

LES FRAYDELT PRO

# Revista

Julio 2011

28

# blanch



blanch

# Revista Penal

Número 28

## Sumario

---

### Doctrina

- Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por *Juana del Carpio Delgado* ..... 5
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 29
- Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por *Donato Castronuovo* ..... 44
- ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por *Andreas Hoyer*..... 56
- El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por *M<sup>a</sup> José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga*..... 67
- Los límites de la amnistía, por *Juan Antonio Lascuráin*..... 95
- Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* ..... 114
- ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por *Adán Nieto Martín* ..... 136
- Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* ..... 153
- La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por *Shizhou Wang* ..... 165
- Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* ..... 187
- Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ..... 197
- Sistemas penales comparados:** El delito de blanqueo de dinero ..... 207
- Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 269
- Noticias.** Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal..... 293



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL:  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Compobell  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## El delito de blanqueo de dinero

### Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer,  
*Universidad de Colonia*<sup>1</sup>

#### I. Estructura del blanqueo de dinero

En el blanqueo de dinero se infiltra dinero ilegal («sucio») de tal manera en el circuito legal económico, que su procedencia no se puede ni reconocer ni demostrar («blanqueado»). El dinero proviene normalmente de **actividades criminales**, sobre todo de las bandas criminales organizadas. Primeramente se suministra el dinero por partes en el circuito económico legal («Placement»). A continuación se oculta su procedencia a través de muchas transacciones que van de un lado a otro («Layering»). Por último se utiliza el dinero «blanqueado» para la adquisición legal de bienes materiales («Integration»). El blanqueo de dinero es objeto de **Convenios Internacionales** (ONU, OCDE, Consejo Europeo) y **Directivas Europeas**, que comprometen a todos los países miembros a una lucha efectiva contra este delito.

En Alemania se encuentra el blanqueo de dinero como tipo penal en el **§ 261 StGB**. Complementariamente reglamenta la Ley contra el blanqueo de dinero («Geldwäschegesetz», GWG) obligaciones para su identificación, registro, conservación y anuncio de sospecha, y asegura éstas con el reglamento de multa del **§ 17 GwG**. Para la realización de la llamada regla «Know Your Customer», que principalmente compromete a la rama financiera a identificar a clientes, dicta el **§ 154 AO** el control de identidad. Para la vigilancia y control se creó además en el **§ 24c KWG** entre otros, la posibilidad del requerimiento automático de informaciones de cuenta, por lo cual la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (**BaFin**) puede acceder a informaciones de cuentas bancarias automáticamente. Anuncios de sospecha las tramita a parte de la Policía,

también la Financial Intelligence Unit Germany (**FIU Alemania**) que fue establecida por la Oficina Federal De Investigación Criminal (**BKA**).

#### II. El Tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)

1. **§ 261 StGB** se creó por la transposición de Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales (**Primera Directiva Europea contra el blanqueo de capitales**), que fue incorporada por la Ley contra la lucha del narcotráfico y otras formas de la criminalidad organizada (**OrgKG**) del 15. 7. 1992 (BGBl I 1302). De este modo se cerraron lagunas de punibilidad. El blanqueo de dinero es como los tipos penales de «privilegio» (Begünstigung), «encubrimiento» (Strafvereitelung) y la «receptación» (Hehlerei), un denominado delito conexo, que requiere de un delito previo. El **§ 261** ha sido cambiado en reiteradas ocasiones, donde no sólo el catálogo de delitos previos ha sido ampliado considerablemente, sino que también se ha incluido a los autores de delitos previos y la pena mínima ha sido aumentada.

2. La **finalidad** del **§ 261 StGB** es la lucha contra las bandas criminales organizadas, impidiendo el blanqueo de dinero, descubrir delitos previos, prevenir delitos adicionales y absorber las ganancias de origen criminal<sup>2</sup>. Objeto de protección no es sólo el funcionamiento de la administración de justicia nacional<sup>3</sup>, sino que también afirma la opinión dominante, que además están protegidos los intereses lesionados por causa de los delitos previos<sup>4</sup>.

3. **Sujeto activo** del blanqueo de dinero puede ser **cualquiera**, por lo tanto, también el autor y participe del delito previo. Quien ha sido imputado por la participación en el **delito previo**, no será sancionado tras lo dictado por **§ 261 IX 2 StGB**. Sólo debe ser determinante que el delito previo sea penado por la Ley se-

gún el Derecho alemán<sup>5</sup>. Además, si la participación de un sujeto en el delito previo no es clara, es posible, un castigo, en contra del principio in dubio pro reo, por el delito de blanqueo de dinero<sup>6</sup>.

4. **Objeto del delito** de blanqueo de dinero es según el § 261 I 1 StGB un «**objeto**», que tiene que «proceder» de uno de los delitos previos nombrados en el § 261 I 2 StGB. Aquí se entiende no solamente dinero, sino cualquier valor patrimonial ya sea un bien mueble (por ejemplo: dinero, joyas, piedras preciosas) o bienes inmuebles (terrenos) o un derecho (créditos, participaciones sociales)<sup>7</sup>. Según el § 261 I 3 StGB están comprendidos en el delito de defraudación fiscal también «gastos ahorrados» como objeto de hecho. Así mismo, no es inconstitucional<sup>8</sup> según la opinión dominante, esta conexión de valores adquiridos legalmente. En el § 261 VIII StGB son además considerados objetos que provienen de un hecho del **extranjero**, siempre y cuando el hecho sea en el país de procedencia castigado por la Ley y cumpla las características del § 261 I 2 StGB. A través de estas medidas, se cumple con el trenzado internacional contra la organización criminal<sup>9</sup>. El término poco claro «**proceder**» («herrühren») cuya interpretación es muy discutida, debe puntualizar que no solamente el objeto adquirido directamente del hecho previo está incluido, sino que también un objeto que es resultado de una cadena de hechos de valorización<sup>10</sup>. Según la jurisprudencia, basta que el sustitutivo se vincule con partes contaminadas aunque «no sean significantes»<sup>11</sup>, mientras que en la doctrina<sup>12</sup> se exigen «partes mínimas» entre 1% y hasta más de 50 % o incluso partes «predominantes» del financiamiento ilegal. Así mismo, debe marcar la prescripción del hecho previo, el margen límite de la contaminación<sup>13</sup>. Por otra parte, aquí no están considerados los objetos, que a través de una elaboración ulterior se deban principalmente al trabajo de un tercero (por ejemplo: los productos de una manufactura)<sup>14</sup>.

5. El § 261 I 2 StGB contiene un catálogo extenso de los **delitos previos** (delitos de catálogo). Aquí están incluidos primeramente todos los **crímenes** («Verbrechen»), es decir, todos los delitos que tienen una pena mínima de privativa de libertad de un año, y también **ciertas faltas graves** («Vergehen») que sobre todo son cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada. En este sentido, se trata de delitos de corrupción y narcotráfico; bandas que ofician con delitos tributarios, de propiedad y patrimoniales; la preparación de actos violentos graves contra el Estado como también la formación de grupos criminales y terroristas.

6.a. Las modalidades típicas del § 261 I 1 StGB conciernen el entorpecimiento de las oficinas estatales (**tipo penal de encubrimiento y frustración**). Incurre en un delito quien encubra la procedencia de un objeto que provenga de un delito de catálogo; quien además haga fracasar o ponga en peligro el encuentro, la caducidad, la confiscación e incautación de uno de estos objetos. El **ocultamiento** se refiere a medidas de precaución que dificultan el acceso o la intervención estatal; el **encubrimiento** se refiere a medidas que entorpecen las pruebas de que el objeto proviene de un delito previo<sup>15</sup>. **Poner en peligro** significa dificultar el acceso estatal efectivo, por ejemplo trasladando el objeto al extranjero<sup>16</sup>. Para el tipo penal de **frustración**, basta según la opinión dominante<sup>17</sup>, la creación de un peligro concreto, de fracaso de las investigaciones y ordenanzas estatales.

b. Las modalidades típicas del § 261 II StGB tienen como finalidad quitar de la circulación los objetos contaminados (**tipo penal de isolación**). Conforme con el § 261 II n° 1 StGB, incurre en un delito quien obtiene el objeto para sí mismo o para un tercero. Según la opinión dominante<sup>18</sup>, no es necesario que el autor del blanqueo de dinero y el autor del delito de catálogo estén de acuerdo con la acción conjunta, por lo cual el campo de aplicación del § 261 StGB se expande fuertemente. Además incurre en un delito conforme con el § 261 II n° 2 StGB quien custodie o guarde el objeto o utilice éste para sí mismo o para un tercero, siempre y cuando este sujeto tenga conocimiento de la procedencia del objeto en el momento en el que él lo haya adquirido. **Custodiar** significa apoderarse de una cosa o guardarla; bajo la palabra **utilizar**, se entiende el uso económico a través del empleo de ésta o de su disposición<sup>19</sup>.

c. Un hecho **no es punible** conforme con el § 261 II StGB en efecto, cuando previamente un tercero haya adquirido el objeto, sin haber cometido un delito (§ 261 VI StGB). A través del reconocimiento de esta **adquisición interlocutoria impune**, se «descontamina» el objeto y con eso también se limita el campo de aplicación del § 261 II StGB en interés del tráfico jurídico, sobre todo en los casos de la adquisición y compras de buena fe<sup>20</sup>. Esta regulación comprende en particular también el dinero depositado en cuentas bancarias, pero conforme con la opinión dominante<sup>21</sup>, aquí no está comprendido el derecho de demanda contra el banco, que se obtuvo a través del depósito de dinero; así que en relación a esto se puede cometer un blanqueo de dinero punible. Además, la opinión dominante<sup>22</sup>, rechaza ante la clara limitación legal, una aplicación correspondiente de la regulación del § 261 VI StGB a hechos cometidos según el § 261

I StGB. Quien encubre la procedencia de un objeto, que fue adquirido de buena fe por un tercero, incurre por lo tanto en un delito según § 261 I StGB. Además, se interpreta generalmente<sup>23</sup> el § 261 II StGB restrictivamente con respecto al **comportamiento socialmente adecuado**. Así pues, se niega el supuesto de hecho objetivo en las actividades comerciales diarias, de forma que por ejemplo, vendedores y obreros no incurren en este delito, si ellos aceptan dineros contaminados como pagos de mercancías o trabajos. Aquí en contra, objeta la opinión dominante<sup>24</sup>, sin embargo, que una restricción de esta índole apenas puede ser realizada, sino que la solución hay que buscarla en el supuesto de hecho subjetivo.

7. La **tentativa** del blanqueo de dinero es punible explícitamente en el § 261 III StGB, ya que se trata meramente de un delito menor y no un crimen (véanse §§ 12 I, 23 I StGB). En este sentido, se anticipa escasamente la protección, ya que los tipos del § 261 II StGB como delitos de peligro abstracto ya con la realización de la conducta tipificada y los hechos del § 261 I StGB ya con el peligro concreto, son consumados. Esta anticipación tiene importancia en los casos de tentativa de delito imposible, por ejemplo cuando a un investigador oculto se le proporciona un objeto ilegal<sup>25</sup>.

8. Los § 261 I, II StGB son **delitos dolosos**, para cuya perpetración es suficiente el dolo eventual. Esto rige también según la opinión dominante<sup>26</sup>, para el § 261 II n° 2 StGB, aunque el texto apunta al «conocimiento» de la procedencia del objeto. Basta con que el autor tenga conocimiento de las circunstancias en las cuales, en una evaluación a grandes rasgos, llegue a la conclusión de que se trata de un delito de catálogo<sup>27</sup>. La suposición errónea, que un tercero ha adquirido un objeto o cosa de una manera legal, excluye el dolo, sin embargo deja intacta la posibilidad de una perpetración imprudente (véase § 16 I, 2 StGB). El § 261 V StGB castiga también los casos, en los cuales el autor de una **imprudencia grave** («Leichtfertigkeit») no conoce que el objeto proviene de un delito de catálogo; por lo demás, la exigencia de la intencionalidad queda vigente (combinación de dolo-imprudencia). Esta fuerte extensión no va, según la opinión dominante<sup>28</sup>, en contra del principio de culpabilidad. La imprudencia grave existe, particularmente, cuando la procedencia del objeto, dada las circunstancias, sea tan evidente y el autor descuide esto por irreflexión.

9. Los **Abogados defensores**, que reciben honorarios, incurren en un delito, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal<sup>29</sup>, en interpretación restrictiva del § 261 II StGB conforme a la constitución, sólo cuando ellos en el momento del recibo te-

nían **conocimiento seguro** de la procedencia criminal del dinero. Pues una punibilidad para hechos dolosos eventuales o negligentes intervendría de una manera desproporcionada en la libertad de práctica profesional. El riesgo de hacerse punible por recibo de dinero pondría en peligro, desproporcionadamente, el principio fundamental para una defensa penal en un Estado de derecho, de confianza entre abogado defensor y cliente. Así mismo el abogado defensor no está obligado a hacer investigaciones sobre la procedencia del dinero recibido.

10. Si el blanqueo de dinero esta consumado, no es posible un desistimiento (§ 24 StGB). Para casos del **arrepentimiento activo** («tätige Reue») contiene el § 261 IX 1 StGB una excusa absolutoria. El autor **obtiene impunidad**, cuando él libremente informa a las autoridades de un hecho no descubierto o provoca libremente una denuncia semejante, pero sólo si el hecho hasta ese momento no ha sido descubierto y el autor tiene conocimiento de esto o podría suponerlo dada la situación (§ 261 IX 1 n° 1 StGB). En los casos del blanqueo de dinero doloso, se exigen requisitos mayores. Aquí el autor tiene, además que provocar la incautación del objeto del delito (§ 261 IX 1 n° 2 StGB)

11. El blanqueo de dinero **doloso** está castigado con una pena privativa de libertad de 3 meses a 5 años. Para **casos especiales graves** prevé el § 261 IV StGB una pena elevada de 6 meses a 10 años. Una individualización se efectúa en el § 261 IV 2 StGB a través de **ejemplos reglamentarios**, que conciernen a la criminalidad organizada. Conforme a esto existe por regla general un caso especial grave, cuando el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda, la cual se ha asociado para seguir cometiendo el delito de blanqueo de dinero. Miembro de una de estas bandas puede ser también, según la opinión dominante<sup>30</sup>, aquel que ha participado en el delito previo y por ende no puede ser penado por el § 261 IX 2 StGB. El blanqueo de dinero **imprudente grave** está castigado con una pena de privativa de libertad hasta 2 años o multa (§ 261 V StGB). Si el autor o participe fue condenado a una pena privativa de libertad de mínimo 6 meses, puede ordenar el juzgado conforme al § 262 StGB una **vigilancia de conducta** («Führungsaufsicht»), si hay un peligro de perpetración del mismo delito.

12. El **decomiso** de objetos del delito (§ 74 StGB) no es solamente posible en cuanto a los objetos que proceden del blanqueo de dinero o que fueron utilizados para su preparación, perpetración o que fueron determinados para ello, sino que conforme al § 261 VII 1 StGB también los objetos de conexión («Beziehungsgegen-

tände»). Según el § 261 VII 2 StGB, es el § 74a StGB aplicable de forma que, bajo requisitos ampliados, incluso objetos que no pertenecen al autor del hecho, pueden ser confiscados. Pertinentes son los casos, en los cuales un propietario por imprudencia contribuya a que sus cosas o derechos sean objeto del hecho o de su preparación, o si bien él ha adquirido los objetos de una manera reprochable.

**13. La caducidad** (§ 73 StGB) se ordena cuando el autor o participe, por el hecho o precedente del hecho ha obtenido algo. Si el autor actuó profesionalmente o como miembro de una banda que se ha formado para seguir cometiendo el delito de blanqueo de dinero, se aplica además según el § 261 VII 3 StGB lo dictado en el § 73d StGB, que ordena una **caducidad ampliada**. A través de esto es posible ordenar ya la caducidad cuando las circunstancias justifican la suposición de que los objetos afectados provienen o fueron utilizados para hechos ilegales. Esta regulación, que no requiere de una comprobación segura, arroja sin embargo, con respecto a la presunción de inocencia, objeciones considerables<sup>31</sup>.

**14.** § 261 X StGB implicaba hasta el 31. 8. 2009 para el ámbito del lavado de dinero una denominada **pequeña disposición sobre testigos principales**. Conforme a esta disposición el juzgado podía disminuir la pena o renunciar totalmente a ella, siempre que el autor a través de una revelación voluntaria de su conocimiento haya aportado considerablemente, más allá de su participación, a que el hecho haya sido descubierto. Esta regulación ha sido abolida, ya que a partir del 1. 9. 2009 se introdujo con el § 46b StGB una denominada **grande disposición sobre testigos principales**<sup>32</sup>, que también se aplica a los casos de blanqueo de dinero y que en caso de ayuda de esclarecimiento de hechos o del impedimento de delitos graves, permite la reducción de la pena o el renuncio a ella.

### III. El Reglamento de multa del § 17 GwG

**1.** § 261 StGB esta complementado por la Ley sobre localización de ganancias procedente de delitos graves (**Ley contra el blanqueo de dinero, GwG**) del 13. 8. 2008 (BGBl. I 1690). Una nueva versión de la Ley anterior de 25. 10. 1993 fue necesaria para la transposición de la **Tercera Directiva Europea contra el blanqueo de capitales**<sup>33</sup> aparte de la Directiva de imposición<sup>34</sup>. La Ley de blanqueo de dinero emite a la economía obligaciones extensas. Aquí están implicadas normativas de definición de conceptos y el círculo de los sujetos obligados (§§ 1, 2 GwG). Además, no sólo se reglamentan extensas obligaciones de identificación,

registro y custodia, como también medidas internas de seguridad, sino que además se dictan obligaciones de denuncia en caso de sospecha (§§ 10-15 GwG). Así mismo está reglamentada exactamente la vigilancia y control de los comprometidos (§ 16 GwG). Por último, se encuentran aquí las disposiciones de procedimiento de multas (§ 17 GwG), ya que la violación de la mayoría de las obligaciones están castigadas con esta pena.

**2. El círculo de los obligados** (§ 2 I GwG) lo forman sobre todo la rama financiera, de créditos y seguros. Están comprendidos la prestación de servicios financieros y de crédito, institutos de pago, empresas financieras y de seguros, agentes de seguros, bancos de inversiones y sociedades anónimas. Están incluidos además, no sólo los miembros y funcionarios de las profesiones de abogacía y contabilidad, sino también los prestadores de servicios de los socios y agentes como también corredores de propiedades y casinos. Por último, están aquí comprendidas básicamente todas las personas naturales y jurídicas que por profesión negocian con bienes.

**3.** El § 17 GwG se refiere a violaciones dolosas e imprudentes graves de las **obligaciones legales de identificación, registro y custodia**. En el § 17 I n° GwG se trata de la infracción, conforme con el § 3 I n° 1 GwG de la obligación consistente en identificar a la parte contratante. Personas que por profesión negocian con bienes están obligadas sin embargo a una identificación, sólo cuando ellos acepten sumas de dinero en efectivo mayores a 15.000 €; esto es de mucha importancia para la rama que trabaja intensamente con dinero en efectivo, como son los concesionarios y joyerías<sup>35</sup>. El § 17 I n° 2 GwG concierne las faltas contra las obligaciones de registro según el § 8 I GwG, en las cuales, los datos alzados y las informaciones alcanzadas por las partes contratantes tienen que ser registradas. El § 17 I n° 3 GwG tiene como objeto la violación de la obligación de custodia del § 8 III GwG, el cual dicta que todos los registros y comprobantes de relaciones comerciales y transacciones se tienen que conservar por un período mínimo de 5 años.

**4.** El § 17 I n° 4 GwG sanciona a partir de ahora —al contrario que la Ley anterior— también la violación dolosa o imprudente grave de la **obligación de denuncia en caso de sospecha** según el § 11 GwG. Así pues, los comprometidos tienen que denunciar de manera inmediata, independientemente del alto de la transacción, si es que les consta el hecho, que les haga suponer, que un blanqueo de dinero según el § 261 StGB o una financiación terrorista se ha cometido o intentado o será perpetrada, a las autoridades de persecución penal y en copia a la FIU Alemania. La laguna legal anterior fue

duramente criticada, ya que se trata de una de las obligaciones centrales del GwG, cuyo cumplimiento hace posible a partir de ahí, una investigación, a las autoridades de persecución penal.

5. El § 17 II GwG comprende exclusivamente violaciones dolosas contra las **obligaciones complementarias de identificación y discreción**. El § 17 II n° 1 GwG sanciona esto, cuando en contra de lo dictado por el § 3 I n° 3 GwG no se aclara si la parte contratante está actuando para un tercero. El § 17 II n° 2 GwG, castiga esto, en el caso de que en contra de lo dictado por § 4 V GwG el nombre del tercero no se mencionara. El § 17 II n° 3 GwG regula el caso de que para la constancia de la identidad, la parte contratante no comparezca personalmente y sanciona esto, cuando en contra de lo dictado por el § 6 II n° 2 GwG, la identidad no fuera verificada o no fuera asegurada, en el caso que la primera transacción se haya efectuado a través de una cuenta bancaria a nombre de la parte contratante. Por último, contiene el § 17 II n° 4 la prohibición de la propagación de informaciones en caso de denuncia por sospecha y sanciona esto cuando en contra de lo dictado por § 12 GwG, el sospechoso o terceros hayan sido puesto en conocimiento de la denuncia o de las investigaciones.

6. La **multa** haciende conforme con el § 17 III GwG por la violación dolosa del § 17 I GwG hasta 100.000 € y por violación imprudente grave hasta 50.000 €. Violaciones dolosas del § 17 II GwG pueden ser multadas con un monto de hasta 50.000 €.

#### IV. La práctica del delito de blanqueo de dinero

El **significado práctico** del § 261 StGB es todavía **muy escaso**, a pesar de que el sistema preventivo del blanqueo de dinero ha sido continuamente consolidado y por ende la libertad de las personas que forman parte del tráfico económico correlativamente restringida. En el año 2009 se efectuaron por cierto **9.046 denuncias** por sospecha<sup>36</sup>, pero la estadística criminal<sup>37</sup> registró para el año 2009 sólo 4.566 delitos y la estadística de persecución penal<sup>38</sup> registró sólo **416 condenas**. Ni se pudo atenuar de una manera significativa la criminalidad organizada, ni tampoco se pudieron impedir los delitos nombrados, ni recaudar los frutos procedentes de hechos delictivos<sup>39</sup>. El informe del grupo de la OCDE de investigaciones financieras por el blanqueo de dinero (FATF) del 19. 2. 2010<sup>40</sup> certificó para Alemania **carencias considerables**. De las 49 recomendaciones dadas por el FATF, sólo 5 fueron completamente desempeñadas. Sobre todo casinos y negocios de inmuebles no fueron controlados de manera suficiente.

#### Notas

- 1 Traducción de Aniza Waleska Izeta López, Santiago de Chile / Colonia.
- 2 *Nestler*, en Herzog, GWG, 2010, § 261 StGB n° Marg. 11 ss.
- 3 BT-Drs. 12/989, 27.
- 4 *Kindhäuser*, StGB, 4. Ed. 2010, § 261 n° marg. 2 con más antecedentes.
- 5 BGH NJW 2009, 1617, 1618; otra opinión *Sommer*, en *AnwaltKommentar StGB*, 2011, §261 n° marg. 83.
- 6 BGH, NJW 2000, 3725, 3276; otra opinión *Nestler*, en Herzog, GwG, 2010, § 261 StGB n° marg. 140.
- 7 BT-Drs. 12/989, S. 27; *Sommer*, en *AnwaltKommentar StGB*, 2011, § 261 n° marg. 5.
- 8 *Hartmann*, en Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 2008, § 261 StGB n° marg. 16.
- 9 BT-Drs. 13/8651, 12.
- 10 BT-Drs. 12/989, 27.
- 11 OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 769.
- 12 *Nestler*, en Herzog, GwG, 2010, § 261 StGB n° marg. 67 ss. con más antecedentes.
- 13 *Sommer*, en *AnwaltKommentar StGB*, 2011, § 261 n° marg. 24 con más antecedentes.
- 14 BT-Drs. 12/989, 27.
- 15 *Hartmann*, en Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 2008, § 261 StGB n° marg. 19, 21.
- 16 BGH NJW 1999, 436.
- 17 BGH NJW 1999, 436, 437 con más antecedentes.
- 18 *Kühl*, en Lackner/Kühl, StGB, § 261 n° marg. 8 con más antecedentes.
- 19 *Kindhäuser*, StGB, 4. ed. 2010, § 261 n° marg. 19.
- 20 BT-Drs. 12/989, 28.
- 21 *Neuheuser*, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 3, 2003, § 261 n° marg. 69 con más antecedentes.
- 22 BGH wistra 2001, 379, 383; *Kindhäuser*, StGB, 4. ed. 2010, § 261 n° marg. 12 con más antecedentes.
- 23 *Sommer*, en *AnwaltKommentar StGB*, 2011, § 261 n° marg. 44 s. con más antecedentes.
- 24 *Neuheuser*, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 3, 2003, § 261 n° marg. 72 ss. con más antecedentes.
- 25 Vgl BGH NJW 1999, 436, 437.
- 26 *Kühl*, en Lackner/Kühl, § 261 n° marg. 8 con más antecedentes.
- 27 BGHSt 43, 158, 165.
- 28 BGHSt 43, 158, 165 ss.; otra opinión *Sommer*, en *AnwaltKommentar StGB*, 2011, § 261 n° marg. 57.
- 29 BVerfG NJW 2004, 1305, 1306 ss.; otra opinión antes BGHSt 47, 68, 75.
- 30 BGHSt 50, 224, 230.
- 31 *Eser*, en Schönke/Schröder, StGB, 28. ed. 2010, § 74a n° marg. 2.
- 32 43. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 29. 7. 2009, BGBl. I 2288.
- 33 Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DO 2005 n° L 309, 15).
- 34 Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE (DO 2006 n° L 214, 29).

- 35 *Warius*, en Herzog, GwG, 2010, § 2 n° marg. 143.  
36 FIU Deutschland, Jahresbericht 2009, p. 8.  
37 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2009, p. 49.  
38 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2009, p. 37.  
29 *Nestler*, en Herzog, GwG, 2010, § 261 StGB n° marg. 15 s.  
40 FATF, Mutual Evaluation Report, Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism: Germany, 2010.

## Argentina

Luis Fernando Niño (UBA)\*

### I. Tratamiento de la materia en el Código Penal.

El primer paso para el abordaje jurídico-penal del fenómeno conocido como blanqueo o lavado de dinero o de capitales en la República Argentina estuvo representado por la sanción de la Ley 25246 (B.O. 11/5/2000).

Mediante dicho instrumento se sustituyó la rúbrica originaria del Capítulo XIII del Título XI del Código Penal, dedicado a los delitos contra la administración pública, que rezaba escuetamente «Encubrimiento», añadiéndose a ese sustantivo la frase «y Lavado de activos de origen delictivo», modificándose sustancialmente los artículos 277 a 279. Sucesivas reformas posteriores, debidas a las leyes 25815 (B.O. 1/12/03) y 26087 (B.O. 24/4/06) otorgaron a tales preceptos la redacción que ostentan actualmente y que habrá de especificarse en este informe, al tiempo que la ley 25890 (B.O. 21/5/04) intercaló otros dos artículos, el 277 bis y el 277 ter.

Paralelamente, la República Argentina aprobó la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional elaborada por Naciones Unidas, que en su art. 6° tipifica el blanqueo del producto del delito, mediante la sanción de la Ley 25632, sancionada el 1° de agosto de 2002 y promulgada el día 31 del mismo mes y año. Años más tarde, concretó igual medida, mediante ley 26023 (B.O. 18/4/05), respecto de la Convención Interamericana contra el terrorismo adoptada por la Organización de Estados Americanos en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002.

El artículo 277 establece en su actual configuración los distintos tipos de encubrimiento genérico<sup>1 2</sup>.

Es el artículo 278 el que innova en la materia, al tipificar el delito de lavado de activos, incorporando las previsiones indicadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). En la actualidad, dicho precepto

conserva casi totalmente el texto otorgado por la mentada ley 25.246, con la sola variación conformada por la incorporación de un quinto inciso, debido a la norma citada en el párrafo anterior. Establece así que: «1) a) *Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; c) Si el valor de los bienes no supere la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277; 3) El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277; 4) Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo podrán ser decomisados; 5) La exención establecida en el inciso 4 del artículo 277 no será de aplicación a ninguno de los supuestos contemplados por el presente artículo».*

Vale añadir que, simultáneamente con la introducción de esta modalidad delictiva se derogó el artículo 25 de la Ley 23737 —consagrada a la represión de la tenencia y tráfico de estupefacientes— referido al lavado de dinero proveniente del narcotráfico y delitos conexos, uniformando así el tratamiento represivo de esa técnica encubridora de ilícitos.

Considerados genéricamente, los tipos legales del referido artículo 278 han recibido críticas doctrinales tales como la de no incluir, como requisito expreso, el dictado de una sentencia condenatoria firme respecto del ilícito precedente, si bien es cierto que al consignarse la frase «provenientes de un delito», cabría dar por sentado que sólo es posible predicar tal extremo a partir de una *res iudicata* que permita identificar circunstanciadamente ese hecho anterior jurídico-penalmente relevante.

La cláusula residual «o aplicare de cualquier otro modo», indicativa del interés del legislador por abarcar cualquier tipo de negocio con dinero u otros bienes provenientes de una ilicitud convierte a los diversos verbos

típicos empleados en el enunciado en meras especies citadas a modo de ejemplo, con el indeseable correlato de su amplitud conceptual (v. D'ALESSIO, Andrés José; «Código Penal. Comentado y anotado.»; La Ley; 2da. Edición; TII; Bs. As.; 2009; p. 1417).

Más riesgosas para un Derecho Penal liberal resultan las difusas alusiones a «la apariencia de un origen lícito» o —aun— «la apariencia posible» de tal origen, reñidas con las exigencias derivadas del principio de legalidad y definidas con el brocárdico *lex scripta, praevia, certa et stricta*.

Se discute en la doctrina penal nacional si las figuras de lavado de activos del citado artículo 278 configuran casos de encubrimiento «agravadísimos» o bien, si el disvalor específico consistente en querer brindar apariencia de licitud a los bienes de proveniencia ilícita, con su peculiar relevancia en orden a lograr la impunidad del delito precedente, las convierte en delitos enteramente autónomos respecto del artículo 277, bajo cuyo marco descriptivo —como es dable apreciar— quedan contenidos los casos clásicos de encubrimiento. Lo cierto es que a partir del juego armónico de las diferentes disposiciones de los artículos 277 y 278 del repertorio normativo que aquí se analiza cuadra concluir, en primer lugar, que se tiende una relación de género a especie entre la conducta descrita en el inciso 1º, apartado e del primero de aquellos y las que contempla en su redacción actual el segundo; asimismo, que los casos en que lo «lavado» o «blanqueado» fuere el provecho del propio delito quedan fuera de la descripción de la nueva modalidad típica consagrada, y, por último, que la remisión del inciso 5º del artículo 278 al 4º del anterior, inclina la balanza hacia la consideración del lavado de activos como una forma específica y agrava da del delito de encubrimiento.

Por su parte, el actual artículo 279, recepta el principio de proporcionalidad en materia penal, al prohibir la aplicación de una respuesta punitiva superior a la prevista para la escala penal del hecho anterior: «1. Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este Capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente; 2. Si el delito precedente no estuviere amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de mil pesos (\$ 1.000) a veinte mil pesos (\$ 20.000) o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor». El inciso 3º agrega pena de inhabilitación especial de tres a diez años a los funcionarios públicos que cometan cualquiera de los delitos de encubrimiento previstos en el art. 277, a excepción de los casos específicos de encubrimiento

por receptación sospechosa, o que realicen alguno de los casos de lavado de activos propiamente dichos del art. 278, inciso 1º, siempre y cuando el hecho hubiera sido cometido en ejercicio u ocasión de sus funciones. La misma pena se añade para el que hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requiriere habilitación especial. Finalmente, el inciso 4º estatuye, respecto de cualquiera de las figuras abarcadas en el capítulo, que no obsta que el delito precedente haya sido cometido en el extranjero siempre y cuando se encontrare penado en el lugar de su comisión.

**II. El sistema administrativo de prevención y control del lavado de activos y la financiación del terrorismo.** La ya citada ley 25.246 creó la Unidad de Información Financiera (UIF), con autarquía funcional, en jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación<sup>4</sup>. Dicha unidad quedó encargada, principalmente, del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el delito de lavado de activos proveniente de la comisión de diversos ilícitos, comprendiendo, conforme a las reformas de la ley 26268 (promulgada de hecho el 4/7/07) a los siguientes: a) delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes (ley 23737); b) delitos de contrabando de armas (ley 22415); c) delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal o de una asociación ilícita terrorista en los términos del artículo 213 ter del Código Penal; d) delitos cometidos por asociaciones ilícitas (artículo 210 del Código Penal) organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales; e) delitos de fraude contra la administración pública (artículo 174, inciso 5º, del Código Penal); f) delitos contra la administración pública; g) delitos de prostitución de menores y pornografía infantil; h) delitos de financiación del terrorismo (artículo 213 quáter del Código Penal). También es función de la UIF disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que puedan configurar actividades de lavado de activos o de financiación del terrorismo y, en su caso, poner los elementos de convicción obtenidos a disposición del Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones pertinentes.

**III. ¿En los umbrales de una nueva reforma legal?** El 4 de mayo de 2011 obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación un nuevo proyecto de ley, que deroga el artículo 278 antes descrito, crea un nuevo —y último— Título para la Parte Especial del Código Penal, bajo el epígrafe «Delitos contra el orden económico y financiero», y desplaza a los artículos 303

a 308 la figura de lavado de activos. Entre las disposiciones pergeñadas en esta nueva iniciativa destaca la del artículo 304, que prevé sanciones de multa, suspensión total o parcial de actividades, suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales, cancelación de la personería, pérdida o suspensión de los beneficios estatales obtenidos y publicación a su costa de un extracto de la sentencia condenatoria, dirigidas todas ellas contra las personas de existencia ideal en cuyo nombre, con cuya intervención o en cuyo beneficio se hubieran realizado los hechos de blanqueo, descritos en el nuevo artículo 303 en términos similares a los de la normativa que se propone derogar y con algún aumento en las escalas penales propuestas, como es de rigor en los tiempos que corren.

Corresponde consignar un dato de interés: al menos hasta fines del año 2010 no se produjo condena alguna por lavado de activos en la Argentina. Anteriormente, conforme el régimen de la recordada ley 23.737, sólo se arribó a un pronunciamiento condenatorio (CNCP, Sala I, causa 2572, registro 3398, resuelta 23/III/00).

## Notas

\* En la recolección de las fuentes legislativas vigentes sobre el tema colaboró con presteza y eficacia el profesor Juan SECO PON (UBA), a quien también se debe el primer borrador de este informe nacional. El profesor Diego Gustavo BARROETA-VEÑA (UBA) colaboró aportando el texto del proyecto de reforma sobre el tema en cuestión actualmente en trámite parlamentario.

1 Conmina con pena de seis meses a tres años de prisión al que: «... tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta. b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole. e) Asegurare o ayudare al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito.» En el inciso 2° se reduce el mínimo de la escala a un mes de prisión, para los casos en que, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar la procedencia delictual del dinero, cosas o efectos que hubiera adquirido, ocultado o recibido, remitiendo al apartado c del inciso anterior. De allí que la doctrina haga referencia a tal figura aludiendo a «receptación sospechosa». El inciso 3° legisla los encubrimientos agravados, duplicando el mínimo y máximo de la escala de los tipos básicos, cuando: «a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión. b) El autor actuare con ánimo de lucro. c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento. d) El autor fuere funcionario público.»

En un segundo párrafo se aclara que la agravación de la escala penal sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias agravantes, pudiendo el tribunal tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena. Por último, en el inciso 4°, añadido por la referida ley 26.087, se exceptúa de responsabilidad a quienes hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud; la excepción, empero, no es operativa para los casos de quien ayudare al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito ni para los supuestos en que se actuare con ánimo de lucro y/o habitualidad en hechos de encubrimiento, conforme reza la última parte de tal inciso

2 Los artículos 277 bis y ter no pasan de constituir muestras trasnochadas de la avanzada represiva del período 2003-2006, a la que hemos hecho reiterada alusión en informes anteriores, en este caso particular, teñida de un indisimulado matiz clasista, toda vez que ellos erigen sendas figuras —dolosa y culpable, respectivamente— de una singularísima variedad de encubrimiento, en cabeza de un funcionario público, cuando el delito anterior fuere el hurto de ganado, conocido en nuestro continente por el americanismo *abigeato*.

3 El inciso 2° del artículo mencionado, que incluía una modalidad culpable «para quienes por temeridad o imprudencia grave cometieren alguno de los hechos previstos en el inciso 1 apartado a)», fue vetado por el Poder Ejecutivo Nacional al emitir el pertinente decreto de promulgación (n° 370/00) de la ley 25246.

4 La U.I.F. se compone de un Presidente, un Vicepresidente y un Consejo Asesor de siete vocales, cuya opinión no es vinculante, quienes representan, respectivamente, al Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Comisión Nacional de Valores, la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico de la Presidencia de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Economía y Producción y el Ministerio del Interior. Todos ellos son designados por el Poder Ejecutivo Nacional. (Conforme el procedimiento establecido en el art. 9 de la ley). En virtud del decreto 2226/08, el titular de la Unidad de Información Financiera está autorizado para actuar como parte querellante en procesos iniciados por el delito de lavado de dinero.

## Brasil

### William Terra de Oliveira

#### 1. Introdução

No Brasil, como ocorre em outros países, o crime de lavagem de dinheiro está inserido no Brasil dentro do contexto da criminalidade organizada e das novas formas de delinqüência. A moderna realidade social, com suas demandas e problemas característicos - profundamente influenciada pela globalização é um importante fator que determina a produção legislativa de natureza penal e condiciona a formação de uma *política criminal*

em relação ao problema da criminalidade organizada com a conseqüente construção de um sistema de normas para seu controle<sup>1</sup>. Disso resulta que as modificações dos sistemas penais na atualidade estão estreitamente relacionadas com um cenário de enfrentamento dessas manifestações criminológicas. Foi nesse cenário que surgiu no Brasil a Lei 9.613, de 1.º de março de 1998, buscando a punição específica da conduta de «lavagem de dinheiro». Consciente do problema e atendendo a compromissos e pressões internacionais, nosso legislador também formulou uma legislação específica, seguindo a experiência de outros países e as linhas gerais traçadas pelos principais documentos internacionais (principalmente a Convenção de Viena de 1988)<sup>2</sup>. O modelo de lei seguido pelo legislador pátrio não difere muito, portanto, daquele adotado em outros países, principalmente o norte-americano, uma vez que, por princípio, a uniformização da legislação internacional de combate ao crime organizado é uma das bases dos sistemas globais de controle do delito. Essa lei inaugurou todo um sistema de controle de operações financeiras e de fiscalização da movimentação de capitais. Neste breve informe passaremos a analisar as principais características da nova lei em sua parte penal.

## 2. O crime de lavagem de dinheiro no sistema penal brasileiro

No sistema penal brasileiro o crime de lavagem de dinheiro está previsto em uma *lei especial*, fora do Código Penal. Nosso país optou por seguir, mais uma vez, uma tendência de inovar a ordem jurídica mediante a criação de figuras penais especiais, técnica legislativa que no caso da lavagem de dinheiro, possui um lado positivo e outro negativo. Por um lado, a previsão de um texto legal autônomo favorece a criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exaustivamente todo o âmbito da matéria, concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela decorrentes. Por outro lado, a não inclusão do delito na Parte Especial do Código Penal, contribui para a erosão da harmonia legislativa e do sistema punitivo, adotando um modelo político-criminal fragmentado que não respeita o ideal codificador (emblema do garantismo) nem possibilita a sistematização ordenada do universo de condutas sujeitas ao Direito Penal, afetando o processo de interpretação da norma (em razão de seu distanciamento topográfico dos princípios estabelecidos na Parte Geral do Código Penal) e produzindo duvidosos efeitos de prevenção geral (já que boa parte da doutrina reconhece que a inclusão de um tipo no corpo do Códig

go Penal expressa uma clara vontade do legislador em considerar tal figura especialmente relevante).

Para conhecer o delito de lavagem de capitais no Brasil devemos consultar o Capítulo I da Lei 9.613/98, que está dedicado à definição dos crimes, descrevendo os comportamentos típicos e estabelecendo regras especiais sobre a dosimetria da pena.

### 2.1. Aspectos gerais: a estrutura do art. 1.º da Lei 9.613, de 1.º de março de 1998

Sua redação é a seguinte:

#### CAPÍTULO I DOS CRIMES DE “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

- I.- de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- II.- de terrorismo e seu financiamento;
- III.- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
- IV.- de extorsão mediante seqüestro;
- V.- contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
- VI.- contra o sistema financeiro nacional;
- VII.- praticado por organização criminosa.
- VIII.- praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

- I.- os converte em ativos lícitos;
- II.- os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
- III.- importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I.- utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II.- participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do caput deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Concretamente, a *construção típica* do art. 1.º da Lei 9.613/98 apresenta uma *estrutura* que pode ser descrita da seguinte forma:

a) em um primeiro plano está o *caput*, complementado pelos incisos I a VIII, descrevendo a principal forma de lavagem de capitais;

b) em seguida temos as *formas especiais ou derivadas* descritas nos §§ 1.º e 2.º;

c) depois a lei se ocupa em descrever causas ou *circunstâncias relacionadas à dosimetria da pena*, que irão influenciar no cômputo da resposta penal, quer por representarem institutos como o da tentativa (§ 3.º) quer por descreverem situações de especial reprovabilidade (como o conceito de habitualidade - § 4.º), ou finalmente por possibilitarem a diminuição da pena ante o reconhecimento do instituto da delação premiada (§ 5.º).

O *caput do art. 1.º* representa a figura fundamental. As modalidades de condutas descritas na parte principal do artigo traduzem a idéia central do tipo e indicam a razão do injusto: punir os processos de atribuição de aparência de licitude a bens, direitos ou valores cuja origem está em fatos ilícitos anteriores. O tipo fundamental está estreitamente vinculado aos incisos I a VIII, que completam a descrição típica da conduta, a qual poderá inclusive desenvolver-se sob as modalidades derivadas mencionadas nos §§ 1.º e 2.º. Fundamentalmente, os incisos I a VIII constituem uma segunda parte do *caput* e são um complemento necessário para que exista adequação típica, já que descrevem os delitos antecedentes relacionados com a lavagem de dinheiro. Por sua vez, os §§ 1.º e 2.º são formas especiais de conduta,

punidas com a mesma severidade pelo legislador. Em síntese: tanto o *caput* e seus incisos quanto os §§ 1.º e 2.º traduzem os processos normalmente utilizados para a lavagem de dinheiro.

As *penas* são bastante severas. Serão de *reclusão*, variando de três a dez anos, com previsão de multa. A modalidade principal de pena está prevista no preceito secundário do art. 1.º, que, ao partir de três anos, revela um alto grau de reprovabilidade da conduta, chegando ao limite máximo de dez anos, consideravelmente alto. Além disso, é importante salientar que a pena poderá ser aumentada de um a dois terços, conforme o § 4.º do art. 1.º, o que importa em uma significativa majoração da reprimenda. A resposta penal é, portanto, severa e limitará uma série de benefícios processuais. A previsão de multa é um dado positivo, já que a pena pecuniária é bastante pertinente e adequada, considerando a natureza do delito. Cabe dizer que o estabelecimento de um *quantum* tão elevado não tem contribuído para a criação efetiva de um efeito preventivo geral. Como demonstra a experiência internacional, evitar a impunidade e aplicar efetivamente a lei e seus regulamentos é algo mais importante do que a previsão de altas penas como artifício preventivo.

## 2.2. As «fases da conduta»

O desenho estrutural normativo da conduta de lavagem de dinheiro está composto por um *complexo de atos*, uma pluralidade de comportamentos geralmente intrincados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares. A complexidade e sofisticação alcançada pelos criminosos nos processos de lavagem de dinheiro implicou na adoção do «modelo de fases», de sorte que também a doutrina brasileira reconhece em sua estrutura três grandes momentos:

**a)** A fase de «*ocultação*», onde o dinheiro obtido diretamente com a atividade criminosa passa por sua primeira transformação, visando conseguir uma menor visibilidade, onde o criminoso necessita transformar esse conjunto de capitais em correspondentes quantias mais manejáveis e menos visíveis. **b)** A fase de «*cobertura*» ou «*fase de controle*» cujo objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção. Durante todo o tempo o dinheiro é controlado, e para tanto entra em cena uma complexa rede de operações econômico-financeiras, numa cascata de negócios jurídicos envolvendo pessoas e instituições. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras,

manipulação das bolsas, remessas aos paraísos fiscais, etc. c) Finalmente, o dinheiro deve retornar ao normal circuito econômico, dando lugar à chamada «fase da integração». Nesse momento o agente converte o dinheiro «sujo» em capital lícito, adquirindo propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, além de inverter parte do capital na prática de novos delitos.

### 2.3. *Objetividade jurídica: a ordem socioeconômica como bem juridicamente protegido*

É antiga a discussão sobre qual seria a objetividade jurídica do delito de lavagem de capitais<sup>3</sup>, inclusive no Brasil. Contudo, em razão das graves conseqüências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção, etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a «segurança da ordem econômico-financeira». Com a criação de tipos penais especiais direcionados a combater os procedimentos de lavagem de capitais, busca-se fundamentalmente proteger a *normalidade do tráfego jurídico no mundo da economia*. Isso não significa deixar de reconhecer uma pluralidade ofensiva na atividade criminosa destinada a reciclar capitais ilícitos, já que uma série de interesses, inclusive individuais, podem ser atingidos pela criminalidade organizada direcionada à lavagem de dinheiro (como os interesses da administração da Justiça ou o próprio bem jurídico do delito antecedente). Porém, de maneira predominante, ainda que seja evidente a múltipla ofensividade dessas condutas, cremos que a norma está vocacionada a defender interesses globais ou metaindividuais relativos a uma normal ordem econômico-financeira. Esse financiamento ilegal acaba por contaminar a normalidade do contexto econômico e sua fisiologia natural, pois produz uma situação de intensa desigualdade entre os investidores lícitos e aqueles que buscam sua força em capitais de origem ignorada. É criada uma competição desleal e um difuso desconhecimento da realidade de mercado, o que ao final poderá produzir um nefasto efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a normalidade política que dela deriva. É diante desse quadro que se costuma afirmar que a conduta de lavagem de dinheiro atinge *interesses metapessoais ou transindividuais*, e por esse

motivo o *bem juridicamente protegido* não poderia ser outro senão a própria *ordem socioeconômica*.

### 2.4. *Sujeitos do delito*

Em razão de seu perfil basicamente metaindividual, a lavagem de dinheiro volta-se contra interesses coletivos. No sistema da Lei 9.613/98 tais crimes podem ser cometidos por qualquer pessoa, já que o legislador não menciona sujeitos ativos qualificados e não exigiu qualidades especiais ao autor dos delitos. Apenas existe uma menção às circunstâncias nas quais o agente poderá se encontrar, e que importarão no aumento da pena (como, por exemplo, a criminalidade habitual descrita no § 4.º do art. 1.º). Também *não se exige uma efetiva participação do agente nos crimes anteriores mencionados nos incisos I a VII do art. 1.º* (tráfico de entorpecentes, terrorismo, contrabando, extorsão mediante seqüestro, crimes contra a Administração, contra o sistema financeiro, ou praticado por organização criminosa) dada a *autonomia típica* do crime de lavagem de dinheiro. Por tal motivo, o autor do crime de lavagem de dinheiro pode ser uma terceira pessoa, distinta daquela que cometeu o crime precedente gerador das riquezas a serem convertidas em capitais lícitos. Não existe a exigência de que coincidam, na mesma pessoa, a figura do delinqüente anterior e o conseqüente autor do crime de lavagem. Isso ocorre porque o crime de lavagem de dinheiro possui autonomia típica, lesionando bens jurídicos específicos, distanciando-se de mero aperfeiçoamento ou exaurimento de crimes antecedentes, e não constitui uma forma de participação *post-delictum*. Em conseqüência, não é exigida a prova cabal dos delitos antecedentes (sentença penal condenatória), bastando apenas *indícios* da prática das figuras mencionadas nos incs. I a VIII, para que se complete a tipicidade. Para a instauração do processo penal (concretamente, o oferecimento da denúncia) basta a prova indiciária da existência de uma atividade criminosa direcionada aos crimes precedentes elencados no tipo. Resta dizer que em determinadas ocasiões, o próprio autor do crime antecedente poderá vir a cometer um dos crimes previstos na Lei 9.613/98, situação em que teremos verdadeiro concurso material de crimes, em face de diferentes objetividades jurídicas atingidas.

### 2.5. *O objeto material da ação*

O objeto material da ação está definido no próprio *caput* do art. 1.º: são os «bens, direitos ou valores» provenientes, direta ou indiretamente, de determinados crimes anteriores elencados nos incs. I a VIII. É curioso

notar que a lei não faz menção expressa ao «dinheiro» como objeto material da ação. A explicação é simples: o «dinheiro» está incluído na expressão «bens» e na projeção econômico-financeira dos conceitos de direitos e valores. Na verdade, como bem acentuava Bonnet Correa, a expressão «bens» compreende também o «dinheiro» como objeto material da conduta e bem juridicamente qualificado, na medida em que este possui uma generalidade absoluta e uma ultrafungibilidade, por gastar-se mas não consumir-se, por implicar na divisibilidade abstrata das demais coisas, bens e serviços, e por poder desenvolver sua função de equivalência com relação a todo outro bem ou valor patrimonial<sup>4</sup>. Isso está de acordo com a Convenção de Viena estabelece um amplo conceito para o objeto da ação em tais delitos (art. 1, q), ao incluir os ativos de qualquer tipo, corporais ou não, móveis ou imóveis, bens tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que atribuam a propriedade ou outro direito relevante sobre ditos ativos. Na legislação brasileira essa definição é bastante ampla e busca incluir não somente o produto direto de delitos anteriores, como também as sucessivas transformações ou mutações que o dinheiro (ou seus equivalentes) possa vir a sofrer durante o procedimento de lavagem de dinheiro.

## 2.6. Classificação do tipo: tipo alternativo, diferido e de mera atividade

A pluralidade de condutas descritas no *caput* e nos parágrafos do art. 1.º indica a existência de um tipo alternativo incidindo, portanto, o princípio da alternatividade. As múltiplas as condutas que podem conduzir à lavagem de dinheiro estão enumeradas no art. 1.º, de tal sorte que a pena será a mesma ainda que o agente pratique mais de um comportamento proibido. Assim, pouco importa que o autor tenha ocultado valores (*caput*), depois os tenha convertido em ativos lícitos (§ 1.º, inc. I) e ao final os tenha reintroduzido e utilizado no normal circuito econômico (§ 2.º, inc. II): terá praticado um crime único.

Ademais, os tipos da Lei de Lavagem são *comportamentais* e prescindem do resultado para seu aperfeiçoamento. Em razão disso, assemelham-se a crimes de mera atividade, bastando que o autor pratique as condutas mencionadas no tipo (ocultar, dissimular, adquirir, receber, trocar, guardar, utilizar etc.) para que ocorra a consumação do crime. Também, não é exigível a obtenção de um proveito específico ou de um resultado final. A simples ocultação ou dissimulação do dinheiro ou valores já basta para cumprir as exigências típicas

do preceito punitivo, pouco importando a obtenção de vantagens ou o enriquecimento por parte do autor.

Assim como em outros países, o esquema punitivo brasileiro apresenta tipos penais que dependem da comissão de determinados crimes anteriores, razão pela qual podem ser denominados de tipos «diferidos» ou «remetidos». O art. 1.º trata de crimes que fazem menção a delitos anteriores e precedentes, dependendo destes para sua conformação e adequação típica (note-se o *caput* em relação aos seus incs. I a VIII). Atualmente existe uma lista de delitos antecedentes previamente determinados. O artigo 1º traz em seus incisos uma lista fechada, *numerus clausus*, de maneira que somente teremos o crime de lavagem de dinheiro se os valores ocultados ou dissimulados forem provenientes de algum dos delitos descritos nos incisos I a VIII. O que estiver fora de tal rol não constitui precedente típico viável para a configuração de posterior lavagem de capitais. É importante lembrar que a lei foi clara ao definir que a lavagem de dinheiro é um delito relacionado com crimes anteriores, excluindo, portanto, as contravenções. No novo Projeto de Reforma da Lei de Lavagem (que comentaremos adiante) esse rol desaparecerá, contemplando a fórmula genérica de punir a lavagem de dinheiro oriundo de qualquer forma de delito antecedente.

Por fim, os tipos podem ser cometidos tanto por uma ação (conduta positiva) como por omissão (condutas negativas), já que ambas as modalidades podem conduzir ou favorecer o processo de lavagem de dinheiro. Não existem formas culposas. A lavagem somente pode ser punida a título de dolo.

## 2.7. Elemento subjetivo: o dolo

Todos os crimes previstos na lei são *dolosos*. Em momento algum o legislador fez menção a figuras *culposas*, razão pela qual somente será possível o enquadramento de comportamentos onde a consciência da ilicitude esteja patente. Ainda que a culpa seja grave, ou gravíssima, não existirá possibilidade de punir o agente. O autor somente poderá ser responsabilizado se tiver consciência de que está ocultando ou dissimulando dinheiro, bens, direitos ou valores cuja procedência sabe ser relacionada com os crimes previstos nos incs. I a VIII do art. 1. Em todas as operações que realize deve saber, ou ao menos admitir (teoria da representação), que pratica ou concorre para a prática de lavagem de dinheiro. Os tipos admitem tanto o *dolo direto* como o *dolo eventual* (já que a lei não faz restrições quanto ao âmbito da intencionalidade). O *dolo eventual* somente

pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em uma *posição de garante* em relação à evitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro. Para isso é importante consultar o *Regulamento* da Lei e as diretrizes do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

## 2.8. Crimes antecedentes

O art. 1.º menciona os seguintes crimes antecedentes:

**a)** tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins: são os incluídos na Lei nº 11.343 de 26 de agosto de 2006, que trata da prevenção e repressão ao tráfico;

**b)** de terrorismo e seu financiamento: a Constituição Federal trata o terrorismo como um delito hediondo de caráter inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII). Em nosso ordenamento jurídico-penal, a tipificação do terrorismo não se encontra suficientemente delineada, havendo apenas algumas alusões na Lei 7.170, de 14.12.1983 (crimes contra a segurança nacional), e na Lei 8.072, de 25.07.1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Trata-se de um delito de perfil organizado, cuja infra-estrutura operacional requer a movimentação de capitais ilícitos. Além disso, o terrorismo guarda relações com outras formas de criminalidade organizada, razão pela qual foi incluído pelo legislador no elenco do art. 1.º. Enquanto figura penal, ainda é carecedor de tratamento jurídico específico em nosso país por parte do legislador brasileiro. Devemos observar o que foi introduzido pela recente Lei nº 10.701, de 9.7.2003 (surgida na esteira dos atentados terroristas de 11 de setembro nos EUA);

**c)** de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção: este inciso trata especificamente dos crimes descritos no art. 334 do Código Penal e as condutas correspondentes descritas na Lei 7.170, de 14.12.1983 (Lei de Segurança Nacional), fundamentalmente seu art. 12. Segundo os últimos estudos das Nações Unidas, o tráfico de armas proporciona a movimentação de enormes quantidades de dinheiro anualmente. Esse volume de capital ilícito passa pelo circuito econômico, razão pela qual o legislador buscou exercer um controle sobre comportamentos desta natureza;

**d)** de extorsão mediante seqüestro: basicamente o legislador quer evitar que os valores obtidos com a atividade de seqüestros com fins econômicos possam ser utilizados e desfrutados por seus agentes. Enquanto

crime hediondo (art. 1.º, inc. IV, da Lei 8.072/90), a extorsão mediante seqüestro (art. 159, e suas formas, do Código Penal) é mais um delito grave que guarda relação com a lavagem de dinheiro, principalmente se é praticado de forma habitual e organizada;

**e)** contra a Administração Pública: como o legislador não fez restrição alguma, em princípio estarão incluídos os delitos descritos no Título XI do Código Penal (arts. 312 a 359). Contudo, a segunda parte do inciso ressalta a preocupação de controlar a corrupção pública, buscando evitar principalmente que os autores de delitos contra a administração possam lançar mão das ilícitas quantidades de dinheiro obtidas pelo desvio de suas funções;

**f)** contra o sistema financeiro nacional: fundamentalmente são os descritos na Lei 7.492/86, de 16.06.1986, que define uma série de comportamentos ofensivos ao sistema financeiro. A lei de lavagem de dinheiro busca exercer uma tutela sobre a normalidade do sistema financeiro, razão pela qual incluiu no art. 1.º as movimentações ilícitas de dinheiro e valores oriundos de crimes que atingem o mercado financeiro. Foi uma acertada escolha, porém um pouco tímida. O legislador poderia ter incluído outras ordens de delitos afins, como o abuso do poder econômico ou aqueles que atingem a economia popular ou a livre concorrência;

**g)** A lei menciona os crimes praticados por organizações criminosas, numa clara alusão à Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado). Trata-se da única lei específica sobre o tema, que foi fortemente criticada pela doutrina nacional em razão de suas imprecisões e falhas técnicas, mas que passa a guardar estreita relação com a Lei 9.613/98.

**h)** Finalmente, a lei faz referência aos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal).

## 3. Modalidade agravada

A lei prevê uma causa de aumento de pena no § 4.º do art. 1.º, ao determinar que a pena será aumentada de um a dois terços nos casos previstos nos incs. I a VI do *caput*, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosas.

Trata-se da figura da habitualidade criminosas, ou do criminoso habitual, conceito diferente do de crime habitual. O § 4.º, portanto, permite o aumento da pena no caso do agente que se dedica a praticar crimes de lavagem de dinheiro proveniente de algum dos crimes previstos nos incs. I a VI do art. 1.º ou por intermédio

de uma organização criminosa. O parágrafo traz a figura da *reiteração criminosa*, que nada mais é do que uma característica do criminoso chamado «profissional» ou «habitual». Por tal motivo, não estamos diante um crime continuado propriamente dito (art. 71 do Código Penal). Tampouco a lei faz referência e exige uma comunhão de circunstâncias temporais, espaciais e operativas para que se reconheça uma «unidade» fictícia ou real de delitos. Na verdade, o § 4.º trata com maior rigor ainda o criminoso profissional, partindo do patamar de *um terço* e chegando a *dois terços* para o aumento da pena. O dispositivo está reservado, portanto, a situações em que o agente, reiteradamente e de forma habitual, venha se dedicando ao delito.

#### 4. Adoção da delação premiada

O instituto da delação premiada foi adotado pelo legislador no âmbito da lavagem de dinheiro em seu § 5º, do art. 1º. Importante destacar que não se trata apenas de delação premiada (indicar co-autores ou partícipes) para também está prevista a confissão premiada (a revelação do paradeiro e localização do dinheiro oculto ilicitamente).

#### 5. Perspectivas futuras e reforma da Lei de Lavagem de Capitais

A Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil já possui mais de dez anos. Desde diferentes setores (acadêmico, judiciário, financeiro, etc.) existe um consenso de que sua redação merecia ser reformada. Realmente, esta necessidade de adequação legislativa aos tempos que correm é algo evidente. Existem diversas propostas de mudança legislativa em andamento. Algumas estão em avançada fase de tramitação perante o Congresso Nacional (como o PL 3443/2008 e os demais Projetos de Reforma da Lei de Lavagem que foram reunidos pelo Governo) sendo que esta discussão parlamentar está ocorrendo em paralelo com o debate sobre o aprimoramento da Legislação sobre o Crime Organizado (matéria que está a desejar um urgente enfrentamento por parte do Estado brasileiro). Também existem propostas sobre a adoção de uma Lei de Extinção de Domínio e de Reforma, do Regulamento da Lei de Lavagem de Dinheiro. Finalmente, existe uma proposta de incluir um complemento ao artigo 1º da Lei nº 9.913/98 para prever como crime autônomo o *financiamento ao terrorismo*.

Assim descrito o cenário legislativo, cabe dizer que a adoção da Convenção de Palermo e de Mérida pelo Brasil constituiu um importante avanço político-criminal por parte do Brasil. No entanto, seria fundamental

que o referido debate parlamentar fosse concluído com rapidez, para que o país pudesse contar com instrumentos legais mais aperfeiçoados e eficazes para o enfrentamento dessas graves formas delitivas.

**William Terra de Oliveira**

*Promotor de Justiça em São Paulo - Brasil*

#### Notas

1 Nesse sentido GARCÍA-PABLOS, Antonio - in *Estudios penales*, Bosch, 27.02.1984 e *Criminologia, una introducción a sus fundamentos teóricos*, 2. ed., Revista dos Tribunais, Brasil, 1997. No mesmo sentido TIEDEMANN, Klaus - in *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 121 e a Recomendação n. R-81-12 do Conselho Europeu.

2 As principais fontes normativas internacionais sobre a lavagem de dinheiro foram: a Recomendação R-80, do Conselho Europeu, a Convenção de Viena, de dezembro de 1988, a Declaração de Basiléia (Declaração de Princípios do Comitê de Regras e Práticas de Controle das Operações Bancárias, fev. 1988) e suas alterações, a Declaração Conjunta dos sete países mais industrializados (1989), o Convênio do Conselho Europeu (Estrasburgo, 08.11.1990), os informes do GAFI (Recomendações Gerais de 1990), a Convenção da CEE de 1990, a Recomendação da OEA de 1990, o Regulamento Modelo da OEA, as Assembléias das Nações Unidas de Nápoles e Cairo, a XXII Assembléia Geral da OEA, de 18 de maio de 1992, o Programa de Ação Global da ONU de 1993, a Cúpula das Américas, de dezembro de 1994, a Conferência Ministerial sobre Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime, de Buenos Aires, em 02.12.1995, a conferência mundial sobre drogas realizada pela ONU em Nova York, de 8 a 10 de junho de 1998, e todas as subseqüentes reuniões ocorridas no cenário das Nações Unidas, principalmente por causa dos recentes problemas surgidos em razão do terrorismo.

3 Assim: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis - *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

4 Assim, J. Bonet Correa, *El dinero como bien jurídico, Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castan Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969, p. 142-143. Também J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*, Cedccs, *Derecho Penal*, Barcelona, 1996, p. 47.

#### Chile

**Por Felipe Caballero Brun**

**fcb@usal.es**

En el ordenamiento jurídico chileno las tipificaciones específicas para sancionar penalmente el blanqueo de dinero se introdujeron por vez primera en 1995, con el artículo 12 de la entonces vigente y hoy derogada ley N° 19.366 (que sancionaba el tráfico ilícito de drogas). Este

artículo 12 venía a materializar la obligación impuesta por la Convención de Viena de las Naciones Unidas de 1988 a los estados partes para castigar penalmente en su derecho interno el lavado de dinero proveniente del narcotráfico. Por ello los únicos delitos previos (fuente de los bienes ilícitos) que reconocía esta figura eran aquellos vinculados con el ciclo de las drogas ilegales.

Con posterioridad, el año 2003, entró en vigencia — con la ley N° 19.913 (inspirada en las recomendaciones del GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, y del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea)— una normativa específica sobre el lavado de dinero que creó una nueva institucionalidad orgánica administrativa, denominada Unidad de Análisis Financiero (UAF), vinculada al Ministerio de Hacienda y dedicada a la inteligencia financiera para prevenir el lavado de dinero. La ley N° 19.913, por otro lado, también perfeccionó la tipificación penal existente sobre lavado de activos, extendiendo su aplicabilidad objetiva a contextos criminales diversos del mero narcotráfico. A esta normativa particular se le introdujeron algunas reformas el año 2006, por la ley N° 20.119; destacando como relevantes aquellas destinadas a complementar la tipificación penal con normas de derecho administrativo sancionador (actuales artículos 19 a 26 de la ley N° 19.913).

En la configuración del actual artículo 27 de ley N° 19.913 se contemplan dos delitos diversos. En primer lugar se tipifica (en el art. 27.a) la figura de **blanqueo de bienes** que sanciona, con pena privativa de libertad de 5 años y un día a 15 años y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales (aproximadamente de € 10.000.- a € 50.000.-), al *que de cualquier forma oculte o disimule determinados bienes o su origen ilícito, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos que conforman el catálogo*. Y en segundo lugar se tipifica (en el art. 27.b) el delito de **receptación de bienes**, el cual castiga con idénticas penas al *que adquiriera, posea, tenga o use los bienes (provenientes de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos del catálogo), con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito*.

Por su parte el **catálogo** de los delitos previos (o fuente de los bienes ilícitos) se construye a partir de un sistema de *numerus clausus*, conformado *por hechos* que han de ser punibles —en el extranjero o en Chile— bajo los siguientes títulos de incriminación: delitos de tráfico de drogas (ley N° 20.000), delitos terroristas (ley N° 18.314), tráfico de armas (ley N° 17.798), delitos bursátiles (ley N° 18.045), delitos bancarios (Ley General de Bancos), delitos de prevaricación, delitos de fraude

al fisco, delitos de malversación de caudales públicos, delitos de cohecho, secuestro, sustracción de menores, corrupción de menores (art. 366 quater CP), promoción de la prostitución infantil (art. 367 CP), tráfico de migrantes (art. 411 bis CP) y trata de personas para ejercer la prostitución, someterlas a esclavitud o a extracción de órganos (arts. 411 ter a 411 quinquies CP). A su vez la ley 19.913 —en el mismo art. 27— ha zanjado de manera categórica la discusión sobre la prueba del delito previo; estableciendo que el mismo debe consistir en un hecho típico y antijurídico, integrante del catálogo antes descrito y que no requiere sentencia condenatoria previa, pudiendo acreditarse en el mismo proceso que se substancia para conocer y juzgar el delito de *blanqueo/receptación*.

En cuanto al sujeto activo no hay limitaciones de ningún tipo, salvo las que pudieren surgir de la modalidad culposa del **blanqueo de bienes**, en relación con las personas naturales o jurídicas señaladas en el art. 3 de la ley N° 19.913 (ver *infra*). Expresamente la ley 19.913 —en el art. 27— ha resuelto a favor de la doble sanción el problema de quien, habiendo participado, como autor o cómplice, en el delito previo (o fuente de los bienes ilícitos), interviene además en las figuras de **blanqueo o receptación** posterior. Sin duda que frente a esta previsión legal sólo queda para la doctrina y jurisprudencia definir el régimen de acumulación (jurídica o material) de las sanciones que debería operar en el juzgamiento de ambos hechos. Y para ello es menester resolver —al amparo del art. 351 CPP (regla de acumulación jurídica)— la cuestión nada simple relativa a si entre el *delito previo* y el *delito de blanqueo/receptación* existe o no identidad de bien jurídico.

En lo que atañe a la tipicidad subjetiva, el **blanqueo de bienes** (del art. 27.a) puede ser cometido por dolo directo, el cual está referido al conocimiento de la ilicitud originaria de los bienes. Pero también el **blanqueo de bienes** (del art. 27.a) puede ser cometido por culpa (y rebajarse la pena en dos grados) en los supuestos en que el sujeto activo desconoce por *negligencia inexcusable* el origen ilícito de los bienes. La constatación o descarte de esta *negligencia inexcusable* está directamente vinculada con la existencia de deberes legales positivos de informar operaciones sospechosas (a la UAF), los que de cumplirse de buena fe y de conformidad a la ley eximen de toda responsabilidad a quienes entregan la información. A su vez las operaciones sospechosas están definidas en el inciso segundo del art. 3 de la ley 19.913 como *«todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o ca-*

rente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada» y la obligación legal de informar las mismas recae en los sujetos especiales señalados en el art. 3 de la ley N° 19.913 (entre otros bancos, empresas de factoraje y securitización, administradoras de fondos de inversión, casas de cambio, emisoras y operadoras de tarjetas de crédito, empresas de transferencia y transporte de valores y dinero, bolsas de comercio, los corredores de bolsa, los agentes de valores, las compañías de seguros, los administradores de fondos mutuos, los operadores de mercados de futuro y de opciones, las zonas francas; los casinos, salas de juegos e hipódromos y los agentes de aduana). El delito de **receptación de bienes** (del art. 27.b) —por expresa disposición legal— no admite la comisión culposa, quedando acotada su tipicidad subjetiva únicamente al dolo directo, que debe ir además acompañado del ánimo de lucro.

Por último es de relevancia destacar que —desde la vigencia de la ley N° 20.393 (02/12/2009) que estableció un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile— los delitos de **blanqueo/receptación de bienes** del art. 27 de la ley N° 19.913 constituyen (del mismo modo que los delitos de financiamiento del terrorismo, de soborno de funcionario nacional y de soborno de funcionario internacional) uno de los presupuestos típicos que posibilitan la atribución legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## Colombia

### Álvaro Orlando Pérez Pinzón

El artículo 323 del Código Penal Colombiano (Ley 599 del 2000) define el delito de lavado de activos de la siguiente manera, con las modificaciones que le han hecho las Leyes 747 del 2002 y 1121 del 2006:

«El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscien-

tos cincuenta (650) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional».

El artículo 324 del mismo Código incrementa aún más las sanciones, así: de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta sea desarrollada por personas que pertenezcan a una persona jurídica, a una sociedad o a una organización dedicada al lavado de activos; y de la mitad a las tres cuartas partes cuando sean cometidas por los jefes, administradores o encargados de esas personas jurídicas, sociedades u organizaciones.

Dentro de las principales características de esta normativa, podemos señalar las siguientes.

*Una.* Forma parte del Título X del Libro II del Código Penal, es decir, es un delito contra el orden económico social. Concretamente, es la primera tipificación que se hace en el Capítulo Quinto de ese título, denominado «Del lavado de activos».

*Dos.* Fenómenos delictivos aledaños, conformantes del mismo Capítulo Quinto, son la «Omisión de control» (artículo 325, con la modificación del artículo 3° de la Ley 1357 del 2009), la «Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo» (artículo 325 A, con la adición que le hizo la Ley 1357 de del 2009), el «Testaferrato» (artículo 326, adicionado por el artículo 7° de la Ley 733 del 2002) y el «Enriquecimiento ilícito de particulares» (artículo 329).

*Tres.* Es uno de los delitos más sometidos a los movimientos, a los vaivenes, a las coyunturas económicas del país. Por eso tanta legislación continuada. Por ejemplo, la siguiente lista, que no es exhaustiva sino meramente ejemplificativa: el Código Penal de 1980 (receptación-encubrimiento), la Ley 190 de 1991, el Decreto 1730 de 1991, el Decreto 663 de 1993, la Ley 365 de 1997, la Ley 599 del 2000, y las Leyes 742 del 2002, 1121 del 2006 y 1357 del 2009 (omisión de control y de reportes).

Si se leen esas disposiciones se percibe con absoluta nitidez que es una legislación básicamente represiva, que incrementa penas y que busca, por todos lados, criminalizar todos los comportamientos más o menos aproximados al «lavado» o «blanqueo» en sí.

*Cuatro.* Para justificar o dar fundamento a la criminalización del «blanqueo», en nuestros albores legislativos sobre el punto se han seguido las directrices que más o menos han servido de guía a la mayoría de los países en los últimos años:

a. La Recomendación R.N. (80) 10, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 27 de junio de 1980, centrada en las «Medidas contra la transferencia y la custodia de fondos de origen criminal». Es una de las primeras iniciativas en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales, a nivel de cooperación internacional. Se concluía en aquella ocasión que «el sistema bancario puede desarrollar un rol preventivo extremadamente eficaz y que, al mismo tiempo, la cooperación de los bancos puede ser de auxilio, en la ejecución de tales actos criminosos, para la autoridad judicial y de policía».

b. La «Declaración de principios del Comité para la reglamentación bancaria y las prácticas de vigilancia de Basilea sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para fines de reciclaje de fondos derivados de actividades ilegales». El 12 de diciembre de 1988, los representantes de la banca de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Suiza, Reino Unido, EE. UU. y Luxemburgo (Grupo de los Diez —o de los Once—), se reunieron y tras dialogar sobre el tema sentaron estos cinco principios: i) Reforzar las medidas de vigilancia contra la utilización con fines criminosos del sistema de pago, y adoptar medidas preventivas de salvaguardia para colaborar con la represión de dicho reciclaje. ii) «Averiguar y comprobar la verdadera identidad de todos los clientes que les requieran sus servicios», para asegurar que el sistema financiero no sea utilizado como canal para fondos de origen criminal.

iii) Asegurar que las operaciones sean llevadas a cabo de conformidad con rigurosos principios éticos y respetando las leyes y reglamentaciones concernientes a las operaciones financieras. Como de alguna manera los bancos pueden saber si la operación deriva de una actividad ilícita, no deben estar dispuestos a ofrecer sus propios servicios o a proveer asistencia activa en operaciones que consideren que están vinculadas a actividades de reciclaje de fondos ilícitos. iv) Evitar la prestación de apoyo o asistencia a clientes que buscan engañar a las autoridades proporcionando información

alterada, incompleta o improcedente. Cuando el banco presume que el dinero depositado deriva de actividades ilícitas o que las operaciones efectuadas tienen finalidad criminosa, deben abstenerse de prestar asistencia, y rechazarla, interrumpir las relaciones con el cliente y cerrar o congelar sus cuentas. v) Adoptar políticas coherentes, informar a todo el personal de la banca el contenido de la declaración, establecer el procedimiento para la identificación de la clientela, ampliar la organización de los controles internos, y conservar la documentación interna relativa a las operaciones.

c. Las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera («Gafi») sobre el blanqueo de capitales, emitidas por esta organización creada en julio de 1989 en la cumbre de París y en la que participaron quince (15) países. De ellas, importa recordar la «identificación del cliente», el refuerzo de los controles internos por parte de las entidades financieras, la capacitación de los empleados bancarios, la necesidad de cooperación internacional y el estímulo por la denuncia de negociaciones «sospechosas».

d. La Directiva del 23 de marzo de 1990, del Consejo de Europa, por la cual se incrimina el lavado de dinero y se impone a los bancos la obligación de informar ciertas operaciones, y que extiende el concepto de lavado de dinero a todos los fondos provenientes de delitos mayores y del terrorismo.

e. La Directiva del 10 de julio de 1991, del Consejo de las comunidades europeas, «relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales», hecha en Luxemburgo. De este documento importa resaltar especialmente: i) el reconocimiento de que el blanqueo de capitales puede poner seriamente en peligro tanto la solidez como la credibilidad en el sistema financiero, con lo cual se ocasiona pérdida de confianza dentro del público. ii) La observación del blanqueo de capitales como influyente de manera manifiesta en el aumento de la delincuencia organizada. iii) La claridad en cuanto a la estrategia de lucha contra el blanqueo no debe limitarse exclusivamente al enfoque penal. El sistema financiero puede desempeñar una función eficaz, si, por ejemplo, sigue las recomendaciones del Consejo de Europa del 27 de junio de 1980, y las de Basilea, textos de trascendencia en el ámbito preventivo. iv) La admisión de que el blanqueo no afecta solamente el producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también lo relacionado con otras actividades criminales, vgr. la organizada y el terrorismo. Por tanto, las recomendaciones deben ser ampliadas a otras actividades cuando puedan dar lugar a operaciones de lavado de dinero. v) El concepto

de blanqueo a partir del conocimiento que se tenga de la procedencia ilícita de los bienes y, por tanto, tipicidad dolosa. vi) El énfasis en la necesidad del «conocimiento del cliente» y, eventualmente, de las personas a nombre de las cuales éste actúa. vii) La conservación de los documentos relacionados con las transacciones, por un periodo mínimo de cinco (5) años. viii) La disposición plena para que los directivos y empleados de las entidades financieras colaboren con las autoridades, comunicando por su propia iniciativa sobre cualquier hecho que pueda configurar un «indicio de operación de lavado de dinero», facilitándoles toda la información necesaria, y absteniéndose de dar a conocer las comunicaciones e informaciones a las personas afectadas, y a terceros. ix) El establecimiento de procedimientos adecuados de control interno y de comunicación con el fin de prevenir e impedir la realización de operaciones vinculadas con el lavado de dinero.

f. Las Recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el abuso de las drogas («Cicad»), de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), adoptadas en marzo de 1992 por la Organización. Fundamentalmente se orientan a facilitar la «identificación del cliente», al embargo y decomiso de bienes, a la guarda de los documentos correspondientes al negocio durante cinco (5) años, al intercambio de información aún por encima del secreto bancario, al refuerzo de la «policía financiera» y a la obligación de informar a las autoridades todas las transacciones «sospechosas».

g. Las medidas contra el lavado de dinero en los «Acuerdos sobre servicios financieros en el marco del Grupo Andino y el Grupo de los Tres, G-3». Una constante en los Acuerdos entre los países andinos y especialmente en el G-3 ha sido el propósito de impulsar la creación de un «Centro Regional Andino de coordinación e información para la lucha contra el narcotráfico», con el objeto de intercambiar conocimientos y coordinar acciones para que los esfuerzos contra el tráfico de drogas, que se adelantan en cada país, sean más eficaces. Las medidas contra el lavado de capitales están dirigidas a prevenir las transferencias y legitimación de activos permanentes del tráfico de droga, mediante el establecimiento de controles preventivos administrativos y tributarios a nivel de instituciones financieras, con el fin de llevar a cabo un seguimiento de capitales de dudosa procedencia. Así se desprende de alguna documentación del Acuerdo de Cartagena: «Declaración de Galápagos»: «Compromiso andino de paz, seguridad y cooperación. Ecuador, 16/7 de diciembre de 1989; «Acta de Caracas», del 20 de mayo de 1991; el documento emitido en la reunión de ciu-

dad de México, el 22 de noviembre de 1990 (G-3), y la «Declaración de los presidentes de Colombia, México y Venezuela en Guadalajara», del 17 de julio de 1991.

h. La denominada «Convención de Viena», o «Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas», suscrita en esa ciudad el 20 de diciembre de 1988, aprobada en Colombia por la ley 67 del 23 de agosto de 1993.

*Cinco.* Más específicamente, ya frente a la legislación estrictamente penal, cuando se iniciaba la represión del comportamiento estudiado, y posteriormente, se aducían las siguientes razones para hacerlo:

a. La necesidad de distinguir la «receptación» (artículo 177 del Código Penal de 1980) del «lavado de activos», pues resultaba injusto que con base en la primera de ellas se sancionara de manera semejante a los autores de delitos comunes y a los autores de delitos graves. Se comenzó entonces a perfilar el «lavado» con el artículo 31 de la Ley 190 de 1995 («Estatuto Anticorrupción»), que mostró su rostro ya con la Ley 365 de 1997. Y a partir de allí, como indicábamos anteriormente, se volvió «normal» hablar del «delito de lavado de activos» y aumentar sus sanciones más o menos seguidamente.

b. La necesidad de buscar la posibilidad de concurrencia delictiva entre el delito «base» y el «lavado», pues la misma redacción de la Ley Penal la impedía toda vez que enunciaba la conducta pero anteponía la subsidiariedad expresa: el que fuera de los casos de concurso de delitos; el que sin haber tomado parte en...etc. No era posible, entonces, por ejemplo, el concurso entre el tráfico de estupefacientes, la extorsión o el secuestro extorsivo, y el «lavado», pues la doctrina tradicional de Colombia, de acuerdo con la historia de sus normas penales y en virtud del derecho comparado, consideraba que el autor de receptación debería hallarse totalmente desvinculado del hecho punible que lo precedía. Para evitar esta interpretación, que obstaculizaba la imposición de penas bastante altas, se hacía menester un cambio en la estructura de los tipos penales, cambio que permitiría el acceso al concurso de delitos.

c. La necesidad de variar el bien jurídico. El artículo 177, tanto en su forma original como en las modificadas, describía una conducta que afectaba el interés jurídico «administración de justicia». Se quería, preferencialmente, que el bien jurídico fuera el orden económico-social.

d. El ánimo de contrarrestar el «lavado» acudiendo también a sanciones pecuniarias y a afectaciones de

los bienes, por ejemplo, por medio multas severas al lado de la prisión, la conversión de multa en arresto, el comiso o decomiso, la extinción del derecho de dominio, y, en caso de condena, la indemnización de daños y perjuicios.

e. El propósito de perseguir el «lavado» con fortaleza, por ejemplo, previendo que en aquellos casos en que el delito «base» se cometa total o parcialmente en el exterior, las penas por el «blanqueo» sean aplicables a quien las desarrolle en Colombia.

f. La finalidad de actuar con mucho rigor cuando el «lavado» sea cometido por miembros de personas jurídicas, sociedades u organizaciones dedicadas al «blanqueo», y cuando los hechos sean cometidos por los jefes, administradores o encargados de ellas.

g. La necesidad de conseguir un trascendental e inaplazable objetivo: recobrar el poder intimidatorio de la pena para los miembros de las organizaciones criminales.

h. Atacar especialmente a las «mañas» del narcotráfico y, primero que todo, a sus grandes «capos».

i. Al adecuar las penas al daño social causado, el delito deja de ser una actividad rentable, se cumple con la función disuasiva de la norma y se restituye a la ley y a la pena su carácter motivador.

j. Querer cambiar la concepción que tradicionalmente se tiene del «determinador» en atención a que resulta de mayor gravedad y reproche la conducta de quien insta, financia, encabeza o constituye las asociaciones delictivas.

k. Por supuesto, ponerse a tono con el derecho comparado, y con las recomendaciones, directrices, pactos y sugerencias foráneas.

*Seis.* El delito *origen, base, fuente* o *subyacente*, por ejemplo, el tráfico de drogas, de armas, o el secuestro extorsivo, debe estar probado, bien porque exista una sentencia condenatoria, bien porque de las piezas que componen las diligencias judiciales por el «lavado» se desprenda, se infiera, se detecte la comisión del hecho precedente.

*Siete.* El bien jurídico es «doble»: el orden económico-social. Por consiguiente, es menester demostrar tanto el daño al «orden económico» como el daño al «orden social».

*Ocho.* En la mayoría de los supuestos «alternativos» previstos por la ley, el «delito» es permanente, por ejemplo, durante todo el tiempo en que se administra, se resguarda, se transporta, se oculta, se encubre, etc.

*Nueve.* El lavado puede concurrir con otro delito. Así resulta de la «historia del tipo» y, sobre todo, de

su misma redacción: desplegar cualquiera de los comportamientos señalados, implica pena «por esa sola conducta».

*Diez.* Tradicionalmente, las medidas procesales en Colombia han sido drásticas para este delito: «Justicia Regional», o «Sin Rostro»; Tribunal Nacional; «Jueces Especializados»; actuación de oficio; negación de mecanismos liberatorios; Unidades Especiales de la Fiscalía para la investigación; orden perentoria de captura y de detención preventiva; improcedencia de la sustitución de detención preventiva por domiciliaria; limitaciones a los acuerdos y preacuerdos cuando se incrementa el patrimonio consecuencia del «lavado»; etc.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Bernate Ochoa, Francisco, *Estudios de derecho penal económico*, Bogotá, Ibáñez, 2006, páginas 109 a 155.
- Guerrero Matéus, María Fernanda. *Regulaciones, convenciones y acuerdos en materia de lavado de capitales ilícitos: una muestra comparativa*. Bogotá, Banco Popular, Gerencia de Capacitación, 1994.
- Guerrero Matéus, María Fernanda. *Análisis comparativo de las regulaciones, convenciones y acuerdo en materia de movimiento ilícito de capitales*. En B. J., Boletín Jurídico Financiero. Revista de la Asociación Bancaria de Colombia. No. 695, 16 de octubre de 1992. Bogotá.
- Hernández Quintero, Hernando A, «Aspectos básicos del delito de lavado de activos», en Adán Nieto Martín y Omar A. Mejía Patiño (Coords. académicos), *Estudios de derecho penal económico*, Universidades de Ibagué y de Castilla La Mancha, 2009, páginas 329 a 356.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Los principios del derecho penal y el derecho penal económico, en Adán Nieto Martín y Omar A. Mejía Patiño (Coords. académicos), *Estudios de derecho penal económico*, Universidades de Ibagué y de Castilla La Mancha, 2009, páginas 27 a 97.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *Todo sobre el código penal. tomo I. Notas y comentarios*. Lima, Idemsa, 1996.
- Presidencia de la República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. *Por los derechos de la gente. Tomo I. Legislación Social*. Bogotá, 1998, Imprenta Nacional de Colombia.
- Revista *Criterio y Justicia Penal. Otra visión*. Nos. 5 y 6.

## Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

### 1. Aspectos legales

El artículo 69 de la llamada «Ley de Psicotrópicos» (8204 de 11 de enero de 2002) tipifica el delito de Legitimación de Capitales, disponiendo a la letra:

«Será sancionado con pena de prisión de ocho a veinte años:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito o para ayudar, a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito grave.

La pena será de diez a veinte años de prisión cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores o sustancias químicas esenciales y delitos conexos».

De interés para el tema tratado resulta también la cita de los numerales 83 y 87 del mismo cuerpo legal que hacen referencia al destino que tendrían aquellos bienes que serían constitutivos de la figura en estudio:

«**Decomiso.** Artículo 83.- Todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, serán decomisados preventivamente por la autoridad competente que conozca de la causa; lo mismo procederá respecto de las acciones, los aportes de capital y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos.

Los terceros interesados que cumplan los presupuestos del artículo 94 de esta Ley {buena fe}, tendrán tres meses de plazo, a partir de las comunicaciones mencionadas en los artículos 84 y 90 de la presente Ley, para reclamar los bienes y objetos decomisados, plazo en el cual deberán satisfacer los requisitos legales que se exijan, para cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores...».

«**Comiso.** Artículo 87.- Si, en sentencia firme, se ordena el comiso a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas de los bienes muebles e inmuebles, así como de los valores o el dinero en efectivo mencionados en los artículos anteriores, el Instituto podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos...».

En la aplicación cotidiana de esta legislación y sobre la base de una revisión jurisprudencial de las instancias

de casación, se observa que las principales discusiones legales que se originan se relacionan en un primer aspecto con el tema de la prueba a partir de la cual se puede acreditar la ejecución de la mencionada figura delictiva.

Ha reconocido la jurisprudencia la dificultad de obtener prueba directa de que determinados bienes o valores provengan de actividades ilegales, supliendo dicha imposibilidad dentro de un sistema valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica — como es el nuestro— con la concatenación de pruebas indirectas (indicios) que sean unívocos y suficientes en el contexto del caso concreto. Así por ejemplo criterios como la cantidad de dinero movilizada, el método de movilización, la forma de custodia o almacenamiento de objetos y bienes, la utilización del nombre y amparo jurídico de personas jurídicas sin un efectivo giro comercial, la coincidencia entre fuertes depósitos o ingresos de dinero con viajes fuera del país, la inmediata transferencia de sumas ingresadas en una determinada cuenta a bancos fuera de las fronteras nacionales, etc. han sido legitimados como parámetros correctos para concluir en la existencia de una actividad de lavado de dólares.

Otro tema sobre el que ha versado la discusión en el foro nacional ha sido, partiendo del reconocimiento de que el delito en cuestión no es sino una forma de encubrimiento, el de determinar si el autor del hecho principal —que en este caso entonces vendría a ser la figura respectiva relacionada con el delito grave— puede asimismo ser inculcado por la legitimación del capital que proviene de aquel hecho principal.

Mayoritariamente se ha sostenido que no existe ninguna razón para considerar que quien sea vinculado con la actividad ilícita de la cual provengan los bienes a ser «blanqueados» no pueda ser también sindicado por ese blanqueo. Para sostener esto se realiza una interpretación gramatical del antes transcrito artículo 69 así como una comparación de la legislación nacional en cuanto a otros tipos de encubrimiento como la receptación, para concluir en que cuando el legislador quiso excluir al autor del hecho principal de la posible comisión del hecho subsidiario lo dijo expresamente. Se apoya asimismo esta posición en las consideraciones que la doctrina existente al respecto sostiene.

Por su parte la posición minoritaria disidente se sostiene sobre la base de varios argumentos como son: que el autoencubrimiento es impune, que el lavado de dólares no sería sino una actuación típica de la fase de agotamiento del delito principal que produce los bienes que se trata de ocultar y que por lo tanto queda cobijada dentro

de esa misma figura, y que una interpretación histórica y sistemática de la legislación costarricense apunta en el sentido de que el conocimiento que de la ilicitud principal —elemento del tipo penal del lavado de dólares— tenga el autor del hecho debe ser un conocimiento adquirido y no derivado de la propia conducta.

Otro tema que ha sido de recurrente análisis en la labor de las instancias de casación (tribunales que son los que sientan la jurisprudencia) en torno a la figura que nos ocupa es la del comiso de aquellos bienes y valores que se considera proviene de la actividad ilícita y que serían justamente los que pretendieron blanquearse o aquellos que fueron adquiridos como modo de blanqueo de las ganancias ilícitas. Específicamente el desarrollo del tema a nivel jurisprudencial ha tenido que ver con los problemas de fundamentación de las sentencias de instancia y con el respeto al debido proceso en tratándose de la eventual participación de terceras personas de buena fe.

En cuanto a lo primero no ha sido infrecuente que a nivel de juicio los jueces de manera casi automática ordenen el comiso de la mayoría o la totalidad de aquellos bienes que la fiscalía incluye en su acusación como producto de un negocio ilícito o adquiridos con la finalidad de ocultar las ganancias provenientes de esos negocios. En ese sentido casación ha señalado como vicios la carencia de análisis sobre la procedencia de los bienes, la falta de rigurosidad en cuanto a la existencia de pruebas fehacientes sobre el origen de aquellos y la ausencia de razonamientos válidos para justificar el comiso.

En cuanto al tema de terceros de buena fe jurisprudencialmente se ha subsanado el vacío de la ley en cuanto a la inexistencia de un procedimiento para que los mismos puedan hacer valer sus derechos. Estaría entendiéndose por terceros de buena fe aquellas personas que sin resultar acusados del delito principal o del delito de encubrimiento (lavado de dólares), tienen en su poder o a cuyo nombre aparecen bienes que pretenden ser sometidos al comiso por vincularseles con un negocio ilícito.

De acuerdo con las resoluciones de la instancia de casación estos terceros han podido comparecer tanto en las fases de investigación, intermedia y de juicio como incluso en la fase recursiva del proceso penal para defender sus derechos como un actor procesal más, diferente a las figuras procesalmente reconocidas como son las de querellante, actor civil, demandado civil o imputado; defensa de sus derechos que consiste en demostrar la procedencia lícita de los bienes y valores, su desconocimiento de la vinculación con actividades ilegales, etc.

## 2. Aspectos criminológicos

Un primer aspecto a considerar desde una perspectiva de orden criminológico es el hecho de que si bien es cierto la figura del lavado de dólares según la propia descripción legal, podría aplicarse en tratándose de bienes procedentes de una cierta variedad de acciones delictivas (extorsiones, secuestros extorsivos, defraudaciones, trata de personas, etc.) que calzan con la definición de delito grave lo cierto es que en nuestra realidad su aplicación ha estado ligada al narcotráfico como delito principal.

En efecto, el criterio para definir lo que se entiende por delito grave lo es el quantum de pena estipulado por la ley para determinada figura con lo que se podrían cobijar varias de las tipificaciones legales contenidas en el Código Penal costarricense; y de igual forma existen varias figuras delictivas como las antes señaladas cuya dinámica permite pensar en la producción y acumulación de capital que deberá luego ser disimulado u ocultado.

Sin embargo la preeminencia que en la conflictividad mundial actual tiene el trasiego ilícito de drogas así como la orientación que la política de persecución criminal nacional tiene en cuanto al tema de la delincuencia organizada, conduce a este nexo que se identifica en la práctica forense.

Lo dicho en este último párrafo nos lleva a lo que sería otro de los rasgos a tomar en cuenta desde la reflexión sociológica del derecho penal (criminología) y que ya lo hemos hecho notar en otros reportes relacionados con el tema del narcotráfico. En esta materia para la región latinoamericana las directrices y líneas de actuación se encuentran prácticamente configuradas por el interés geopolítico que el tema del trasiego de drogas tiene para los Estados Unidos.

A través de conferencias y encuentros internacionales, programas de capacitación y concesión de recursos logísticos, política exterior de «certificación» de los países en su lucha contra el narcotráfico y ejercicio de influencias diplomáticas y políticas, el gobierno de los Estados Unidos se encarga de asegurarse que sus necesidades de persecución del tráfico de drogas sean cubiertas por los países de la región de lo cual puede ser un reflejo la identificación que en la práctica existe entre lavado de dólares y actividades del narcotráfico (no es casual que la tipificación de la legitimación de capitales se encuentre dentro de la Ley de Psicotrópicos).

Finalmente hemos de señalar un rasgo más de la realidad de la figura en análisis. Las políticas administrativas financieras o contables diseñadas para ejercer controles sobre el ingreso y manejo de divisas con la

finalidad precisamente de tratar de detectar actividades de blanqueo de dinero, obligan a personas físicas y jurídicas a cumplir con declaraciones especiales en caso de movimientos de dinero que sobrepasen los diez mil dólares.

Con el objetivo de burlar estos controles las organizaciones delictivas han tenido que echar mano de la estrategia de reclutar o utilizar a una pluralidad de personas para realizar movimientos económicos por debajo de aquella cifra, dando origen a lo que policialmente se ha conocido como el «ejército de los pitufos» aludiendo así por la vía de la imagen de unos personajes de un dibujo animado de muy poca estatura a una labor que siendo imprescindible para la organización es realizada por individuos de poca importancia (estatura) dentro del escalafón de la empresa y que movilizan sumas pequeñas de valores en comparación con la totalidad de los beneficios que aquella recibe.

Por esta vía una vez más la persecución penal viene a recaer con mayor dificultad en individuos de rango jerárquico y viene a seleccionarse una vez más a personas de estratos más bajos de la población.

## Honduras

**Dra. Angie Andrea Arce Acuña**  
*Costa Rica*

### I. Introducción

El lavado de dinero consiste básicamente en el proceso mediante el cual el dinero «sucio» se convierte en «limpio». Buscando mantener recursos procedentes de actividades ilícitas, conservando en la medida de lo posible el valor de los activos adquiridos. Todo esto ya que los lavadores de dinero en el caso de América Latina buscan «limpiar» los fondos debido a dos problemas fundamentales que son el seguimiento del dinero sucio que puede convertirse en un prueba en contra de los perpetrados delitos y en segundo lugar que el dinero en si puede ser objeto de investigaciones y acciones basadas en las disposiciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU 2000):

El tema del lavado de dinero se ha convertido en un estudio y flagelo mundial; causando serios problemas sociales y a la economía de los países que lo padecen.

El dinero proveniente del lavador se ha comprobado que es utilizado no solo para incrementar el capital de este, sino también para cubrir gastos de financiamiento de actos terroristas:

Tradicionalmente se apuntaba a que el lavado de dinero en América Latina estaba vinculado al tráfico de drogas y al financiamiento terrorista, representándose variables de acuerdo a la estructura de cada región.

El once de setiembre de dos mil once la concepción del lavado de dinero cambio en el mundo entero; debido al atentado terrorista en Nueva York Estados Unidos, siendo que se evidencia la magnitud del problema a la hora de financiar un atentado terrorista. Siendo que debía darse una respuesta mas inmediata a la regulación internacional para combatir el lavado y obstaculizar de alguna manera el financiamiento.

Esta situación ha llevado a distintos países a regular de forma más estricta estos temas, profundizando en el seguimiento y control de transacciones económicas de dudoso origen.

El lavado de dinero tiene en el mundo directa relación con la lucha contra la corrupción y la exigencia de mayor transparencia en la gestión pública; estos tres conceptos corrupción transparencia en la gestión pública y lavado de dinero, constituyen el decálogo del buen gobierno de fin de siglo.

Por supuesto Honduras no se ha hecho esperar y ha tenido que entrar a regular este tema de forma más adecuada.

### II. El Lavado de Dinero en Honduras

Honduras no se ha visto eximida del problema de lavado de dinero y legitimación de activos, de hecho la gravedad del problema ha llevado a que se regule de una forma más estricta este tipo de delitos. Existen varias maneras de que se lava el dinero producto del narcotráfico en su mayoría en este país por ejemplo el «Entramado Empresarial», una modalidad de lavado de activos del narcotráfico, estaría moviendo unos 12,000 millones de dólares al año en Honduras y otros países de Centroamérica, en un creciente auge de la utilización del territorio nacional por los cárteles.

El dinero procedente del narcotráfico está siendo introducido a Honduras en maleta de equipaje.

El «Entramado» es una organización de varias empresas con apariencia legal que invierten en joyerías, casinos, casas de cambio, proyectos habitacionales, edificios de apartamentos y proyectos de organizaciones no gubernamentales, para el lavado de dinero.

Autoridades hondureñas han incautado desde mayo de dos mil diez unos 5 millones de dólares a personas que transportan dinero en efectivo hacia Panamá y posteriormente a Sudamérica y que han sido contratadas por narcotraficantes pagándoles unos 10 mil dólares por cada viaje.

Otra forma de distraer el dinero es atreves de cuentas clonadas, que tienen la ayuda de personal infiltrado en las instituciones bancarias que les ayudan en los depósitos.

La maniobra financiera comenzó hacerse desde un servidor de Internet, ahora se puede hacer desde un celular que tenga la capacidad de mandar y recibir informes de transferencias bancarias.

Pero el dinero no dura en las instituciones bancarias más de 48 horas en los países de paso, porque su principal objetivo es llevarlo destino final donde han hecho la operaciones de compra y venta de drogas, bien sea Venezuela, Colombia, Bolivia, Perú y otros.

Otra forma de lavar el dinero es por las operaciones hormiga que consiste en que el dinero entra a los países en pequeñas cantidades a través de remesas familiares o «mulitas» que llaman «Operación Hormiga» porque poco a poco van sumando grandes cantidades que luego son invertidas en países con poca fiscalización en materia de lavado de activos.

### III. Legislación que regula el lavado de dinero en Honduras

En Honduras la legislación sobre la corrupción y el lavado de dinero es muy escasa y de reciente formulación, no obstante ha existido un esquema tradicionalmente clásico de lucha a contra la corrupción en la Constitución de la República y leyes especiales, mediante las que han creado instituciones pertinentes como La Procuraduría General de la República, La Contraloría General de la República y La Dirección General de Probidad Administrativa.

El combatir las nuevas formas de corrupción en Honduras han determinado la creación de nuevas y modernas instituciones y la formulación de nuevas leyes que hagan posible una lucha eficaz contra las nuevas formas de criminalidad antes nominadas, como la Ley de Creación del Ministerio Público, para romper los esquemas de corrupción.

En cuanto al hecho de combatir el narcotráfico se cuenta desde 1989 con la Ley sobre el uso indebido y tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, así como la Convención de Naciones Unidas con el Tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas de fecha 20 de diciembre de 1988, aprobada por la República de Honduras del 5 de mayo de 1993 mediante el cuál se reformo el capítulo 36 de la ley antes mencionada.

En el año dos mil dos la «Ley Contra el Delito de Lavado de Activos», que sanciona con penas de cárcel la posesión de bienes procedentes del tráfico ilegal de drogas, secuestro, hurto o robo de vehículos, tráfico de

personas y otros delitos. Según prescribe esta Ley, quien «incurra en delito de lavado de activos será sancionado con reclusión de 15 a 20 años siendo penas bastante elevadas las que se promulgaron en este cuerpo normativo.

El delito de lavado de activos será investigado, enjuiciado y sentenciado por los órganos jurisdiccionales como delito autónomo de cualquier otro acto ilícito según se establece en esta ley. Antes de la aprobación de la Ley, una persona involucrada en lavado de activos podía ser sancionada por ese delito, pero únicamente si antes había sido enjuiciada por tráfico ilegal de drogas y había sido encontrada culpable.

Dentro de esta ley se suscriben medidas de carácter precautorio, incautamiento de bienes decomisados, así como comunicación de cuentas sospechosas.

Como antes que lucharan contra el lavado de dinero La Ley crea la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI), dependiente del Ministerio Público (Fiscalía), encargada de velar por la guarda y administración de todos los bienes, productos o instrumentos del delito. También se crea la Unidad de Información Financiera (UIF) que tendrá como objetivos la recepción, análisis y consolidación de información sobre presuntas violaciones a la Ley.

La nueva legislación también faculta a las autoridades para investigar las operaciones financieras sospechosas del lavado mediante intervenciones telefónicas, vigilancia electrónica, el uso de informantes y la protección de testigos.

La nueva ley de Dominio en Honduras pretende poner un fin al lavado de dinero por parte del Narcotráfico, porque esta va a servir para quitarles las propiedades a los narcotraficantes y lo que son los medios para que el narcotraficante y los capos no continúen operando.

La Ley de Privación de Dominio ha permitido al Gobierno Hondureño empezar a hacer un catálogo de propiedades que no concuerdan con el ambiente, donde en zonas muy pobres hay dos o tres casas que tienen mil manzanas de terreno y son hechas de tres a cuatro pisos con un helipuerto.

Siendo que al Estado con esta nueva ley se le a permitir privar del dominio si no demuestran legalmente el origen de su financiamiento y van a ser vendidas para crear instituciones más eficaces en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado.

### IV. Conclusiones

Es de suma importancia el combatir el lavado de dinero y el financiamiento terrorista, ya que estos pueden erosionar la economía de una nación completa, cambiando su

sistema económico al exigir más efectivo que títulos de cambio como cheques, hacer que los intereses y las tasas de cambio sean más variables y volátiles y de esta forma causar una mayor inflación para los criminales que llevaba a cabo sus actividades de lavado de dinero.

Siendo incluso que del movimiento de millones de dólares que se da por motivo de esta actividad ilícita una economía pudiera llegar a la quiebra. De igual forma el lavado de dinero puede provocar la evasión tributaria donde implica la declaración de dinero lícito e ilícito mezclado con el fin de legitimar este último en alguna medida.

Si bien es cierto en Honduras se ha procurado legislar sobre este tema tan importante el reto que queda por delante es grande ya que este problema no se resuelve únicamente con la implementación de leyes sino debe crear una clara conciencia en cada individuo y ciudadano de no ser parte de la corrupción y formas fáciles de acceder al dinero, siendo un cambio social, político y ético el que además de la ley debe promoverse.

## México

**Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga**

*División de Derecho, Política y Gobierno  
Departamento de Derecho  
Universidad de Guanajuato, México*

**Ilse Carolina Torres Ortega**

*Becaria de Investigación*

Como muchos países del mundo, México enfrenta en la actualidad una situación complicada relacionada con el aumento de la inseguridad, la que ha puesto en grave riesgo a la sociedad en su conjunto. El tema del llamado *lavado de dinero*, es uno de esos temas que preocupan a las instancias gubernamentales y que, definitivamente, ha provocado la necesidad de tomar medidas dirigidas a contrarrestar sus efectos.

Los grupos criminales pertenecientes a la denominada delincuencia organizada requieren del aspecto monetario para conservar su poder fáctico y su fortaleza económica no ha pasado desapercibida. Las cifras identificadas por las autoridades correspondientes al dinero utilizado por la delincuencia organizada son, francamente, sorprendentes, aunque no siempre coincidente con los datos aportados. De más está decir que el factor económico y la forma y mecanismos utilizados para su blanqueo, constituyen las fortalezas del crimen organizado. En este sentido, el interés del gobierno mexicano, por tanto, no sólo se está enfocando en evi-

tar la concentración de grandes cantidades de recursos obtenidos bajo medios ilícitos, sino que se pretende con igual magnitud la legitimación de su existencia, la protección de la economía del país, la consolidación fiscal y la eficacia de las instituciones creadas para guiar las finanzas públicas y de los gobernados.

## MARCO JURÍDICO ACTUAL EN MÉXICO: REFERENCIA MÍNIMA

Recientemente se ha propuesto en la normatividad una Ley específica sobre este fenómeno, por lo que debe tenerse en consideración que la problemática se ha encontrado dispersa en diversos instrumentos legales, dada también la amplitud de la problemática.

## LEY FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. Algunos aspectos relevantes de la misma

El Presidente de la República presentó el 26 de agosto de 2010 la iniciativa de decreto de expedición de la **Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo**, en consonancia con una serie de políticas y de acciones para que el Estado Mexicano se encuentre en reales posibilidades de contrarrestar la delincuencia. Dicha iniciativa fue aprobada por unanimidad por el Senado, mismo que consideró más conveniente el nombre de: **Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita**. Actualmente, se encuentra pendiente la aprobación de la Cámara de Diputados. El Senado reconoció diversas iniciativas que anteriormente habían sido puestas a estudio por algunos grupos parlamentarios y resultado de su dictaminación, se realizaron algunas correcciones buscando atenuar determinadas propuestas y buscando también la inclusión ciudadana dentro de la materia. Se amplió el objeto de la ley para que abarcara el tema de la integridad de la economía nacional y del sistema financiero, y se limitó la propuesta inicial de incluir el delito de financiamiento al terrorismo.

El objeto de dicha Ley consiste en:

**Artículo 2.-** *El objeto de esta Ley es establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines:*

*1. Establecer los elementos para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructu-*

ras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento, y

*II. Proteger el sistema financiero y la economía nacional.*

Para cumplir con el objeto planteado, se le otorga un papel sustancial a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ya que como autoridad financiera, será la competente para recibir y requerir la información, documentos, datos e imágenes solicitadas por ésta Ley, así como de requerir la comparecencia de presuntos infractores y realizar visitas de verificación; sin embargo, con un ánimo de protección, se limitará el destino de la información generada, ya que ésta se utilizará únicamente para cumplir el objetivo de la Ley, y no se ampliará a un objetivo recaudatorio. La Secretaría deberá coordinarse con diversas autoridades para obtener resultados integrales.

Entre lo más sobresaliente del instrumento mencionado, se encuentra la elaboración de un catálogo de «**Actividades Vulnerables**», en el sentido de considerárseles justamente vulnerables a ligarse en esbozos de lavado de dinero. Las entidades financieras que encuadren en dicho catálogo tendrán obligaciones específicas como la de presentar avisos con información sobre sus clientes y sus actividades. En la misma tesitura, la Ley pretende limitar la forma de pago, prohibiendo la utilización de efectivo y de metales en supuestos fijados por la misma. Se establecieron consecuentemente diversas sanciones administrativas para su incumplimiento.

Se contempla también que dentro de la Procuraduría General de la República habrá una Unidad Especializada en Análisis Financiero en contra de la Delincuencia Organizada, un órgano especializado en el análisis de operaciones con recursos de procedencia ilícita, que así mismo, tendrá las facultades de obtener pruebas e indicios sobre las mencionadas operaciones. El titular, se ha determinado que contará con el carácter de Ministerio Público Federal, con oficiales ministeriales y personal especializado, y este funcionario tendrá el deber de presentar un reporte anual acerca de los resultados de la aplicación de dicha ley. La Unidad deberá colaborar e incluso utilizar técnicas de la Unidad Especializada que se prevé en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la cual se ocupa de la investigación y la persecución de los delitos perpetrados por la delincuencia organizada.

También se detallan atribuciones de supervisión y vigilancia para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el retiro y el Sistema de Administración Tributaria.

## **Código Fiscal de la Federación**

Éste instrumento, se encuentra de tiempo atrás incorporado al sistema jurídico mexicano, contiene los aspectos básicos del Derecho Fiscal y, enfocado en el tema de estudio, incluye una sección de las infracciones y delitos fiscales. Las infracciones van dirigidas sobretudo al incumplimiento de obligaciones de pago, de presentación de información, de inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes, de hallar deficiencias en su contabilidad, de encontrar inconsistencias en sus operaciones y actos, entre otros.

El capítulo destinado a los delitos fiscales, señala que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, requiere primeramente de formular querrela, declaratoria correspondiente o de hacer del conocimiento del Ministerio Público las conductas que constituyen probablemente actos delictivos. Los delitos previstos son el de contrabando, el de defraudación fiscal, y algunas conductas que exhiban un ánimo doloso de ocultar ó simular información y actividades diversas. El lavado de dinero emerge de algunas de las conductas previstas, un ejemplo es:

*Artículo 115 Bis.- Se impondrá sanción... al comercializador o transportista, de gasolina o diesel que tenga en su poder dichos combustibles, cuando éstos no contengan los trazadores o las demás especificaciones que Petróleos Mexicanos o sus organismos subsidiarios utilicen para la identificación de los productos mencionados...*

Aunado a la iniciativa de la Ley de Lavado de dinero, se contempla de igual forma la modificación de diversas disposiciones financieras, con la finalidad de facilitar el recibo y el intercambio de información.

## **Código Penal de la Federación**

El Código Penal de la Federación, es el instrumento que, en su parte especial, determina aquellas conductas que constituyen tipos penales en el ámbito federal, así como las sanciones que corresponden. En el tópico del Lavado de dinero y en añadidura a la iniciativa presentada por el Presidente de la República, se prevé que este último envíe al Congreso de la Unión una serie de propuestas de reformas tanto a este Código, como al Código Federal de Procedimientos Penales, para contar con tipos penales consistentes, de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, que impidan a la delincuencia organizada valerse de lagunas y de elementos varios, para eludir la aplicación de la justicia.

El lavado de dinero actualmente, se relaciona con el siguiente precepto:

## **Operaciones con recursos de procedencia ilícita**

**Artículo 400 Bis.** - *Se impondrá... al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar; encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.*

*La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente...*

*Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia...*

## **Ley aduanera**

A ésta Ley corresponde elaborar las bases del tráfico internacional sobre mercancías, por tanto, la cuestión de lavado de dinero se halla presente debido a la frecuencia con que la delincuencia organizada se vale de la importación y exportación de mercancías para la consecución de los instrumentos que ayudan a solventar sus actividades. Además, es usual que se pretenda introducir o sacar del país cantidades elevadas de dinero que podrían ser parte de los actos clandestinos del crimen, en este sentido, la Ley Aduanera determina:

**ARTÍCULO 9º.** *Toda persona que ingrese al territorio nacional o salga del mismo y lleve consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, estará obligada a declararla a las autoridades aduaneras, en las formas oficiales aprobadas por el Servicio de Administración Tributaria.*

*La persona que utilice los servicios de empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores, así como las de mensajería, para internar o extraer del territorio nacional las cantidades en efectivo o cualquier otro documento de los previstos en el párrafo anterior o una combinación de ellos, estará obligada a manifestar a dichas empresas las cantidades que envíe, cuando el monto del envío sea superior al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América.*

*Las empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores, así como las de mensajería, que internen al territorio nacional o extraigan del mismo, cantidades en efectivo o cualquiera de los documentos previstos en el primer párrafo de este artículo o una combinación de ellos, estarán obligadas a declarar a las autoridades aduaneras, en las formas oficiales aprobadas por el Servicio de Administración Tributaria, las cantidades que los particulares a quienes presten el servicio les hubieren manifestado.*

El objetivo principal de ésta disposición, es que a través de la coordinación entre las autoridades, sea posible detectar ciertos actos que, dadas sus circunstancias y el panorama actual del país, resultan sospechosos, por lo que se procede a su control e investigación, con el afán de proteger un interés fundamental como lo es la seguridad de la Nación.

## **La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.**

Mucho se ha mencionado, que el blanqueo de dinero es una de las herramientas del crimen organizado para obtener los móviles de sus acciones, y es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada la que nos otorga un punto coincidente sobre aquello que debe entenderse como Delincuencia Organizada:

**Artículo 2º.** - *Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:*

**I.** *Terrorismo... y terrorismo internacional... falsificación o alteración de moneda... operaciones con recursos de procedencia ilícita...*

**II.** *Acopio y tráfico de armas...*

**III.** *Tráfico de indocumentados...*

**IV.** *Tráfico de órganos...*

**V.** *Corrupción de personas menores de edad e incapaces... Pornografía de personas menores de edad e incapaces... Turismo sexual de menores de edad e incapaces...*

*capaces... Asalto... Tráfico de menores de edad e incapaces... Robo de vehículos...*

*VI. Trata de personas...*

*VII. Algunas conductas previstas la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro...*

De tal descripción, es posible extraer la conclusión de que el Crimen Organizado realiza los anteriores delitos con base en poder económico y que, como resultado de los mismos, obtiene a su vez otros recursos que continúan solventando su unificación y sus operaciones.

Se contempla también la adición y reforma de diversos artículos de otras normatividades como lo son: La Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores, Ley de Sociedades de Inversión, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley de Ahorro y Crédito Popular, Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, Ley de Uniones de Crédito, Ley de los Sistema de Ahorro para el Retiro, y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

## ESTRATEGIA NACIONAL

Existe una estrategia nacional para la prevención y el combate al lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, presentada por el gobierno federal. El sistema que se pretende es integral en el sentido de procurar impedir que la delincuencia organizada haga uso de las ganancias obtenidas por sus actividades, y por el otro, judicializar los casos que se consideren de alta relevancia. Ésta estrategia, es un plan concreto que comprende la colaboración nacional e internacional y que se encuentra basado en cuatro ejes:

1. Información y Organización, para la detección y el combate.
2. Marco Normativo, para prevenir, combatir y regular.
3. Supervisión basada en riesgo y procedimientos eficaces, para generar acciones eficientes derivadas de inteligencia y programación.
4. Transparencia y Rendición de cuentas, para la medición y publicación de la efectividad de lo dispuesto por el Estado.

Los ejes propuestos, se establecieron previendo resultados específicos como lo son el obstaculizar las operaciones de los grupos de delincuencia organizada, recuperar los activos relacionados, debilitar el control de las organizaciones criminales, evitar la corrupción de las instituciones mexicanas y proteger a la economía en general.

La elaboración de una estrategia nacional, exhibe que las acciones recientemente ejercidas por las autoridades mexicanas son resultado de estudios y de investigaciones posteriores, y no sólo a una intención de legitimarse ante las miradas de los mexicanos que reclaman enérgicamente soluciones.

## MARCO INTERNACIONAL

El combate al lavado de dinero, responde también a una contemplación internacional del problema. México requiere de la apertura para contrarrestar los actos de la delincuencia organizada que, en ocasiones supera los límites territoriales; la cooperación internacional es en consecuencia, un recurso indispensable y conveniente, además de resultar una obligación del Estado debido a compromisos que ha adquirido.

Entre algunos de los elementos internacionales vinculados al tema se encuentran:

- **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.** Misma que fue suscrita por México dentro del marco de la Conferencia de Mérida en 2004, la cual señala claramente que los Estados Partes (México, entre otros) deben garantizar que las autoridades encargadas de combatir el lavado de dinero puedan cooperar e intercambiar información en el ámbito nacional y en el internacional.
- **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.** Dicho instrumento, también adscrito por México, data de 1988 y se enfoca al combate del tráfico ilícito de ésta actividad internacional.
- **El Grupo de Acción Financiera Internacional.** Creado en 1989, del cual México forma parte. Este grupo ha realizado distintas recomendaciones tendientes a que se lleve a cabo la implementación de procesos de identificación de operaciones que pudieran tener vinculación con recursos de procedencia ilícita.
- **Grupo de Acción Financiera de Sudamérica.** Es una organización intergubernamental que congrega a nueve países de América del Sur y cuyo objetivo primordial es el establecimiento de estándares internacional para el tratamiento de los delitos de lavado de dinero y terrorismo.
- **Reglamento modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves,** de la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos. El cual establece

direcciones para la constitución de normatividad y tratamiento contra estos delitos.

El Lavado de dinero, es un tema que involucra varios factores y componentes; su prevención y su ofensiva para nada constituyen un objetivo fácil de obtener, ya que se requiere de la coordinación de todo el Estado mexicano. Las altas pretensiones se ven acompañadas de situaciones complejas que deberán ser atendidas para no vulnerar a centros de población que son ajenos a la práctica de actividades lícitas. Los esfuerzos por disminuir y debilitar a la delincuencia organizada seguirán siendo una constante, hasta que fácticos resultados demuestren que ésta puede dejar de ser un tema de inquietud.

## FUENTES

Código Fiscal de la Federación.

Código Penal Federal.

Dictamen por el que se expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado de Dinero y el Financiamiento al Terrorismo. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Iniciativa de Felipe Calderón Hinojosa de decreto de expedición de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo.

Ley Aduanera.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Núñez Camacho, María de la Luz. *El fenómeno de Lavado de Dinero en México*. Editorial Porrúa. México, 2008.

Opinión de la Comisión de Hacienda y Crédito Público sobre la iniciativa de expedición de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo.

## Nicaragua

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Profesor de derecho penal*

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica*

*www.inej.edu.ni*

**sergio.cuarezma@inej.net**

El Código penal de 2008 (vigente) regula el lavado de dinero, bienes o activos, pero antes de esta regulación lo hacía la Ley 177/1994 y la Ley 285/1999. Esta última reforma y adición a la Ley 177/1994.

## Leyes especiales y el lavado de dinero

La Ley 285/199, Ley de reforma y adiciones a la ley no. 177, ley de estupefacientes, sicotrópicos y sustancias controladas, según su artículo 1, regulaba la función del Estado en

a) La prevención, tratamiento, rehabilitación, control, fiscalización, investigación, juzgamiento de toda actividad relativa al cultivo, producción, fabricación, uso, tenencia, transporte, tráfico y toda forma de comercialización de estupefacientes, sicotrópicos, precursores y otros productos químicos, así como sustancias inhalables susceptibles de producir dependencia física o psíquica y que están incluidas en las listas o cuadros anexos a la presente Ley y sus actualizaciones que anualmente realice el Ministerio de Salud, así como en las Convenciones internacionales aprobadas por Nicaragua. El Ministerio de Salud deberá publicar las actualizaciones en La Gaceta, Diario Oficial.

b) El control y fiscalización de las actividades relativas a la producción y comercialización de precursores y materiales que intervienen en la elaboración y producción de las sustancias señaladas en el inciso anterior.

c) El control, fiscalización y juzgamiento de todo lo concerniente al lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas.

d) La organización de la actividad pública y privada, y la participación de organismos No Gubernamentales, en materia de prevención y educación de la sociedad en general, sobre los efectos del consumo de drogas, el tratamiento, rehabilitación y reinserción en la sociedad de los dependientes de las mismas.

La ley contenía en el apartado del delito de lavado de dinero y activos de actividades ilícitas y su pena, la regulación de este tema. El artículo 61 expresaba, cometen delito de lavado de Dinero y/o Activos provenientes de actividades ilícitas a que se refiere la presente Ley o delitos comunes conexos y en perjuicio del Estado:

a) El que por sí o por interpósita persona natural o jurídica, realiza con otras personas o con establecimientos Bancarios, Financieros, Comerciales o de cualquier otra naturaleza, actos y operaciones mercantiles derivados o procedentes de actividades ilícitas.

b) El que por sí o por interpósita persona natural o jurídica, oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera dinero u objetos materiales o el producto del mismo y dé al dinero y a los bienes provenientes de actividades ilícitas, apariencia de legalidad.

El o los que incurran en este delito serán sancionados con presidio de cuatro a veinte años, más una multa co-

respondiente al doble del valor de los bienes objeto del proceso. Si el delito se cometiere a través de personas jurídicas además de las penas en que incurrir las personas naturales podrá ordenarse la intervención judicial de dicha institución.

Fuera de los cosos anteriores, la misma ley establecía en el artículo 62 otras actividades, saber:

a) La interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado de establecimientos que autorice, permita o realice las transacciones conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto.

b) El que por sí o por interpósita persona participe en actos o contratos reales, simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores con intenciones de ocultar, encubrir o simular los recursos financieros obtenidos como resultados de actividades ilícitas.

En ambos casos se aplicará la pena establecida para el delito contemplado en el Artículo que antecede.

c) El que por sí o por interpósita persona, conociendo la procedencia ilícita del dinero o su producto, autorice, permita o realice las transacciones referidas al lavado de dinero y/o activos, aprovechándose de su función, empleo o cargo, será sancionado con penas de cinco a diez años de prisión y una multa correspondiente al valor del doble de los bienes o dinero que autorizó legalizar.

d) Cometan delito de lavado de dinero y/o activos, todo directivo o candidato de asociación o partido político que acepte con conocimiento de causa, por cualquier medio, dinero derivado de los delitos contemplados por la presente Ley; serán sancionados a la pena principal de cuatro a veinticinco años de presidio más una multa del doble del dinero recibido.

Y por último, en el artículo 63 establecía que el funcionario, empleado público, trabajador, oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o faltas de que trata la presente Ley que procure la impunidad del delito o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisadas o facilite la evasión de la persona capturada, detenida o condenada, que altere o mandare a alterar el cuerpo del delito, sufrirá la pena de prisión de seis a siete años e inhabilitación especial por el término de la condena.

### Código penal de 2008

El Código penal de 2008, en el Título referido a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y bajo el Capítulo XVII regula el lavado de dinero, bie-

nes o activos. El Código penal nicaragüense, expresa que quien a sabiendas o debiendo saber, por sí o por interpósita persona, realiza cualquiera de las actividades que describe el artículo 282:

a) Adquiera, use, convierta, oculte, traslade, asegure, custodie, administre, capte, resguarde, intermedie, vendiere, gravare, donare, simule o extinga obligaciones, invierta, deposite o transfiera dinero, bienes o activos originarios o subrogantes provenientes de actividades ilícitas o cualquier otro acto con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos vinculados entre sí, independientemente que alguno de estos haya ocurrido dentro o fuera del país;

b) Impida de cualquier forma la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de dinero, bienes, activos, valores o intereses generados de actividades ilícitas; o asesore, gestione, financie, organice sociedades y empresas ficticias o realice actos con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos vinculados entre sí, independientemente que hayan ocurrido dentro o fuera del país;

c) Suministre información falsa o incompleta a, o de entidades financieras bancarias o no bancarias, de seguros, bursátiles, cambiarias, de remesas, comerciales o de cualquier otra naturaleza con la finalidad de contratar servicios, abrir cuentas, hacer depósitos, obtener créditos, realizar transacciones o negocios de bienes, activos u otros recursos, cuando estos provengan o se hayan obtenido de alguna actividad ilícita con el fin de ocultar o encubrir su origen ilícito;

d) Facilite o preste sus datos de identificación o el nombre o razón social de la sociedad, empresa o cualquier otra entidad jurídica de la que sea socio o accionista o con la que tenga algún vínculo, esté o no legalmente constituida, independientemente del giro de la misma, para la comisión del delito de lavado de dinero, bienes o activos o realice cualquier otra actividad de testaferrato;

e) Ingrese o extraiga del territorio nacional bienes o activos procedentes de actividades ilícitas utilizando los puestos aduaneros o de migración: terrestres, marítimos o aéreos o cualquier otro punto del país;

f) Incumpla gravemente los deberes de su cargo para facilitar las conductas descritas en los literales anteriores.

Esta disposición indica que las conductas anteriores son constitutivas de este delito cuando tengan como actividad ilícita precedente aquellas que estén sancionadas en su límite máximo superior con pena de cinco o más

años de prisión. Estas conductas serán castigadas con una pena de cinco a siete años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, y multa de uno a tres veces el valor del dinero, bienes o activos de que se trate.

## **Delito de lavado dinero: autónomo**

El delito de lavado de dinero, bienes o activos es autónomo respecto de su delito precedente y será prevenido, investigado, enjuiciado, fallado o sentenciado por las autoridades competentes como tal, con relación a las actividades ilícitas de que pudiera provenir, para lo cual no se requerirá que se sustancie un proceso penal previo en relación a la actividad ilícita precedente. Para su juzgamiento bastará demostrar su vínculo con aquella de la que proviene, expresa el penúltimo párrafo del artículo 282.

## **Circunstancias agravantes**

Cuando las actividades ilícitas que preceden a los delitos establecidos en el Capítulo referido al lavado de dinero, se vinculen o deriven de delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas o de otros delitos que hayan sido realizados por miembro de grupo delictivo organizado o banda nacional o internacional, salvo que concurra el delito de crimen organizado, se interpondrá multa de tres a seis veces el valor del dinero, bienes o activos de que se trate y prisión de siete a quince años e inhabilitación por el mismo período para ejercer la profesión, cargo u oficio.

La misma pena se impondrá al que a sabiendas o debiendo saber, reciba o utilice dinero, bienes o activos o cualquier recurso financiero procedente de cualquier acto ilícito previsto en el artículo anterior para el financiamiento de actividades políticas. Las penas de prisión previstas en este Capítulo se incrementarán hasta en un tercio cuando los delitos anteriores sean realizados por directivo, socio, representante o empleado de entidad jurídica o funcionario, autoridad o empleado público, según el art. 283.

## **Lavado de dinero y crimen organizado**

En el año 2010 el legislador nicaragüense, siguiendo la moda legislativa de la región, aprobó la Ley 735, Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados. Esta ley tiene por objeto, «regular las funciones del Estado para preve-

nir, detectar, investigar, perseguir y procesar los delitos relacionados con el crimen organizado y la administración y disposición de los bienes, objetos, productos, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en esta Ley». Asimismo, esta ley «coordina las políticas, planes y acciones de lucha en contra de estas actividades ilícitas por medio de los órganos competentes del Estado, encargados de preservar el orden interno, la seguridad ciudadana y la soberanía nacional. Y para tal efecto regula:

1. La política nacional de enfrentamiento al crimen organizado;
2. Normas para la prevención, control, fiscalización, investigación y procesamiento de delitos de crimen organizado, según la clasificación a que hace referencia el artículo 3 de la presente Ley;
3. La prevención, tratamiento, rehabilitación, control, fiscalización, investigación, procedimientos para coadyuvar en el juzgamiento de toda actividad relativa al financiamiento, producción, extracción, tenencia, industrialización o procesamiento, transporte, traslado, siembra, cultivo, cosecha, almacenamiento, tráfico, elaboración, promoción, suministro, posesión, uso, consumo, así como toda forma de comercialización de estupefacientes, psicotrópicos, precursores y otros productos químicos y sustancias controladas, así como otras sustancias inhalables susceptibles de producir dependencia física o psíquica y que estén incluidas en las listas o cuadros anexos a la presente Ley y sus actualizaciones que según el orden de incorporación de nuevas sustancias que realice el Ministerio de Salud, así como los contenidos en los instrumentos internacionales vigentes;
4. El Ministerio de Salud publicará las listas actualizadas sobre estupefacientes, psicotrópicos, precursores, productos químicos, sustancias inhalables y otras sustancias controladas, en cualquier diario de circulación nacional, sin perjuicio de su publicación posterior, en La Gaceta, Diario Oficial;
5. La organización de la actividad pública y privada y la participación de organismos no gubernamentales, en materia de prevención y educación de la sociedad en general, sobre el fortalecimiento de habilidades protectoras ante la oferta de drogas, los efectos de su consumo, el tratamiento, rehabilitación y reinserción en la sociedad de las personas adictas y
6. La creación y funciones de la Unidad Administradora de Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados.

## **Delito de crimen organizado**

El lavado de dinero está considerado además como delito de crimen organizado. El artículo 3 de la Ley

735/2010, expresa que «independientemente de que en el futuro cambie su denominación jurídica o la numeración del artículo en que se tipifique en la Ley No. 641, Código Penal aprobado el 13 de noviembre de 2007 y publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 83, 84, 85, 86 y 87, correspondientes a los días 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, a efectos de esta Ley se consideran delitos de crimen organizado los delitos graves, que revistan en su comisión las conductas típicas de esos delitos, siendo estos los siguientes: (2) Lavado de dinero, bienes o activos, tipificados en el artículo 282 del Código Penal.»

### Medidas cautelares

Respecto a las medidas cautelares sobre el lavado de dinero tanto de las personas imputadas (investigadas) o acusadas y su patrimonio, y más allá de la garantía constitucional de presunción de inocencia constitucional, el juez a solicitud del Ministerio Público o de la víctima constituido en acusador particular podrá decretar las siguientes medidas cautelares (art. 37):

- a) La clausura temporal del negocio o empresa; y
- b) La prisión preventiva, la que no podrá ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de los siguientes delitos a que se refiere esta Ley, tráfico de migrantes ilegales, lavado de dinero, bienes o activos, trata de personas con fines de esclavitud, explotación sexual o adopción, tráfico ilícito de armas, tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, terrorismo, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas y crimen organizado.

### Lavado de dinero y juzgamiento

Por último, la Asamblea Nacional aprobó en el 2010 la Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, que articula el Libro IV del Código Procesal Penal, de la Ejecución de la Sentencia. Esta Ley regula los aspectos de juzgamiento y de beneficios. El artículo 44, del juez técnico, expresa que se «realizarán con juez técnico los juicios por delitos de violencia doméstica o intrafamiliar, abigeato, secuestro extorsivo y crimen organizado. Esta disposición es aplicable también a los delitos contenidos en los siguientes capítulos: delitos contra la libertad e integridad sexual; lavado de dinero, bienes o activos; delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas; terrorismo; cohecho; tráfico de influencias; peculado; malversación de caudales públicos fraudes,

exacciones y robo con violencia o intimidación en las personas y el robo agravado. En todos estos delitos que en la pena se clasifique como grave por su naturaleza, se tramitarán en prisión preventiva mientras dure el proceso hasta que se dicte sentencia». (En negrilla es nuestro).

Respecto a la libertad condicional, expresa esa ley que se podrá otorgar, la libertad condicional en los delitos graves y menos graves, cuando a la persona condenada haya cumplido las dos terceras partes de efectiva prisión, cuando concurren las circunstancias del Código Penal. No obstante, este beneficio «solo se podrá, aplicar cuando a la persona condenada haya cumplido las tres cuartas partes de la pena de efectiva prisión, en los delitos de: terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, tráfico de migrantes ilegales, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas exceptuando el delito tipificado de tenencia en el Código Penal, **lavado de dinero bienes o activos**, tráfico ilícito de armas, fabricación, tráfico, tenencia y uso de armas restringidas, sustancias o artefactos explosivos, tráfico ilícito de vehículos, crimen organizado, violencia doméstica o intrafamiliar, delitos contra la libertad e integridad sexual, delitos contra el orden internacional, robo con violencia o intimidación en las personas, robo agravado». Cuando el delito sexual sea cometido contra niños, niñas y adolescentes no habrá lugar a ningún beneficio. (En negrilla es nuestro) (art. 16)

## Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

carlos.muñozpope@cableonda.net

### I. Introducción

El delito de lavado de dinero es una de las modalidades delictivas que recientemente ha sido objeto de atención por el legislador panameño. Esta figura delictiva apareció por primera vez en el ordenamiento penal panameño a finales de 1986, cuando se aprobó la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986.

Por medio de la misma se modificó el Código Penal de 1982 en materia de delitos relacionados con drogas y se aumentaron las penas de los delitos de drogas, se introdujeron nuevas modalidades delictivas en esa materia y se introdujo una regulación para incriminar el lavado de dinero producto de delitos relacionados con drogas.

Con posterioridad, en el año 2000 se modificó la normativa relacionada con el lavado de dinero y se amplió la misma de forma tal, que no sólo se incriminó el lavado de dinero proveniente de delitos relacionados con drogas sino el lavado de dinero proveniente de otras figuras delictivas.

## II. La normativa vigente

En el Código Penal panameño de 2007, vigente desde mayo 21 de 2008, el blanqueo de capitales es un delito contra el orden económico previsto en el Libro Segundo, Título VII, Capítulo IV, que se ocupa del mismo en los artículos 254-258 del nuevo texto punitivo panameño.

La elaboración de la figura básica del blanqueo, prevista en el artículo 254 del Código, supone la existencia de un delito previo que supone la existencia de un dinero, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros que el sujeto activo reciba, deposite, negocie, transfiera o convierta con el objeto de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito o ayude a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos.

A diferencia de otros países, en donde el blanqueo solo requiere de la comisión de cualquier delito o de un delito grave, en Panamá sólo existe blanqueo de capitales cuando el dinero, bienes, valores u otros recursos financieros proceden de uno de los siguientes delitos: delitos contra el derecho de autor y derechos conexos, contra los derechos de la propiedad industrial o contra la Humanidad, tráfico de drogas, asociación ilícita para cometer delitos relacionados con drogas, estafa calificada, delitos financieros, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, homicidio por precio o recompensa, contra el ambiente, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento ilícito, actos de terrorismo, financiamiento de terrorismo, pornografía y corrupción de personas menores de edad, trata y explotación sexual comercial y, finalmente, robo y tráfico internacional de vehículos.

La pena para las conductas antes descritas oscila entre cinco y doce años de prisión y existen diversas figuras que se castigan con la misma pena antes descrita para casos muy particulares, lo que a nuestro juicio es inconveniente.

Se trata de supuestos muy casuísticos, previstos en el artículo 255 del nuevo código, en donde se incriminan numerosas formas de intervención en el blanqueo con la pena del mismo como se puede comprobar a continuación: 1. Sin haber participado, pero a sabiendas de su procedencia, oculte, encubra o impida la determi-

nación, el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de dineros, bienes, títulos valores u otros recursos financieros, o ayude a asegurar su provecho, cuando estos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el ARTÍCULO anterior o, de cualquier otro modo, ayude a asegurar su provecho; 2. Realice transacciones personalmente o por interpuesta persona, natural o jurídica, en establecimiento bancario, financiero, comercial o de cualquiera otra naturaleza, con dinero, títulos, valores u otros recursos financieros procedentes de alguna de las actividades previstas en el artículo anterior; 3. Personalmente o por interpuesta persona, natural o jurídica, suministre a otra persona o establecimiento bancario, financiero, comercial o de cualquier otra naturaleza, información falsa para la apertura de cuenta bancaria o para la realización de transacciones con dinero, títulos-valores, bienes u otros recursos financieros, procedentes de algunas de las actividades previstas en el artículo anterior.

En otras figuras, el blanqueo se incrimina con penas menores a las señaladas anteriormente cuando se trata del financiamiento de campañas políticas con dinero proveniente del delito bajo estudio; cuando el delito lo comete persona que se valga de su función, empleo, oficio, o profesión al autorizar o permitir el delito en cuestión o cuando se trate de un servidor público que oculte, altere, sustraiga o destruya la evidencia o prueba del delito o procure la evasión de la persona aprehendida, detenida o sentenciada.

## III. Conclusión

Aunque la figura básica configura un delito de enorme importancia en nuestros días, las otras modalidades delictivas crean confusión en el momento de aplicar la norma, pues se quiere describir una amplia gama de conductas que se pueden castigar por la vía de la participación criminal.

No debemos incriminar esas otras conductas, pues son innecesarias y están elaboradas con elementos subjetivos muchas veces imposibles de probar.

La doctrina jurisprudencial en este tema nos enseña, desafortunadamente, que los tribunales no entienden la figura del delito previo, que debe ser cometido dentro del territorio nacional para que haya blanqueo de capitales, a menos que expresamente se consagre una norma que permita castigar el delito previo cometido fuera del ámbito de la jurisdicción penal panameña.

## Perú

### EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACION PERUANA

**Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia*

#### LA LEY PENAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

El sistema legal contra el Lavado de Activos en el Perú se compone de dos leyes. La Ley 27693 del 12 de abril de 2002, regula las medidas administrativas así como las competencias de la Unidad de Inteligencia Financiera. La Ley 27765, o Ley Penal contra el Lavado de Activos, del 27 de junio de 2002 está dedicada a precisar la tipificación y las penas aplicables a los actos de lavado de activos.

La Ley Penal contra el Lavado de Activos, posee una estructura y una sistemática muy similares a las empleadas en otras normas penales complementarias, que tipificaban delitos fuera del Código Penal como la Ley Contra el Terrorismo (Decreto Ley 25475), la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo 813) y la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley 28008). Característica común a este tipo de normas es el integrar disposiciones penales, procesales y de ejecución penal.

La morfología y el contenido específico de todas las normas que integran la Ley 27765 es como sigue:

- Actos de Conversión y Transferencia (Artículo 1°).
- Actos de Ocultamiento y Tenencia (Artículo 2°).
- Circunstancias Agravantes (Artículo 3°).
- Omisión de Reporte de Operaciones o Transacciones Sospechosas (Artículo 4°).
- Reglas sobre el Levantamiento del Secreto Bancario y de las Reservas Tributaria y Bursátil (Artículo 5°).
- Empleo de la Prueba Indiciaria y Autonomía Procesal del Lavado de Activos (Artículo 6°).
- Disposiciones Derogatorias (Artículo 7°).

Ahora bien, a diferencia de las leyes complementarias antes mencionadas, la Ley 27765 no incluyó en su articulado normas sobre consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas involucradas en el delito, ni tampoco reguló procedimientos especiales como la terminación anticipada (Cfr. Ley 28008, artículos 11° y 20°; Decreto Legislativo 813, artículos 17).

Cabe señalar, también, que los diferentes tipos penales incorporados por la Ley Penal Contra el Lavado de Activos sólo tipifican delitos dolosos. Nuestro legislador, pues, expresamente renunció a la criminalización de delitos culposos. Esto último, sin embargo, viene siendo promovido por el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, por lo que su conveniencia político criminal para nuestro sistema jurídico deberá ser evaluada próximamente, a fin de cumplir con los estándares internacionales de la materia.

Igualmente, es de mencionar que la legislación que estamos analizando no ha incluido circunstancias atenuantes de ningún tipo, lo cual si se produjo en el caso de los delitos tributarios (Cfr. Decreto Legislativo 813, artículo 3°). Tampoco ha definido montos o valores mínimos para calificar la operación de lavado como contravención o falta, opción que si fue seguida por la legislación sobre delitos aduaneros (Cfr. Ley 28008, artículos 1° y 6°).

Las reformas contenidas en el decreto Legislativo 982° del 21 de julio de 2007 no modificaron las características legales que hemos descrito.

En estos comentarios sólo haremos una breve revisión dogmática de los tres primeros artículos de la Ley 27765, los cuales identifican los delitos así como las circunstancias agravantes específicas que operan con tales ilícitos (mayores detalles y el análisis completo de sus normas puede verse en Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*. GRIJLEY. Lima. 2007).

#### LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS

##### La tipicidad objetiva

###### *Los Actos de Conversión y Transferencia*

El texto original del artículo 1° de la Ley 27765 tipifica los **actos de conversión y transferencia de activos** con la redacción siguiente

*«El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa»*

En su estructura interna el artículo 1° de la Ley 27765, se configura como **un tipo legal alternativo y común** que define dos conductas delictivas que pueden ser ejecutadas por cualquier persona: **la conversión y la transferencia**. Cabe señalar, también, que no hay limitación

legal para que ambos actos criminalizados puedan ser realizados por el mismo agente o por agentes distintos en momentos sucesivos. La legislación peruana no excluye que el autor del delito pueda serlo también aquel que intervino en la comisión del delito precedente, siempre que ejecute actos posteriores de movilización de los activos ilícitos generados por su conducta delictiva previa.

Sin embargo, es menester destacar que para las exigencias de tipicidad del delito, será suficiente que el **sujeto activo** realice, cuando menos, uno de los comportamientos señalados. Ahora bien, en las tipologías del lavado de activos y por las características y dinámica de este delito, se detecta como suceso frecuente que quien convierte también transfiera activos de procedencia ilícita.

Los actos de conversión y transferencia guardan relación con las etapas inicial e intermedia del proceso del lavado de activos. Esto es, con la colocación y la intercalación, respectivamente. Veamos:

Los **actos de conversión** involucran todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido. Incluso podemos considerar también dentro de ellos a la recolección del dinero sucio, siempre que ella la ejecute el agente de la operación de lavado. En la materialización de las conductas de conversión de activos se recurre a varias técnicas de estructuración y fraccionamiento, como el uso de «*pitufos*» con la finalidad de eludir los controles preventivos. El agente, además, realiza pequeñas inversiones en la adquisición de inmuebles o automóviles. También es común que se convierta el dinero ilícito a través del uso de servicios como casinos, restaurantes, etc. .

Los **actos de transferencia** buscan tipificar operaciones de lavado posteriores a la etapa de colocación. Es decir, todas aquellas que corresponden a la etapa de intercalación o estratificación donde el objetivo del agente es alejar los capitales o bienes convertidos de su origen ilícito y de su primera transformación. No se trata, pues, sólo de transferencias bancarias sino de toda actividad de transformación sucesiva y continua de bienes como permutas, reventas, etc.. Tampoco es un requisito esencial que los actos de transferencia se realicen con cobertura o alcance internacional.

En consecuencia, pues, conforme al dispositivo que analizamos, constituyen supuestos típicos de conversión y transferencia todos los actos o negocios jurídicos, de cualquier clase, que involucren la traslación del dominio, la posesión o la tenencia de dinero, efectos u otra clase de bienes y ganancias de origen ilícito sea que se realicen a título oneroso o gratuito. Por consiguiente, el sujeto activo puede invertir capitales, ven-

der, empeñar, transferir, ceder o suministrar bienes o ganancias, generados directa o indirectamente por una actividad delictiva.

## *Los Actos de ocultamiento y tenencia*

En el artículo 2° de la Ley 27765 se tipificaban como los **actos de ocultamiento y tenencia de activos** de la siguiente manera:

«*El que adquiera, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa*»

La descripción normativa del artículo 2° de la Ley 27765 también incorpora un **tipo penal alternativo**. Se trata, igualmente, de un **delito común** donde el sujeto activo puede serlo cualquier persona.

En esta ocasión las conductas típicas que pueden ser realizadas por el sujeto activo son **el ocultamiento y la tenencia**. En este caso tampoco encontramos limitaciones para que el mismo agente, eso sí en momentos secuenciales, pueda ejecutar los dos comportamientos. Sin embargo, las tipologías criminalísticas sobre este delito reportan siempre la intervención sucesiva e independiente de distintos sujetos.

Como se mencionó anteriormente, nuestra legislación no impide que el mismo autor del delito precedente que produjo los activos ilegales pueda, luego de concluido el proceso del lavado, volver a tenerlos en su poder, ahora dotados de una apariencia de legitimidad, e invertirlos.

Los actos de ocultamiento y tenencia **son aquellos que representan en la legislación penal a la fase final del proceso del lavado de activos**. Esto es, la etapa que conocemos como de **integración**. Se trata, entonces, de conductas que tienen lugar una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad, la que les fue gestada por los actos anteriores de conversión y transferencia.

No obstante, con la modificación hecha al artículo 2° por el Decreto Legislativo 986, se han incluido también como conductas de ocultamiento y tenencia el «*transporte dentro del territorio nacional; o la introducción y extracción en el país de activos*» . Esta modificación resulta disonante con el carácter permanente que corresponde a la realización típica común de los delitos originalmente tipificados en dicho artículo. Efectivamente,

lo instantáneo del momento consumativo de los nuevos actos típicos es evidente. Ahora bien, insistimos en que los bienes objeto de las operaciones de lavado ya deben tener apariencia legítima. Es decir, su transporte, introducción o extracción del país representan parte de un proceso de integración de tales activos. Por ejemplo, la repatriación de capitales o su ingreso y aplicación como capital de inversión. Sólo con tales condiciones cabe aceptar la inclusión de aquellas conductas en el artículo 2° de la Ley 27765. Sin tomar en cuenta esta calidad final de los activos transportados, introducidos, o extraídos del país —estar ya lavados—, un sector de la doctrina nacional estima que hubiera sido más acertado incorporar la nuevas conductas entre los actos de conversión o transferencia (Cfr. Percy García Caveró. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p. 497). Por tanto, debe quedar claro, que si el transporte, introducción o extracción de activos del país es parte del proceso de lavado, esto es, se hace con activos sucios y se busca cubrir su origen ilegal, tales actos corresponderán a las hipótesis de colocación o transferencia del artículo 1°. Sobre esto último, cabe recordar que el reglamento Modelo de la CICAD-OEA así lo considera:

«Artículo 2°.- Delitos de lavado

*1. Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves».*

En la legislación vigente, pues, la representación típica de los actos de encubrimiento y tenencia es bastante amplia y casuística. Lo cual se expresa en el uso de **hasta diez verbos típicos**. A nuestro modo de ver, este es un reiterado defecto de técnica legislativa que se arrastra desde el derogado párrafo segundo del artículo 296° A del Código Penal (Cfr. Manuel Frisancho Aparicio. Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Dinero. Jurista Editores. Lima. 2002, ps. 282 y 283).

El artículo 2° de la Ley 27765 contempla las siguientes modalidades que de modo concreto vamos a definir en sus alcances operativos:

1. **Adquirir:** Equivale actos de compra u obtención, siempre onerosa, de la propiedad y dominio de bienes. Entendemos que aquí también es posible incluir formas de permuta.

2. **Utilizar:** Involucra toda forma de uso directo o indirecto de los bienes. En estos casos el agente usufructúa el bien cuyo dominio o propiedad corresponde a un tercero.

3. **Guardar:** Comprende actos externos de protección física de bienes. El agente provee de condiciones

materiales adecuadas para la conservación de la calidad y cantidad de los bienes. Según GÁLVEZ VILLEGAS, «En el caso del delito en análisis, el guardar implica cuidar o vigilar los bienes, dinero, efectos o ganancias, ocultándolos de la persecución e identificación por la autoridad, de la pesquisa o de las averiguaciones que las autoridades realicen sobre ellos, aun cuando en algunos casos no necesariamente implique vigilancia sino únicamente su ubicación en un lugar seguro» (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p.74). Para nosotros se trataría, más bien, de actos de tenencia y no de ocultamiento, ya que el agente puede guardar los bienes sin necesidad de ocultarlos.

4. **Custodiar:** Este verbo rector alude estrictamente a actos de vigilancia sobre los bienes que si pueden encontrarse ocultos. El agente no ejerce sobre ellos dominio ni posesión, sin embargo, sus actos de custodia pueden estar funcionalmente orientados a preservar materialmente el goce de tales derechos para terceros. En la doctrina nacional BRAMONT-ARIAS TORRES plantea una interpretación diferente, considerando que la custodia representa en realidad una expresión sinónima a la de guardar e incluso mantener en su poder. Para este autor todas estas fórmulas lingüísticas buscan expresar «variaciones respecto a la posesión del bien» (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 524).

5. **Recibir:** Supone un acto de transmisión de bienes que el receptor incorpora a su tenencia física. La razón de la entrega de los bienes lavados al receptor puede basarse en un acto de cesión de dominio gratuito como la donación o de préstamo de uso o arriendo. La recepción, por consiguiente, puede conllevar una tenencia transitoria o permanente de los bienes. Es posible, entonces, que sobre los bienes recibidos el agente ejecute, posteriormente, acciones de ocultamiento o que remita los bienes recibidos a un nuevo receptor.

6. **Ocultar:** Quizás hubiere bastado con utilizar esta expresión y la de tenencia para cubrir las distintas variantes que el lavado de activos otorga a la etapa de integración. Lo cual, por lo demás, sería más técnico para la tipificación de estas formas de lavado de activos.. En todo caso, dada la pluralidad de conductas contempladas por la ley, nosotros incluimos en la noción correspondiente a *ocultar*, todo acto que suponga esconder físicamente los bienes lavados dificultando su hallazgo o identificación. Esto es, sacarlos de una circulación o ubicación visibles y registrables para terceros. Por tanto resulta adecuada y pertinente la explicación que hace

parte de la doctrina peruana, al sostener que: «*Ocultar significa el desplegar maniobras y actos comisitos tendientes a esconder y a volver ineficaz la identificación de una cosa, en este caso un bien, dinero, ganancias o efectos provenientes de un delito previo*» (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p.74).

7. **Administrar:** Se trata de actos de gestión o conducción de los activos ya lavados. Se trata de actos de tenencia. El agente dirige formalmente el destino de los bienes pero no tiene dominio sobre los mismos. Es el típico caso del testaferrato. Por ejemplo, arrienda inmuebles, suministra a terceros recursos financieros, invierte o transfiere capitales, etc.

8. **Transportar:** El transporte implica el traslado físico de activos lavados de un lugar a otro dentro del territorio nacional. Por su propia naturaleza debe tratarse de bienes muebles. El objetivo del transporte es intrascendente para la tipicidad. Tampoco es relevante para ella la distancia del transporte ni el tipo de medio de locomoción que para el desplazamiento emplee el agente.

9. **Introducir:** Implícitamente el legislador con esta modalidad típica alude a un acto de importación o ingreso de activos lavados al país. Si bien la conducta expresa un acto de tenencia el podría también materializar una forma de ocultamiento. Sin embargo, para calzar con las características de los actos propios de la etapa de integración, consideramos que tal introducción debe hacerse mediante un procedimiento o conducto formal; esto es, debe desarrollarse dentro de un acto de control aduanero.

10. **Retirar:** Se trata de un acto de extracción también formal del territorio nacional de activos lavados o que circulan en tránsito por nuestro territorio hasta superar sus fronteras. El destino final de los activos es irrelevante para la tipicidad, así como las razones o motivos del retiro del país de los mismos.

11. **Mantener en su poder:** Es una clara alusión a la tenencia o posesión de los bienes reciclados y que el agente ejecuta de manera abierta. Es lo contrario a ocultar. En este supuesto el agente mantiene de manera visible y registrada los bienes. Queda claro, que esta conducta típica de tenencia incluirá o coincidirá en su realización con otras opciones de las que ya hemos hecho mención. Por ejemplo quien adquiera los bienes los mantendrá en su poder lo mismo que quien los recibe. Sin embargo, el legislador busca cierta autonomía residual para esta conducta que implique no realizar actos posteriores a la tenencia del bien. Esto es no ocultarlos, no transferirlos, etc. Tampoco aquí es trascendente la

duración de la tenencia, pero el énfasis del verbo típico proyecta un claro sentido de permanencia de los bienes con el autor.

Ahora bien, es necesario aclarar que para la tipicidad del delito bastará con que el **sujeto activo** realice, cuando menos, uno de los comportamientos que hemos mencionado. No obstante, aquí también es de tener en cuenta que conforme a las tipologías conocidas del lavado de activos, es común que en la etapa de integración el agente se vea relacionado con más de una de las opciones de ocultamiento y tenencia que hemos descrito, lo que, según los casos, y conforme a nuestra legislación penal, podría dar lugar a un delito continuado o a supuestos de concurso real homogéneo de delitos. De ocurrir ello deberán aplicarse en la penalidad las reglas de determinación correspondientes (Cfr. Artículos 49° y 50° del Código Penal).

## El objeto de acción del delito

Tanto el artículo 1° como el artículo 2° de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, consignan en su redacción como objetos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia al **dinero, bienes, efectos o ganancias**. El legislador peruano ha optado, pues, por incorporar fórmulas alternativas y detalladas para señalar al objeto de acción del delito. Lo común a ellas es su connotación patrimonial y económica. En principio se alude a **dinero** en efectivo, para luego referirse a los **bienes** que se han podido adquirir sucesivamente con aquel, e incluso a las **ganancias** que como rédito o interés de inversiones y depósitos, pueden producirse luego de culminado el proceso de lavado en la etapa de integración.

De esta manera, pues, el texto legal nacional pretende que esa pluralidad de categorías puedan adaptarse y cubrir con facilidad, dada su flexibilidad y equivalencia hermenéutica, las múltiples variaciones que pueden ocurrir y sobrevenir durante el ciclo operativo del proceso de lavado de activos, a partir del momento de la colocación del dinero ilegal producido. No obstante, para autores nacionales como GÁLVEZ VILLEGAS hubiera sido suficiente que el legislador peruano se refiriera genéricamente a bienes, «*ya que esta expresión en un sentido amplio comprende al dinero, efectos o ganancias*» (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 51). Cabe señalar que la opción sugerida ha sido utilizada también por algunos sistemas legales como el suizo que ha preferido la expresión omnicompreensiva de «*valores patrimoniales*» (Cfr. Artículo 305 bis del Código Penal).

Es importante distinguir que para el derecho penal nacional, **el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito**

### La tipicidad subjetiva

Con relación a la **tipicidad subjetiva** los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 **sólo incorporan delitos dolosos**. El dolo del agente puede ser directo, indirecto o eventual.

Por consiguiente, el sujeto activo debe ejecutar las distintas operaciones y actos de lavado de activos de manera **consciente y voluntaria**. Es decir, al realizar, pues, la colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia de dinero o bienes, el sujeto activo **sabe o puede presumir** que tienen un origen ilícito. La ley exige, entonces, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las operaciones en las que se ve involucrado tienen como objeto el producto o las ganancias del delito.

Sin embargo, las normas que analizamos no exigen que el agente conozca de que delito previo se trata, ni cuando se cometió, ni mucho menos quienes intervinieron en su realización. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que proyectarse sobre la situación procesal del delito precedente. Igualmente, tratándose de actos finales de ocultamiento y tenencia, no es exigible por la tipicidad subjetiva que su autor conozca o sospeche de las acciones o actores anteriores de los actos de conversión o transferencia.

De allí que no nos parece acertada la posición que asume GÁLVEZ VILLEGAS, al sostener que el dolo del sujeto activo debe vincularlo específicamente con el producto de uno de los delitos señalados en el artículo 6° de la Ley Penal Contra el Lavado de Activos, ya que de no tratarse de uno de aquellos delitos se produciría un error de tipo que haría atípica la conducta del agente (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 61). Al respecto, cabe aclarar, que la referencia a determinados delitos que se hace en el párrafo segundo de dicha norma no es excluyente sino meramente **enunciativa**. Lo trascendente, entonces, para la tipicidad subjetiva, es que el dolo comprenda activos originados o derivados de cualquier delito de aquellos que **«generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194° del Código Penal»**.

Por el contrario, nos parece muy adecuada a nuestra legislación las precisiones que formula el docente

sanmarquino, para rechazar la interpretación de posibles operaciones de lavado culposas en base al sentido y alcance de la expresión **«puede presumir»**. Como afirma el autor antes citado. *«En este sentido, siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del art. 12° del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando»* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 60 y 61). En el contexto internacional este planteamiento de la doctrina nacional, que compartimos plenamente, resulta, además, coherente con lo acordado por el Reglamento Modelo de la CICAD que sólo considera alusiva a la tipicidad culposa el uso de la expresión **«debiendo saber»**.

En efecto, la **nota 2** hecha a pie de página del artículo 2° del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD, estipula lo siguiente: **«Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico»** (Cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/d., p. 2). Por consiguiente consideramos no adaptable a la tradición legislativa nacional y a sus desarrollos jurisprudenciales la propuesta hermenéutica de GARCÍA CAVERO quien idéntica en la expresión típica **puede presumir**: *«un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso»* (Cfr. Percy García Caveró. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. ps. 510 y 511).

Ahora bien, a diferencia del derogado artículo 296° A del Código Penal de 1991, el texto original de los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 incluía un **elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención**. Efectivamente, en aquella redacción típica se conectaba la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la sola colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, pues, exigía,

además, que el agente persiguiera una finalidad ulterior que se describía como «*evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*».

Es más, cabe mencionar que la finalidad de *evitar el descubrimiento* de los activos ilícitos, también había sido considerada como integrante de la tendencia interna trascendente requerida por la ley, en algunos textos pre legislativos como el Anteproyecto del Grupo de Expertos de junio de 2000 («*para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación y decomiso*») y la versión original del Proyecto Sustitutivo concordado de las Comisiones Parlamentarias de mayo de 2002 («*con la finalidad de evitar su descubrimiento, la identificación de su origen u ocultar su procedencia ilegal*»). Sin embargo, por razones que no fueron explicadas por el legislador dicho objetivo fue eliminado del Proyecto definitivo de junio de 2002 y que luego se convirtió en la Ley 27765.

A nuestro modo de ver la incorporación de este complemento al dolo del agente era muy positiva y permitía excluir, por atípico, cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza como el que se presentaba con frecuencia en la conducta del **tercero de buena fe**. En el mismo sentido se había pronunciado GÁLVEZ VILLEGAS: «*La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista*» (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 62).

En consecuencia, pues, la ley 27765 hasta antes del Decreto Legislativo 986, demandaba que el proceder doloso del agente estuviera siempre preordenado a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarlos de toda medida de interdicción. En definitiva, **el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada**. Sin embargo, para la concreción típica bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un delito de peligro. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto original de la Ley 27765 cumplía una función dogmática y político criminal importante.

Lamentablemente, el **Decreto Legislativo 986** eliminó dichas ventajas al suprimir aquella tendencia

interna trascendente. Pero no sólo eso, el legislador, demostrando carencia de información sobre los problemas probatorios que conlleva la dinámica operativa del lavado de activos, con una controvertida decisión técnico-legislativa y político criminal, ha transformado ese componente subjetivo especial en un resultado típico. Ahora, pues, los artículos 1º y 2º sólo requieren de un dolo que comprende exclusivamente la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que **evitan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso**. Como bien anota GARCA CAVERO: «*...el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación ,incautación o decomiso*» (Cfr. Percy García Caverro. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., ps. 510 y 511).

En atención, pues, a lo expuesto, resulta coherente afirmar que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, su comportamiento será atípico al carecer del dolo.

Es también importante destacar que en la legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito que estudiamos no requiere que el autor haya actuado con **ánimo de lucro**. Ello permite establecer una mejor distinción entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194º del Código Penal.

## La consumación del delito

La actual configuración como **delitos de resultado** de la conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de activos, determina que para reconocer la consumación del delito sea ahora necesario verificar si se logró con tales conductas dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan será de considerar la configuración de una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16º del Có-

digo Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento conversor o de transferencia de los activos ilícitos que ha iniciado, sea por la intervención de terceros o por razones ajenas a su voluntad. Al respecto, GARCIA CAVERO precisa que: «*El artículo 16 del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad es limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos*» (Cfr. Percy García Caveró. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob.Cit., p. 512).

Es pertinente destacar que las distintas modalidades de **conversión y transferencia** descritas en el artículo 1º de la Ley 27765 constituyen **delitos instantáneos**. Por consiguiente, su momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de ellas.

Diferente es la situación en lo que corresponde a la mayoría de los actos de **ocultamiento y tenencia** que sanciona el artículo 2º de la Ley 27765. En estos casos, la **naturaleza permanente** de la mayoría de las modalidades delictivas consideradas por el legislador, determinan que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado con el hecho punible se mantenga en el tiempo por voluntad del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, los actos de transporte, introducción o extracción de activos al territorio nacional por su modalidad ejecutiva deben ser apreciados también como delitos de **consumación instantánea**.

### Penalidad

Para los delitos previstos en los artículos 1º y 2º de la Ley Penal contra el Lavado de Activos el legislador nacional ha conminado **penas conjuntas**. Dicha penalidad, para ambos supuestos delictivos, se compone de dos penas principales que son las siguientes:

- Pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años.
- Pena de multa de 120 a 350 días multa.

Al respecto, cabe señalar que la reformas introducidas originalmente por la Ley 27765 no sólo redujeron el máximo legal de la pena privativa de libertad que contemplaba el artículo 296º A del Código Penal, sino que también eliminaron la pena principal conjunta de inhabilitación que dicha norma también incluía. En el Anteproyecto que elaboró la Comisión de Expertos del Ministerio de Justicia en junio de 2001 la pena privativa de libertad era menor (*no menor de cuatro ni mayor de diez años*), pero la pena pecuniaria tenía un máximo legal más elevado (*120 a 365 días multa*).

Sin embargo, a la fecha la penalidad conminada para lo actos de lavado de activos por la legislación penal peruana sigue siendo una de las más altas de la Región. Además, como cuestiona GARCIA CAVERO: «*...la pena resulta sumamente desproporcionada, pues llega a prever un mínimo de pena más grave que el previsto para el delito de homicidio doloso, lo cual no se corresponde con la importancia de los bienes jurídicos puestos en tela de juicio*» (Cfr. Percy García Caveró. Derecho Penal económico. Ob. Cit., p. 516).

### LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El artículo 3º de la Ley 27765 regula un breve catálogo de **circunstancias agravantes específicas**. Luego de las modificaciones introducidas con el Decreto Legislativo 986, el texto del citado artículo es el siguiente:

«*La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:*

- a) El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.
- b) El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

*La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 228º y 230º del Código Penal*». Ahora bien, en el artículo 3º que estamos comentando encontramos dos niveles de circunstancias agravantes. Las circunstancias del

*primer nivel* están contenidas en los incisos a) y b). Ellas aluden a la *calidad especial del agente* del delito y a la *vinculación del agente con una organización criminal*. En cambio, la circunstancia del *segundo nivel*, que aparece descrita en el párrafo *in fine* del citado artículo, toma en cuenta las *fuentes delictivas de procedencia de los activos objeto de lavado*. Es de precisar que esta circunstancia agravante determina una mayor penalidad que aquellas que integran el primer nivel.

Seguidamente haremos una revisión particular de los presupuestos de cada circunstancia de agravación.

## a) Circunstancias Agravantes por la Condición Personal del Agente

Se trata de las circunstancias donde la vinculación del agente con una facultad o un deber especial derivado de su función o profesión, justifican el mayor desvalor y punibilidad del comportamiento del delincente. Tal como lo exige expresamente la norma estas circunstancias sólo se configuran a partir del abuso de la posición funcional o de la infracción deliberada de los deberes profesionales o funcionales que posee el agente, al momento de comisión del delito. De allí que en el supuesto de agravación que contempla el inciso a) del artículo 3° se exija que el sujeto activo *abuse de la función pública que ejerce*, o de la *actividad que desempeña como agente en los sectores inmobiliario, financiero, bancario o bursátil*. Por tanto, en la legislación nacional, para que se configure el agravante no es suficiente constatar que el sujeto activo es un funcionario público o un agente en los sectores antes aludidos. La agravante demanda, pues, **una actuación en la oportunidad operativa del acto funcional o de actividades propias del área de gestión inmobiliaria, financiera, bancaria o bursátil**. Por tanto, procesalmente se debe comprobar que en la comisión del delito se valió indebidamente de su condición personal y de la oportunidad que su rutina operativa sectorial le proporcionaron. No nos parece atinada, la advertencia que formula GÁLVEZ VILLEGAS cuando señala que debe incluirse en el agravante también a las personas que empíricamente incurrieron en alguna de las actividades mencionadas o que las desarrollan informalmente. A nuestro modo de ver, la referencia legal a «**agente**» tiene, pues, que ser entendida restrictivamente como alusiva a un ente autorizado y debidamente registrado para desarrollar actividades comerciales o financieras. El cual, además, está conectado con las políticas y patrones antilavado,

lo que también justifica el mayor desvalor que recae sobre su proceder delictivo. (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67). Sin embargo, es de precisar también que la legislación nacional no exige reiteración o habitualidad para que opere el efecto agravante.

## b) Circunstancia Agravante por integrar una organización criminal

En el inciso b) del artículo 3° se incluye también como circunstancia agravante que el delito sea cometido por el agente *en calidad de integrante de una organización criminal*. Sobre las características básicas de una organización criminal conviene tener en cuenta la definición que de *grupo delictivo organizado* hace la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En este instrumento internacional, que ha sido ratificado por el Perú, se identifica como tal a «*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves...con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*» (Artículo 2°, Inc. a). Precisándose, además, que un grupo estructurado es aquel «*...no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito...*» (Artículo 2°, Inc. c). Hay que precisar, sin embargo, que para efectos del agravante que estudiamos, no se trata de cualquier estructura criminal, sino exclusivamente de aquellas *dedicadas al lavado de activos*. Tampoco es importante, el tipo de organización criminal ni su ámbito nacional o internacional de operaciones. Ahora bien, las tipologías delictivas nos enseñan que las organizaciones criminales que operan con esta clase de delitos son de estructura flexible, con composición limitada, con alto grado de especialización de sus integrantes y con un logrado espacio de influencia local e internacional. Conforme a su clasificación criminológica y criminológica se trata, pues de estructuras especiales derivadas del modelo conocido como *Grupo Central* y que los expertos denominan *empresas criminales flexibles*: «*Estas generalmente adoptan una presencia corporativa de apariencia legal y de dedicación a negocios lícitos y prósperos. Sin embargo, encubren con ello su verdadera actividad ilegal que se encuentra ligada a operaciones de lavado de dinero, defraudación tributaria o fraude en las subvenciones*» (Cfr. Víctor R. Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada. IDEMSA. Lima. 2006, p. 63). Cabe anotar también, que

en la legislación penal nacional, es frecuente la inclusión de este tipo de agravantes específicas para otros delitos convencionales como el robo (Cfr. Artículo. 189º, *in fine del Código Penal*); o no convencionales como la intermediación onerosa de órganos y tejidos (Cfr. Artículo 3i8º A del Código Penal). En todas estas disposiciones, al igual que en el inciso b) del artículo 3º, el legislador nacional ha considerado como **factor agravante la conexión o dependencia del agente a una organización criminal y que el delito lo cometa en tales condiciones.**

En relación con la operatividad de esta agravante, es importante precisar que no basta para su efectividad la mera integración del agente, o el hecho de haber intervenido en la formación de una organización criminal destinada a la **comisión futura de operaciones de lavado de activos.** Estos casos se deben subsumir en los alcances típicos del artículo 317º del Código Penal.

Por consiguiente, pues, podemos afirmar que para el derecho penal peruano el agravante no exige una intervención plural en la ejecución del delito. Es decir, la calificante que analizamos se configurará, aún cuando el agente actúe y sea procesado individualmente. Lo que la ley demanda como **condición esencial** es que la conducta desplegada por el sujeto activo haya significado siempre el **cumplimiento de los designios y operatividad de una organización criminal con la cual se encuentra vinculado.** Por el contrario, si el delincuente realiza su acción delictiva fuera de la estructura criminal y de sus planes y proyectos delictivos, no se producirá el efecto agravante. Como ya hemos explicado, la mera pluralidad de agentes o concierto no es cubierta por esta agravante específica. Por lo demás, el agravante no diferencia la posición que ocupa el infractor en la organización criminal. Puede tratarse de un mero órgano operativo o de quien cumple funciones de dirección estratégica o táctica.

### c) *Circunstancia Agravante por la procedencia delictiva de los activos*

Comencemos por señalar que estamos ante una **circunstancia agravante de segundo nivel**, pues ella motiva una mayor penalidad que la contemplada para las dos agravantes ya analizadas. En efecto, para el supuesto regulado por el párrafo final del artículo 3º, la Ley 27765 tiene prevista como pena conminada única la privativa de libertad no menor de 25 años.

No conocemos antecedentes directos de esta agravante en el derecho penal nacional. Sin embargo, es de

recordar que en el derogado artículo 296º B del Código Penal, se incluía una agravante para el caso de que el autor del delito estuviera vinculado con actividades terroristas. Y, para este supuesto, dicha disposición señalaba la pena de cadena perpetua. .

La inclusión de esta agravante específica en nuestra legislación, parece justificarse por las características peculiares de la criminalidad nacional y que colocan al tráfico ilícito de drogas, al terrorismo, al secuestro, a la extorsión, trata de personas y delitos contra el patrimonio cultural como modalidades graves de delincuencia estructurada. Siendo la primera la que mayor volumen de ingresos ilícitos genera. (Cfr. Víctor R. Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada. IDEMSA. Lima. 2006, p. 72 y ss.). En cuanto a la segunda, los convenios multilaterales de represión del financiamiento del terrorismo, promueven un trato más severo para las operaciones de lavado de activo que se conecten con dicho delito, por lo que, desde los estándares internacionales, la consideración específica del terrorismo como delito fuente para efectos agravantes, también resulta funcional en el contexto presente. En cuanto a las otras conductas delictivas su notable objetivo de lucro, así como los medios violentos o subrepticios que son empleados en su realización, justifican, plenamente, una mayor penalidad.

Ahora bien, todas las agravantes del artículo 3º son dolosas. Sin embargo, para la configuración del agravante de segundo nivel la ley demanda que el **dolo directo** del agente alcance al origen específico de los activos que somete a actos de lavado. El autor del delito en este caso debe, pues, querer realizar la colocación, intercalación o integración de activos que conoce que provienen del narcotráfico, del terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previstos en los artículos 228º y 230º del Código Penal (Extracción de bienes culturales)

Cabe señalar que en la Ley 27765 **no se han considerado circunstancias atenuantes por el escaso valor de los bienes sometidos a operaciones de lavado.** Particularmente, esta práctica es frecuente en los procedimientos de estructuración como el *pitufeo* o la venta ambulatoria e informal de moneda extranjera. Al respecto quizás se podría establecer, con criterio de proporcionalidad, que cuando tales actos de **microlavado** no excedan del equivalente a 5 Unidades Impositivas Tributarias, se considere un efecto atenuante similar al regulado en el artículo 3º del Decreto Legislativo 813 que reprime los delitos tributarios

## EL ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/ CJ-116 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas en lo Penal, aprobó el 16 de noviembre de 2010, un Acuerdo Plenario que define criterios vinculantes de interpretación sobre distintos aspectos relativos a la configuración dogmática y a la actividad probatoria del delito de lavado de activos.

Entre los principales criterios que aporta este Acuerdo Plenario cabe destacar a los siguientes:

- Es un delito no convencional de criminalidad organizada.
- Es un delito pluriofensivo y afecta varios bienes jurídicos.
- Es un delito de resultado y de daño. Su consumación requiere verificar que el agente logró, al menos momentáneamente, dificultar la identificación del origen ilícito, la incautación o el decomiso de los activos ilícitos.
- Es un delito doloso y requiere cuando menos dolo eventual.
- El dolo incluye la certeza o cuando menos la sospecha de que los activos tienen un origen ilícito. Sin embargo, no se requiere conocer de que delito se trata, quienes fueron sus autores, cuando se cometió ni si genero un proceso penal o condenas específicas. Además debe comprender también el resultado típico (dificultar la identificación del origen ilícito, la incautación o el decomiso de los activos implicados).
- Se debe declarar la atipicidad o justificación de los negocios estándar o conductas inocuas.
- El escaso valor de los activos no es una atenuante específica, pero si debe considerársele para efectos de lo regulado en el inciso 4 del art. 46° sobre determinación judicial de la pena
- El artículo 6° de la ley 27765 declara la autonomía típica y probatoria del delito de lavado de activos. No existe pues ninguna dependencia procesal o prejudicialidad frente al delito precedente que generó los activos ilícitos.
- El delito precedente es un elemento objetivo implícito del tipo legal por lo que debe ser abarcado por el dolo del agente. La prueba del conocimiento del delito precedente, así como de las operaciones de lavado se harán mediante la prueba indiciaria. Por tanto deberán ser inferidos de indicios suficientes, acreditados, relacionables entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios.
- Se debe declarar la atipicidad o justificación de los negocios estándar o conductas inocuas.

## Polonia

**Prof. Dra Barbara Kunicka-Michalska**

*Instituto de Ciencias Jurídicas  
de la Academia Polaca de Ciencias*

El delito de blanqueo de dinero fue incorporado a la legislación penal polaca en 1994, a la Ley sobre las actividades económicas. Al principio, el blanqueo de dinero se definió de manera bastante estrecha como delito relacionado con la delincuencia organizada y con otros delitos de naturaleza particularmente grave.

El siguiente etapa de la evolución de la definición del delito de blanqueo de dinero en la legislación penal polaca fue la incorporación de ese delito al texto del nuevo Código Penal del 1997 y su ampliación. Actualmente el delito de blanqueo de dinero esta definido de manera amplia en el artículo 299 del Código Penal del 1997 con cambios posteriores. Actualmente el artículo 299 del Código Penal comprende también los beneficios conseguidos como resultado de la comisión de cualquiera y cada uno de los delitos contemplados por la legislación penal polaca, sin limitación alguna. El artículo 299 del Código Penal fue cambiado en 2000, 2009 y 2010.

La definición del delito de blanqueo de dinero del artículo 299 del Código Penal es amplia y comprende dos tipos básicos y dos tipos calificados (con la pena más grave).

Según el párrafo 1 del artículo 299 del Código Penal, el quién, los medios de pago, títulos valores u otras divisas, derechos patrimoniales o bienes muebles o inmuebles, procedentes de los beneficios relacionados con la comisión del acto prohibido, recibe, transmite o lleva hacia el extranjero, ayuda en la transferencia de su titularidad o posesión o realiza otras acciones que pueden frustrar o dificultar notablemente la comprobación de su procedencia delictiva o lugar de ubicación, su descubrimiento, decomiso o veredicto sobre el decomiso, será castigado con la pena de la privación de la libertad de 6 meses hasta 8 años.

Como indica el párrafo 2 del artículo 299 del Código Penal, el quién, siendo trabajador del banco, de la institución financiera o de crédito u otro sujeto, que, a base de las normas de la ley, tiene la obligación de registrar las transacciones y las personas que realizan las transacciones, recibe en efectivo, en contra a las regulaciones, dinero u otras divisas, realiza su transferencia o conversión, o los recibe en otras circunstancias que despiertan sospechas motivadas sobre que estos consisten el objeto del acto determinado en el párrafo 1 del

artículo 299 del Código Penal, o presta otros servicios cuyo objetivo es ocultar su procedencia delictiva o los servicios para proteger contra el decomiso (la pena de 6 meses hasta 8 años de privación de la libertad).

Si el autor comete el hecho determinado en el párrafo 1 o 2 del artículo 299 del Código Penal, actuando en acuerdo con otras personas, será castigado con la pena de privación de la libertad de 1 año hasta 10 años.

A la misma pena está sometido el autor en caso cuando al cometer los delitos descritos en el párrafo 1 o 2 del artículo 299 del Código Penal gana un notable beneficio material.

En caso de condenar por el delito descrito en los párrafos 1 o 2 del artículo 299 del Código Penal, el tribunal declara el comiso de los objetos procedentes directa o indirectamente del delito, como también los beneficios de este delito o su equivalente, aunque no consistan en la propiedad del autor del hecho delictivo. No se dicta el comiso total o parcial cuando el objeto, beneficio o su equivalente se devuelve al sujeto perjudicado u otro sujeto.

No está penalizado por el delito descrito en el párrafo 1 o 2 del artículo 299 del Código Penal, el quién voluntariamente revela ante el órgano llamado para perseguir los delitos, las informaciones concernientes a las personas que participaron en la comisión del delito y las circunstancias de la comisión de este, cuando esto evitó la comisión de otro delito; en caso cuando el autor hacía esfuerzos tendientes a la revelación de estas informaciones y circunstancias, el tribunal aplica la extraordinaria atenuación de la pena.

Por la ley del 2009 han introducido al Código Penal polaco el nuevo delito de financiamiento de los delitos de carácter terrorista. Es el artículo 165a del Código Penal (la pena de 2 hasta 12 años de privación de la libertad).

Para el problema del blanqueo de dinero muy importantes son también otras leyes. La Ley "Derecho bancario" del 29 de agosto de 1997 con cambios posteriores (texto unificado Dz. U. del 2011, N° 72, pos. 388) impone a los bancos el deber de prevenir el aprovechamiento de sus actividades para los fines relacionados con el delito de blanqueo de dinero (el artículo 299 del Código Penal) y el financiamiento de los delitos de carácter terrorista (el artículo 165a del Código Penal), determina algunas obligaciones de los bancos y sus prerrogativas y contiene las normas penales.

La importancia especial tiene también la Ley del 16 de noviembre del 2000 (con cambios posteriores) sobre la prevención del blanqueo de dinero y del financiamiento del terrorismo (texto unificado Dz. U. del 2010,

N° 182, pos. 1228). Esta Ley contiene larga lista de las instituciones comprometidas y de sus obligaciones, de acuerdo con las directivas de la Unión Europea. La Ley contiene las normas penales (sobre los delitos) que complementan las normas del Código Penal sobre el blanqueo de dinero. Contiene también las normas sobre las penas pecuniarias de carácter administrativo.

En Polonia está vigente la Ley del 28 de octubre del 2002 (con cambios posteriores) sobre la responsabilidad de sujetos colectivos castigados con la pena. La Ley contiene una larga lista de delitos (de tipos delictivos) cuando tiene lugar esta responsabilidad de sujetos colectivos. En la lista figuran, entre otros, los delitos de blanqueo de dinero (el artículo 299 del Código Penal) y el delito de financiamiento de los delitos de carácter terrorista (el artículo 165a CP). El sujeto colectivo tiene la responsabilidad por el hecho prohibido, que es el comportamiento de la persona física, determinada en el artículo 3 de esta Ley.

Polonia está comprometida con diferentes convenios, relacionados con el blanqueo de dinero<sup>1</sup>.

#### Notas

1 La bibliografía polaca sobre los delitos de blanqueo de dinero es bastante amplia. Indicamos sólo algunas publicaciones:

Los informes polacos en el libro: Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, Jorge Almeida Cabral, Barbara Kunicka-Michalska, Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Vol.II. Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Ediciones Universidad de Salamanca 2002, es decir: Barbara Kunicka-Michalska, Pranie pieniędzy i związana z tym korupcja w systemie bankowym w Polsce. Zagadnienia podstawowe (Blanqueo de dinero y la corrupción relacionada con esto en el sistema bancario en Polonia. Problemas básicos), p.41-71; Leszek Kubicki, Przepisy Polskiego prawa bankowego związane z przestępstwem "prania pieniędzy" (art. 299 k.k.) (Disposiciones del derecho bancario polaco relacionadas con el delito de blanqueo de dinero), p. 133-142; Jolanta Jakubowska-Hara, Jan Skupiński, Pranie pieniędzy w Polsce. Fenomenologia i kierunki przeciwdziałania (Blanqueo de dinero en Polonia. Fenomenología y direcciones en la prevención), p. 169-184; Celina Nowak, Korupcja jako przestępstwo źródłowe prania brudnych pieniędzy-prawo polskie i międzynarodowe (La corrupción como delito-origen de blanqueo de dinero-derecho polaco e internacional), p. 221-228; Ryszard A. Stefański, Pranie pieniędzy i korupcja w systemie bankowym (análisis de la práctica) /Blanqueo de dinero y la corrupción en el sistema bancario (análisis de la práctica)/, p. 287-294; Lech K. Paprzycki, Odpowiedzialność karna za przekupstwo biernie pracowników bankowych w świetle orzecznictwa polskiego Sądu Najwyższego (La responsabilidad penal por la corrupción pasiva de los trabajadores de los bancos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo polaco), p. 353-360; Barbara Świątkiewicz, Ochrona systemu bankowego przed wprowadzeniem do niego środków płatniczych uzyskanych w wyniku przestępstw w praktyce policyjnej (La protección del sistema bancario contra la

introducción en el de los medios de pago obtenidos en consecuencia de los delitos en la práctica policial), p. 381-386.

De otras publicaciones ver, entre otras: K. Wąsowski, W. Wąsowski, *Pranie pieniędzy. Poradnik dla bankowców* (El blanqueo de dinero. Vademécum para los empleados bancarios), Warszawa (Varsovia) 2001; R. Zabłocki, *Komentarz do art. 299 Kodeksu Karnego* (Comentario para el art. 299 del Código Penal), en *Kodeks Karny. Część Szczególna, Tom III (Código Penal, Parte Especial, Tomo III)*, pod redakcją A. Wąsek i R. Zawłocki (a cargo de A. Wąsek y R. Zawłocki), wyd. 4 (4ª edición), Warszawa (Varsovia) 2010, p. 1296-1297 y 1407-1431; y la bibliografía allí citada.

## República Dominicana

**Prof. Ana Cecilia Morun Solano**

*Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD).*

*Rep. Dominicana.*

El delito de Lavado de Activos es considerado, como uno de los delitos con mayor relevancia a nivel mundial, y que se ha ido desarrollando utilizando, los fenómenos como la globalización, el avance y desarrollo de las comunicaciones, el desarrollo e internalización de los servicios y procedimientos financieros, el avance y el desarrollo del internet, la informática, y el avance y desarrollo del ámbito económico y social de un País, por lo cual, es un tipo penal que necesita de amplios, continuos y coherentes mecanismos e instrumentos de control, y de regulación, para frenar e impedir su proliferación.

Este delito requiere para su materialización de una estructura típica muy compleja, así como de un proceso que tiene por objetivo fundamental, el ocultamiento de dineros con procedencia ilegítima, el cual debe ser invertido de formas y maneras diferentes, para lograr el ocultamiento frente a las autoridades judiciales, autoridades contables, y los controles institucionales, con los que cuenta una Nación.

Se entiende, que una de las mejores maneras de ocultar y legalizar el dinero ilegítimo, son precisamente, las instituciones financieras, por ser estas, las instituciones, donde se utiliza el dinero producto de actividades lícitas.

Este tipo penal, presenta diversas acepciones, como son, el Lavado de Activos, Lavado de Dinero y Blanqueo de Capitales, aunque no obstante estas acepciones, podemos presentar una definición general y amplia, según la cual, consideramos es el proceso por medio del que se ocultan dineros obtenidos ilegalmente, en moneda nacional o extranjera, colocándolos e invirtiéndolos, entre actividades ilícitas.

Es decir, el agente o lavador del dinero, se ubica e ingresa sus fondos ilícitos en el sistema financiero, a

traves de instituciones financieras, casas de cambio, casinos, negocios de servicios monetarios, principalmente, y, con el objetivo de que se liguen y se confundan con dineros lícitos, y de esta forma, tenerlos a salvo de la mano de la justicia.

Este ilícito tiene la particularidad, de que presenta consecuencias muy graves para la economía de una Nación, porque afecta de manera directa la balanza de pagos, la estabilidad de los precios, y las actividades comerciales y productivas legítimas.

Por lo que es considerado un delito que, tiene altas incidencias en la estabilidad política, económicas y social de las naciones, muchos países han acordado la creación de una serie de políticas, mecanismos y controles que sirvan de prevención a la proliferación del mismo.

En la República Dominicana, en el año 1988 con la promulgación de la Ley 50/88 Sobre Drogas y Sustancias Controladas, surge este tipo penal; esta Ley fue objeto de diversas modificaciones hasta llegar al precepto legal que en la actualidad rige esta materia: La Ley 72/02 Sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas, Sustancias Controladas y otras infracciones graves, en la cual el legislador dominicano, inspirado en la Convención de Viena de 1988, entre otras que mencionaremos más adelante, pretende darle al lavado de Activos una visión más amplia, que conlleve la tipificación no solo cuando los bienes procedieran del tráfico ilícito de drogas, sino también todo tipo de blanqueo de capitales que pudiese provenir de un delito diferente al tráfico de drogas.

Las fuentes de origen, y regulación de este tipo penal, se inicia en la Convención de Viena sobre Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Sicotrópicas de 1988, la Declaración de Basilea de 1988, Sobre la Prevención del Uso Delictivo del Sistema Bancario con el propósito de lavar dinero suscrita por el Grupo de los 11, a través de los representantes de los Bancos Centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Suiza, Reino Unido, E.U.A., y Luxemburgo; el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que se constituyó en París en la Cumbre Económica de 1989 con la participación del Grupo de los 7, formado por E.U.A., Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá; la Comisión de la Comunidad Europea de 1991; la Organización de Estados Americanos (OEA) que en 1992 adoptó las recomendaciones de la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD); el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAIFC); el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD); el Grupo Antilavado de Dinero de la

Region Asia/Pacifico; la Convencion Centroamericana para la Prevencion y Represion de los Delitos de lavado de Dineros y de Activos Relacionados con el Trafico Ilicito de Drogas y Delitos Conexos 1997 constituida como producto de la Asistencia Judicial Mutua en materia Penal y Extradicion por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panama; y el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalizacion Internacional de las Drogas (PNUFID) de 1998; el Grupo Egmont, hasta llegar al Grupo Wolfsberg.

La Rep. Dominicana ha logrado un marco legal que se ajusta a los lineamientos internacionales en la materia, mas avanzados, con la finalidad de controlar este delito, que se ha convertido en un fenomeno transnacional, por lo que no solo ha sido necesario una norma que recoja las disposiciones vigentes en nuestro Derecho, sino que ademas las complete, y pueda extender su ambito a otras actividades que no son narcotrafico, pero consideradas graves, estableciendo sanciones administrativas, y creando un instrumentar que pueda procesar las informaciones financieras suministradas, por las instituciones y demas sujetos relacionados.

El la Rep. Dominicana la Ley No. 72/02 del 7 de junio del ano 2002 Sobre Lavado de Activos Provenientes del Trafico Ilicito de Drogas y Sustancias Controladas y otras Infracciones Graves, regula el marco juridico en lo que respecta al lavado de Activos.

Esta Ley derogo de varios articulos de la Ley 50/88, modificados por la Ley 17/95.

Esta Ley 72/02 Sobre Lavado de Activos posee una estructuracion de las penas muy exactas, con algunas que son agravadas dependiendo de circunstancias muy puntuales especificadas por la misma ley, esta normativa presenta una serie de articulos que se encuentran al final de la seccion sobre sanciones penales y que dirigen el accionar e incremento del monto de la multa y/o el tiempo de la privacion de libertad cuando se cumplen en el caso a tratar unas cuantas circunstancias que agravan de manera especial el hecho.

El legislador Dominicano considera que este crimen es grave, y hace vulnerable nuestra Sociedad, porque entre otras cosas desequilibran el sistema economico, afectando el patrimonio y el estilo de vida de nuestra Sociedad, afectando las instituciones del Estado, y mostrando una cara falsa del verdadero sano y licito desarrollo que debe tener una Nacion.

Por primera vez en nuestra historia reciente, 6 banqueros guardan prision condenados a penas de 10 anos de prision, por la comision de fraudes y violaciones a la Ley de Lavados de Activos, Ley Monetaria y Financiera.

## Rusia

Svetlana Paramonova. MPI - Freiburg i. Br.

### Introduction

Recent developments in Russian legislation referring to economic crime can be characterized by a number of trends that reflect a liberalization and clarification of criminal norms in this sphere, e.g., allowing for the imposition of alternative non-custodial sanctions, providing ways to avoid criminal sanctions through the settlement of tax liabilities, as well as the abolition of pre-trial detention in tax investigations<sup>1</sup>. One of the main motives behind these reforms is the creation of a more favorable investment climate for national and foreign businesses.

With regard to criminal money laundering legislation, some aspects of this recent liberalization are controversial.

### Legal regulation

According to pa. 1 art. 34 of the *Constitution* of the Russian Federation, everyone shall have the right to use freely his (her) abilities and property for entrepreneurial and other economic activity not prohibited by law<sup>2</sup>.

Chapter 22 of the *Criminal Code* of the Russian Federation (CC RF)<sup>3</sup> contains two articles on «Crimes in the Sphere of Economic Activity» that directly criminalize money laundering: art. **art. 174** (legalisation of money and other property acquired by another person through criminal means) and **174.1** (legalisation of money and other property acquired by another person as a result of a criminal offense committed by him). Behaviour that is closely related to money laundering is criminalized in further articles of the CC RF: art. 171 CC RF (illegal entrepreneurship), art. 172 CC RF (illegal banking activity), art. 175 CC RF (acquisition or sale of property knowingly obtained in a criminal way) etc. In compliance with the principle of legality (pa. 2 art. 15, pa. 2 art. 54 of the Constitution; pa. 1 art. 1, pa. 1 art. 3, pa. 1 art. 14 of the Criminal Code), all criminal offenses, elements of criminal liability, the type of punishment, the sentencing range and other legal consequences concerning the substantive criminal law shall be determined exclusively by the Criminal Code, and not by any other federal or regional laws or legal provisions (e.g., administrative provisions)<sup>4</sup>. However, further statutes outside the CC RF are relevant as they contain additional information in order to qualify a

particular conduct as a crime<sup>5</sup>. For instance, art. 174 and art. 174.1 CC RF contain the term «transaction», which is applied in the context of the criminal law in accordance with the definition of the Civil Code of the Russian Federation (art. 153)<sup>6</sup>.

However, offences defined by the CC RF do not always provide for the imposition of a custodial sentence. This is of particular interest in the context of money laundering, as deprivation of liberty has been abolished and hence is no longer available for art. 174 para. 1 and art. 174.1 para. 1 CC RF, i.e. in a case of money laundering that does not contain aggravating elements such as defined by the respective paragraphs 2, 3 and 4<sup>7</sup>. This partial decriminalization of money laundering, of course, raises questions with respect to the efficacy of the criminal law.

The Federal Statute of 2001 «*Countering the Legalization of Proceeds of Crime (Money Laundering) and the Financing of Terrorism*» provides for national counteractive and preventive measures on money laundering<sup>8</sup>. On the state level, the executive Federal Financial Monitoring Service of the Russian Federation is responsible for controlling and carrying out respective measures<sup>9</sup>. According to art. 4-7 of the 2001 Statute, financial institutions are under an obligation to permanently control transactions in order to identify those linked to money laundering or the financing of terrorism. Nonetheless, banks in Russia play a fairly passive role in the prevention of money laundering. It is reduced to the registration, storage and transmission of information, which could prove to be useful to the state authorities. The burden of conducting financial investigations in Russia lies on the Federal Financial Monitoring Service. It has a «filter» role of the data analysis in that it stands between the banking system and the law-enforcement agencies<sup>10</sup>.

## Art. 174 and 174.1 CC RF (money laundering)

### Art. 174 CC RF

(1) Performing financial operations and other transactions with money or other property, knowingly obtained *by other persons* (emphasis added by the author) in a criminal way (except for crimes provided for by articles 193, 194, 198, 199, 199.1 and 199.2 of this Code), for the purpose of bringing the appearance of legality to the possession, use and disposition of the specified money or other property, *shall be punishable by a fine in the amount of up to 120,000 RUB (ca. 4,000 USD) or in the amount of the salary or other*

*income of the convicted person for a period of up to one year.*

(2) The same act committed on a large scale (i.e. sum exceeding 1,000,000 RUB, ca. 33,000 USD), shall be punishable by a fine in the amount of 100,000 RUB (ca. 3,300 USD) to 300,000 RUB (ca. 10,000 USD) ... or by deprivation of freedom for a term of up to four years with a fine in the amount of up to 100,000 RUB (ca. 3,300 USD)....

(3) The act provided for by pa. 2 of this article committed: a) by a group of persons in a preliminary conspiracy; b) by a person with the use of his official position, shall be punishable by deprivation of freedom for a term of four to eight years with a fine in the amount of up to 1,000,000 RUB (ca. 33,000 USD)....

(4) Acts...committed by an organized group, shall be punishable by deprivation of freedom for a term of seven to ten years with a fine in the amount of up to 1,000,000 RUB (ca. 33,000 USD)....

### Art. 174.1 CC RF

(1) Performing financial operations and other transactions with money or other property, knowingly obtained *by a person* (emphasis added by the author) as a result of his having committed a crime (except for crimes provided for by articles 193, 194, 198, 199, 199.1 and 199.2 of this Code), or using of the specified money or other property for entrepreneurship or other economic activity, *shall be punishable by a fine in the amount of up to 120,000 RUB (ca. 4,000 USD) or in the amount of the salary or other income of the convicted person for a period of up to one year.*

(2) The same act committed on a large scale (i.e. sum exceeding 1,000,000 RUB, ca. 33,000 USD), shall be punishable by a fine in the amount of 100,000 RUB (ca. 3,300 USD) to 500,000 RUB (ca. 16,700 USD) ... or by deprivation of freedom for a term of up to five years with a fine in the amount of up to 100,000 RUB (ca. 3,300 USD)....

(3) The act provided for by pa. 2 of this article committed: a) by a group of persons in a preliminary conspiracy; b) by a person with the use of his official position, shall be punishable by deprivation of freedom for a term of four to eight years with a fine in the amount of up to 1,000,000 RUB (ca. 33,000 USD)....

(4) The acts...committed by an organized group, shall be punishable by deprivation of freedom for a term of ten to fifteen years with a fine in the amount of up to 1,000,000 RUB (ca. 33,000 USD)...<sup>11</sup>

Both art. 174 and art. 174.1 CC RF criminalize the performance of financial operations and other transactions with money or other property knowingly obtained through criminal means. The key difference of these two provisions is the illegal assets' source. In case of art. 174 CC RF, money or other property must be acquired *by another person(s)*, i.e. person(s) other than the offender. In contrast, art. 174.1 CC RF requires that an *offender him(her)self* must have committed a crime in order to obtain illegal assets. Russian doctrine considers the differentiation between two crimes based mainly on the criteria the assets' source to be unnecessary. Besides, when art. 174.1 CC RF stipulates the use of money or other property «for entrepreneurship or other economic activity», this can also be qualified as «bringing the appearance of legality to the possession, use and disposition of the money or other property», thus it can also be brought under art. 174 CC RF<sup>12</sup>.

Otherwise it seems necessary to specify the meaning of «bringing the appearance of legality» in art. 174.1 CC RF. One of the main problems with the latter—in contrast to art. 174 CC RF—is that, because of the absence of a 'purpose'-criterion, it is applied in an unreasonably broad way in practice<sup>13</sup>. If, for example, a person was found guilty of illegal entrepreneurship (according to art. 171 CC RF), this often entails an additional charge of money laundering. For this, it is enough that the offender performed any transaction that falls under the wide formula of «economic activity» in sense of art. 174.1 CC RF.

### Changes in money laundering legislation

Changes that are planned or have already been introduced to the Criminal Code, some of which directly or indirectly impact on money laundering, are meant to conform with a trend towards a more human and more liberal law in the sphere of economic crime<sup>14</sup>. However, some of these reforms give rise to questions.

Firstly, it is planned to reduce the scope of art. 174.1 CC RF. One of the possible legislative changes would lead to the introduction of a 'purpose'-criterion in art. 174.1 CC RF. Secondly, an amendment that has been already introduced to art. 169 CC RF extends the criminal responsibility of an official who, «through the refusal to register an individual businessman or legal person» and «through his official position» obstructs a lawful business activity. Finally, the partial decriminalization of money laundering through the abolition of custodial sentences in art. 174 and art. 174.1 CC RF has again to be stressed<sup>15</sup>.

Another recent amendment to the Criminal Code concerns the decriminalization of pseudo-entrepreneurship in 2010, which lead to much controversy in Russian doctrine<sup>16</sup>. This decriminalization was mainly supported by the argument that art. 173 CCR had only rarely been applied in practice. Yet, this does not change the fact that pseudo-entrepreneurship, being a latent crime, is one of the most common forms of money laundering. In Russia, about 70% of criminal proceeds are thought to be invested into diverse forms of entrepreneurships<sup>17</sup>. Art. 174.1 CC RF as an alternative ground for prosecution does not really fill the legislative gap created by the decriminalization of pseudo-entrepreneurship. Art. 174.1 CC RF prohibits the use of proceed of crime for entrepreneurship or other economic activity, but does not cover pseudo-entrepreneurship as such. The abolition of art. 173 CC RF will become a bigger concern especially if further proposed legislative changes like the decriminalization of illegal entrepreneurship (art. 171 CC RF) and illegal banking activity (art. 172 CC RF) will be enacted.

### Conclusion

Looking at these reforms in, one has to raise doubts about whether they constitute a reasonable balance between a liberalization of Russian economic criminal law on one hand, and the need to prevent money laundering, on the other.

### Notas

1 The Federal Statute «On Changes in Tax Law and Other Provisions», 29.12.2009, N 383-Ф3: <http://www.consultant.ru>.

2 *Constitution of the Russian Federation*, 12.12.1993 (referendum): <http://www.consultant.ru>. Further Constitution.

3 *Criminal Code of the Russian Federation*, 17.06.1996, N 63-Ф3: <http://www.consultant.ru>. Further CC RF.

4 The Supreme Court of the Russian Federation on the Principle of Legality: Bulletins N 11, 2003; N 10, 2006: [http://www.supcourt.ru/vscourt\\_detale.php?id=1945](http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1945); *Paramonova S.*, Criminal Offenses in Russian Tax Law. *Revista Penal* 27, 2011, pp. 255-256.

5 The «reference-norms» (*отсылочные нормы*) directly specify other provisions as a condition of its application: *Matuzov N.I., Mal'co A.V.* Theory of State and Law. Jurist. Moscow, 1997, p. 210.

6 *Civil Code of the Russian Federation*, 30.11.1994, N 51-Ф3: <http://www.consultant.ru>.

7 The Federal Statute «On Changes in Criminal Code» 08.12.2003 N 162-Ф3: <http://www.consultant.ru>.

8 The Federal Statute «Counteraction to Legalization of Proceeds (Money Laundering) Obtained by Criminal Means and Financing of Terrorism», 20.07.2001, № 115-Ф3: <http://www.consultant.ru>. Further Money Laundering Statute 2001.

9 Federal Financial Monitoring Service of the Russian Federation: <http://www.fedsfm.ru/>.

10 Money Laundering Statute 2001; ZB posmotrel na otimanie deneg v Rossii so storoni: <http://bankir.ru/novosti>.

11 For analysis of art. 198, 199, 199.1 and 199.2 CC RF see *Paramonova*, Criminal Offenses in Russian Tax Law. *Revista Penal* 27, 2011, pp. 256-260.

12 *Zhubrin, R.*, Kvalifikaziya legalisazii prestupnih dohodov. *Zakonnost' 1*, 2009, pp. 25-30; *Lopashenko N.A.*, Prestupleniya v sfere ekonomiki, 2006, p. 212-250.

13 *Musaev F. A.*, Prestupleniya protiv obschego poryadka osuschestvleniya ekonomichskoj deyatel'nosti (art. 171, 172-174.1 UK RF). Dissertation. Yaroslavl', 2005, p. 12-53; *Ustinova T./Istomin A.*, Sostoyanie ugolovnogo zakonodatelstva v sfere ekonomicheskoy deyatel'nosti, Gl. 22. *Ugolovnoe pravo*, 2001, N 2, p. 38.

14 Medvedev otmenyaet statú «Izhpredprinimatel'stvo»: [http://www.infox.ru/authority/law/2010/03/02/Myedvyedyev\\_otmyenya.phtml](http://www.infox.ru/authority/law/2010/03/02/Myedvyedyev_otmyenya.phtml)

15 The Federal Statute «On Changes in Criminal Code» 08.12.2003 N 162-FZ.

16 The Federal Statute «On Changes in Criminal Code» 07.04.2010 N60-FZ.

17 *Kovyarov M. U.*, Ugolovno-pravovaya charakteristika izhpredprinimatel'stva. Dissertation. Moscow, 2008, p. 186.

## Turquía

Dr. Baris Erman\*

### 1. La penalización del delito de blanqueo de dinero en el derecho penal turco

El delito de blanqueo de dinero ha sido penalizado en el derecho penal turco por primera vez en 1996, con la ley 4208, titulada «La Ley Para la Prevención del Blanqueo de Dinero». El delito definido con esta ley abarcaba varios actos ilegales acerca del blanqueo de dinero. Sin embargo, el tipo doloso se limitaba al dinero, a valores, bienes, ingresos, u otros lucros económicos resultando del cambio de esos objetos, cuando esos se hubieran realizado de los delitos especificados dentro de la misma ley. Por consiguiente, la Ley 4208 introdujo un catálogo de delitos que podrían ser aceptado como actos anteriores del delito del blanqueo de dinero. El delito podría ser cometido con el dolo eventual. Además, personas jurídicas podrían ser castigado de delitos de blanqueo de dinero cometidos por sus representantes autorizados, como precisaba la ley.

A pesar de haber sido en vigor por menos de un decenio, el delito del blanqueo de dinero ha sido totalmente remodelado en el art. 282 del Código Penal 2005. Además, el legislador turco aceptó una nueva ley 5549, titulada «La Ley Para la Prevención del

Blanqueo de Capitales Resultando de Delitos», que, por la mayor parte, reemplazó la ley 4208. Actualmente, la definición del delito se halla en el Código Penal, mientras que la ley 5549 arregla las obligaciones de varios actores como bancos, prescribe infracciones administrativas y delitos penales, y establece las autoridades de la Comisión de Investigación de Delitos Fiscales.

### 2. La situación legal actual

El nuevo artículo 282 CP definiendo el delito de blanqueo de dinero es como al pie se indica:

*Artículo 282.- El blanqueo de capitales resultandos de un delito*

(1) Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años y hasta 20.000 días de multa el que exporte al extranjero o, para ocultar el origen ilícito, o sea para crear la impresión de legalidad, realice varias operaciones sobre capitales que tengan su origen en un delito al cual se habría impuesto la pena de prisión no menos de seis meses.

(2) *Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años el que, sin haber participado al delito del párrafo arriba, compre, reciba, posea o use estos capitales, sabiendo que éstos constituyen el objeto de este delito.*

(3) *Si el autor del hecho sea un funcionario o una persona en el ejercicio de su propia profesión, la pena de prisión será agravado en una mitad.*

(4) *Si los hechos se realizen dentro del marco de actividad de una organización criminal, la pena será doblado.*

(5) *Personas jurídicas serán sujetas a medidas de seguridad aplicables a ellas.*

(6) *No será castigado con las penas de este ARTÍCULO el que, antes de la iniciación del acción penal, haga posible la aprehensión de los capitales que constituyan el objeto de este delito o facilite su aprehensión por haber informado las autoridades acerca de su localidad.*

Las enmiendas las más importantes introducidas por el nuevo CP son las siguientes:

- La ley no menciona «el blanqueo de dinero», pero «el blanqueo de capitales resultandos de un delito» como el título del artículo. La noción de «capitales» abarca todos conceptos enumerados por la ley previa: dinero, valores, ingresos, etc. Por eso, la prescripción nueva apunta una simplificación del tenor del tipo doloso. Sin embargo, esta reforma fue criticado por ser inútil y por confundir un concepto corriente<sup>1</sup>.

- El nuevo artículo conoce sólo dos actos alternativos: la exportación de los capitales, y la realización de «varias operaciones» sobre los mismos. La ley no ofrece ninguna definición o especificación de «varias operaciones», que habían sido apuntado por la ley previa. La palabra «operación» en la idioma turca (islem) se puede comprender como «transacción» o sea como «acción». En consecuencia, existe discordancia en la doctrina sobre como interpretar este concepto. Según la mayoría de la doctrina, el delito se refiere a todos actos jurídicos, incluyendo la entrega física de capitales<sup>2</sup>. La motivación del Código Penal ejemplariza este concepto con la importación de capitales originando de un delito al interior para disfrutar de un apoyo. Además, el texto menciona «operaciones» en plural. Por eso, el artículo pone en duda si es posible cometer el delito con un acto único, implicando el contrario. En efecto, existe la opinión que el autor deba que completar al menos dos actos distintos para haber cometido el delito<sup>3</sup>. De cualquier modo, el legislador turco simplificó los términos para evitar lagunas, pero creó confusión en cuanto al principio de certeza.
- El delito remodelado abrogó el catálogo de delitos previstos como actos anteriores, y introdujo un requisito general, según el cual cualquier delito podrá ser aceptado como acto anterior, a condición de que la ley prescribe una pena de prisión de un límite inferior no menos de seis meses por el dicho delito. Consiguientemente, el nuevo CP turco abandonó el sistema de *numerus clausus*.
- La nueva formulación del delito introdujo una intención especial para la acción alternativa de «varias operaciones». Mientras de que la exportación de capitales podrá ocurrir con dolo eventual (como en la ley previa), el autor deberá actuar con la intención de ocultar el origen ilícito o sea de crear la impresión de legalidad de dichos capitales, si se realiza la segunda acción. En este caso, el dolo eventual no será suficiente para el elemento típico subjetivo<sup>4</sup>.
- El nuevo artículo contiene una regulación de arrepentimiento activo. El párrafo 6 prescribe que no será castigado el que haga posible o facilite la aprehensión de capitales blanqueados. El efecto es obligatorio: El tribunal no tiene ninguna discreción y debe aplicar el párrafo cuando todos requisitos se hubieran realizado<sup>5</sup>. El sospecho podrá disfrutar del arrepentimiento activo hasta la iniciación de la acción penal. Según el Código de Proceso Penal

Turco, la acción penal se iniciará con la aceptación de la acusatoria fiscal (art. 174 CPP).

- El nuevo CP turco abrogó la responsabilidad penal de personas jurídicas. Por eso, estas personas sólo pueden ser sujeto a medidas de seguridad. Además, será aplicable el art. 43/A de la Ley sobre Infracciones Administrativas, según lo cual personas jurídicas podrán ser sujeto a una multa administrativa de 10.000 hasta 2 millones TL por actos de blanqueo cometidos por sus representantes.

### 3. Obligaciones de la Ley 5549

Según la Ley 5549 sobre la prevención del blanqueo de capitales, son obligados de vigilancia y informe personas (jurídicas y físicas) típicamente participadas a transacciones fiscales: personas que se preocupan de la banca, el seguro, el mercado de capitales, los correos, juegos de azar, etc. Los sujetos obligados deben identificar todas personas que sean en el punto de hacer cualquier transacción ante ellos (art. 3). Serán comunicado a la Comisión de Investigación de Delitos Fiscales todas propuestas de nombramiento de representante ante aquél sujeto obligado (art. 3, 15). Además, los sujetos obligados comunicarán cualquier hecho sospechoso, es decir, cuando exista indicio o certeza de que una transacción u operación o una tentativa de eso está relacionado con el blanqueo de capitales (art. 4).

También deben ser comunicado todas transacciones que superen los límites determinados por la Hacienda (art. 6). Los sujetos obligados deben cooperar completamente con los agentes de la Comisión, presentarle correctamente toda información relevante (art. 7,8).

El que, a pesar de ser un sujeto obligado, viole los deberes de comunicación de propuestas de nombramiento de representante, lo los de la cooperación se halla contra un delito penal (art. 14, 15). También comete un delito penal el que informe a alguien de que alguna transacción hubiera sido comunicado a la Comisión por ser un hecho sospechoso (art. 14). La violación de otros deberes, como del deber de comunicar hechos sospechosos, sólo constituyen infracciones administrativas (según art. 13).

### 4. Puntos críticos relativos al proceso penal

El delito de blanqueo de capitales conlleva particularidades con respecto al proceso penal. Están abajo unos puntos críticos relativos a esta área:

- La Comisión de Investigación de Delitos Fiscales está en primer lugar encargada de la investigación administrativa de las regulaciones relativas al blanqueo de capitales. Normalmente, es el fiscal que

conduce el sumario. Sin embargo, la Comisión tiene un cargo excepcional respecto del sumario relativo a un delito de blanqueo: Según el artículo 19/1/g-h de la Ley 5549, la Comisión debe comunicar al fiscal cualquier acción que ha determinado como ser blanqueo de capitales. Además, la Comisión está encargada de «investigar asuntos deferidos por el fiscal, y ejecutar las demandas relativas a la comprobación de delitos de blanqueo de capitales». Por eso, la Comisión tiene una posición particular en el nivel de sumario del proceso penal y tiene la autoridad de ayudar al fiscal en el descubrimiento de delitos de blanqueo. Este autoridad es único dentro el sistema de proceso penal turco: En otros casos, sólo la policía puede recoger evidencia.

- El delito de blanqueo de capitales presupone un acto anterior de lo cual se deben originar los capitales que forman el objeto del delito. Este acto anterior debe constituir un delito penal. Por eso, surge la cuestión de cómo determinar la existencia del delito anterior. El proceso penal turco dispone que el tribunal penal podrá juzgar sobre una cuestión secundaria sin perjuicio a la cuestión actual (art. 218 Código Procesal Penal). En consecuencia, el tribunal investiga la existencia de un acto anterior sin librar una sentencia, y basado sobre esta investigación, determina si el acusado hubiera cometido el delito de blanqueo de capitales<sup>6</sup>.
- Problemas ocurren cuando el acto anterior se halle ante otro tribunal, cuando otros tribunales (nacionales o extranjeros) se decidan al contrario de lo que hubiera sido determinado por el tribunal competente del delito de blanqueo sobre el delito anterior, o sea, cuando el acto anterior sea sujeto a la prescripción penal, y no puede ser juzgado legalmente<sup>7</sup>. No se encuentra ninguna provisión sobre estos problemas en el sistema penal turco. Es evidente que estas lagunas están causado por la situación actual, y deberían ser regulado por el legislador.

## Notas

\* Profesor auxiliar, Universidad Bilgi de Estambul, Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

1 Véase: Kocasakal, Ümit; «Karapara Aklama ile Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelişmelerinin Aklanması Suçu», Süleyman Aydın (ed.), Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Seçkin, Ankara, 2008, pág. 55 (66).

2 Kocasakal, 89.

3 Véase: Ünver, Yener; Adliyye Karsi Suçlar, İstanbul 2008, pág. 368.

4 Kocasakal, 69, Ünver, 372.

5 Ünver, 379.

6 Kocasakal, 74.

7 Ünver, 369; Kocasakal, 76-77.

## Uruguay

**Pablo Galain Palermo**

*Investigador del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania*

1. El sistema penal uruguayo carece de una política criminal racional y se caracteriza por la superposición de leyes que derogan o alteran el contenido parcial o total de leyes anteriores sin mayor cuidado en mantener una cierta coherencia en el ámbito de prohibición, creando una confusa legislación en la materia de que se trate, que llega incluso a confundir a los académicos y los profesionales del derecho, amenazando incluso al principio *iuria novit curia*. La normativa sobre lavado de activos sigue las líneas generales de la política criminal en cuanto a la falta de un orden sistemático en la creación y recopilación (en un único texto normativo) de las leyes penales.

2. La penalización del “lavado de dinero” es de data reciente en el ordenamiento jurídico uruguayo. En ese sentido la ley 17.016 de 22.10.1998 introdujo las figuras de lavado de activos en los Arts. 54 a 57 que tenía como delitos fuente solo el tráfico de estupefacientes y delitos conexos<sup>1</sup>, y dos meses después, la ley 17.060 de 23.12.1998 creó diversas figuras relacionadas con la corrupción estatal y tipificó en el Art. 30 el blanqueo de dinero proveniente de actos de corrupción pública. Esta ley enumeró una serie de delitos antecedentes cuya objetividad jurídica es la tutela de la Administración Pública. Años después, la Ley 17.835 de 23.09.2004 denominada de *Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, reformó la penalidad de los Arts. 54 y 55 de la Ley 17.016 para que fueran inexcusable<sup>2</sup> y amplió la lista de delitos fuente a delitos contra el orden económico. Además, agregó las primeras disposiciones legales preventivas, como la adjudicación a la UIAF del Banco Central del Uruguay potestades fiscalizadoras<sup>3</sup>, estableció la obligación de denunciar operaciones sospechosas y amplió el marco de los delitos antecedentes, que, además de los de tráfico de drogas y corrupción, serían los de contrabando y el tráfico de animales exóticos<sup>4</sup>. Posteriormente, la 18.026 de

25.10.2006 agregó a los delitos antecedentes al lavado de activos aquellos denominados crímenes de lesa humanidad. En última instancia, y como corolario de compromisos internacionales asumidos por el Estado uruguayo, la Ley 18.494 de 03.06.2009, amplió los delitos antecedentes del lavado de activos, modificó la definición del terrorismo y del delito de financiación del terrorismo y otorgó nuevos poderes de investigación y prevención por medio de la creación de diversos mecanismos de y figuras procesales (agente encubierto, arrepentido, escuchas telefónicas, etc.)<sup>5</sup>. Como se puede apreciar luego de la tipificación del lavado de activos las sucesivas reformas han ampliado el catálogo de delitos fuente y los mecanismos de intervención o investigación y creado algunas figuras procesales que eran hasta el momento desconocidas en el sistema jurídico penal uruguayo.

3. En cuanto a los aspectos sustantivos, el delito en cuestión es un delito autónomo que requiere de la comisión de un delito antecedente o delito fuente. Estos delitos fuentes están definidos a modo de numerus clausus por el legislador<sup>6</sup> y tienen la característica común que permiten generar una ganancia ilegal (valuable en dinero) a su autor. En la doctrina uruguayo hay quien sostiene un concepto dinámico para el lavado de activos, considerado como un proceso y no como el resultado de un proceso<sup>7</sup>. Según Cervini, que sigue las líneas generales identificadas por la doctrina italiana en cuanto al *riciclaggio*, se trata de un proceso que intenta alejar o separar el dinero o los bienes (la riqueza), de su origen ilícito. Este proceso constaría de una fase de ocultación, otra de control y cobertura y, finalmente, la integración o blanqueo propiamente dicho<sup>8</sup>. Para este autor el bien jurídico tutelado es “la preservación del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía, particularmente los de tipo abierto: financieros y bursátiles”<sup>9</sup>. Se trata de un concepto funcional en tanto el disvalor se centra en que el lavado de activos afecta la transparencia operativa de los mecanismos que inciden en la economía. Esta posición puede criticarse en tanto aparece como un problema la cuantificación del daño social ocasionado por este delito y porque podría darse la situación de que la economía se vea beneficiada incluso con la llegada de nuevos capitales. Si la economía fuera el bien jurídico tutelado, desde un punto de vista dogmático, se podría llegar a castigar a la misma persona que genera la ganancia ilícita y luego se beneficia mediante el lavado de esos activos<sup>10</sup>. Adriazola cree que en los Arts. 54 y 55 Ley 17.016 se protege el orden socioeconómico y en los Arts. 56 y 57 el bien jurídico tutelado es la admi-

nistración de justicia<sup>11</sup>. Gastón Chaves sostiene que el bien jurídico es la Administración de Justicia, en tanto por medio del lavado se trata de sustraer a la justicia todo un proceso a través del cual se legitiman bienes obtenidos de actividades ilícitas. En su opinión, se trata de un delito en gerundio, una actividad que se está cometiendo, porque, precisamente, el encubrimiento es al lavado, lo que el participio pasivo es al gerundio. Sería, en definitiva, una modalidad o una particularidad del encubrimiento considerado en sentido amplio, por lo cual, el sujeto del delito antecedente no puede ser sujeto del lavado<sup>12</sup>. La jurisprudencia interpreta que estamos ante un atentado contra el orden socio económico, con lo cual, alejado de la modalidad del encubrimiento, el sujeto del delito base puede ser el mismo del lavado. En mi opinión, los Arts. 54 y 55 siguen la lógica del delito de receptación, lo que indicaría que no estamos frente al mismo autor que realizó el tipo penal del delito precedente, porque en la receptación el objeto de protección es el mismo del delito precedente. Además la propia redacción de estos dos artículos indica que el objeto de protección puede ser distinto del orden socio económico (concepto demasiado vago o abstracto), dado que se habla de conversión, no sólo de bienes, sino, además, de instrumentos, lo que parece aludir muy claramente a una ocultación de elementos utilizados para delinquir, y no sólo del producto de los delitos. Ello refiere claramente a la protección de la justicia en su tarea de investigación. Por su parte, el Art. 56 sigue la lógica del encubrimiento, en el que el objeto de protección del lavado es distinto al del delito precedente, y pretende que el beneficio ilícito obtenido con el delito fuente no pueda ingresar al flujo económico y pueda ser identificado y decomisado. Es decir, de algún modo se pune la receptación y/o el encubrimiento de los activos obtenidos ilícitamente. Mediante el lavado se persigue el objetivo de disimular el origen ilícito de la riqueza hasta que se le pueda dar ingreso en el mercado como si fuera lícito. Por ello no se debería castigar el “autolavado” porque no se puede castigar la autoreceptación o el auto-encubrimiento, en tanto no existe la obligación de autodeclarar en contrario sobre el origen de la riqueza, así como tampoco cooperar con el esclarecimiento del delito<sup>13</sup>. El Art. 57 refiere a los partícipes que intervengan “para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la Justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento”<sup>14</sup>. Según entiendo, el bien jurídico de estas figuras de forma inmediata es la Administración

de Justicia y de forma mediata se protegería el orden socioeconómico.

4. El elemento subjetivo requerido por la ley es el dolo, que según la parte general del sistema penal uruguayo abarca tanto la modalidad directa como eventual. En cuanto al sujeto obligado por la norma habrá actuado con dolo eventual cuando haya podido saber o prever el origen ilícito del dinero o de los activos que se pretenden “blanquear”.

5. En mi opinión, a pesar de que el legislador recurre a la fórmula genérica “el que”, autor o partícipe del delito solo puede ser aquél que no ha participado de ningún modo en la realización del delito previo o fuente. El principio de *ne bis in idem* impediría castigar a un sujeto dos veces por el mismo hecho, en tanto podría considerarse que los actos de lavado serían el agotamiento del delito originario. En ese sentido, y según sugiere una correcta interpretación dogmática, el autor de lavado de esos activos ilícitamente obtenidos debería ser un sujeto que no haya participado en la realización del delito fuente. Es decir, contrariamente a lo que interpreta la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, aquel que participó en el delito fuente no puede cometer lavado<sup>14</sup>.

6. El sistema penal uruguayo ha desarrollado un modelo de prevención-represión que involucra a la Administración de Justicia y a algunos sujetos del sector privado. En relación a la obligación de informar, la ley 17.835 impone a determinados sujetos privados<sup>15</sup> poner en conocimiento de las autoridades competentes las operaciones o transacciones *sospechosas*<sup>16</sup>, pero también las *inusuales*, aquellas que escapan del giro habitual de ese cliente o que salen de la habitualidad o de los parámetros de normalidad del mercado, aquellas que llamen la atención de los sujetos obligados por la ley a esta actividad de contralor, por ejemplo, por razón de cuantía<sup>17</sup>. La ley traslada la tarea de contralor de la esfera pública a la privada, lo que puede generar diversos problemas de evaluación en la función de contralor y diversos errores que puedan cometerse en una situación difícil entre el prestador de servicios y sus clientes. La doctrina uruguaya entiende que estamos frente a auténticos mandatos de acción para los sujetos y entidades obligadas a deberes de vigilancia que lo colocan como en posición de garante respecto del bien jurídico<sup>18</sup>. En realidad, la norma parece construir un tipo de infracción de un deber que solo atañe al obligado por el deber específico de actuación, con la característica que nos encontramos frente a un deber específico para un sujeto particular o privado que cumple funciones sujetas al control del Banco Central del Uruguay. El

problema es si este sujeto puede ser asimilado a la condición de funcionario público, es decir, si su función se considerara como parte del ejercicio de la administración pública, en tanto la norma le exige cooperación con los funcionarios públicos en el descubrimiento de las riquezas ilegalmente obtenidas y en la protección mediata del orden socioeconómico. De no ser aceptada su condición de funcionario de derecho o de hecho, la actuación del sujeto obligado debería ser reconducida a la teoría de la participación. De modo coherente con el principio *societas delinquere non potest* que rige en Uruguay, las personas y entidades jurídicas obligadas a las funciones de control y prevención del lavado solo pueden ser sancionadas según el Derecho Administrativo.

7. En cuanto a las medidas de investigación que se introducen al proceso penal cuando se trate de este tipo de delitos hay que mencionar a la entrega vigilada (Art. 4), la vigilancia

electrónica (Art. 5), la figura del colaborador (Art. 6) y la figura del agente encubierto (Art. 7). En el Art. 8 la ley prevé la protección para víctimas, testigos y otros colaboradores de la Administración de Justicia (por ejemplo, peritos).

8. Las sanciones previstas son de penitenciaría (Arts. 54 a 57 Ley 17.016), aunque también se prevén penas pecuniarias (Art. 2 Ley 18.494), de prisión y de inhabilitación para funcionarios públicos que violen las medidas de protección de las víctimas, testigos y otros colaboradores de la Administración de Justicia (Art. 9 Ley 18.494). La Ley 18.494 establece medidas cautelares que pueden ser dictadas para asegurar la disponibilidad de los bienes sujetos a eventual decomiso” (Art. 62). También prevé el decomiso (Art. 63) en relación con alguno de los delitos mencionados en la ley<sup>19</sup>. La ley prevé el denominado decomiso por equivalente, que podría ser considerado como una medida resarcitoria cuando no se han podido recuperar los bienes enumerados en el Art. 63.<sup>20</sup>

9. Véase que las medidas de investigación y figuras procesales, así como las sanciones que acompañan a la tipificación del lavado de activos parecen indicar que el bien jurídico tutelado sería la Administración de Justicia y su afán por decomisar o recuperar los fondos ilícitamente obtenidos en el delito precedente, generalmente por medio de actividades criminales llevadas a cabo por grupos criminales o dentro del ámbito que se ha denominado “criminalidad organizada”<sup>21</sup>. La política criminal pretende por medio de la prohibición del lavado de activos que los bienes ilícitamente obtenidos puedan ser rápidamente incautados mediante su deco-

miso por parte de la Administración de Justicia. La prohibición del blanqueo no tiene como principal objetivo evitar un daño a la economía (aunque el mismo bien jurídico pueda proteger el orden económico en cuanto al tráfico de bienes de forma mediata) sino que busca de forma inmediata la recuperación de la riqueza ilícitamente obtenida por el delito precedente<sup>22</sup>, dando el mensaje político criminal de que la comisión del delito precedente o fuente ya no es rentable.

## Notas

1 ARTÍCULO 54.- El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría. ARTÍCULO 55.- El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o de delitos conexos, o que sean el producto de tales delitos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría". ARTÍCULO 56.- El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría. ARTÍCULO 57.- El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la Justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

2 Sobre este tema ya me pronuncié en Revista Penal 24, julio 2009, pp. 215 y ss.

3 La Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) creada por la circular del Banco Central N° 1.722 de 21.09.2000 tiene la función de recibir información e informar a las autoridades responsables de la investigación y sanción, sobre operaciones financieras sospechosas en relación con supuestos delitos relacionados con el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

4 La nota curiosa que demuestra la falta de coherencia de la política criminal seguida por el legislador uruguayo, es que al momento de escribir este informe todavía no se ha tipificado el delito de tráfico de animales exóticos.

5 Los antecedentes legislativos relacionados con la ley N° 18.494 se encuentran en las siguientes disposiciones legales: a) El Decreto - Ley N° 14.294 de 31.10.1974 que sancionó a través de una multiplicidad de verbos nucleares, conductas relacionadas con la distribución de sustancias, el almacenamiento, organización y financiamiento de estupefacientes. b) La ley N° 17.016 de 22.10.1998, que sustituyó el Decreto - Ley N° 14.294 en relación a las normas referidas a estupefacientes, incorporando cuatro capítulos referidos a la sanción de los delitos de lavado de activos. c) La ley No. 17.060, de 23.12.1998 que tipificó en el Art. 30 el blanqueo de dinero proveniente de actos

de corrupción pública (derogado por el artículo 22 de la ley N° 17.835 de 23.09.2004), enumerando un elenco de delitos antecedentes cuya objetividad jurídica es la tutela de la Administración Pública. d) La ley N° 17.343 de 23.05.2001 (derogada por el Art. 22 de la ley N° 17.835 de 23.09.2004), que incorporó el capítulo XIV al Art. 5 de la ley N° 17.016, estableciendo que los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de dicha ley, también serán de aplicación a las conductas antecedentes. e) La ley N° 17.835 de 23.09.2004 de Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, que fue la primera ley que estableció la obligación de determinadas personas físicas y jurídicas de informar al Banco Central del

Uruguay el conocimiento de operaciones sospechosas, creando asimismo un elenco de institutos y delitos nuevos. Esta ley fue reglamentada por el decreto N° 86/2005 de 24.02.2005, y posteriormente los Arts. 1° y 4° de la ley N° 18.494 de 05.06.2009, que sustituyeron varias de la ley anterior. f) La ley N° 17.861 de 15.12.2004 que aprobó la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada, que estableció la obligación de tipificar algunos delitos y normas procesales para mejorar las técnicas de investigación. g) El Art. 28 de la ley N° 18.026, que sustituyó el Art. 8 de la ley N° 18.835 de 23.9.2004, e incorporó como delitos antecedentes al blanqueo de capitales el crimen de genocidio, crimen de guerra y crímenes de lesa humanidad. h) La ley N° 18.362 de 06.10.2008, que creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado. Vide Gonzalez, José Luis, «Control y prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ley N° 18.494», <http://164.73.178.2/contenido/penal/pdf/2010/gonzalez.pdf>.

6 La lista incluye: 1.crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad tipificados por la Ley N° 18.026, 2.terrorismo; 3.financiación del terrorismo; 4.contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); 5.tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; 6.tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; 7.tráfico ilícito y trata de personas; 8.extorsión; 9.sequestro; 10.proxenetismo; 11.tráfico ilícito de sustancias nucleares; 12.tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; 13.estafa; 14.apropiación indebida; 15.los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley N° 17.060 (delitos de corrupción pública); 16.quiebra fraudulenta; 17.insolvencia fraudulenta; 18.el delito previsto en el artículo 5° de la Ley N° 14.095, de 17.11.1972 (insolvencia societaria fraudulenta); 19.los delitos previstos en la Ley N° 17.011, de 25.09.1998 y sus modificativas (delitos marcarios); 20.los delitos previstos en la Ley N° 17.616, de 10.01.2003 y sus modificativas (delitos contra la propiedad intelectual); 21.las conductas delictivas previstas en la Ley N° 17.815, de 06.09.2004, en los artículos 77 a 81 de la Ley N° 18.250, de 06.01.2008 y todas aquellas conductas ilícitas previstas en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre venta, prostitución infantil y utilización en pornografía o que refieren a trata, tráfico o explotación sexual de personas; 22.la falsificación y la alteración de moneda previstas en los artículos 227 y 228 del Código Penal".

7 Vide Cervini, Raúl, «El lavado de activos como proceso desestabilizador de la economía», VI Encuentro Nacional sobre Prevención del lavado de activos y Financiación del Terrorismo, Buenos Aires 29.04.2010.

8 Vide Cervini, Raúl, «Aproximación al combate del reciclaje originado en actividades terroristas», 2005, <http://www.ciidpe.com.ar/area4/Aproximacion%20al%20combate%20del%20Reciclaje.%20Cervini.pdf>

9 Vide Cervini, Raúl, «El lavado de activos como proceso desestabilizador de la economía», obra cit.

10 Vide también Caro John, José, «Impunidad del «autolavado» en el ámbito del delito de lavado de activos», en *Dogmática Penal Aplicada*, Ara, Lima, 2010, p. 190. 187 y s.

11 Vide Adiazola, Gabriel, «El lavado de dinero como expresión del crimen organizado. Perspectivas de prevención y represión desde el sector público y privado», Langón (Dr) Derecho Penal Económico. Ponencias de Curso de Postgrado 2008, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, p. 89.

12 Conferencia dictada en la ciudad de Rivera, el 12 de junio de 2009 en Congreso de Derecho Penal organizado por el ex Instituto Univesitario de Punta del Este.

13 Caro John, José, «Impunidad del «autolavado», cit, pp. 187 y s.

14 Gastón Chaves es de la misma opinión, ver nota de pie 12.

15 ARTÍCULO 2º.- Con las mismas condiciones también estarán sujetos a la obligación establecida en el artículo anterior: I) los casinos, II) las inmobiliarias y otros intermediarios en transacciones que involucren inmuebles, III) los escribanos, cuando lleven a cabo operaciones para su cliente, relacionadas con las actividades siguientes: a) compraventa de bienes inmuebles; b) administración del dinero, valores u otros activos del cliente; c) administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; d) organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades; e) creación, operación o administración de personas jurídicas u otros institutos jurídicos y f) compraventa de establecimientos comerciales, IV) los rematadores, V) as personas físicas o jurídicas dedicadas a la compra y la venta de antigüedades, obras de arte y metales y piedras preciosos, VI) los explotadores de zonas francas, con respecto a los usos y actividades que determine la reglamentación; VII) as personas físicas o jurídicas que a nombre y por cuenta de terceros realicen transacciones o administren en forma habitual sociedades comerciales.

16 La transacción sospechosa requiere de la presunción de que proviene de una actividad ilícita.

17 ARTÍCULO 1º.- Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay estarán obligadas a informar las transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada. También deben ser informadas las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir el delito de lavado de activos tipificado en los artículos 54 y siguientes del Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974 —incorporados por el artículo 5º de la Ley Nº 17.016, de 22 de octubre de 1998— y de prevenir asimismo el delito tipificado en el artículo 16 de la presente ley. En este último caso, la obligación de informar alcanza incluso a aquellas operaciones que —aun involucrando activos de origen lícito— se sospeche que están vinculadas a las personas físicas o jurídicas comprendidas en el artículo 16 de la presente ley o destinados a financiar cualquier actividad terrorista. La información deberá

comunicarse a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay, en la forma que éste reglamentará. La obligación de informar comprenderá asimismo a: i) las empresas que presten servicios de arrendamiento y custodia de cofres de seguridad, de transporte de valores y de transferencia o envío de fondos; ii) los fiduciarios profesionales y iii) las personas físicas o jurídicas que, en forma profesional, presten desde Uruguay asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad. La supervisión de la actividad de estos sujetos obligados estará a cargo del Banco Central del Uruguay.

El incumplimiento de la obligación de informar determinará la aplicación, según las circunstancias del caso, de las sanciones y medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley Nº 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley Nº 16.327, de 11 de noviembre de 1992 y las modificaciones introducidas por las Leyes Nº 17.523, de 4 de agosto de 2002 y Nº 17.613, de 27 de diciembre de 2002”.

18 Vide Adiazola, Gabriel, «El lavado de dinero», cit, p. 102.

19 63.2. (Ámbito objetivo). En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, el tribunal penal competente dispondrá, a solicitud del Ministerio Público, el decomiso de: a) los estupefacientes y sustancias psicotrópicas prohibidas que fueran incautadas en el proceso; b) los bienes o instrumentos utilizados para cometer el delito o la actividad preparatoria punible; c) los bienes y productos que procedan del delito; d) los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de éstos; e) los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes del delito.

20 63.3. (Decomiso por equivalente). Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.

21 Ver definición en Art. 415 de la Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal 2007 que creó los Juzgados Especializados en delitos de crimen organizado.

22 Como sostiene Chaves, no todos los actos que la justicia uruguaya castiga como lavado tienen entidad suficiente para perjudicar el orden socioeconómico. El sistema penal uruguayos no castiga acciones aisladas e individuales de lavado sino acciones cumulativas, esto es, la suma de insignificantes actos de lavado que solo en su conjunto pueden lesionar la economía. Esto supone una nueva concepción del bien jurídico que podría contraponerse a la sostenible, con mejor criterio, del daño a la Administración de Justicia (incluso desde la perspectiva de la literalidad de los tipos, que hablan no sólo de conversión de bienes, sino también de instrumentos, con lo que no se divisa qué daño puede hacerse al orden económico con la conversión de instrumentos, pero sí, y claramente, cuál es el daño que se hace a la administración de justicia). *Ibidem*, nota de pie 12.

## Venezuela

**Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN**

*Doctor en Derecho. Juez Penal*

*Profesor de Derecho Penal General y Especial*

*Profesor de Postgrado en Procesal Penal*

### Introducción

El delito de lavado de dinero, también denominado «legitimación o blanqueo de capitales o bienes», es un hecho punible contra el orden socioeconómico, que consiste en toda forma de disfrazar el dinero producto de actividades ilícitas para convertirlo en dinero lícito. Es un delito pluriofensivo, ya que afecta gravemente a toda la sociedad y a muy diversos bienes jurídicos, pudiendo llegar a socavar la economía de un país, así como su estabilidad, su seguridad y su propia soberanía, tal y como sucedió en Colombia, está ocurriendo en México y comienza a pasar en Venezuela.

Este delito puede involucrar a una enorme cantidad de personas, naturales y jurídicas, tanto en forma directa como indirecta, con la circunstancia que algunas personas actúan conscientemente, con pleno conocimiento de la situación y del origen ilícito del dinero, es decir, con dolo e intención, pero otras muchas personas pueden verse involucradas en ese delito, sin tener la menor idea de la procedencia ilícita de esos capitales, actuando de buena fe. En la perpetración de este delito, participan muchas veces: empresas públicas y privadas, funcionarios del Estado, empleados del sector privado, personajes civiles y militares, algunos pertenecientes a los sectores financieros y económicos, muy especialmente a la banca, tanto estatal como comercial, casas de bolsa, casas de cambio, empresas de seguros, sociedades financieras; esto es, generalmente personas muy adineradas, aunque también interviene gente humilde<sup>1</sup>, todos con la ilusión de la riqueza fácil, así sea mal habida.

Como señalan los Informes y Convenciones de las Naciones Unidas<sup>2</sup>, inicialmente el lavado de dinero estuvo principalmente relacionado con el narcotráfico, pero actualmente su ámbito de acción se ha ampliado y extendido considerablemente a otras actividades ilícitas, como el tráfico de personas, de armas, la piratería, la corrupción, la pornografía, los secuestros, las extorsiones, el sicariato, el terrorismo y los ilícitos cambiarios, estos últimos, en aquellos países, como Venezuela, donde existe un control de cambio muy estricto.

Algunos autores consideran al blanqueo o legitimación de capitales, como una conducta afín a la receptación<sup>3</sup>, y que «se tipificó expresamente para cubrir las

lagunas de punibilidad que podrían darse en este ámbito aplicando sólo los delitos de receptación o encubrimiento»<sup>4</sup>. Sin embargo, como indica Muñoz Conde, «Pero ahora su ámbito de aplicación es mayor, ya que no se refiere en exclusividad a los bienes que procedan de los delitos de tráfico de drogas y precursoros, sino que se extiende a los bienes que procedan de la comisión de cualquier delito grave, con lo que se abarcan supuestos de enriquecimiento que se den entorno a otros delitos, como algunos delitos socioeconómicos, malversación de caudales públicos, fiscales o los relativos a la prostitución de menores»<sup>5</sup>.

### LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA EN RELACIÓN CON EL DELITO DE LAVADO DE DINERO o LEGITIMACIÓN DE CAPITALES

La Constitución Nacional de 1999, en su artículo 271, hace una referencia sobre el delito de legitimación de capitales<sup>6</sup>, pero donde este delito se encuentra expresamente tipificado, es en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada (LOCDO)<sup>7</sup>, en donde textualmente se establece lo siguiente:

#### «Capítulo II

#### *De los Delitos contra el Orden Socio Económico*

#### Legitimación de capitales

##### **Artículo 4°.-**

*Quien por sí o por interpuesta persona sea propietario o poseedor de capitales, bienes, haberes o beneficios cuyo origen derive, directa o indirectamente, de actividades ilícitas o de delitos graves, será castigado con prisión de ocho a doce años y multa equivalente al valor del incremento patrimonial ilícitamente obtenido.*

*La misma pena se aplicará a quien por sí o por interpuesta persona realice las actividades siguientes:*

*1. La conversión, transferencia o traslado por cualquier medio de bienes, capitales, haberes, beneficios o excedentes con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los mismos o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.*

*2. El ocultamiento o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad u otro derecho de bienes.*

*3. La adquisición, posesión o la utilización de bienes producto de algún delito previsto en esta Ley.*

*4. El resguardo, inversión, transformación, custodia o administración de bienes o capitales provenientes de actividades ilícitas.*

*Los capitales, bienes o haberes objeto del delito de legitimación de capitales serán decomisados o confiscados según el origen ilícito de los mismos.*

## **Legitimación culposa de capitales**

### **Artículo 5°.-**

*Cuando el delito previsto en el artículo 4 de esta Ley se cometa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley por parte de los empleados o directivos de los sujetos obligados contemplados en el artículo 43 de esta Ley, la pena será de uno a tres años de prisión».*

Por su parte, el artículo 43 de esa Ley, establece que los sujetos obligados son:

*«Se consideran sujetos obligados, de conformidad con lo dispuesto en el Plan Operativo Anual dictado por el órgano desconcentrado encargado de la lucha contra la delincuencia organizada, los siguientes:*

*Los bancos, empresas, personas naturales e instituciones financieras, reguladas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, leyes y resoluciones especiales, y por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Marco que regula el Sistema Financiero Público del Estado venezolano.*

*Las entidades aseguradoras y reaseguradoras, productores de seguros, sociedades de corretaje de reaseguros y, demás personas y empresas regidas por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.*

*Las sociedades anónimas de capital autorizado, los fondos mutuales de inversión, sociedades administradoras, corredores públicos de títulos valores, intermediarios, bolsa de valores, agentes de traspasos y demás personas naturales y jurídicas que intervengan en la oferta pública, regida por la Ley de Mercado de Capitales.*

*Las personas naturales o jurídicas que ejerzan actividad profesional o empresarial, tales como:*

*Las casas de juegos, salas de bingo y casinos legalmente establecidos.*

*Las que realicen actividades de promoción inmobiliaria y compraventa de bienes inmuebles.*

*Las empresas dedicadas a la construcción.*

*Las joyerías y demás establecimientos que se dediquen a la compraventa de metales y piedras preciosas.*

*Los hoteles y las empresas y centros de turismo autorizados a realizar operaciones de cambio de divisas.*

*Las empresas de compraventa de naves, aeronaves y vehículos automotores terrestres.*

*Los establecimientos destinados a la venta de repuestos y vehículos usados.*

*Los anticuarios, vendedores de objetos de arte o arqueología.*

*Las empresas de Marina Mercante.*

*Las fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucro.*

*El órgano desconcentrado encargado de la lucha contra la delincuencia organizada podrá extender mediante Reglamento la categoría de sujeto obligado a otros actores cuando lo estime conveniente y les establecerá las obligaciones, cargas y deberes que resulten pertinentes a su actividad económica sujetos a las sanciones administrativas y penales previstas en esta Ley, y establecerá el organismo de control, supervisión, fiscalización y vigilancia respectivo».*

Adicionalmente, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, también establece otras disposiciones relacionadas con el delito de legitimación de capitales, tales como:

1.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas (en el art.26)

2.- La legitimación de capitales simulada (en el art. 35.3)

3.- La creación de un órgano desconcentrado encargado de la lucha contra la delincuencia organizada, y específicamente, de la legitimación de capitales (en el art. 41.3)

4.- La obligación de los organismos de control, supervisión, fiscalización y vigilancia, de adoptar las medidas necesarias para prevenir y evitar la legitimación de capitales (en el art. 46.3)

5.- El deber de los sujetos obligados de prestar la debida atención y tomar medidas especiales, para crear procedimientos y normas internas de prevención y control sobre los negocios y transacciones de sus clientes, con personas naturales y jurídicas ubicadas en países y territorios, donde no se apliquen regulaciones similares a las vigentes en Venezuela, contra la legitimación de capitales (ver art. 54)

6.- Que los bancos e instituciones financieras venezolanas deben asegurarse que las disposiciones relativas a la prevención y control de legitimación de capitales, contempladas en la LOCD, sean aplicadas también en las sucursales y subsidiarias ubicadas en el exterior (ver el art. 55)

7.- La creación por parte del Ministerio Público de una Dirección General Contra la Delincuencia Organizada, de la cual dependerá una Dirección Contra la Legitimación de Capitales y, otros delitos financieros y económicos (ver art. 58).

8.- La necesidad de la cooperación internacional con las instituciones gubernamentales de otros países, para

investigar y procesar a los miembros de la delincuencia organizada, especialmente en lo relativo a la legitimación de capitales (ver art. 60.3)

De tal manera que, como puede observarse, de conformidad con la norma del referido artículo 4 de la LOCDO, la simple adquisición o posesión de «*capitales, bienes, haberes o beneficios cuyo origen derive, directa o indirectamente, de actividades ilícitas o de delitos graves será castigado con prisión de ocho a doce años y multa equivalente al valor del incremento patrimonial ilícitamente obtenido*», disposición que convierte a este tipo penal en algo sumamente impreciso e indeterminado, especialmente porque la referida disposición no exige expresamente, como sí lo requieren en otras legislaciones<sup>8</sup>, que el sujeto tenga conocimiento que los bienes tienen su origen «*de actividades ilícitas*» o ilegales, ni determina a que se refiere, cuando indica que deriven «*de delitos graves*». Requerimiento sumamente lógico, ya que el delito previsto en el mencionado artículo 4, es necesariamente doloso. Situación muy distinta a la prevista en el artículo 5 de la LOCDO, que establece la posibilidad que este delito de legitimación de capitales, sea perpetrado en forma culposa, «*por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley por parte de los empleados o directivos de los sujetos obligados contemplados en el artículo 43 de esta Ley, la pena será de uno a tres años de prisión*». De tal manera que, necesariamente, se requiere «*la comisión de un delito grave y su aprovechamiento posterior*»<sup>9</sup>.

Considero que, tal y como han hecho otros países, como es el caso de España, para tratar de prevenir o evitar el blanqueo de capitales, es mucho más efectivo el girar un instructivo a los Registros de la Propiedad y a las Notarías, para que informen sobre los contratos y actos de que tengan conocimiento, que les resulten sospechosos, y que puedan constituir indicio de blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas, relacionadas con drogas, bandas armadas, organizaciones terroristas o grupos de delincuencia organizada, entre otras; siguiendo sobre todo dos criterios: *el conocimiento del cliente*, extremando la atención en clientes no habituales o desconocidos, y *que se trate de operaciones de gran importancia económica, por encima de cierta cantidad*<sup>10</sup>.

En opinión de Ferré Olivé, el hecho que no se especifique o precise, que delitos graves pueden dar lugar a responsabilidad penal por el delito de blanqueo de dinero o de bienes, es positivo, ya que esa amplitud de fórmula es precisamente la que permite incluir, «*dentro*

*de la figura del <blanqueo> de capitales, a las conductas de legitimación del dinero negro proveniente de delitos económicos*».

## BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En relación con el bien jurídico protegido, no ha sido pacífica la doctrina, y, como indica Muñoz Conde, aunque para algunos, con la tipificación de esta conducta se «*pretende proteger la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, que debe ser protegida contra la incorporación de los bienes de procedencia delictiva*»; sin embargo, para otros, los bienes jurídicos protegidos son la libre competencia, la Hacienda Pública y la Administración de Justicia, aseverando que, en realidad, lo que buscan estas normas, es tratar de reprimir la delincuencia organizada en todas sus modalidades. Por lo que, forzosamente tenemos que concluir que, en relación con este delito de legitimación de capitales, hay que distinguir entre el bien jurídico inmediato o directo y el bien jurídico mediato. El bien jurídico inmediato, también denominado bien jurídico específico o bien jurídico directamente tutelado, se refiere, como lo señala Martínez-Buján Pérez<sup>11</sup>, al elemento básico de todo delito, en cambio el bien jurídico mediato posee un significado diferente, que se vincula a la *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma, que consiste en los motivos y razones que llevan al legislador a criminalizar una determinada conducta. Lo cierto es que en esta clase de delitos socioeconómicos, se preservan fundamentalmente bienes jurídicos supraindividuales.

En todo caso, como afirma Ferré Olivé, el objeto material del delito de blanqueo o legitimación de capitales, son «*los objetos que se adquieren con el producto del delito original o base*»<sup>12</sup>.

## JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

No han sido muy abundantes, no obstante ello, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia No.338 del 4 de agosto de 2010, estableció lo siguiente: «*... mediante la legitimación de capitales, se pretende incorporar el beneficio económico producto del crimen al sistema financiero, siendo en derivación esta actividad, un factor determinante para que se siga con el ciclo delictivo, y el mantenimiento de la asociación ilícita en la sociedad, razón por la cual el Estado Venezolano es frontal en la erradicación de este tipo de conductas*». Por otro lado, decisiones de Cortes de Apelaciones han aclarado que existen varias modalidades o subtipos del delito de legitimación de capitales, afir-

mando que «por el delito de Legitimación de Capitales tipificado en el ARTÍCULO 4 de la Ley Orgánica de la delincuencia Organizada, y posiblemente con el error material de no indicar que se trataba del delito de Legitimación de Capitales en la modalidad de Transferencia de Capitales, sin embargo señaló al momento de dictar sentencia que condenaba por el delito de Legitimación de Capitales, lo cual es cierto porque el delito de transferencia de capitales es un subtipo del delito de Legitimación de Capitales y de una revisión de las actuaciones se observa que siempre se le informó al acusado sobre el delito que se le atribuía, ...»<sup>13</sup>. Estos criterios han sido considerados acertados por la Sala Penal.

Como señala Alejandro Rebolledo, «La inclusión del tráfico de drogas como delito previo en el elenco de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, como productor del objeto material del delito de legitimación de capitales», tuvo como efecto la derogatoria del Título correspondiente en la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefácidas y Psicotrópicas —actual Ley Orgánica de Drogas— estando ahora tipificado el delito de legitimación de capitales, únicamente en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada<sup>14</sup>.

## EL LAVADO DE DINERO Y LA CORRUPCIÓN

Además del narcotráfico, los negocios y contratos con la administración pública, son algunas de las fuentes de dinero ilícito más comunes que requiere ser «lavado», producto de comisiones ilegales provenientes de la corrupción pública y privada.

Son muchas las empresas —especialmente las transnacionales— que pagan jugosas comisiones a funcionarios gubernamentales para lograr contratos y, también son muchos los políticos que depositan esos bienes producto de la corrupción, la malversación de fondos públicos, el peculado y el tráfico de influencias; en fin, de la perpetración de delitos relacionados con la corrupción, que no encuentran problema alguno en legitimar esos dineros ilícitamente adquiridos al convertirlos en otros bienes, al depositarlos en alguna entidad bancaria o al invertirlos en alguno de los paraísos fiscales, para abrir cuentas cifradas y secretas, propiciando y colaborando así esas entidades con la impunidad de esos delitos.

## LAVADO DE DINERO EN EL SECTOR FINANCIERO

Son muchas las entidades financieras, especialmente aquellas cuyas sedes se encuentran en los llamados

«paraísos fiscales», o que se relacionan con los mismos, que se hacen de la vista gorda o abren cuentas ocultas, cifradas o secretas, donde lavan dinero, sin importarles ni averiguar su procedencia, a pesar de las graves sospechas sobre el origen ilícito de esos capitales, y donde, adicionalmente a la ventaja de disponer del secreto bancario, que ampara y protege esas inversiones de dudosa procedencia, tampoco pagan tributos ni impuestos, ya que ni declaraciones al fisco presentan. Constituyendo así un negocio redondo, tanto para esas entidades financieras, como, por supuesto, para esos «distinguidos clientes», muchos de ellos pertenecientes al mundo de la política<sup>15</sup>, de la delincuencia organizada<sup>16</sup> y de las finanzas.

También ocurre que, en muchos casos, se montan las llamadas «pirámides financieras», es decir, cuando se estructura lo que se conoce como un «fraude piramidal» o esquema de Ponzi, donde los primeros inversionistas —que están debajo de la pirámide—, cobran altos intereses, muy superiores a los que paga el mercado bancario, pero los últimos o nuevos inversionistas —que son los que están arriba en la cúspide de la pirámide—, sólo podrán cobrar cuando se acerquen a la base, y siempre que sigan llegando otros nuevos inversionistas, con el riesgo de que, en cualquier momento, la pirámide puede cerrarse o desmoronarse, esto es, colapsar, si no llegan nuevos clientes con grandes inversiones, que puedan sostener esos pagos desmedidos de intereses, o si se presenta alguna crisis financiera, o si se descubre finalmente la estafa, como ocurrió en el caso Madoff<sup>17</sup>, y, generalmente, lo que termina sucediendo, es que los «incautos» inversionistas, no sólo no perciben más intereses, sino que pueden llegar a perder totalmente su inversión, o, aún peor, pueden terminar viéndose involucrados en investigaciones sobre diversos hechos punibles, entre ellos, lavado de dinero o legitimación de capitales, e incluso narcotráfico.

La situación con esas «pirámides», es que, a veces, no es fácil determinar si los supuestos «estafados», son realmente «víctimas inocentes» o, si, por el contrario, también son a su vez «victimarios», ya que, generalmente, quienes hacen esas inversiones tan riesgosas, son personas no sólo muy adineradas, sino, además, profesionales o comerciantes exitosos, muy preparados, no precisamente personas comunes y corrientes; es decir, son personas que saben perfectamente que los intereses que están percibiendo no pueden ser producto de inversiones lícitas, normales y legales, y que es imposible para cualquier banco o institución financiera genuinamente seria y respon-

sable, mantener por largo tiempo esos rendimientos tan exagerados, que superan varias veces los intereses que normalmente se pagan. No parece razonable y creíble pensar, que esas personas e instituciones no hayan tenido la suspicacia de sospechar que algo no estaba bien y que el negocio no podía ser del todo legal.

Actualmente, con la globalización, algunos casos de estafas ocurridos en otros países, como el del Stanford International Bank, también pueden terminar afectando a inversionistas a nivel mundial, se estima que ciudadanos venezolanos tenían cerca de 3 mil millones de dólares depositados en esa entidad bancaria, la cual tenía sucursal en nuestro país<sup>18</sup>, y se ha señalado que la procedencia de parte del dinero captado por ese banco, no era lícito o, al menos, era de muy dudosa procedencia, cuestión que nunca fue un obstáculo para que esos depósitos fueran aceptados con gran beneplácito por esa entidad bancaria.

#### LAVADO DE DINERO EN EL MERCADO CAMBIARIO PARALELO DE VENEZUELA

Desde febrero del año 2003, en Venezuela existe un férreo control de cambio<sup>19</sup>, esto ha propiciado que se haya constituido un mercado paralelo de divisas, llamado también «*mercado negro*», especialmente en relación con el dólar y con el euro. Quien trate de introducir o sacar de Venezuela más de 10 mil dólares sin declararlos, comete un delito grave, de acuerdo con la Ley de Ilícitos Cambiarios.

Anualmente, los venezolanos sólo pueden solicitar: 400 dólares para compras por Internet y, en el caso de realizar un viaje al exterior, 500 dólares en efectivo y hasta 3 mil dólares para usar con una tarjeta de crédito<sup>20</sup>. Cantidades que muchos consideran insuficiente, además de criticar lo engorroso del sistema de aprobación y adquisición, establecido por la Comisión de Administración de Divisas (Cadivi), hecho que a su vez consideran discriminatorio, al sólo ser posible para aquellos que disponen de tarjeta de crédito, y que, además, la misma tenga un límite de crédito superior a los 3 mil dólares. Esta situación de escasez de moneda extranjera, es aprovechada por la delincuencia organizada para «*lavar*» dólares y euros, producto del narcotráfico y otras actividades ilícitas, a una población que los requiere para muy diversas actividades legales, como el comercio, viajes, estudios, enviar remesas a familiares, etc. Está incluso prohibido y sancionado el divulgar la cotización del dólar paralelo o negro.

#### CUATRO DE LOS MÁS RECIENTES CASOS EN VENEZUELA, DONDE SE HA SEÑALADO LA EXISTENCIA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

##### 1. El caso Makled

El ciudadano venezolano de origen sirio, Walid Makled, ha sido acusado por el Ministerio Público por los delitos de tráfico de drogas, legitimación de capitales, asociación para delinquir y dos homicidios. Este es el caso más relevante de los últimos años en Venezuela, no sólo por el hecho que se trata de un empresario que vertiginosamente, casi de la noche a la mañana, acumuló una inmensa fortuna, en el corazón industrial de Venezuela<sup>21</sup>, sino por sus muy estrechas vinculaciones con el gobierno y porque es catalogado como el más importante traficante de drogas del país, luego de que en una finca de su propiedad fueron incautados 392 kilogramos de cocaína. En el mes de agosto de 2010, fue capturado en la ciudad de Cúcuta, Colombia; y, tanto los Estados Unidos como Venezuela, lo solicitaron en extradición, decidiendo el gobierno colombiano extraditarlo a Venezuela, donde está siendo procesado. En declaraciones rendidas en Colombia, Makled ha señalado que él sobornaba a más de 40 generales venezolanos, así como a diputados y ministros del gobierno, lo cual se está actualmente investigando. Desde el año 2002, varias instituciones bancarias venezolanas reportaron a la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Bancos, actividades sospechosas de Makled, que permitían presumir que se estaba cometiendo el delito de legitimación de capitales, pero nada sucedió.

##### 2. El caso Illaramendi - PDVSA

Otro ejemplo de fraude piramidal, fue cometido por Francisco Illaramendi, un financiero venezolano-estadounidense, utilizando fondos off-shore y recursos pertenecientes al Fondo de Pensiones de los Trabajadores de la empresa Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA). La estafa es una de las más grandes ocurridas en el Estado de Connecticut y supera los 540 millones de dólares. Illaramendi fue asesor del gobierno de Venezuela hasta el año 2004, así como de la Junta Directiva de PDVSA, y en marzo del presente año 2011, se declaró culpable de las acusaciones que se presentaron en su contra, por cinco cargos criminales, por las investigaciones que realizó la Comisión de Valores y Bolsa de Estados Unidos (SEC, por sus siglas en inglés), por los fondos de inversión que manejó su firma MK Capital Management, desde 2008, aplicando el esquema Ponzi para defraudar a los inver-

sionistas, captando nuevos inversores a través de otros dos fondos, Short Term liquidity Fund y MK Venezuela Fund, según el expediente que se le sigue en la Corte del Distrito de Connecticut. Ya Illaramendi se declaró culpable y podría ser condenado a una pena de hasta 70 años. El Director de Finanzas de Pdvsa, Eudomario Carruyo, ha negado que Illaramendi haya sido empleado de esa empresa estatal, reconociendo sólo que trabajó en Pdvsa como 'outsourcing' de una empresa extranjera, indicando que nada tenía que ver Pdvsa con el 'desvío' y malversación de 581 millones de dólares «malversados por Illaramendi», irregularidad ésta que afecta a 23.888 jubilados y a 84.352 trabajadores activos de Pdvsa, que consideran que mediante manejos ilícitos, Illaramendi tomó y malversó los activos del Fondo de Pensiones y Jubilaciones<sup>22</sup>.

### 3. El caso del escándalo del maletín de Antonini Wilson

El 4 de agosto de 2007, Guido Alejandro Antonini Wilson, un empresario venezolano, quien también tiene nacionalidad estadounidense, llegó en un vuelo privado a Buenos Aires, acompañando a altos funcionarios públicos argentinos y venezolanos, y agentes de la aduana y de la policía de seguridad del aeropuerto, le decomisaron un maletín que contenía 790.550 dólares americanos en efectivo, que no había declarado previamente. En relación con ese caso, se iniciaron investigaciones en Argentina y Venezuela, pero únicamente en los Estados Unidos se procesó a 3 venezolanos y a 1 uruguayo, acusados de ser agentes del gobierno venezolano actuando sin autorización y de haber presionado a Antonini para que aceptara 2 millones de dólares, para que no revelara el origen de los casi 800.000 dólares decomisados, y muy especialmente, para que no dijera que ese dinero era para la campaña presidencial de la entonces candidata, Cristina Fernández de Kirchner. El juicio en los Estados Unidos finalmente sólo se inició en contra del venezolano Franklin Durán, ya que los otros 3 acusados se habían declarado culpables. En Argentina, la Fiscal María Luz Rivas Diez, amplió la acusación agregándole al delito de contrabando, el de lavado de dinero, al considerar que dicho dinero no procedía de ningún tipo de operación lícita, cuestión que fue aceptada por la Jueza en lo Penal Económico, María Novatti.

### 4. El caso de «la vuelta»

En la ciudad de Maracaibo, en el año 2003, sucedió una estafa de tipo piramidal, a la que se le llamó «la vuelta», la cual alcanzó a una suma aproximada a los

200 millones de dólares<sup>23</sup>. De acuerdo con las investigaciones, parte de ese dinero provenía del lavado de dinero, para legitimar bienes producto de hechos punibles, específicamente de actos de corrupción para la obtención del pago de facturas retenidas en la empresa estatal PDVSA, a raíz del paro petrolero de 2002. A algunos «inversionistas» de la vuelta, se les llegó a cancelar intereses exorbitantes de hasta el 20 % mensual, a través de empresas que sirvieron de fachadas, como Auto Leasing C.A. Ya han transcurrido casi 7 años desde que se descubrió el fraude con esa especie de banca paralela, y aunque más de 17 intermediarios o 'brokers' fueron acusados por la Fiscalía<sup>24</sup>, lo cierto es que todavía no hay una decisión judicial al respecto.

### CONCLUSIONES

El libre tránsito de capitales, que es la tendencia del mercado, no puede implicar la ausencia de controles, estos son necesarios para evitar la entrada y circulación de dinero proveniente de delitos, muy especialmente de algunos de los delitos más graves, como el tráfico de drogas, de armas, de personas, de corrupción, el terrorismo, las grandes estafas y demás fraudes económicos y financieros, etc., simplemente, no puede permitirse la legitimación de esos capitales, que equivaldría a declarar y a consagrar la impunidad de esos delitos, y, en consecuencia, la proliferación de los mismos. La señal tiene que ser la contraria, hay que emprender una lucha feroz, sin tregua ni cuartel, en contra de esas mafias económicas, para evitar que logren su propósito y erradicar esos grupos y organizaciones de delincuentes, pertenecientes a la criminalidad organizada, y ahora, globalizada. Hay que proteger la libre competencia y el mercado, y éste último se desestabiliza «cuando los capitales ilícitamente obtenidos circulan libremente y en pie de igualdad con los capitales lícitos»<sup>25</sup>.

Como desde hace muchos años ha alertado Juan Carlos Ferré Olivé, no sólo debe preocuparnos la corrupción en el sector público, sino también, y quizás hasta con mayor razón, la corrupción en el sector privado<sup>26</sup>. En este mismo sentido, Eduardo Fabián Caparrós, señala que: «La irrupción de las asociaciones criminales ha sido la razón principal que ha hecho que el beneficio económico procedente del delito, encuentre otras actividades al autoconsumo. Por una parte la riqueza ilícita constituye una suerte de 'colchón financiero' con los que hacer frente a los gastos derivados de la empresa criminal. Por otra, la organización puede optar por invertir parte de esas ganancias, tratando

con ello de potenciar al máximo la productividad de la empresa...»<sup>27</sup>.

Es evidente que «el blanqueo debe ser castigado no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito grave y, por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de un lucro, sino porque afecta directamente al funcionamiento de la economía de mercado y al control del mismo, ya desde el origen o fuente del ingreso por parte del Estado, a través de su actividad tributaria»<sup>28</sup>.

Acertadamente, Del Giudice afirma que «Como se trata irónicamente de limpiar un dinero sucio, es decir, sanear (si se quiere expresar de esta manera), una suma cuantiosa de dinero proveniente del crimen organizado, donde sus mayores exponentes proceden del: Narcotráfico; de la trata de personas; del contrabando y tráfico de armas convencionales y nucleares; de joyas y piedras preciosas; de los delitos bancarios; del tráfico ilegal de órganos, entre otros, a través de: 1) Las instituciones bancarias y financieras a través de transferencias, giros, cheques de gerencia, de viajeros; 2) De la compra y venta fraudulenta de bienes inmuebles; 3) De la compra y venta fraudulenta de vehículos costosos; 4) De las casas de apuestas y de juegos, tales como: casinos, hoteles, clubes; 5) De las casas de empeño y préstamo; 6) De los hipódromos, canódromos, velódromos, etc.; 7) De otras empresas e instituciones privadas de maletín o de portafolios, donde se movilizan grandes sumas de dinero»<sup>29</sup>.

Este autor advierte también que «no sólo se afecta gravemente la economía de un país y, por ende, el patrimonio de la familia. Sino que también trae como consecuencia el incremento considerable de la corrupción de las autoridades gubernamentales, de los tribunales, de las organizaciones políticas, las policiales y otras instituciones públicas y extranjeras donde entra en juego la complicidad de los funcionarios con estos grupos criminales. Incluso, con estos capitales provenientes del crimen organizado se financia igualmente al terrorismo»<sup>30</sup>.

La posibilidad de infiltración y corrupción dentro del Poder Judicial ha sido reconocida y advertida por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que ha señalado que «Al respecto, refieren tanto el Ministerio Público en su solicitud de radicación (Folios 1 al 22) como el Juez de Juicio (acta de juicio oral y público, Folios 48 al 50), que en la presente causa, existe una averiguación en contra de los escabinos Clemente Calle Palomino y Yamilis Venales, la cual efectivamente fue aperturada por la Fiscalía Primera del Segundo Circuito Judicial del

estado Sucre, según consta en comunicación de dicho despacho cursante al folio 32 de la presente causa. En tal supuesto, es previsible considerar que grupos con gran poder económico, que trabajan al margen de la ley, con grandes organizaciones y poder económico, tienen la posibilidad y los recursos, para llegar a tener por diferentes medios, influencia sobre los administradores de justicia»<sup>31</sup>.

Considero igualmente procedente, traer a colación lo expuesto por Ferré Olivé, sobre que «La utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo. Partiendo de cierta complicidad del sistema financiero, se ha utilizado dicho sistema para la transformación de capitales de origen ilícito, provenientes de la comisión de delitos graves, en dinero libre de sospecha. Sin duda, todo ello no hubiera sido posible si las entidades bancarias e intermediarios financieros hubieran puesto un poco de diligencia y colaboración, detectando las transacciones de origen poco claro. Pero algunas entidades financieras han decidido ignorar el origen ilícito de los capitales, en la medida en que se obtienen importantes beneficios económicos»<sup>32</sup>.

Esta complicidad y colaboración tiene que cambiar y acabarse, y aunque sea cierto que «nunca ha habido tanta cooperación judicial y policial como en la actualidad»<sup>33</sup>, es igualmente cierto que «cada vez es mayor la desigualdad entre las posibilidades de los criminales y la capacidad de respuesta de las instituciones»<sup>34</sup>, de tal manera que «a pesar de todo el esfuerzo que estamos haciendo, seguimos perdiendo terreno porque vamos mucho más lento»<sup>35</sup>. Pues bien, ya sabemos cuáles son nuestras debilidades, y también conocemos las debilidades de los delincuentes, nada puede ser más poderoso que los gobiernos y las instituciones y organismos internacionales, cuando todos se unen y, de verdad, suman esfuerzos en pro de un objetivo común, combatir y erradicar el lavado de dinero, que tanto daño causa a nuestras sociedades.

## Notas

1 En un breve recorrido por internet se puede constatar, la falta de escrúpulos y de honestidad de muchísimas personas, que descarada y abiertamente se ofrecen en la red para participar en esta actividad delictiva.

2 Convención de la ONU Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del 19-12-1988, Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en Palermo (Italia), del 12 al 15 de diciembre de 2000.

3 MUÑOZ CONDE, Francisco, «Derecho Penal. Parte Especial». Duodécima Ed., Tirant lo blanch, Valencia 1999. Pág. 521.

4 Idem.

5 Ibidem.

6 Sin embargo, por un error inexplicable, en esa disposición constitucional se menciona «*deslegitimación de capitales*» y no «*legitimación de capitales*», que es el término correcto.

7 Publicada en la Gaceta Oficial No. 5789 Extraordinario, de fecha 26 de octubre de 2005.

8 Como la española.

9 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. «Corrupción, crimen organizado y “blanqueo” de capitales en el mercado financiero», dentro de la obra «Blanqueo de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancario». Ed. Universidad de Salamanca. Abril 2002. Pág. 16.

10 En España, la Instrucción de fecha 10 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, establece que deben ser reportadas las operaciones por encima de 30.050 euros en algunos casos y de 300.506 euros en otros, “dada la escasa relevancia relativa de las que quedan por debajo». Dentro de la obra «La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos», Coordinador Dr. Eduardo Fabián Caparrós, ed. Ratio Legis, Salamanca, 2000. Pág. 140

11 MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. «Derecho Penal Económico. Parte General», tirant lo blanch, Valencia, 1998. Págs. 90 y sgtes.

12 FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. ob. Cit. Pág. 14

13 Sentencia de la Sala de Casación Penal N° 692 del 15 de diciembre de 2008. También la No. 125 del 6 de marzo de 2008.

14 REBOLLEDO, Alejandro. «Prevención y Control de Legitimación de Capitales y del financiamiento al terrorismo». Edit. Vadell Hermanos. Valencia. 2009. Pág. 78.

15 Caso Gadafi o Kadhafi.

16 La mafia siciliana, la cosa nostra, la camorra, las mafias rusa, colombiana, mexicana.

17 Donde el conocido financista neoyorkino Bernard Madoff no pudo responder por el dinero de sus clientes, calculado en más de 50 mil millones de dólares.

18 Stanford Bank Venezuela.

19 Salvo Cuba, Venezuela es el país latinoamericano que tiene un control de cambio tan estricto y severo, a pesar de que,

en promedio por habitante, Venezuela es el que recibe más dólares por las exportaciones de petróleo.

20 Para viajes a Europa o Asia, ya que para otros sitios es mucho menor la cantidad.

21 En la ciudad de Valencia, Estado Carabobo.

22 Declaración al Diario «El Nacional», del 14-5-2011, cuerpo 1, página 2.

23 Nunca se pudo precisar la cantidad exacta de dinero involucrado, ya que mucha gente no denunció, sólo 586 personas. Se cometieron varios homicidios que fueron relacionados con este caso.

24 Por los delitos de intermediación financiera y estafa, previstos y sancionados en el artículo 430 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, y en el artículo 464 del Código Penal.

25 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 15

26 Tanto en sus numerosas obras como en sus conferencias.

27 En la obra «Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial», pág. 84, citado en la Sentencia No. 338 del 4-8-2010, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

28 Idem.

29 DEL GIUDICE, Mario y DEL GIUDICE, Lenín. «La Investigación Penal, la Investigación Criminal y La Investigación Criminalística en el COPP». Edit. Hermanos Vadell, 2da. Edición. Caracas. 2011. Págs. 147-148.

30 Idem. Pág. 148

31 Sent. No. 338 del 4-8-2010. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

32 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 13.

33 HEREDERO SALAMANCA, Eusebio, «La asistencia internacional en materia de blanqueo de dinero, desde la práctica policial», en la obra «Cooperación Policial y Judicial en Materia de Delitos Financieros. Fraude y Corrupción». Edit. Universidad de Salamanca. Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé. 2002. Pág.395.

34 Idem.

35 Ibidem.