en consecuencia una sanción.

Tipos penales de actividades ilícitas

El tipo penal al que corresponde una actividad ilícita estará definido por los elementos que en su conjunto definan la actividad tipificada como delito, de delincuencia común o bien delincuencia organizada.

En Guatemala son muchas y variadas las actividades ilícitas a las que se han dedicado los delincuentes en la última década, la mayoría están encaminadas o destinadas a aumentar las fuentes de ingreso para fortalecer e incrementar la ejecución de la actividad delictiva.

Definidos según Ossorio como el “Conjunto de elementos, definidos por Ley, constitutivos de un delito.” (Ossorio 2009, 25).

Se mencionan los principales delitos que en Guatemala están regulados, entre ellos:

Lavado de dinero u otros activos, regulado en el Decreto. 67-2001 del Congreso de la República, Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; considerada como fuente primaria de financiamiento que tiene la delincuencia organizada y que consiste en mezclar dinero ilícito con dinero lícito e introducirlo a la economía nacional.

Defraudación aduanera y el contrabando aduanero, regulados en el Decreto 58-90 del Congreso de la República, Ley contra la defraudación aduanera y el contrabando aduanero; principalmente porque el delito permite incorporar mercadería al país, violando los controles aduaneros y afectando el patrimonio del estado por no pagar los tributos correspondientes por el ingreso de las mercancías.

El Tránsito internacional, la siembra y cultivo, fabricación, transformación, comercio, almacenamiento ilícito, promoción y fomento, facilitación de medios, transacciones e inversiones ilícitas, la asociación delictiva, procuración de impunidad o evasión, promoción o estímulo a la drogadicción y encubrimiento, regulados en el Decreto 48-92 del Congreso de la República Ley Contra la Narcoactividad; delito que utilizan las organizaciones criminales para financiarse del comercio de drogas para posteriormente incorporar el dinero proveniente de ese ilícito a una fuente de ingreso lícita para encubrir el delito.

El Financiamiento al terrorismo y trasiego de dinero, regulado en el Decreto 58-2005 del Congreso de la República, Ley para prevenir y reprimir el financiamiento al terrorismo; fuente de ingreso ilícito utilizado principalmente para atentar contra el estado, proveniente generalmente del narcotráfico y delincuencia organizada.

El ingreso ilegal de personas, transporte de ilegales, tránsito ilegal de personas, regulados en el Decreto 95-98 del Congreso de la Republica, Ley de Migración; delito que está estrechamente ligado a la delincuencia organizada y lavado de dinero.

El peculado, malversación, concusión, fraude, colusión, cohecho pasivo y activo, evasión, asesinato con ánimo de lucro, plagio o secuestro, estafa, terrorismo, intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada, regulados en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal; estos delitos principalmente son cometidos por funcionarios públicos que por razón de su cargo tienen acceso a la administración de fondos del estado, lo que les permite utilizar o destinar esos fondos en provecho propio.

La asociación ilícita, conspiración, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, comercialización de vehículos y similares, robados en territorio nacional o en el extranjero, obstrucción de justicia, regulados en el Decreto 21-2006 del Congreso de la República Ley contra la delincuencia organizada.

Los delitos mencionados conllevan la conducta típica y antijurídica prohibida en la legislación guatemalteca, corresponden a actividades contrarias a ese ordenamiento jurídico, y en su mayoría la intención es incrementar el patrimonio de las personas que se dedican a ejecutar esos delitos, para continuar cometiéndolos o disponer financieramente de recursos para ocultar el delito cometido.

Esto afecta de manera directa en el patrimonio del país, vulnerando valores fundamentales y constitucionales de Guatemala, violentando la libertad, la justicia, la vida y la paz.

Delitos que incrementan el patrimonio

Toda persona que se dedique a una actividad ilícita regularmente conllevará la intención de aumentar los bienes que posee, debido a que dichos bienes son susceptibles de valoración económica y de transformación en su momento de esos bienes, en dinero disponible.

Estos bienes normalmente consistirán en inmuebles, muebles, acciones, títulos y valores, que generen un margen de rentabilidad que les permita obtener ganancias, frutos o rendimientos que utilicen para seguir dedicando esas ganancias a aumentar la actividad delictiva que dio origen a ese incremento.

Entre los principales delitos que incrementan el patrimonio se mencionan los destinados a ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes y capitales de procedencias ilícitas con fuentes lícitas, como el lavado de dinero, delitos de narcotráfico, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, defraudación aduanera, peculado, trata de personas, contrabando, plagio o secuestro.

Todas las conductas típicas y antijurídicas que se reúnen para ejecutar estos delitos lesionan y ponen en peligro todo el ordenamiento jurídico existente además de perjudicar directamente el patrimonio del país.

Incremento Patrimonial

Para entender en que consiste el incremento patrimonial, debe entenderse en primer lugar que el patrimonio, es el conjunto de activos o bienes que posee una persona, de los cuales es deducido su pasivo u obligaciones.

El incremento patrimonial se define como la forma de acumular o aumentar bienes que posee una persona, siendo estos bienes susceptibles a convertirse o transformarse en dinero fácilmente.

Normalmente el incremento patrimonial de una persona es la coherencia que existe entre sus ingresos y las fuentes que originan esos ingresos, de manera que se puedan justificar, o lo que es lo mismo, que exista una fuente real sujeta a probarse en cualquier momento, o el origen de donde se obtuvo los fondos que dan lugar a ese incremento.

Se entiende entonces que el incremento patrimonial se determinará por la diferencia que existe de un periodo a otro, entre los ingresos que declare financiera y tributariamente una persona; así como las adquisiciones y consumos efectuados de un periodo a otro.

Formas de incremento patrimonio

Los signos más usuales que evidencian un incremento en el patrimonio, son la adquisición inmediata y transferencia de bienes, las inversiones, los depósitos en cuentas de entidades del sistema financiero nacional o extranjero, los altos consumos, gastos efectuados durante un período y una elevada capacidad de pago, entre otros.

Incremento patrimonial proveniente de actividades ilícitas

Usualmente estará determinado por la suposición de un incremento en el patrimonio, que no puede ser fácilmente demostrado o comprobada la procedencia del mismo, y que no coincida con las declaraciones de

impuestos, provendrá muy probablemente de actividades ilícitas, principalmente cuando esos incrementos están invertidos en bienes inmuebles, de los cuales se tendrá que demostrar mediante documentos que efectivamente fueron adquiridos de forma legal y pagados con los medios idóneos y que demuestren que fueron el origen proviene de fondos o ingresos lícitos.

Efectos legales del incremento patrimonial injustificado

Derivado de la creación del Decreto 55-2010 Ley de Extinción de Dominio, para evitar que se siga atentando contra el patrimonio del Estado y de los particulares ocasionando grave daño a la vida, la integridad, la libertad y la salud de los habitantes de Guatemala, por el aumento de actividades ilícitas o delictivas, que mediante ellas personas individuales o jurídicas han acumulado bienes con recursos provenientes de esos ilícitos.

La Ley de Extinción de Dominio es una consecuencia patrimonial para las personas que han adquirido bienes de forma ilícita, pues es definida como la pérdida del dominio de un bien a favor del estado, siempre y cuando encuadre dentro de los delitos que la misma Ley regula.

Causales

Procede como causal de extinción de dominio, según el art. 4 de la Ley de Extinción de Dominio Decreto 55-2010, el incremento patrimonial que no pueda probarse su procedencia.

Cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en el territorio nacional o en el extranjero, cuando exista incremento patrimonial de toda persona...y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas...

Es entonces necesario que exista una investigación real y formal que permita establecer que una persona ha tenido una variación en su patrimonio de un periodo a otro, procedente de una actividad ilícita, porque no exista coherencia en su capacidad financiera que justifique ese incremento patrimonial, principalmente porque al efectuar la operación del total de bienes que posee menos los ingresos procedentes de un origen conocido, se tendrá una diferencia que no podrá demostrarse su origen y procedencia, determinando entonces que muy probablemente ese incremento proceda de una acción ilícita.

Ámbito de aplicación

La ley es aplicable a toda persona que tenga como fuente de enriquecimiento una actividad ilícita, o la determinación de un delito subyacente, entre ellos el tránsito internacional, siembra y cultivo de drogas, el lavado de dinero, trata de personas, financiamiento al terrorismo, todas las formas de corrupción, peculado, malversación, fraude, colusión evasión, defraudación aduanera, secuestro, estafa, entre otros.

Prueba o medios probatorios

Cuando se habla de prueba lo que se desea es recopilar los elementos que en derecho puedan ser probados y analizados a disposición de las normas existentes. De allí la importancia que la prueba tenga en consideración los principios que en doctrina existen para ser valorada como tal.

La importancia de la prueba en derecho se debe a que es un aspecto fundamental del Derecho, es su conexión con la realidad. El derecho sin pruebas no será sino una suerte de matemática abstracta o un relato de ficción, en verdad la prueba hace terrenal al derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres, pero lo hace también justo; porque un derecho perfectamente coherente e ideal pero aplicado a tuestas o sin correlación con la realidad, sería inocuo. (Trazengnies, 2010, 35)

Partiendo del hecho que toda pretensión debe ser probada en derecho, habrá de demostrarse con los medios adecuados e idóneos, que puedan servir de argumento suficiente y medio de convicción adecuado para

que el juzgador tenga elementos necesarios para su apreciación y valoración.

Principios de la prueba

Los principios bajo los cuales descansa toda prueba se refieren a la fuente de donde pueden obtenerse y aportarse dichos medios probatorios para que produzcan plena prueba y que guarden relación con los hechos que desean ser probados, y que establezcan la certeza al juzgador de donde se obtuvieron dichos medios probatorios.

Para Fernando Ricci en su clásico Tratado de las Pruebas, indica en forma precisa que probar vale tanto como procurar la demostración que un hecho ha existido y ha existido de un determinado modo y no de otro.

Los principios en los cuales descansa una prueba para que pueda ser valorada en su apreciación y pueda servir de evidencia suficiente para probar se mencionan:

Principio de unidad de la prueba que se refiere a que aunque puede estar compuesta por diversas piezas debe tomarse como una sola y ser apreciada en su conjunto.

Principio de comunidad de la prueba, algunos autores la llaman de adquisición porque la prueba pertenece al proceso y no a las partes, aún las hayan aportado.

Principio de lealtad y de probidad o veracidad de la prueba, se refiere a que la prueba es aportada por ambas partes de manera legal y es con la intención de probar y no perjudicar u ocultar información, deformando la realidad.

Principio de contradicción de la prueba que, consiste en que ambas partes tengan la oportunidad de conocerla y discutirla e incluso contraprobar.

Principio de licitud de la prueba, que consiste en rechazar cualquier prueba ilícita principalmente si viola los derechos de las personas.

Principio de evaluación o apreciación de la prueba, pues debe ser objeto de valoración el mérito que lleva para conocimiento del Juez sobre los hechos que interesan al proceso.

Principio de igualdad de oportunidad para la prueba, ambas partes tienen la oportunidad de presentar o pedir la práctica de determinada prueba.

Principio de formalidad y legitimidad de la prueba, es decir que debe reunir requisitos internos y externos que la hagan real y legítima, que esté ausente de vicios en su obtención como en su aportación

Principio de pertenencia, idoneidad o utilidad de la prueba, la prueba debe reunir las condiciones para que sea útil al proceso, sin desperdiciar en hechos o circunstancias que no aporten al proceso.

Principio de gratuidad de la prueba, indica este principio que el interés del estado en el proceso y la prueba debe satisfacerlo el servicio público de justicia de forma gratuita.

La importancia que la prueba guarde en su obtención, presentación y aportación los principios esenciales, es que la prueba equivale al método riguroso de establecer la verdad de los hechos y siendo un elemento esencial del derecho, por ser al mismo tiempo un derecho y una obligación.

Pruebas periciales

La prueba pericial es aquella a través de la cual se nombra a una persona experta en un tema, para que analice determinada información, documentación o incluso situación que le indique en base a los conocimientos científicos que tiene sobre el tema, que emita conclusión

o bien derive un informe técnico que incluya todos los elementos que tomó de base para dictaminar sobre su investigación.

Este tipo de prueba puede ser aportada por ambas partes dentro de un proceso legal, la característica esencial que debe contener este tipo de prueba es que debe ser una prueba precisa, clara, detallada y la fundamentada sobre la cual se basan las conclusiones de su opinión.

Una prueba pericial puede tomar en consideración, fotografía técnica forense, huellas dactilares, pruebas caligráficas, rastreo de información de archivos y computadoras, análisis de documentos, análisis de transacciones bancarias, perfiles financieros y económicos y exámenes físicos entre otros.

Todas las evidencias que el perito tenga a su disposición para convertirse en prueba, deberán cumplir requerimientos legales entre otros, que sean ordenas el ente competente para investigar y recopilar evidencia, que las evidencias se hayan obtenido bajo un sistema técnico de investigación y planificación, no haber cometido errores o mala práctica por negligencia o inexperiencia, no haber sido recopiladas de manera tendenciosa o maliciosa, documentar ampliamente los procedimientos aplicados, indicando fechas, horas, lugares, nombre de los investigadores y relación de evidencias.

Prueba indiciaria

Una prueba para que pueda ser admitida como válida en derecho debe tener la seriedad y consistencia que toda prueba reúne y que busca la verdad a través de indicios.

Prueba resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez, como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Llamada por el autor prueba de indicios, conjetural, circunstancial e indirecta. (Cabanellas 2009, 75)

Por no ser una prueba directa que provenga de un documento o incluso de una declaración testimonial, resulta difícil definirla, pues proviene de un hecho que puede ser utilizado para inferir otro hecho, los indicios y presunciones son sumamente útiles porque resulta difícil tener siempre una prueba plena de los hechos.

La prueba indiciaria exige que se proceda a varias selecciones de elementos indispensables para que funcione, selección de datos que se consideran relevantes, selección de hipótesis, selección de teorías que se piensa que deben ser confrontadas con los hechos, selección de los elementos mismos que constituyen los hechos. (Trazengnies, 2010, 38)

Puede entenderse entonces que la prueba indiciaria supone una idea compleja que persigue una reconstrucción de hechos concretos, que puede nombrar ciertos indicios o hechos que se hacen probables en la medida que avanza el proceso investigativo, formulando en ese orden de ideas presunciones racionales que se fundamentan en tales indicios.

Al avanzar en la definición de la prueba indiciaria se mencionan los elementos que deben tomarse de base para poder establecer una prueba de este tipo; principalmente se mencionan las presunciones, los indicios y los hechos, que en algún momento podrían formar confusión y restarle valor a la prueba; sin embargo por ser un tipo de presunción para añadirle el valor real que una prueba tendría, debido a que lo importante es el valor que se dará a todo el conjunto de información obtenida y el razonamiento que vincula toda la información ya reunida.

Para analizar que debe entenderse como indicio, se toma en consideración lo que define Fernando de Trazegnies Granda, indicando que un indicio no es simplemente un hecho debidamente probado sino un hecho probado que además es vinculado racionalmente con un dibujo general que se pretende demostrar.

Se entiende entonces que un indicio no es un hecho cualquiera, sino aquel hecho que integrado a otros hechos y una vez razonados e integrados unos con otros indican algo demostrable y concluyente a efecto que el juzgador que tenga a su vista o conocimiento dicho indicio pueda entenderlo en su conjunto y no como hechos aislados.

Auditoría Forense

Para definir y comprender que es la auditoria forense es necesario entender que se entiende por el término forense.

El término forense proviene del latín forensis que significa público y manifiesto o perteneciente al foro, a su vez forensis se deriva de forum que significa foro, plaza pública, plaza de mercado o lugar al aire libre. Antiguamente en Roma y en las otras ciudades del Imperio Romano las asambleas públicas, las transacciones comerciales y las actividades políticas se realizaban en la plaza principal. En dicho foro también se trataba los negocios públicos y se celebraba los juicios; por ello cuando una profesión sirve de soporte, accesoria o apoyo a la justicia para que se juzgue el cometimiento de un delito se le denomina forense, tal es el caso de las siguientes disciplinas, medicina, psicología, grafología, biología, genética y auditoria entre otras. (Maldonado 2003, 9)

Definición

La auditoría forense es conocida como una herramienta que permite a los juzgadores conceptos y opiniones técnicas vertidas por un experto en la materia, sin embargo el perito o sujeto a cargo de una investigación debe ser imparcial, competente y con la experiencia necesaria para emitir opinión sobre el tema que investiga, debido a que las conclusiones a las que llegue en su trabajo serán eminentemente técnicas.

Miguel Antonio Cano C. y René Mauricio Casto V. hacen remembranza indicando que el primer auditor forense fue probablemente el funcionario del Departamento del Tesoro que se vio en la cinta los Intocables, donde un contador desenmascaró al mafioso Al Capone en los años 30 en Estados Unidos, sin embargo es posible que la auditoría forense sea algo más antiguo, tan antiguo que nació con la primera ley conocida como el Código de Hamurabi, primer documento conocido por el hombre que trata sobre leyes; en ellas el legislador incluyó normas sobre el Comercio, vida cotidiana religión, etc. Obviamente no existía la contabilidad por partida doble debido a que el Código de Hamurabi es de Mesopotamia, aproximadamente 1780 a.C., y en

sus fragmentos del 100 al 126 da a entender el concepto básico de auditoría forense: demostrar con documentación contable un fraude o una mentira y también se hacen comentarios sobre cálculos de ganancias y pérdidas en los negocios para los cuales se debe utilizar un contador.

Es decir que la auditoría forense tiene como finalidad servir de instrumento para demostrar la comisión de un delito, principalmente financiero a través de estudios técnicos que permitan documentar de forma concreta que efectivamente existe un delito.

La auditoría forense, ciencia que permite reunir y presentar información financiera, contable, legal, administrativa e impositiva, en una forma que será aceptada por una corte de jurisprudencia contra los perpetradores de un crimen económico, por lo tanto, existe la necesidad de preparar personas con visión integral, que faciliten evidenciar especialmente, delitos como la corrupción administrativa, el fraude contable, el delito en los seguros, el lavado de dinero y el terrorismo, entre otros. (Badillo 2008, 23)

Entendido en términos generales la auditoría forense se convierte en una alternativa para combatir el ampliamente conocido tema de corrupción, lavado de dinero y un aporte importante en la demostración de incrementos patrimonial injustificados o bien de establecimientos de perfiles financieros y económicos insuficientes que demuestren que una persona no cuenta con el recurso suficiente para tener bienes que hayan sido adquiridos producto de actividades ilícitas, que pueden perfectamente ser susceptibles de extinción de dominio incluso.

La auditoría forense es la obtención de evidencias para convertirlas en pruebas, las cuales se presentan en el foro, para nuestro tiempo las cortes, con el propósito de comprobar delitos o dirimir disputas legales. (Cano 2008, 44)

El principal campo de aplicación de la auditoria forense es el creciente deterioro en el patrimonio público, pues esta disciplina se convierte en una herramienta técnica para poder combatir ese creciente deterioro, provocado por actividades ilícitas, esta disciplina puede ser una alternativa como medio probatorio por emitir opinión con valor técnico que permita al juzgador actuar con mayor certeza, sobre todo en temas que no necesariamente son de conocimiento del juzgador.

Los profesionales que desarrollan investigaciones forenses de auditoria son definidos como los investigadores privados en el mundo de los negocios porque utilizan herramientas investigativas para conducir la búsqueda a través de los ingresos y cuentas corrientes de las compañías o individuos. Su habilidad va estar basada en responder inmediatamente y comunicar de manera clara y concisa la información financiera ante la Corte. Ellos están preparados para mirar a través de los números y determinar la situación real de los negocios. El Auditor Forense analiza, interpreta, recopila y presenta complejas finanzas y los flujos de manera que sean entendibles, como correctamente sustentados con el fin ulterior de asistir a la justicia en los aspectos contables. (Urbano 2010, 33)

Es decir que las investigaciones de auditoria forense deben recopilar la evidencia suficiente de forma inteligente, evitando el sesgo en la obtención de la información, y ser evaluada y presentada de forma objetiva e independiente, determinando el enfoque de los objetivos, el alcance de las pruebas, el tiempo estimado para la investigación, y la preparación del informe a ser rendido.

En términos de investigación contable y de procedimientos de auditoria, la relación con lo forense se hace estrecha cuando hablamos de la contaduría forense, encaminada a aportar pruebas y evidencias de tipo penal, por lo tanto se define inicialmente a la auditoria forense como una auditoria especializada en descubrir, divulgar y atestar sobre fraudes y delitos en el desarrollo de las funciones públicas y privadas. (Lugo, 2009, 77)

Es por ello que el trabajo de auditoria forense estará enfocado a prevenir y detectar fraudes, especialmente de tipo financiero, pero deberá tenerse en consideración el tipo de fraude, el entorno en el cual ha sido cometido el delito y la legislación vigente y aplicable a tal delito.

La auditoría forense es el otro lado de la medalla de la labor del auditor, en procura de prevenir y estudiar hechos de corrupción. Como la mayoría de los resultados del auditor, van a conocimiento de los jueces (especialmente penales), es usual el término forense. (...) Como es muy extensa la lista de hechos de corrupción conviene señalar que la auditoria forense, para profesionales con formación de Contador Público, debe orientarse a la investigación de actos dolosos en el nivel financiero de una empresa, el gobierno o cualquier organización que maneje recursos. (Maldonado 2003, 9)

Son muchas y variadas las cualidades que deberá reunir un auditor forense, principalmente porque debe existir una mentalidad eminentemente de investigación y no solo de evaluación de cifras de forma fría y aislada.

Pablo Fudim, señala los conocimientos y habilidades que el auditor forense debe desarrollar, una mentalidad investigadora, una comprensión de motivación, habilidades de comunicación, persuasión y habilidad de comunicar en las condiciones de ley, habilidades de mediación y negociación, habilidades analíticas y creatividad para poder adaptarse a las nuevas situaciones. (Fudim 2008, 7)

Es tan importante la formación que debe tener un auditor forense para que la información que tenga a su alcance para iniciar o guiar una investigación reúna todos los elementos que le conduzcan a concluir su proceso investigativo, o bien determinar nuevas líneas de investigación o probable comisión de un delito no determinado al inicio.

Alberto Mantilla señala respecto a la formación del auditor forense, de manera especial resalta la mentalidad detectivesca como la habilidad básica, la cual va con creces mucha más allá de la mentalidad auditora tradicional. Esta última, se basa en la limitación del alcance como resultado de la materialidad y en el uso de muestreo para recopilar evidencia. El auditor forense no se puede restringir a la materialidad ni al muestreo, necesariamente tiene que basarse en los procesos judiciales determinado en la ley. En este sentido, requiere creatividad, curiosidad, perseverancia, sentido común, sentido de negocios y confidencialidad. Para la formación de auditores forenses (y también para los auditores de fraudes) no existen programas de tipo universitario, dado que la formación básica es la de contador profesional (vía contador público, contador gerencial, auditor interno, etc.) Si existen programas de entrenamiento y conferencias organizadas por el Institute of Internal Auditors, La National Association of Certified Fraud Raminers, y la National Association of Accountants, (...). A nivel internacional un auditor puede acreditarse como Examinador de Fraude Certificado –CFE- (por sus siglas en inglés) ante la ACFE (Association of Certified Fraud Examiners), demostrando tener la experiencia y conocimientos requeridos y rindiendo los exámenes correspondientes.(Mantilla 2008,728)

Objetivos

Los principales objetivos que persigue la auditoria forense incluyen una lucha directa contra los delitos cometidos, a través de las pruebas que puedan aportarse derivado de las revisiones que se efectúan por medio de la investigación.

La auditoría forense dentro de sus objetivos específicos persigue identificar hechos delictivos determinando posibles responsables, que permitan relacionar las operaciones ilícitas y desarticular estructuras criminales, principalmente porque hoy día, la delincuencia organizada en los delitos de blanqueo de capitales y corrupción han adoptados formas de operar muy sofisticadas que a primera vista, o en una revisión de auditoria común sería difícil determinar.

Características

Por ser una disciplina muy especializada reúne algunas características que deben ser mencionadas.

Para Jorge Badillo las principales características que reúne esta disciplina, es un propósito, que indicara la prevención y detección del fraude financiero. Señalando que es competencia exclusiva de la justicia establecer si existo o no fraude (delito). El auditor forense llega a establecer indicios de responsabilidades penales que junto con la evidencia obtenida pone a consideración del juez correspondiente para que dicte sentencia. El alcance, que refiere el periodo que cubre el fraude financiero sujeto a investigación; la orientación que se refiere a la retrospectiva respecto al fraude financiero auditado y la prospectiva en la implementación de controles preventivos y correctivos necesarios para evitar futuros fraudes financieros (...) normatividad, normas de auditoría financiera e interna en lo que fuere aplicable, normas de aplicación, legislación penal, disposiciones relacionadas con normativa de fraude financiero. El enfoque principal combatir la corrupción financiera, pública y privada. (Badillo 2003, 15)

Puede concluirse que la auditoria forense debe reunir características internas que harán que el desarrollo de la investigación lleve consigo primariamente, determinar el propósito principal para la cual ha sido asignada dicha revisión, que generalmente será determinar la comisión de un delito o fraude financiero, determinando si existen indicios que lleven a determinar una responsabilidad de tipo penal incluso, por ser una investigación que abarca la totalidad de transacciones relacionadas con una persona o un hecho concreto, deben evaluarse las actividades o transacciones que provocaron y encuadran en la comisión de un delito regulado en una norma legal vigente y con el respaldo de haber cumplido con las normas de aplicación de auditoria que puedan

respaldar, que la revisión siguió los protocolos debidos y correctos relacionados con la función de auditoria.

Fases

Como toda disciplina especializada, la auditoria forense deberá llevar consigo diversas etapas a completar en el transcurso de una revisión, las cuales deberán completarse una a una, cumpliendo con los elementos de cada etapa para que el resultado sea de aporte concreto y adecuado para surtir como una prueba técnica e idónea en su momento y esté basada en el cumplimiento de la regulación vigente que le corresponda.

Jorge Badillo menciona que existen varios planteamientos sin embargo la mayoría coincide que lo importante es el tema de fondo y la forma toma un papel secundario, presentándose en fases agrupadas o bien en fases más desagregadas. Es importante señalar que la auditoria forense en su planeación y ejecución debe ser concebida con total flexibilidad pues cada caso de fraude es único y se requerirá procedimientos diseñadas exclusivamente para cada investigación, puede haber casos similares, pero jamás idénticos.

Las tres fases que enumera la auditoria forense indican la planificación, trabajo de campo, comunicación de resultados y monitoreo del caso. En la Planificación, se debe obtener un conocimiento general del caso investigado, analizando indicadores de fraude, evaluaciones de controle internos, determinar si existen suficientes indicios para establecer la comisión de un delito, definir programas de auditoria que definan los objetivos y procedimientos necesarios para el proceso de revisión. La fase de trabajo de campo, en esta fase se ejecutan los programas establecidos en la fase anterior, sin embargo los procedimientos programados pueden variar y por ello deben ser flexibles puesto que en la ejecución se avanza en función de los resultados obtenidos y en algunos casos será necesario auxiliarse de equipos multidisciplinarios entre ellos, expertos legales, grafólogos, etc. De ser necesario deberá considerarse realizar parte de la investigación con el apoyo de la fuerza pública (ejército o policía) dependiendo del caso sujeto de la investigación. (Badillo 2003,16)

Como toda disciplina conlleva un procedimiento a cumplir, principalmente en un proceso de investigación, el cual deberá llevarse coordinadamente y principiar por una concordancia entre lo planificado y lo que se va ejecutando dentro del proceso de revisión, para ir incorporando las variantes o las líneas de investigación, que por la misma flexibilidad que deberá tener la planificación previamente establecida, pues en el proceso de investigación pueden irse incorporando nuevos elementos, nuevos hecho o incluso incluyendo nuevas personas objeto de investigación si fuera el caso.

Tanta importancia tiene la investigación y el resultado de la misma, como la forma como se divulgue dicha información, que deberá hacerse de la forma adecuada y en el momento oportuno para que tenga el efecto establecido al inicio de la revisión y pueda en su momento incorporarse como un medio idóneo de prueba y asegurarse que la información llegue a la persona indicada y no se filtre información que pueda tener efecto negativo en el caso.

Un aspecto importante en la ejecución de la auditoria forense es el sentido de oportunidad, una investigación debe durar el tiempo oportuno y necesario, porque muchas veces por excesiva lentitud los delincuentes se ponen en alerta, escapan o destruyen las pruebas, otras veces por apresuramiento la evidencia reunida no es la adecuada, en cantidad y/o calidad, para sustentar ante el juez en la emisión de una sentencia condenatoria, quedando impunes los perpetradores de un delito financiero investigado.

La fase de comunicación de resultados será permanente con los funcionarios que el auditor forense estime pertinente. Al comunicar resultados parciales o finales el auditor forense debe ser cauto, prudente, estratégico y oportuno, debe limitarse a informar lo que fuere pertinente, un error en la comunicación de resultados puede arruinar toda la investigación.

Finalmente el monitoreo consiste en asegurarse que los resultados de la investigación sean utilizadas como fuere pertinente y evitar que se queden en el olvido dejando impune a la persona que ha cometido un delito. (Badillo 2003, 16)

Es necesario entonces que las fases en las cuales se desarrolla un trabajo de investigación de auditoria forense, tenga como punto importante el seguimiento que el profesional a cargo de la investigación pueda darle al resultado de la misma, para asegurarse que ha llegado la información a la persona correcta y en forma oportuna.

Campo de Acción

El campo de acción que tiene una disciplina como la auditoria forense es muy amplio debido a que generalmente puede desarrollarse como una actividad preventiva, lo que genera importantes resultados en el combate de la corrupción y la comisión de delitos que se comentan por personas que manejan finanzas del estado o bien de particulares en los que sea necesaria una investigación de tipo financiero.

Pablo Fudim señala con respecto del campo de aplicación de la auditoria forense, el auditor forense va más allá de la evidencia de auditoria, de la seguridad razonable, evalúa e investiga el 100%, centrándose en el hecho ilícito y en la mala fe de las personas. A diferencia de la auditoria tradicional que se sustenta en la buena fe, en el negocio en marcha y en la evidencia para obtener “seguridad razonable”. Por esto los campos de acción del auditor forense son especializados y con objetivos muy precisos,

por ejemplo la cuantificación de pérdidas financieras, aportando las pruebas necesarias para ser utilizadas en los tribunales en cada caso, disputas entre accionistas, incumplimiento de contratos, demandas de lesiones personales, irregularidades e infracciones, demandas de seguros(...) investigaciones financieras, determinando móviles, culpables y aportando las pruebas necesarias para el juzgamiento de los involucrados en fraudes, falsificaciones, lavado de dinero u otros actos ilegales. (Cano, Lugo 2008, 20)

Una revisión de auditoría forense tendrá en cuenta todos los elementos en su totalidad, encaminados a probar o tener la suficiente certeza y evidencia para sustentar que un hecho ilícito fue cometido, centrando su atención en el tipo de investigación que se lleva a cabo, principalmente porque cada caso será distinto en la forma, las causas y las especificaciones del delito como tal, así como el período en el que ocurrieron los hechos.

Respecto al campo de aplicación de la auditoría forense Miguel Cano y Danilo Lugo mencionan que en sus inicios la auditoría forense se aplicó a la investigación de fraudes en el sector público, considerándose un verdadero apoyo a la tradicional auditoría gubernamental, en especial ante delitos tales como, enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, soborno, malversación de fondos, prevaricato, conflicto de interés, etc. Sin embargo, la auditoría forense no se ha limitado a los fraudes propios de la corrupción administrativa, sino que también ha diversificado su portafolio de servicios para participar en las investigaciones relacionadas con crímenes fiscales, el crimen corporativo, el lavado de dinero y terrorismo entre otros. En este sentido el auditor forense puede desempeñar tanto en el sector público como privado, prestando apoyo procesal que va desde la recaudación de pruebas y el peritaje. De la misma forma, su labor no solamente se destaca en las investigaciones en curso, sino en etapas previas al fraude, es decir, el contador público actúa realizando investigaciones y cálculos que le permitan determinar la existencia de un delito y su cuantía para definir si se justifica el inicio de un proceso; situación ésta, que aplica también para las investigaciones de crimen corporativo que se relacionan con fraude contable ante la presentación de información financiera inexacta por manipulación intencional, falsificación, lavado de activos, etc. (Cano, Lugo 2008, 20)

Por ser la auditoria forense una disciplina muy completa que lleva consigo no solo la revisión documental de cifras y datos de un caso o persona investigada, sino la implementación de procesos de revisión y de solicitud de información para vincular no solo los hechos y la documentación proporcionada por la persona que solicita la auditoria, sino el valor agregado que el auditor forense puede proporcionar, porque podrá determinar eventos anticipadamente que puedan detonar en un delito financiero posterior que aún no se ha investigado, o bien la vinculación de personas y de transacciones.

Dictamen Pericial

Siendo la prueba, definida anteriormente como todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad, se enumeran los principales indicios que servirán para determinar una evidencia o prueba de auditoria, plasmada en un dictamen pericial que contenga toda la documentación o información obtenida por el auditor forense encaminada a resolver la investigación.

La información que debe obtener, principalmente será basada en operaciones inusuales o sospechosas de las personas objetos de la investigación.

Evaluación y determinación de perfiles financieros de las personas investigadas, permitiendo determinar si existen operaciones dudosas en las transacciones de las personas objeto de la investigación.

Dictamen es el instrumento por medio del cual el perito informa sobre el resultado de su investigación o de la actividad pericial practicada, conteniendo informaciones, opiniones o conclusiones, por esa razón es un informe independiente, objetivo, concreto y debe tener un lenguaje clarificador para todas las partes implicadas en el proceso que se investiga.

Las pruebas deben encaminarse a establecer la existencia de un enriquecimiento ilícito, tratando de establecer que los hechos económicos objeto del estudio han sido obtenidos de información que puede ser sometida a análisis, realizando cálculos, tendencias, porcentajes y razones financieras incluso, que tiendan a determinar la incapacidad de la persona de tener ingresos incongruentes, incrementos patrimoniales injustificados, o bien de desproporcionalidad de los rendimientos vinculados a la actividad de la persona investigada, o como suele suceder la concentración de un patrimonio elevado en períodos muy cortos de tiempo.

Es entonces necesario que el informe o dictamen pericial de auditoria forense contenga un relación de hechos descritos de forma precisa, concreta y objetiva, que permitan a las partes su comprensión desde el primer momento que se presenta como un medio de prueba.

Normalmente un dictamen de auditoria forense deberá contener los antecedentes que dieron origen a dicha investigación, haciendo referencia principalmente a los hechos que dan indicios a suponer que existe un posible delito, el cual debe ser probado por el experto que tendrá a su cargo dicha investigación. En este apartado deberá detallarse de manera precisa los hechos ocurridos o las transacciones efectuadas que presumen son inusuales o sospechosas como ocurre con los delitos de lavado de dinero.

Será necesario determinar el alcance que debe tener la investigación, delimitando en tiempo, espacio, personas relacionadas y la información que se tuvo a la vista para desarrollar la investigación que en lo posterior llevará a conclusiones.

Se indicará de forma precisa los procedimientos aplicados, apegándose a normas que regulan la actividad de auditoria, contabilidad y finanzas incluso, así como las formas adecuadas de haber obtenido información

exógena de forma legal que hacen que la documentación de soporte es idónea y pertinente.

Se presentarán los hallazgos de la investigación, haciendo una relación de hechos en forma lógica y cronológica en lo posible, de las transacciones que se evaluaron y revisaron, haciendo referencia a la fuente de donde se obtuvo la información, la cual deberá formar parte de los papeles de trabajo del profesional a cargo de la investigación, la que sustentará las conclusiones a las que llegue en su trabajo.

La parte más importante del dictamen pericial en el caso de la auditoria forense lo tiene el tema de las conclusiones, que son los medios que utilizara el juzgador para determinar que después de una investigación técnica, apegada a principios propios de la especialidad de auditoria forense y relacionada a la gama de transacciones que puede tener una persona relacionada en una investigación, podrían existir indicios que la persona ha cometido un delito de índole financiero o bien establecer que la persona no cuenta con el perfil económico y financiero congruente con el estilo de vida que tiene o con la adquisición de bienes que posee.

Es necesario hacer un alto en este punto, tomando en consideración que con el tema de extinción de dominio, cobra especial importancia el tema de un dictamen de auditor forense, pues es la forma de probar la

incongruencia del perfil económico, financiero, tributario y patrimonial de la persona que se investiga; debido a las calidades que debe contener la prueba que soporte lo que indica el Art. 4to. Inciso b) que literalmente se cita:

“Cuando exista incremento patrimonial de toda persona individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.”; es decir que se necesita documentar técnicamente el incremento patrimonial injustificado de la persona investigada y que es objeto de acciones de Extinción de Dominio.

Dicha investigación técnica dentro del proceso de investigación se pondrá en conocimiento del Juzgador, para que tenga elementos técnicos en la prueba que la hagan idónea, pertinente y útil dentro del proceso.

Los principales elementos a considerar en este tipo de investigación pericial específica, incluye un estudio histórico patrimonial que determinara de forma cronológica los bienes que la persona investigada fue adquiriendo en el transcurrir del tiempo.

Un estudio tributario que permitirá establecer que la persona ha guardado la relación de los ingresos que ha adquirido y los tributos que ha presentado, en el lapso del tiempo investigado.

El estudio de información exógena se referirá a toda la información de las distintas instituciones y registros en donde se encuentra inscrita, permitiendo perfilar a la persona e individualizarla para establecer que es la persona que se investiga y no otra.

El estudio de información contable contendrá la información de los registros de la persona investigada sobre sus operaciones comerciales y mercantiles si fuera el caso de empresas y personas jurídicas, así como la revisión de documentación de soporte de los estados financieros evaluados.

Finalmente el estudio financiero permitirá establecer el flujo de transacciones financieras y bancarias que ha tenido una persona durante un periodo determinado, permitiendo establecer en donde y a consecuencia de que hecho o circunstancia existe un cambio en el comportamiento de las finanzas de la persona investigada.

Todos estos estudios individuales pero analizados de forma integrada permiten establecer las conductas típicas y antijurídicas de una persona cuando existen cambios en el patrimonio de forma injustificada, aumentándolo sin que exista una explicación real de ese incremento, tomando en consideración la incongruencia que existirá en sus fuentes de ingreso y los movimientos financieros e incremento patrimonial que refleje.

Es precisamente ese estudio integrado que permitirá a la auditoria forense ser un medio diseñado técnicamente para producir prueba.

Por tratarse la auditoria forense de un vínculo en investigaciones legales que puedan facilitar a la administración de justicia, debe contar con elementos que aporten evidencia que puedan convertirse en prueba en las fases de los procesos de investigación, principalmente en la parte documental de transacciones que determinen que una persona ha aumentado su patrimonio de forma ilícita, es necesario que pueda

incorporarse en un proceso de investigación como un medio idóneo de prueba, pues no será una simple investigación administrativa de fraudes o delitos simplemente, sino que contará con métodos, estrategias y procedimientos de investigación que incidirán en preservar el interés público, principalmente porque la auditoría forense requiere conocimientos de índole judicial, especialmente porque se trata de indicios y evidencias que probados y unificados darán como resultado una prueba.

La auditoría forense es una herramienta valiosa en la aplicación de justicia, porque necesariamente deberá contar con las formalidades para obtener los indicios o evidencias primarias de investigación controlados por el juzgador, a su vez por ser un procedimiento de investigación que deberá ejecutarse bajo normas internacionales de auditoría aplicadas y vigentes, reúne la calidad objetiva y legal que debe reunir una prueba, y no simplemente para encontrar un hecho ilícito sino también para esclarecer la verdad de los hechos que se investigan.

Por ser una disciplina especializada, la auditoría forense es ideal para determinar y en su momento desenmascarar transacciones de alta dirección o de procesos muy complejos de encubrimiento u omisión, que permitan al juzgador tener esa serie de elementos considerados en la

investigación, reunidos y detallados de forma objetiva en un dictamen de auditoria forense.

Dictamen de Auditoría Forense

Siendo el resultado final de la investigación de auditoria forense un dictamen emitido por el profesional a cargo de la investigación, es necesario determinar qué objetivos tiene este tipo de informe.

Objetivos

Principalmente los objetivos que persigue una investigación de auditoria forense, incluirá perseguir delitos de tipo económico y blanqueo de capitales, determinando la capacidad económica de las personas investigadas, así como las transacciones y la ruta del capital que proviene de una actividad ilícita.

Proporcionar evidencia que pueda ser medio probatorio válidamente aceptado por los tribunales y jueces.

Provee a las compañías, determinación de áreas críticas y de detección de posibles fraudes o nexos de corrupción.

Asegura que la información obtenida es de carácter legal, técnicamente evaluada e integrada para surtir una prueba dentro de un posible debate.

Los objetivos que persigue la auditoria forense en términos específicos son la lucha contra la corrupción, el fraude, e identificación de los responsables, determinando las acciones, aplicando medios técnicos que faciliten comprender las operaciones de estructuras criminales, determinar medios utilizados para lavar dinero y financiar operaciones ilícitas, y servir de medio probatorio para el juzgador.

Los elementos principales que debe cumplir la auditoria forense para cumplir con su función y acertar en sus objetivos tienen que ver con los procedimientos de auditoria aplicados.

Para César M. Urbano Los procedimientos de Auditoría Forense, constituyen el conjunto de técnicas que en forma simultánea se aplican para poder obtener las evidencias suficientes, competentes, relevantes y útiles que permitan sustentar las pruebas y testimonios que aporta el auditor forense, ante los tribunales o el Directorio que lo contrata. Los tipos de evidencia que aporta el auditor forense son de carácter analítico, documental, físico y testimonial y dependerán del tipo de compromiso asumido.

Reviste especial importancia que los procedimientos a cumplir en un proceso de investigación de auditoria forense, exista un plan estratégico para no apartarse de los objetivos primordiales fijados al inicio, este plan debe incluir la evaluación de existencia de fraudes, corrupción, lavado de dinero, etc., que sirva de guía para el auditor forense que le permita agrupar de mejor forma la información obtenida para realiza el análisis

necesario, que le lleven a los resultados planteados al inicio de la investigación.

Esto con el propósito de cumplir con los objetivos determinados que persigue la auditoria forense, entre ellos procedimientos orientados a determinar operaciones de lavado de dinero, en el cual deberá analizarse el origen de depósitos inusuales de efectivo o bien montos significativos.

Aplicación de procedimientos orientados a detectar sustracción de activo, realizando pruebas a las conciliaciones bancarias, revisando antigüedad de partidas en conciliación, arqueos de caja, arqueo de documentos.

Pruebas encaminadas a detección de sustracciones financieras en empresas, por decisiones tomadas por la alta dirección para beneficiarse directamente.

Revisiones de procedimientos orientados a la detección de quiebras fraudulentas de empresas, analizando estados financieros de los últimos períodos anteriores a la insolvencia o quiebra de las empresas.

Los conocimientos y habilidades que debe reunir un auditor forense son, una mentalidad investigativa, una comprensión de motivación, habilidades de comunicación y persuasión, habilidad de mediación y negociación, habilidades analíticas, creatividad para adaptarse a las nuevas situaciones. (Fudim 2007, 55)

Lo que muestra que la actividad que desarrolla un profesional de auditoría forense, estará encaminado a mantener un pensamiento de investigación permanente para poder rendir su dictamen pericial, resultante de esa investigación.

Respecto de la formación del auditor forense de manera especial se resalta la mentalidad investigativa como la habilidad básica, la cual va con creces mucho más allá de la mentalidad auditora tradicional. Esta última, se basa en la limitación del alcance como resultado de la materialidad, y el uso del muestreo para recolectar evidencia. El auditor forense no se puede restringir a la materialidad ni al muestreo, necesariamente tiene que basarse en los procesos judiciales determinados en la ley. En este sentido, requiere de creatividad, curiosidad, perseverancia, sentido común, sentido de negocios y confidencialidad. (Mantilla, 2005, 21)

Por ser la auditoría forense una actividad eminentemente de investigación, utilizada para probar hechos y servir de prueba pericial para procesos legales, requiere que no sea solamente una actividad de auditoría normal, sino una amplia investigación de procesos, circunstancias y hechos que serán descritos e información en el dictamen que pueda rendirse al concluir la investigación de la cual se derivó este tipo de peritaje.

De los delitos principales donde se hace necesaria una investigación de auditoría forense tenemos el Lavado de Dinero por ser el mecanismo a través del cual se oculta el verdadero origen de dineros provenientes de actividades ilegales, tanto en moneda nacional como extranjera y cuyo

fin, es vincularlos como legítimos dentro del sistema económico de un país.

El Lavado de Activos es considerado en muchos países como la actividad criminal más compleja, especializada, de difícil detección y comprobación, y una de las que mayor rentabilidad genera para las organizaciones criminales.

El ánimo de lucro que en ocasiones orienta la actividad criminal, ha exigido a la delincuencia el diseño de estructuras financieras y económicas a través de las cuales sea posible canalizar los recursos obtenidos como consecuencia de sus actividades ilícitas, con el fin de introducir en el torrente monetario y/o a través de algunos de los sectores económicos, los recursos obtenidos, generando mediante el desarrollo de actividades y operaciones comerciales, financieras, bursátiles entre otras, una apariencia de legalidad y/o de legitimidad sobre bienes que, siendo considerados producto, instrumento o efecto de un delito o como consecuencia de su transformación, logran incorporarse formalmente al patrimonio del delincuente, de la organización criminal o de sus auxiliares facilitando con ello el incremento de su capacidad económica, el acceso a las esferas de poder y en todo caso el incremento de la actividad criminal.

Los adelantos tecnológicos y la globalización entre otros factores han facilitado la utilización de mecanismos o tipologías de lavado, en los cuales se hace más compleja la identificación estructural de la operación o de etapas de la misma dificultando el proceso de detección y comprobación de la operación de lavado.

Entre las más importantes la obtención de dinero en efectivo o medios de pago, en desarrollo y consecuencia de actividades ilícitas, la colocación que se refiera a incorporar el producto ilícito en el torrente financiero o no financiero de la economía local o internacional, la estratificación, diversificación o transformación, es cuando el dinero o los bienes introducidos en una entidad financiera o no financiera, se estructuran en sucesivas operaciones, para ocultar, invertir, transformar, asegurar o dar en custodia bienes provenientes del delito o mezclar con dineros de origen ilegal, con el propósito de disimular su origen ilícito y alejarlos de su verdadera fuente y la integración, inversión o goce de los capitales ilícitos, es entonces cuando el dinero ilícito regresa al sistema financiero o no financiero, disfrazado como dinero legítimo.

Generalmente los lavadores de dinero son personas naturales o representantes de organizaciones criminales que asumen apariencia de clientes normales, muy educados e inteligentes, sociables, con apariencia de ser hombres de negocios y formados para vivir bajo grandes

presiones, también se caracterizan por crear empresas de fachada y ocultar su verdadera identidad mediante el uso de testaferros o personas que prestan su nombre para manejar sus negocios.

A nivel de control interno, se observan nuevas recomendaciones del Grupo de Acción Financiera –GAFI-, mayor énfasis en el riesgo del conocimiento del cliente y su mercado, técnicas para administrar el riesgo reputacional, el riesgo legal y el operativo, aprovechamiento al máximo de la tecnología para obtener mejores resultados. Por su parte y en razón que el lavado de dinero es un delito difícil de probar, y que no de los principales problemas es establecer la relación de los bienes o productos provenientes del narcotráfico u otro delito, y además demostrarle al lavador que se es consciente de esa relación, en esa medida, toma fuerza la auditoria forense e investigativa considerada como una auditoria especializada en buscar que los indicios y evidencias se conviertan en pruebas para llevarlos a conocimiento la corte u órgano competente. (Cano 2005, 51)

Es entonces importante que una auditoria forense sea cuidadosamente planeada para que sirva de aporte dentro de un proceso y tenga todos los elementos necesarios para producir prueba y ser una alternativa, debido a que un experto en esta disciplina pueda emitir ante un juez opiniones con valor técnico.

El otro caso que requiere un estudio especializado de investigación de auditoria forense es la extinción de dominio, que para el caso de Guatemala, derivado del Decreto 55-2010 Ley De Extinción de Dominio se creó para evitar que se siga atentando contra el Patrimonio del Estado y de los particulares, así como ocasionar grave daño a la vida, la integridad, la libertad y la salud de los habitantes de Guatemala, relacionados con la delincuencia organizada, así como otras formas de

actividades ilícitas o delictivas, que mediante actos de corrupción, tráfico de influencias y otros ilícitos, cada vez más personas individuales o jurídicas han acumulado bienes con recursos provenientes de ilícitos, se infiere que la Extinción de Dominio a favor del Estado no es una pena, ni accesoria, ni principal, su ámbito es más amplio que el del delito debido a que es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas (antijurídicas), que consiste en la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

Por ser jurisdiccional, sólo un juez puede declarar que por el irregular carácter de la misma, el titular no es merecedor de protección constitucional alguna se convierte en una acción pública directa y autónoma debido a que no es parte del poder punitivo del Estado contra una persona, por lo que no se le pueden trasladar las garantías constitucionales referidas al delito.

Rige el Principio de solidaridad probatoria, es decir quien está en mejores condiciones de probar, debe aportar la prueba (Convenciones internacionales).

La valoración según grado probatorio de la Balanza de probabilidades o de la Preponderancia de la Prueba (se decide a favor de lo que es más probable que lo contrario)

Introducción taxativa de la Prueba Indiciaria o Circunstancial (Convenios internacionales- Derecho probatorio).

Finalidades de la extinción de dominio evitar la continuidad de las actividades ilícitas el enriquecimiento ilícito o indebido, que el delincuente o las organizaciones criminales tengan ventaja sobre las personas que respetan la ley e invierten lícitamente sus recursos, energías y asumen riesgos, la competencia desleal contra empresas legalmente constituidas, que bienes y ganancias ilícitas sirvan de capital de inversión inestable en la sociedad y alteren la economía nacional, que esos bienes o ganancias sirvan para la continuidad delictiva o la comisión de otros delitos, el peligro de corrupción que representa para del sistema socioeconómico, político o institucional del país.

Por ello se hace necesario considerar los principales aspectos sobre el conocimiento del cliente en acciones de Extinción de Dominio, determinados a través de Auditoria Forense y que representan parte importante en el desarrollo de la investigación y producir prueba indiciaria en el proceso de Extinción de Dominio, ente ellas un estudio

histórico patrimonial, estudio tributario, estudio de información exógena, estudio de información contable y estudio de información financiera.

Otro delito hoy día puede probarse mediante un dictamen de auditoria forense es el que atenta contra la seguridad de los estados y que tiene como propósito la realización de actividades o actos terroristas que entre las finalidades internas del delito está la ocultación del destino o propósito del financiamiento de la actividad delictiva, pues consiste en la reunión de fondos de cualquier procedencia, legal o ilegal.

Conclusiones

La auditoría forense es una herramienta importante dentro del desarrollo de investigación criminal, por ser una disciplina que puede incluir dentro de su campo de acción diversos tipos de evaluación, desde transacciones financieras hasta establecer vínculos de redes criminales y relacionar hechos y personas sujetas y perseguibles penalmente.

La auditoría forense permite incorporar nuevos elementos al análisis de casos, en muchas ocasiones esa incorporación determina hallazgos y elementos de juicio que servirán de fundamento para el juzgador sobre ciertos hechos que han sido probados sobre evidencia cierta e idónea.

La auditoría forense reúne pruebas indiciarias que en el desarrollo de la investigación aportan hallazgos importantes los cuales hacen concluir el trabajo por medio de un dictamen forense, el cual reúne todo el proceso investigativo y la secuencia de hechos y transacciones que respaldan una tesis acusatoria por medio de la evidencia recolectada por los medios legales.

La legislación guatemalteca regula delitos que por los verbos rectores que incluye, están relacionados con transacciones financieras, incrementos patrimoniales, establecimientos de perfiles económicos y

patrimoniales, es entonces donde se pone de manifiesto la utilidad que un dictamen de auditoria forense.

Un dictamen de auditoria forense es de mucha utilidad para el juzgador que tendrá una prueba idónea, con elementos importantes que serán plasmados en el informe que emitirá el auditor forense, pues será en él en donde detallara las conclusiones que se determinaron en la investigación, haciendo una relación detallada de los antecedentes de la investigación o persona investigada, de los hechos, de transacciones y de vínculos que existen o podrían existir en los involucrados o sujetos de investigación, en un período de tiempo determinado.

En delitos específicos como el lavado de dinero u otros activos, y el financiamiento al terrorismo, por medio de una investigación de auditoria forense, podrá determinarse el origen verdadero de los fondos, las formas de colocación y de integración de dichos fondos y el propósito para el cual se han reunido dichos fondos, así como personas relacionadas con tales hechos.

Referencias

Libros

Badillo Jorge (2008), Auditoria Forense, Editorial Santana

Cano, Miguel Antonio y Lugo, Danilo; (2004) Auditoria forense en la investigación criminal de lavado de dinero y activos 2ª. Edición ECOE.

Fudim Pablo (2008), Auditoria Forense Editorial Sevilla

Maldonado Carlos (2003), Auditoria Forense, Ediciones Prisma.

Mantilla Alberto (2008) Formación del Auditor Forense, Editorial Fina

Trazengines Víctor (2010) La Prueba en el proceso penal, Ediciones Valpa

Urbano, Goyzueta, Rivea y Monteverde (2010) Auditoria Forense, Ediciones Prisma

Diccionarios

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, (2009) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Heliasta S.R.L. 26 edición. Buenos Aires, Argentina.

Ossorio Manuel, Diccionario de ciencias Jurídicas, Políticas y sociales. (2009) (Treinta y cuatro Edición). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta, S.R.L.

Legislación

Decreto 67-2001 del Congreso de la Republica, Ley contra el lavado de dinero u otros activos

Decreto 58-90 del Congreso de la República, Ley contra la defraudación aduanera y contrabando aduanero

Decreto 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la narcoactividad.

Decreto 58-2005 del Congreso de la República, Ley para prevenir y reprimir el financiamiento al terrorismo.

Decreto 55-2010 del Congreso de la Republica, Ley de Extinción de Dominio.