

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

The seal of the Universidad de San Carlos de Guatemala is a large, circular emblem. It features a central shield with a figure of a saint (likely St. Peter) holding a key, flanked by two lions. Above the shield is a crown. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CETERASORBIS CONSPICUA".

**EL DELITO PRECEDENTE Y LA AUTONOMÍA DEL DELITO EN LOS CASOS
DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

BRENNER ISRAEL RONALDO LÓPEZ DE LEÓN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

EL DELITO PRECEDENTE Y LA AUTONOMÍA DEL DELITO EN LOS CASOS DE
LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el licenciado

BRENNER ISRAEL RONALDO LÓPEZ DE LEÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

MAESTRO EN DERECHO PENAL
(Magíster Scientiae)

Guatemala, octubre de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Arriaga
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr.	Ovidio David Parra Vela
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Hugo Roberto Jauregui
VOCAL:	MSc.	Erwin Iván Romero Morales.

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTE:	Dra.	Zonia de la Paz Santizo Corleto
VOCAL:	MSc.	César Roberto Guzmán Córdova
SECRETARIO:	MSc.	Lourdes Marisol Castellanos Samayoa

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada” (artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



Elder Fuentes Orozco

Abogado y Notario

Col. 12,053

Ciudad de Guatemala,

26 de febrero de 2018.

Dr. Ovidio David Parra Vela

Director de la Escuela de Estudios de Posgrado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
UNIDAD DE TESIS

20 ABR 2018

RECIBIDO

Hora:

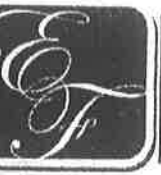
Minutos:

OFICIAL:

Distinguido Doctor:

Le saludo respetuosamente y con el objeto de cumplir con el reglamento respectivo a usted informo, que he tenido el agrado de haber asesorado en calidad de tutor al Licenciado BRENNER ISRAEL RONALDO LOPEZ DE LEÓN en la elaboración de su trabajo de tesis, intitulado, "EL DELITO PRECEDENTE Y LA AUTONOMÍA DEL DELITO EN LOS CASOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS".

El lavado de dinero es un delito que trasciende a nivel nacional y cuyos efectos son negativos en el desarrollo de nuestra nación, así como de naciones a nivel mundial, por lo que el trabajo de investigación desarrollado por el Licenciado LOPEZ DE LEÓN, parte desde un fundamento teórico doctrinario que permite definir la autonomía del delito de lavado de dinero, así como su desarrollo en la historia; un marco teórico legal con el cual se establecen los parámetros bajo los cuales se halla regulada la figura de lavado de dinero, tanto nacionales como Internacionales, analiza su relación con otros tipos penales, su precedencia y los actos que forman parte del problema a estudiar; y un análisis de los efectos que el delito de lavado de dinero ocasiona al régimen tributario, a la producción, al comercio y en general a la economía del Estado de Guatemala, la identificación de las formas de operar de las estructuras criminales, el patrimonio criminal del crimen organizado, mismas que frenan el desarrollo sostenible de una Nación, los cuales deben ser combatidos con leyes y políticas acertadas desde el más alto nivel de los poderes del Estado de Guatemala.



Elder Fuentes Orozco

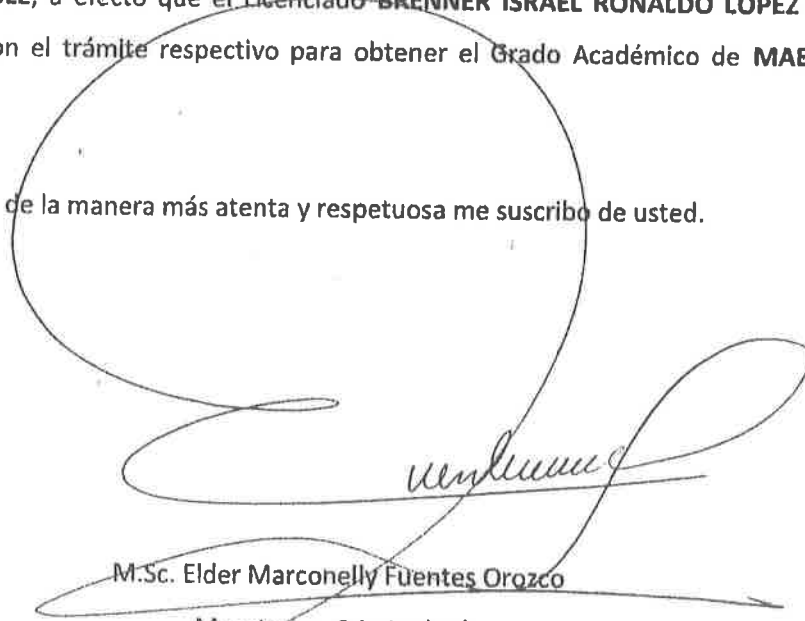
Abogado y Notario

Col. 12,053

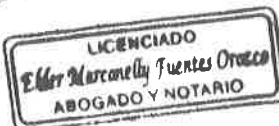
El estudiante de posgrado de la Maestría en Derecho Penal, ha cumplido eficiente y satisfactoriamente con las revisiones y correcciones solicitadas, quien además es un profesional del derecho que ha ejercido de manera directa e indirecta, funciones de orden público, de combate al delito de lavado de dinero u otros activos, ha podido tratar el tema desde una perspectiva idónea para analizar con propiedad el fenómeno objeto de estudio; a la vez que su enfoque desde el punto de vista del derecho penal, enriquecerá en gran manera el conocimiento que sobre el tema se tiene, por lo que me encuentro plenamente convencido que el presente planteamiento es un gran aporte a la ciencia del Derecho.

Por lo cual y habiéndose cumplido de forma eficaz con los requisitos establecidos en la normativa respectiva en cuanto a su presentación formal y cognoscitiva al emitir mi dictamen, lo hago en **SENTIDO FAVORABLE**, a efecto que el Licenciado **BRENNER ISRAEL RONALDO LOPEZ DE LEÓN** pueda continuar con el trámite respectivo para obtener el Grado Académico de **MAESTRO EN DERECHO PENAL**.

Sin otro particular y de la manera más atenta y respetuosa me suscribo de usted.



M.Sc. Elder Marconelly Fuentes Orozco
Maestro en Criminología





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 15 de octubre del dos mil dieciocho.-----

En vista de que el Lic. Brenner Israel Ronaldo López de León aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 49-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL DELITO PRECEDENTE Y LA AUTONOMÍA DEL DELITO EN LOS CASOS DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAR A TODOS”

Dr. Ovidio David Patra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A Dios: Por su grandeza y poder, mi gratitud por permitirme culminar con éxito esta meta.

A mi Padre: (+) Por sus gratos recuerdos que siempre guardo en mi corazón y me hacen entender el amor de un padre hacia sus hijos.

A mi Amada

Madre: Quien infundió en mí desde pequeño la constancia, perseverancia y responsabilidad para dar por finalizados los proyectos de vida. Sé que hoy se regocija conmigo y mis logros son suyos también.

A mi Amada

Esposa: Por su amor y apoyo incondicional que hicieron posible finalizar este proyecto, juntos alcanzamos este logro, muchas gracias bebé.

A mis Amados

Hij@s: Gracias por ser esa inspiración que me mueve día a día, recuerden: “esfuércense y sean valientes”, los amo con todo mi corazón.

A mis queridos

Hermanos: Por permitirme darles el ejemplo de que con constancia, dedicación y responsabilidad podremos marcar la diferencia, con mucho cariño.

A mis

Amigos: Mis estimados Masters, gracias por el apoyo y ánimos en todo momento.

A: **LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**, por ser formadora de hombres y mujeres íntegros y de espíritu fuerte, en especial a la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la cual me abrió las puertas, para poder alcanzar esta meta.

Índice



Introducción

Capítulo I

1. El lavado de dinero u otros activos: conceptualizaciones, doctrina, enlaces determinantes con otros tipos penales, precedencia y autonomía, legitimación de capitales	1
1.1 El lavado de capitales y la globalización	1
1.2 Breves antecedentes del lavado de dinero	3
1.2.1 Concepto de lavado de dinero	4
1.2.2 Proceso o etapas del lavado de dinero	6
1.2.3 Los paraísos fiscales	7
1.3 La legitimación de capitales y su influencia en la economía	10
1.3.1 Legitimación de capitales. Conceptualización	12
1.3.2 Conceptos relacionados con el encubrimiento de la actividad ilícita	12
1.3.3 Conceptos relacionados con la legalización del capital y mezcla en la actividad económica lícita	15
1.4 La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con el encubrimiento: breve enfoque	16
1.5 La impunidad como característica criminológica irrefutable en el delito de lavado de dinero	18
1.5.1 De la impunidad a la naturaleza legal en el lavado de dinero a través de la nueva delincuencia económica organizada	19

Capítulo II

2. El delito de lavado de dinero y las redes conectivas de filtración sistemática en el ámbito legal del patrimonio criminal del crimen organizado	24
2.1 Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo	24
2.2 El nivel de amenaza del crimen organizado y las redes de legitimación de su patrimonio criminal	25



2.3 La red, un entretejido necesario para la legitimación o blanqueo de capitales	27
2.4 Regulación de las operaciones financieras con recursos de procedencia ilícita para su blanqueo	30
2.4.1 Función de la política de conocimiento del cliente por parte de las instituciones financieras en el combate al lavado de dinero ----	32
2.4.2 Comprobación del delito de lavado de dinero	34
2.5 El filtro sistémico del dominio funcional operativo de los medios tecnológicos en el delito de lavado de dinero	35
2.5.1 La especulación financiera transnacional	36
2.5.2 Apariencia de legalidad y redes ilícitas	37
Capítulo III	
3. La problemática en las motivaciones político-criminales para tipificar el delito de lavado de dinero como delito autónomo de los delitos precedentes del crimen organizado	40
3.1 Problemática del delito de lavado de dinero	40
3.2 Entre autonomía y encubrimiento, una política criminal internacional en confusión	41
3.3 Del tipo agravado de encubrimiento a la autonomía del lavado de activos	42
3.4 El administrador como autor	44
3.5 La pertenencia del hecho: concepto	47
3.6 La relación de autoría como tercer nivel de imputación	48
3.7 La pertenencia del hecho como punto de partida	51
3.8 La idoneidad de la pertenencia del hecho	53
3.9 La pertenencia del hecho y el concepto de administrador	55
Capítulo IV	
4. La receptación. El Ministerio Público frente a los delitos económicos. La intervención de la Intendencia de Verificación Especial, para la contención del lavado de dinero.	
Las conductas definatorias de lavado de dinero	58
4.1 La receptación como delito contra la administración de justicia	58
4.2 El Ministerio Público frente a los delitos económicos	62



4.2.1 Los instrumentos internacionales en el ámbito del lavado de activos en apoyo a la acción persecutora del Ministerio Público	67
4.3 La Intendencia de Verificación Especial y su función como ente investigador de transacciones sospechosas en apoyo al Ministerio Público	69
4.4 La relación del lavado de dinero con el terrorismo y su medio de desarrollo	71
4.4.1 El concepto de terrorismo	71
4.4.2 Métodos para el lavado de dinero y relación con terrorismo	71
4.4.3 La conducta de los actores en el lavado de dinero	73
4.5 Las conductas definitorias de lavado de dinero. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir.	
La conversión y la transferencia	77
4.5.1 La conversión de bienes procedentes de un delito grave	77
4.5.2 La transferencia	79
4.5.3 La ocultación	81
4.5.4 El encubrimiento	82
4.6 Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir	83
4.6.1 La adquisición de bienes	83
4.6.2 El transporte	85
4.6.3 La posesión y la tenencia. Distinción entre tenencia y posesión	85
4.6.4 La utilización	87
4.6.5 Panorama especial de la conducta omisiva	90

Capítulo V

5. Sobre la autonomía del delito de lavado de activos.

Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria

5.1 Delitos básicos y delitos autónomos	93
5.2 Del tipo agravado de encubrimiento a la autonomía del lavado de activos	93



5.3 La teoría de la accesoriedad limitada aplicada al delito de lavado de activos -----	94
5.4 Sobre la prueba del ilícito penal precedente -----	94
5.5 Sobre la prueba del aspecto subjetivo -----	97
5.6 El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos -----	98
5.6.1 Protección del bien jurídico tutelado por el delito subyacente -----	99
5.6.2 Protección de la administración de justicia -----	101
5.6.3 Resguardo del sistema socioeconómico -----	102
5.6.4 Resguardo de la seguridad, soberanía y democracia de los Estados -----	103
5.7 La magnitud del problema del lavado de activos en el ámbito económico -----	104
5.7.1 Los efectos económicos del lavado de activos -----	106
5.8 El sujeto activo en el delito de lavado de activos. El autor del delito previo puede ser autor o partícipe del lavado de capitales -----	107
5.8.1 Fundamento para sustentar la exclusión del autor o partícipe del delito previo como sujeto del lavado de dinero -----	108
5.9 El sujeto del delito previo como autor o partícipe del lavado de activos -----	111
5.10 La autonomía del lavado de activos y la prueba del delito previo ----	114
5.10.1 La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con la carga de la prueba del delito anterior -----	115
5.11 La autonomía del delito de lavado de activos en supuestos de tipología de lavado -----	118
5.12 La configuración de la autonomía del delito de lavado de dinero u otros activos en la legislación guatemalteca -----	120
5.13 Breve análisis -----	124
Conclusiones -----	125
Referencias -----	126



Introducción

El presente trabajo de investigación aborda un tema muy importante y a la vez alarmante por sus niveles de evolución: se busca determinar si es necesario que exista un delito previo o si el delito de lavado de dinero u otros activos persiste por sí solo, si es autónomo. Para comprender mejor este aspecto es necesario iniciar por conceptualizar, a través de la doctrina, de la relación con otros delitos y de la autonomía del delito descrito, así como de la legitimación de capitales, el delito de lavado de activos. Este puede conceptualizarse como el camino de tránsito de los bienes de origen delictivo que se incorporan al sistema económico legal con una apariencia de legalidad, asentado en diferentes modalidades societarias y empresariales.

Si bien el lavado de dinero puede llevarse a cabo en simultáneo o precede de otros delitos, no siempre será así, porque quien no logra demostrar que el dinero es obtenido de manera legal, hace suponer que el objetivo es legalizar dinero de procedencia ilegal, y no es necesario que haya una sentencia que así lo declare, bastará la acción misma para tipificar el lavado de activos.

El delito de lavado de dinero se vuelve complejo cuando este es cometido por una red nacional o internacional del crimen organizado, puesto que manejan influencias al más alto nivel dentro del sistema financiero. Por eso, el combate a este delito tan dañino a la economía de un país, no puede emprenderse de forma aislada y desvinculada de los factores criminológicos que explican sus causas y formas de aparición, en especial, su estrecha relación con el complejo mundo de la criminalidad organizada.

Debemos comprender que su vigilancia, regulación, supervisión, control, prevención y represión estará sujeta a consideraciones políticas criminológicas de una nación, grupo de naciones y organismos internacionales que esbocen, de la forma más creativa posible, la adecuada persecución de los delitos fuentes que producen tanto daño a nuestra sociedad (las economías de los países actualmente están interconectadas por las redes comerciales, empresariales y del mercado de valores). Luego de esbozar de forma general estos mecanismos de lucha contra la criminalidad organizada, entraremos de lleno en el análisis de la regulación jurídico-penal del llamado delito de lavado de activos y la discusión sobre su autonomía como delito.

La hipótesis se basó en el siguiente enunciado: “La influencia de la doctrina para la interpretación de las conductas prohibidas en la ley contra el lavado de dinero u otros activos”. En la resolución al problema planteado en cuanto a la disyuntiva que existe en relación con el delito precedente y la autonomía del tipo penal de lavado de dinero u otros activos, tomando en consideración que se necesita establecer si es necesario el delito precedente para investigar, procesar y enjuiciar a los presuntos responsables de un tema trascendental como el blanqueo de dinero, el cual a nivel internacional se ha insistido en que todos los países tomen medidas jurídicas para erradicarlo y así evitar la impunidad en estos hechos.

La investigación que se desarrolló gira en torno a los alcances y parámetros necesarios para que se determine si existe el tipo penal. Para ello se analizó doctrina sobre dicho tópico y la normativa atinente al caso.

La problemática para tipificar el delito de lavado o blanqueo de activos como delito autónomo de los delitos precedentes del crimen organizado, trae graves consecuencias derivadas de la realidad que se pueden describir como de contaminación y desestabilización de los mercados financieros, dando como resultado un serio peligro para las bases económicas, políticas y sociales de toda democracia. Dado que la integridad del sistema bancario y de los servicios financieros depende fundamentalmente de la percepción que de los mismos tenga la sociedad, en la actualidad se ha convertido en una figura penal autónoma de carácter pluriofensivo y dirigida a tutelar el orden socioeconómico. En concreto, la leal competencia del ordenamiento socioeconómico y, ello es así, porque se trata del ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y financieros o industriales, ni carga tributaria, que dan lugar a una desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado; que, en tal virtud, no cabe una consumación del citado tipo penal por el del delito previo.

En Guatemala, existe la Intendencia de Verificación Especial para contener el delito de lavado de dinero. Esa contención del lavado de dinero o delito de blanqueo de activos no solo descansa sobre un delito anterior, además, exige el conocimiento del origen de los activos, aun cuando no requiere que este sea preciso o exacto del delito previo, pues basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito, el dolo exigido. Por tanto, puede ser

directo o eventual, en tanto es este último caso el agente que considere seriamente y acepte como probable que el dinero procede de un delito.

Uno de los casos típicos de lavado de activos que escapa al concepto del encubrimiento clásico es el supuesto en el cual a partir de indicios es posible comenzar una investigación de lavado de dinero, y que, posteriormente, continuará con esta hasta llegar a un proceso penal logrando una condena. También hay casos en los que no existe una denuncia formal o imputación de un delito concreto sino la sospecha, por parte de organismos de seguridad, de que determinados activos (dinero incautado en un aeropuerto a un pasajero) permiten sospechar que provienen de un delito.

Esta investigación se compone de cinco capítulos, desarrollados de una manera amplia. El primer capítulo trata *Del delito de lavado de dinero u otros activos*: conceptualizaciones, doctrina, enlaces determinantes con otros tipos penales, precedencia y autonomía, legitimación de capitales, paraísos fiscales, procesos o etapas del delito relacionado, la cuestión de autonomía del delito de lavado de dinero y su relación con el delito de encubrimiento. El capítulo segundo trata el tema: *El delito de lavado de dinero y las redes conectivas de filtración sistemática en el ámbito legal del patrimonio criminal del crimen organizado*: el nivel de amenaza del crimen organizado y las redes de legitimación de su patrimonio criminal, la comprobación del delito de lavado de dinero. El capítulo tercero trata del tema: *La problemática en las motivaciones político-criminales para tipificar el delito de lavado de dinero como delito autónomo de los delitos precedentes del crimen organizado*, la confusión internacional entre el delito de encubrimiento y el delito de lavado de dinero, la pertenencia del hecho. Por su parte, el capítulo cuarto trata el tema de: *La receptación. El Ministerio Público, frente a los delitos económicos*. La intervención de la Intendencia de Verificación Especial, para la contención del lavado de dinero, las conductas definitorias de lavado de dinero, la conversión y transferencia de bienes, el ocultamiento, distinción entre tenencia y posesión. Por último, el capítulo cinco y final de este trabajo trata: *Sobre la autonomía del delito de lavado de activos, análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos*: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria, delitos básicos y delitos autónomos, los efectos económicos del lavado de activos, a la vez se hace un breve análisis y se emiten las conclusiones.



Capítulo I

1. El lavado de dinero u otros activos: conceptualizaciones, doctrina, enlaces determinantes con otros tipos penales, procedencia y autonomía, legitimación de capitales.

1.1 El lavado de capitales y la globalización

La década de 1990 estuvo marcada no solo por la definitiva consolidación de la era de la globalización, sino también por la preocupación de criminalizar el delito de lavado de dinero, conocido internacionalmente como *moneylaundering*, *blanchimentd'argent*, o *reciclaje del dinero*. Ello significa, en pocas palabras, lavado o blanqueamiento de bienes, derechos y valores derivados de una actividad ilícita anterior (tráfico de drogas, de armas, terrorismo, contrabando, extorsión mediante secuestro, crímenes contra la administración pública, contra el sistema financiero o incluso derivado de una organización criminal).

“Se trata de una actividad ilegal que ya estaría involucrando cerca de un billón de dólares por año” (Beting, 1997 y 2001, pp.B2). Ese total solo es menor que pocos productos brutos internos en el mundo y se aproxima al de la octava economía mundial, Canadá.

Ya reivindicábamos, [...] la neocriminalización de la conducta de ‘lavar’ dinero y bienes derivados de crímenes. Decíamos que para el control del crimen organizado sería fundamental la criminalización de la conducta de quien ‘lava’ regulariza, legaliza o legitima, el dinero obtenido con las actividades de la organización criminal. Sin la posibilidad de legislación de ese dinero habría mayor posibilidad de control de las asociaciones criminales (Gomes, 2005, p.344).

En la Conferencia Mundial de la ONU realizada en Nápoles, en noviembre de 1994, esta cuestión tomó gran importancia.

La identificación de los grupos empresariales que administran el dinero del crimen, un acuerdo para identificar a las personas que mueven millones de dólares sin tener cómo justificarlos, el secuestro de los bienes adquiridos con el dinero del crimen y el congelamiento de las fortunas conseguidas por los criminales son algunos de los puntos aprobados en esa Conferencia (Beting, 1994, p.C1).

Muchos Estados parte hicieron eco a lo convenido en dicha conferencia y a finales de la década de los 90 del siglo pasado, siguiendo las tendencias del Derecho

penal globalizado (derecho impuesto por las necesidades y conveniencias de todos los países, pero principalmente de quien ostenta el control de la información y en consecuencia de los rumbos de la economía mundial) transformaron en texto legal todos los proyectos que trataban del lavado de capitales.

Pero el éxito del control de dinero “sucio” (cada vez más improbable), sin embargo, como se sabe, dentro de una economía globalizada, depende no solamente de nuevas leyes penales. Sino, también, y sobre todo, de una nueva ética en esa economía mundial, además de personal especializado que conozca internamente el mundo del “lavado” de dinero y/o bienes (eso implica, sin ninguna duda, tener *software*, *hardware* y recursos humanos adecuados), de un incrementado sistema de control financiero-administrativo y, especialmente, de una amplia integración internacional.

El origen de la preocupación por el tema del “lavado de capitales”, en términos mundiales, está en la Convención de la ONU, realizada en Viena, en 1988 (Convención sobre el Tráfico de Estupefacientes y Lavado de Bienes).

Clara e indudablemente existe un vínculo directo entre la intención norteamericana criminalizadora del lavaje, que no ha conseguido, a pesar de los grandes esfuerzos represivos, disminuir el número de usuarios de droga (Gomes, 2005, p.345).

A principios de los años noventa, se creía (y aún hoy se transmite ese discurso *urbi et orbi*) en una doble y equivocada quimera: que los narco dólares serían confiscados y que confiscando todo el dinero del narcotráfico, se podría acabar con el consumo de drogas.

Hoy se sabe que todo se hizo humo. Los narcotraficantes tienen los más modernos y espectaculares medios de información, y ahora están creando sus propias redes de comunicación, de operaciones financieras, etc.

Algunos afirman que con la criminalización del lavado por los menos se pena más duramente el tráfico (doble castigo). En eso reside la creencia de que la sanción penal, por sí sola, es suficiente para la prevención de la delincuencia (es la prevención disuasiva, hace ya mucho tiempo abandonada por la moderna criminología). La base ética de la pena del lavado sería: por un lado, se procura impedir que un capital ilícito tenga curso en el mercado; por otro, se evidencia que el dinero ilícito lavado puede generar otros ilícitos (el dinero “sucio” de las drogas puede financiar el comercio ilícito de armas, la corrupción, la subversión, etc.).

De cualquier manera, en términos político-criminales, lo que se puede cuestionar, desde luego, es la distinción que se hace (desde la Convención de Viena) entre dinero “sucio” y dinero “negro”: este deriva del encubrimiento fiscal, de la economía paralela, aquel viene de otros ilícitos penales.

En algunos países, como el caso de Brasil, se decidió no criminalizar el lavado del dinero “negro”, lo que es político-criminalmente criticable. La elección de lo que se criminaliza, por otra parte, bien revela la selectividad de lo que se pretende ver inserto en el *input* del sistema penal (Gomes, 2005, p. 346).

Una de las características fundamentales del Derecho penal de la globalización no es, como se ve, la búsqueda del valor “justicia” en las decisiones criminalizadoras, sino su instrumentalización, conforme a las conveniencias de cada momento.

1.2 Breves antecedentes del lavado de dinero

El inicio del fenómeno del lavado de dinero generalmente se ubica en los años sesenta, del siglo pasado, a la par del desarrollo e incremento lucrativo de los mercados masivos de droga. Sin embargo, autores como Córdova Gutiérrez sitúan este fenómeno desde los años veinte. Al respecto, tanto Córdova Gutiérrez y Palencia Escalante reseñan que,

los primeros capitales blanqueados se dieron en Estados Unidos, en la época de los gánsteres y de la llamada Ley Seca. Para ese entonces, se dice que en Chicago, en la década de 1920, un grupo de delincuentes con negocios en el alcohol, el juego, la prostitución y otras actividades ilícitas, compraron una cadena de lavanderías. Al final de cada día, juntaban las ganancias ilícitas provenientes de los otros negocios, quedando en conjunto justificadas como obtenidas en actividades legales.

Así, el origen del término ‘lavado de dinero’, que es relativamente reciente, se remonta la época del mafioso norteamericano Meyer Lansky, bien conocido en el tiempo de la prohibición. Este delincuente, por aquel entonces creó en Nueva York una cadena de ‘lavaderos’ que servían para blanquear los fondos provenientes de la explotación de casinos ilegales. Bastaba con poner cantidades importantes de efectivo, que recogía de los casinos, dentro de las cajas de su cadena de lavanderías; para que esos fondos ingresaran al círculo bancario.

Sin embargo, señalan los autores, se han practicado ciertas formas de lavado de dinero desde que surgió la necesidad de ocultar la índole o la existencia de ciertas transferencias financieras por razones ya sean políticas, comerciales o jurídicas (2001, p.3).

Ahora bien, el primer antecedente jurídico, se encuentra en la Ley del Secreto Bancario (*The Bank Secrecy Act*) de Estados Unidos de 1970, que impuso a las instituciones financieras obligaciones de mantener constancia de determinadas operaciones y de reportarlas a las autoridades; sin embargo, esta ley resultó un instrumento ineficaz, toda vez que precisamente solo estableció esa obligación de reportar las posibles operaciones ilícitas, de forma tal que los lavadores de dinero podían seguir ejerciendo sus actividades sin el riesgo de hacerse acreedores a una sanción (González, 2009, pp.2,4).

Ante tal escenario, en 1986, el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, expidió la denominada “Ley de Control de Lavado de Dinero”, la cual tipificó este delito, sancionándolo con pena de prisión hasta de 20 años. A través de esta ley, se federalizó esta actividad, se autorizó la confiscación de ganancias obtenidas por los lavadores y se proporcionaron a las autoridades federales herramientas adicionales para investigar el lavado de dinero (González, 2009, pp.2-4).

1.2.1 Concepto de lavado de dinero

Desde el punto de vista etimológico, el concepto de lavado de dinero es el “ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables” (Figuerola, 2002, p.862). “El lavado de dinero consiste en la actividad por la cual una persona o una organización criminal, procesa las ganancias financieras, resultado de actividades ilegales, para tratar de darles la apariencia de recursos obtenidos de actividades lícitas” (Córdova y Palencia, 2001, p.2).

Por su parte, Nando (2009) apunta que el lavado de dinero es la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los productos bienes de la comisión de delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores.

Para Gluyas (2005, p.59) el lavado de dinero es el proceso mediante el cual se produce un cambio en la riqueza ilícitamente adquirida por bienes o activos financieros para darles la apariencia de que son de origen lícito; es el método de esconder y transformar el origen ilegal de los recursos. En otras

palabras son las actividades destinadas a conservar, transformar o movilizar recursos económicos en cualquiera de sus formas y medios, cuando dicha riqueza ha tenido como origen el quebrantamiento de la ley.

Para Figueroa (2002, pp.863-865): El lavado de dinero debe manejarse desde una noción estricta frente a una más amplia. Y establece que en sentido amplio se alude genéricamente al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de administración tributaria; en cambio, en su sentido estricto, lavado de bienes es el referido exclusivamente al proceso de reconvención de bienes de origen delictivo y es, consecuentemente, el que hace la intervención del Derecho penal.

Asimismo, este autor apunta que, desde el punto de vista criminológico el lavado de dinero se caracteriza por los siguientes componentes:

- a) Es un conjunto de operaciones materiales e inmateriales, numerosas, complejas y estructurales entre sí;
- b) Efectuadas por organizaciones de narcotráfico existentes al interior de un grupo de poder fuerte;
- c) Mediante las cuales los recursos ilícitos provenientes u obtenidos del narcotráfico;
- d) Se les transforma en ilícitos mediante la adquisición de otros bienes, de consumo o inversión que tengan esa calidad;
- e) A su vez, el narcotráfico dispone de una organización mediante la cual accede a la posibilidad de legitimar los recursos y en el obvio entendido que todo este proceso, como actividad humana que es, está sometido a la contingencia espacio-temporal.

Por su parte, el órgano intergubernamental denominado Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Capitales y Financiamiento al Terrorismo (GAFI) define el lavado de dinero en términos generales como “el procesamiento de las ganancias derivadas de la actividad criminal para disfrazar su procedencia ilícita, permitiendo a los criminales gozar de ellas sin arriesgar su fuente”.

Como se puede observar, en todos los casos *el objetivo primordial* del lavado de dinero es procesar las ganancias obtenidas de actividades ilícitas, de manera tal que se transformen en lícitas, ya sea disfrazándolas, ocultándolas o mezclándolas de forma que se dificulte, evite u oculte su verdadera procedencia, a través de las diversas

modalidades en las que se puede incurrir y que las propias legislaciones marcan como tipos penales.

Es importante señalar que el lavado de dinero al aparecer como forma estable y permanente de obrar en contravención a la ley penal viene a construir precisamente una manifestación elemental de la llamada delincuencia organizada, ya que se realizan acciones conjuntas entre miembros tendientes a la creación, mantenimiento y explotación de mercados de bienes y servicios de manera subrepticia, para intervenir y, a su vez, generar más ganancias que en realidad son producto de actividades ilícitas.

Cabe mencionar que, entre los elementos o factores que influyen en la comisión del delito de lavado de dinero se encuentra lo que se ha denominado delitos precedentes al lavado de dinero, que son las actividades ilegales primarias generadoras de ingresos y que se procuran insertar en el ámbito legal (García, s.f.).

Entre esos delitos precedentes al lavado de dinero en el ámbito internacional se ubican: el tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de personas; extorsión; secuestro; tráfico ilícito de obras de artes, animales o tóxicos, tráficos de drogas; la corrupción, etc.

1.2.2 Procesos o etapas del lavado de dinero

Como se mencionara en párrafo *supra*, es en Estados Unidos donde surge el delito de lavado de dinero cuando se trató de buscar un origen aparentemente legítimo para el dinero que los negocios turbios generaban. Entre los motivos que pudieron haber originado esta actividad se encontraron:

- Ocultar su éxito financiero de una policía corrupta que trataba de extorsionar pagos por concepto de protección;
- Evitar despertar el interés de sus competidores; y,
- Evitar la posibilidad de ser inculcados por evasión de impuestos, mecanismo que se utilizó en 1930 contra delincuentes respecto de los cuales no prosperaba ningún otro cargo (Figuerola, 2002, p.866).

En ese sentido, y con el objeto de hacer un poco más inteligible el proceso del lavado de dinero, es de considerar que este se da regularmente a través de tres etapas: colocación, ocultamiento e integración, las cuales pueden ser definidas a partir de sus características determinantes.

a. Colocación. Constituye la introducción de los recursos de procedencia ilícita a la economía del país. Para ello, el crimen organizado emplea diferentes

mecanismos como son, entre otros, la compraventa directa de bienes o mercancías a particulares con recursos de origen ilícito, principalmente en efectivo; la estructuración de operaciones financieras (comúnmente denominada como “pitufeo”); la constitución de empresas “fachada”; y la sobrefacturación de empresas legítimamente constituidas. Muchas de estas operaciones se hacen a través de prestanombres.

b. Ocultamiento. Dependiendo del mecanismo que se emplee en la etapa de colocación de los recursos de procedencia ilícita, las organizaciones criminales llevan a cabo una serie de operaciones para ocultar su origen e impedir el rastreo de la fuente. Por ejemplo, en el caso de la introducción en instituciones financieras de dólares, en diferentes países, derivados del narcotráfico, se han observado transferencias electrónicas de fondos a instituciones financieras en EE.UU., y Asia, simulando, principalmente, transacciones de operaciones comerciales internacionales.

c. Integración. Los criminales disponen del producto de las operaciones con recursos de procedencia ilícita a través de la venta –aparentemente legítima– de los activos e instrumentos empleados para ocultar dichos recursos (Secretaría de Seguridad Pública, s.f.).

Sobre el proceso mediante el cual se lleva a cabo la comisión del delito de lavado de dinero, se ha establecido que cualquiera que sea el agente que se sirva de lavado de dinero o cualesquiera que sean los laberintos que utilice, los principios operacionales son básicamente los mismos (Córdova, *op. cit*).

1.2.3 Los paraísos fiscales

El lavado de dinero es un delito que afecta de manera internacional y en gran medida se debe a la contribución de los llamados paraísos fiscales, que son países que eximen del pago de impuestos a los inversores extranjeros que mantienen cuentas bancarias o constituyen sociedades en su territorio. A estos países, son a los que generalmente es transferido el dinero ilegal.

Para Córdova y Palencia (2001, p.74): Dicha actividad, se lleva a cabo por medio de movimientos financieros a través del sistema internacional de pagos por obscurecer o dificultar el rastreo del origen delictivo. Las características sustanciales de un paraíso fiscal son:

- Inexistencia de acuerdos para compartir información con otros países.

- Gran comercio turístico que permite explicar grandes flujos de efectivo.
- Facilidades para establecer corporaciones de forma instantánea.
- Uso de las monedas mayores, preferentemente el dólar norteamericano.
- Leyes para el secreto corporativo.
- Gobierno relativamente invulnerable a la presión extranjera.
- Excelentes comunicaciones electrónicas.
- Alto grado de dependencia económica en el sector de servicios financieros.
- Estrechas leyes sobre el secreto bancario.
- Localización geográfica que facilite viajes de negocios o a países vecinos para esa finalidad.
- Localización en los husos horarios que permitan diferencias en tiempo.

Además, los autores citados añaden ciertos elementos adicionales tales como:

- La posibilidad de transferir grandes cantidades de capital a otros países, y recibirlas de ellos sin necesidad de declarar importantes transacciones en efectivo a las autoridades fiscales nacionales.
- La garantía del anonimato que ofrecen los países que no exigen se den a conocer los nombres de los directores o propietarios que registran sus empresas sin restricciones.
- Zonas de libre comercio y puertos francos.
- Facilidades para registro de naves aéreas y embarcaciones marinas.
- El atractivo de impuestos muy bajos que frecuentemente ofrecen este tipo de lugares, junto con la garantía de discreción y secreto.

A través de la configuración de estas características es como se lleva a cabo la práctica de la modalidad más común de lavado de dinero por paraísos fiscales, el “*offshore*”. El dinero se envía por o a través de alguna de las jurisdicciones que ofrecen la formación de negocios o corporaciones instantáneas, a quienes venden en muchos casos filiales en el extranjero de corporaciones nacionales (*offshore*) a las que solamente se les permite llevar a cabo negocios fuera del país que otorga la licencia; están libres de impuestos, protegidas por el secreto corporativo, secreto bancario e incluso cliente-abogado cuando es manejada por terceras personas (*Ibíd*).

Escoger un paraíso fiscal no es nada difícil, los cargos para la creación de una compañía internacional son mínimos y en la mayoría de los casos el negocio se hace





electrónicamente y si no inmediatamente, por lo menos dentro de las veinticuatro horas siguientes (Maingot, 2008, p.306).

Además de facilidades que interesan especialmente a evidentes criminales buscando como lavar y “estacionar” (“park” en inglés) el dinero sucio, estos centros también atraen a otros que no son legalmente “criminales” pero que buscan sitios donde haya exención de todos los impuestos, confidencialidad absoluta y un secretismo asegurado por cuentas numeradas.

Este secretismo es lo que busca los negocios lícitos e ilícitos. Para el cliente lícito es crucial que la evasión de impuestos en el país original no sea considerada un delito en ninguno de los centros *offshore*. Algunas compañías ofrecen “ciudadanía económica” (con nuevo pasaporte y hasta nuevo nombre) en algún Estado soberano. También ofrecen algo denominado *vintagecompanies* para uso inmediato. Esto se refiere a títulos de compañías que se registraron hace mucho tiempo, pero que jamás han sido utilizados.

Es decir, estas compañías garantizan que el centro *offshore* ofrece no solamente “lavar” o “blanquear” dinero sino también lavar las identidades de personas e instituciones involucradas. Y la gran demanda de estos servicios explica la multiplicación de esos paraísos fiscales alrededor del mundo y el creciente monto de capitales que guardan y manejan (Maingot, 2008, p.306).

La dimensión fundamental de la banca *offshore* es que opera fuera del control de algún banco central o fiscalización estatal dentro de la cual operan bancos nacionales. Quiere decir, que pueden evadir la transparencia y lo previsible que caracteriza lo que Ronen llama “*el espíritu de información de la globalización*” (Palan, 2003, p.7).

Pero, además, hacen exactamente lo opuesto de lo que describe Ronen; su propósito es precisamente sacarle el mayor beneficio a la globalización sin tener que proveer información que no conviene a sus clientes.

A pesar del secretismo que cobija todo el negocio, se ha podido establecer, *grosso modo*, cómo funciona el blanqueo de dinero (Walters, 1985, p.24) explica un típico proceso de lavado:

- El dinero sucio se manda electrónicamente o se lleva físicamente a un banco offshore (banco “A”) que ofrece sus servicios sin averiguaciones de ningún tipo.



- Los abogados en ese país hacen todo lo legalmente necesario para crear una corporación o compañía ficticia.
- Esta compañía ficticia deposita los dineros en otro banco offshore local mas establecido y que tiene relaciones comerciales con bancos internacionales (banco “B”).
- Este banco local transfiere los dineros a un banco internacional (banco “C”) en algún país donde busca hacer negocios. El dinero queda blanqueado por este paso.
- Por último, la compañía ficticia una los depósitos en ese banco “C” como garantía de pago para préstamos para inversiones en negocios legítimos.

La facilidad, velocidad y relativa impunidad con la cual se hacen estas transacciones lleva a Ronen Palan a llamar el mundo *offshore*, “casino capitalismo”, un nuevo mundo “postglobalizado”, donde la idea de la “libertad” capitalista se combina con la falta de controles a cualquier nivel para garantizar el continuo flujo de dinero a los paraísos fiscales.

En este sentido, (Kochan, 2005, p.285) dice que la falta de regulaciones bancarias y financieras, el oportunismo y corrupción política, y la idea de la economía ‘abierta’ y con pocas regulaciones, han creado un mundo peligroso donde el lavado de dinero y el mercado negro han prosperado.

1.3 La legitimación de capitales y su influencia en la economía

En el Derecho penal desde hace años, se viene desarrollando una rama para agrupar los delitos económicos en una disciplina que se llama Derecho penal Económico, que surge del auge de la delincuencia económica ha tomado durante los últimos años, cambiando aquella visión inicial que en la década de los treinta del siglo pasado se introdujo con la expresión “delitos de cuello blanco”, en la corriente criminológica (Muñoz, 1998, p.67).

Esta corriente criminológica se fundamenta a partir del surgimiento de la criminalidad organizada que gana lugar en el terreno económico, reduciendo la violencia a un plano ulterior y sustituyéndola por una naturaleza silenciosa que invade la institucionalización estatal por medio de acciones tendientes a contaminar la esfera

económica, así se empiezan a perfilar conductas muy distantes de los delitos económicos clásicos (Foffani, 2001, p.58-60).

Este criterio criminológico clásico no había tenido ningún roce con la noción jurídica sobre la fisonomía de este tipo de delincuencia hasta los años ochenta del siglo pasado, cuando surge la necesidad de agrupar estos comportamientos en el Derecho positivo. Esta materialización de delitos económicos necesariamente gira en torno al concepto de bien jurídico penal, entendido este como un interés social protegido por la norma.

Por lo anterior, en esta época surgen en la doctrina ciertas proposiciones que señalan que el bien jurídico tutelado de las nuevas modalidades de ciertos delitos económicos debía ser el “orden público económico social”, la “estructura económica nacional” entre otras denominaciones.

Por lo indicado, surge la precisión de que los bienes jurídicos que protegen estas nuevas modalidades de delitos económicos son colectivos o supraindividuales, y se deriva la distinción obligatoria de los delitos económicos clásicos que tutelan bienes jurídicos individuales.

Es importante indicar que en la evolución de esta conceptualización del delito económico se distinguen dos momentos importantes; el primero, es cuando surge la concepción “restringida” del delito económico y, el segundo, cuando se destaca la visión “amplia” del delito económico.

La concepción restringida surge a mediados de los ochenta y correspondió al desarrollo doctrinario en favor de la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, es decir, el delito económico bajo esta óptica es visto como la infracción que lesiona o pone en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía.

Paralelamente, se desarrolla la perspectiva amplia del delito económico, que la define como el conjunto de normas penales que protegen el orden económico, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Righi, 2009, p.94-106).

Este desarrollo es importante debido a que de él deriva todo el desarrollo doctrinario alrededor de los delitos económicos, dentro de la noción moderna de delito económico, sobre todo, haciendo referencia a esta concepción amplia que está en su pleno desarrollo doctrinal.





1.3.1 Legitimación de capitales. Conceptualización

Tal y como lo exige todo trabajo de investigación es necesario conceptualizar el tema en estudio. Al ser este un trabajo que trata el concepto de legitimación de capitales, se intentará dar un repaso por algunas definiciones que la doctrina ha dado al concepto, para al final adoptar la propia.

Es importante advertir que la mayoría de autores concuerda en que no existe un concepto inequívoco para el tema (Hernández, 1997, p.25). Consideran que lo que se ha hecho es adaptar la concepción a las necesidades del medio en que se maneje, así el concepto para un periodista puede ser muy distinto que el del jurista, e incluso, dentro del mismo medio en que se maneje puede haber distintas definiciones.

A pesar de las disidencias conceptuales, la mayoría de concepciones coinciden en que la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico constituye la infraestructura financiera del gran negocio del narcotráfico (Hernández, 1993, p.11). Dentro de esta empresa el sujeto se ocupa de ocultar el delito que da origen a los fondos, legalizar sus haberes y reconvertir las ganancias.

En virtud de lo anterior, se propone una conceptualización que se forma desde una doble clasificación. En primer lugar, los conceptos que parten desde la visión de encubrir la actividad ilícita que da origen al dinero; y, segundo, los conceptos que se encargan de definir la parte de la actividad –más operativa- que consiste en legalizar el capital mezclándolo en la actividad económica lícita.

1.3.2 Conceptos relacionados con el encubrimiento de la actividad ilícita

Dentro de esta primera clasificación se incluyen todas aquellas definiciones donde, por lo general, se encuentran términos como *ocultar*, *encubrir*, *disfrazar* o *disimular* la actividad de narcotráfico. En este sentido, existen múltiples definiciones que tienen ese elemento en común.

Cuando el lavado de dinero es la “acción de ocultar o encubrir el origen, propiedad, etc., del ‘producto’ derivado de una acción delictiva” (Alvarado, 1995, pp.204-205), el énfasis se hace sobre el narcotráfico. De lo anterior se destaca la semejanza directa de esta actividad con la del encubrimiento, ya que directamente indica que la legitimación de capitales es “la acción de ocultar o encubrir el origen del producto”. Para otros, el lavado de dinero es “intentar ocultar o disfrazar la verdadera fuente de propiedad de dinero ilícitamente devengado” (Hernández, 1997, p.35).



En esta última definición, al igual que la anterior, se indica que el lavado de dinero es el intento de disfrazar la fuente del dinero ilícitamente devengado, lo que se traduce en encubrir o eliminar el rastro de la actividad que origina ese haber patrimonial.

Por otro lado, hay quienes opinan que el lavado de dinero es

el proceso mediante el cual se realiza cualquier acto u operación con divisas o activos que provengan de una actividad tipificada como delito por la legislación del país en el que se efectúen dichos actos u operaciones, con el propósito fundamental de ocultar el origen ilícito de tales divisas y activos, utilizando una serie de actos permitidos por la ley, para llegar a un fin prohibido por la misma (Zamora, 1999, p.6).

Tal y como se viene acotando, el común denominador de estos conceptos es la acción de encubrir, de ocultar la fuente de ingresos sin que el Estado o la autoridad descubran ese origen, es decir, el propósito es ocultar el origen ilícito del dinero obtenido.

Siempre en esta misma línea, y en relación con su finalidad, se ha indicado que:

El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo. El lavado de dinero consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar sus orígenes ilegales. En esta definición se agrega un elemento importante, ya que no solo se trata de encubrir, *per se*, la actividad delictiva inicial, sino sumar el lógico beneficio que significa obtener ganancias del delito (Pinto y Chevalier, s.f., p.5).

El narcotráfico genera muchas ganancias a las empresas criminales que lo ejecutan, esto por cuanto la producción, tráfico y venta de drogas tienen como fin generar un producto económico. Sin embargo, la visión que se viene siguiendo en esta línea conceptual es la de ocultar el origen de las ganancias, es decir, encubrir la actividad que las originó.

Dentro de esta clasificación también se incluyen algunas pocas definiciones que se acercan correctamente al tema de las ganancias y de su finalidad económica, pero que siempre hacen alusión al encubrimiento. La legitimación de capitales lo único que busca es “disimular por varios procedimientos el origen ilícito de las ganancias para poder invertir las con tranquilidad en la dinámica comercial y financiera lícita” (Rosales, 2001, pp.13-25).

En esta última definición se adhiere un elemento fundamental, es decir, la necesidad de invertir el producto en la dinámica lícita, lo que es un adelanto, pero se queda corto, pues una cosa es invertirlo y otra cosa volverlo lícito. Así que mantiene esa tendencia de observar la legitimación de capitales como el disimular o encubrir el origen ilícito de los bienes obtenidos.

En este mismo sentido, se ha definido al lavado de dinero como el involucramiento en operaciones financieras con ganancias de una actividad específica que esté fuera de la ley, con la intención de promover la realización de la actividad ilegal u ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, localización, propietario o control de las ganancias (de la actividad ilegal) o evadir los requerimientos de reporte de las operaciones (Meyers, ABA, s.f.).

Se aprecia cómo la visión conceptual de estas definiciones tiene una tendencia a delimitar la actividad de legitimación de capitales como aquella cuya finalidad es la de ocultar la acción ilícita, aunque menciona que el lavado tiene otros fines inmediatos, como lo son el invertir y evadir los reportes operacionales. No obstante, estos conceptos quedan cortos, pues dejan por fuera el verdadero perjuicio del lavado de dinero, que como se comprende es la *economía*.

Se agrega en algunas definiciones el fin específico de encubrimiento que se deriva de la acción “lavar”, cuyo fin es aprovechar los réditos provenientes de algún ilícito, pero siempre como consecuencia de su fin primordial, que es encubrir el origen de las ganancias, por lo que se ha indicado que la legitimación de capitales es

aquella actividad o conducta desplegada por el legitimador (o lavador) para encubrir u ocultar el origen ilícito de una fuente de ingresos o de bienes en general, o la utilización de los mismos, cuando son el producto de un ilícito penal. Se trata en todo de un proceso tendiente a legitimar esos ingresos o bienes obtenidos como producto de hechos delictivos (Sáenz, 1997, p.106).

Con una visión más postmodernista, se indica esta otra definición de lavado como “el acto de ocultar, encubrir la naturaleza, origen y disposición, movimiento o propiedad del producto, incluyendo el movimiento o conversión del mismo, por transmisión electrónica” (Hernández, 1997, p.25).

Esta última definición es más específica en cuanto a las posibles formas de lavado de dinero. Sin embargo, como se viene indicando, revela su fin encubridor, sin



importar el mecanismo por el cual haya sido llevado a cabo, en este caso por medio de las nuevas técnicas de información y comunicación (TIC's).

Se puede observar que en esta serie de conceptos se da un tratamiento al lavado de dinero como si se tratara de una fase de agotamiento del delito que se va a encubrir y/o como una actividad que genera un perjuicio más allá que el de encubrir. Por ello resulta necesario desarrollar, con mayor amplitud, las extensiones radicadas en la actividad de lavado de dinero.

1.3.3 Conceptos relacionados con la legalización del capital y mezcla en la actividad económica lícita

Tal como se ha venido mencionando, también existen conceptos que tratan el tema desde una óptica de legalizar los réditos de la actividad del narcotráfico, lo que a criterio del autor de esta investigación es la verdadera finalidad del lavado de activos, ya que los fines no son ocultar la actividad precedente, sino incluir ese haber patrimonial en la corriente económica.

Por esto se ha afirmado que el campo de acción del legitimador es la estructura económica del país, ya que allí invierte el capital obtenido del "tráfico" en negocios lícitos. Con esa actividad se produce una influencia negativa en la vida económica financiera, la corrompe y la contamina, pues sus únicos motivos son incrementar las ganancias y potenciar la organización narcotraficante (Hernández, 1993, p.11).

Afirma Caparrós (1996, p.305) al definir el tema desde el punto de vista de legalizar réditos y no de encubrir la actividad precedente originaria de los fondos que, coherentes con el citado planteamiento, cuando recurramos al empleo de expresiones tales como "blanqueo", "lavado", "reciclaje", "normalización", "reconversión" o "legalización" de bienes -y siempre que entonces no indiquemos otra cosa- queremos referirnos al proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma apariencia de legalidad.

Con la legitimación de capitales se construye una estructura que permite que fondos de procedencia oscura sean convertidos a la legalidad a través de una serie de transformaciones que les dé apariencia de origen lícito, para poder introducirse en el





sistema financiero, situación que lamina por completo la identificación de autores de delitos o de los propietarios de esos bienes blanqueados.

La anterior afirmación es consecuencia de la existencia de empresas criminales individuales que se dedican única y exclusivamente a legitimar capitales, no porque quieran ocultar otro ilícito, sino porque esta actividad por sí misma es un gran negocio que genera ganancias.

No se está diciendo que el lavado de dinero sea una actividad que no dependa del origen de un delito precedente, ya que si no existe dinero que requiera ser legitimado no existiría negocio. Lo que se intenta indicar es que la actividad de lavado de dinero, por sí sola, lesiona un bien jurídico diferente al del delito precedente.

1.4 La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con el encubrimiento: breve enfoque

Una de las cuestiones centrales a tomar en consideración para valorar la formación de leyes penales que pretendan penalizar el lavado de activos está relacionada con las similitudes y diferencias entre el delito de lavado de dinero y el de encubrimiento. Es importante considerar si el delito de lavado es un delito independiente que puede ser diferenciado del encubrimiento. De ser así, el autor del delito previo puede ser considerado autor del crimen de blanqueo de dinero y, por ende posible de ser penado en concurso con el delito precedente.

Para comprender el delito de lavado de activos hay que valorar que en los instrumentos jurídicos internacionales una de las hipótesis de conducta del delincuente incurso en dicho delito puede coincidir con la del tipo penal del encubrimiento (en sus formas de favorecimiento real, personal o receptación). Es decir, el lavado puede verse como una forma de encubrimiento calificado.

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

Así también, es importante valorar si es necesario y mediante qué tipo de procedimiento probatorio comprobar la comisión de un delito previo para corroborar la comisión del delito de lavado, o bien si a consecuencia del concepto de autonomía del



delito de blanqueo de dinero es posible sostener que el crimen es independiente del delito predicado, pudiendo inferirse a partir de prueba circunstancial e indiciaria que hay un supuesto de lavado y que los fondos provienen de actividades que constituyen el delito predicado sin resultar necesaria su acreditación previa.

Los verbos típicos en la normativa internacional y la comparada resultan ser la *conversión o transferencia*; la ocultación y el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación o propiedad o de derechos relativos a los bienes ilícitos y la adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración de los bienes.

Toda vez que la actividad de lavado es una acción compleja, en cuanto implica la colocación, decantación e integración de los activos, puede considerarse que los verbos típicos fundamentales son el *convertir, transferir y administrar* o de realizar otra conducta de cualquier otro modo (lo cual incluye verbos tales como adquisición, posesión y tenencia) que tiendan a ocultar o disimular el verdadero origen (este último elemento como elemento subjetivo del injusto distinto del dolo).

El encubrimiento consiste en un delito autónomo, aun cuando el mismo presupone la existencia de un delito previo anterior a su comisión. El encubridor actúa sin concierto previo, y conociendo el delito anterior. La característica del delito es su independencia, aunque depende de la perseguibilidad del hecho criminal anterior.

Tanto en el favorecimiento como en la receptación que son dos formas típicas de encubrimiento, el autor actúa sin promesa anterior al delito previo o precedente (ya que de lo contrario sería cómplice), obrando por lo general con un fin de lucro, aunque esto último no siempre forma parte del tipo.

Sin embargo, corresponde valorar que la acción del traficante de drogas y el delito de blanqueo de capitales es un delito independiente del encubrimiento. La posibilidad de sancionar al autor del delito precedente ha sido analizada por la doctrina en tanto

la conducta aquí descrita es el cambio o mutación del dinero obtenido por bienes o servicios, pero la convertibilidad no debe entenderse necesariamente en sentido tan restringido porque puede estar igualmente referida de un bien a otros, sea cual fuere la norma contractual escogida para hacerla o encubirla; puede ser por contratos reales o simulados, por la persona directamente interesada o mediante la utilización de terceros (Pinto, 2006, p.28).



La cuestión relativa a la posibilidad de considerar al lavado como un delito independiente y diferente del encubrimiento está íntimamente relacionada a la posibilidad de considerar que el autor del hecho precedente puede ser autor de esta conducta, lo cual no es posible en el encubrimiento.

La confusión en cuanto relacionar al lavado con el encubrimiento se presenta dada la similitud en la naturaleza jurídica de ambos tipos legales como a los verbos utilizados. En este sentido, puede entenderse que el lavado es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con la apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.

El lavado está dirigido a encubrir y ocultar el origen ilícito de los bienes, lo cual permite asemejarlo con el encubrimiento o entenderlo como una forma de este. Sin embargo, si se propicia la autonomía del delito de lavado correspondería iniciar la tipificación estableciendo que será castigado “el que, con o sin promesa anterior al hecho”, lo cual permite diferenciar el tipo objetivo claramente del encubrimiento.

1.5 La impunidad como característica criminológica irrefutable en el delito de lavado de dinero

De todos los factores que concurren al crecimiento del “lavado de capitales”, y que ya han sido mencionados, se debe prestar mucha atención a uno muy especial: es la impunidad. Por la especialidad de la materia y la magnitud de los casos en pocas ocasiones se condena a alguien por el crimen que ahora se comenta. Y los condenados, en buena medida, son los “pequeños” (un gerente de banco, un contador, etc.).

Las grandes administraciones financieras, especialmente de algunos fondos internacionales dudosos, gozarán por mucho tiempo no solo de todas las exenciones fiscales, sino también y –sobre todo– de la inmunidad penal. Las leyes del lavado de capitales no fueron hechas para penalizar los grandes lavados de capitales que se dan, por ejemplo, en las privatizaciones, en las adquisiciones de bancos, etcétera.

Las razones de esa impunidad son innumerables. Entre ellas, se destacan algunas como que mientras el crimen organizado se transnacionalizó, disfrutando de toda la tecnología de punta, el Derecho penal y la policía continúan regidos por el principio de territorialidad; no hay todavía una cooperación internacional eficaz y eficiente. No existen acuerdos legislativos. No existen suficientes grupos especiales preparados para ese tipo de investigación. Los órganos públicos son lentos e

impotentes. Se nota claramente una baja calificación profesional para ese tipo de actividad persecutoria, y cuando el profesional se especializa, tiene que dejar el poder público porque es mal remunerado (Gomes, 2005, pp.348-349).

Se trata, además, de una criminalidad muy peculiar, profesional, con apariencia lícita. Cuenta con poca visibilidad (*crime appeal*), casi no existe ninguna reacción social; alta variación en el *modus operandi*: víctima difusa, conducta practicada en el anonimato, etc. Ante esa criminalidad organizada y extremadamente sofisticada, el “viejo” Estado no reacciona, está desactualizado, es impotente.

Esa impunidad que permea cada rincón de las estructuras políticas, económicas y sociales de los Estados, han allanado el camino para que estas redes de legitimadores de capitales surjan como una nueva fuerza sistémica en el mundo de las finanzas, cuya única finalidad es la de disfrazar lo ilegal de total legalidad. De esa forma llegan a participar de todas las actividades institucionales sin que nadie se percate lo que subyace en estos grupos que se preocupan, específicamente, de estar cerca de la cúpula del poder estatal para poder manejar como buenos titiriteros, todas las acciones que les resulten propicias para sus representados.

1.5.1 De la impunidad a la naturaleza legal en el lavado de dinero a través de la nueva delincuencia económica organizada

La dinámica de las relaciones sociales y la complejidad de las estructuras funcionales producen, hoy en día, como reacción consecuente, la cohesión interpersonal. En otras palabras, el individuo selecciona socios basándose en los intereses y objetivos comunes y procura formar una sociedad con ellos para optimizar los resultados.

Si esta búsqueda asociada de optimización de resultados en el contexto social y económico se desplaza sobre la vertiente de la ilegalidad, emerge *ictuoculi* la realidad “natural” de la organización criminal.

La finalidad de cometer delitos que generen fuertes ganancias (*rectius*: de acumular provecho, en términos de prestigio y poder económico, mediante el delito) está garantizada, en mayor medida, por la asociación de personas en contraposición a la actuación meramente individual. Entonces es posible hacer una primera reflexión: mientras la criminalidad clásica se basaba sobre todo en la realización del delito, la criminalidad organizada, en cambio, tiene su fundamento en el *pactumsceleris*, y por tanto se caracteriza por la índole indeterminada de los delitos que se cometen.



Al mismo tiempo, es lógico pensar que el perfil de la organización intimamente arraigado en la asociación criminal implica un efecto multiplicador. En los hechos, la consolidación de la estructura criminal se autoalimenta de los propios resultados, generando una tendencia de crecimiento bajo los perfiles subjetivos (número de los asociados) y objetivo (delitos en los cuales se invierte la fuerza de la asociación).

Si estas premisas son exactas, se necesita entonces calibrar la respuesta sancionadora de modo que se neutralicen al menos los *inputs* que han determinado el asociacionismo criminal.

En este punto cabe analizar con brevedad en algunos aspectos. La primera reflexión es que una estrategia de lucha que tiene como objetivo reprimir el delito mediante el poder de disuasión de la sanción es seguramente poco congruente, ya que el acento se pone sobre los efectos y no sobre las causas. Teniendo en cuenta que la severidad de la pena conlleva algún poder de disuasión, todo lo que puede producir será simplemente la transformación de la actividad delictiva. Por eso, una política (criminal) tendrá que intervenir sobre las razones que hacen mayor presión en el individuo para formar parte de la organización criminal.

La segunda reflexión surge necesariamente de la primera y se vincula con la utilidad que reporta la pertenencia a la organización criminal. En tal sentido, las teorías económicas representan una gran ayuda para un primer análisis funcionalmente correcto.

Es de tomar en cuenta que no es un misterio que la criminalidad organizada saque fuera su humus, reclutando mano de obra entre los estratos socialmente más débiles: para estos, de hecho, muchas veces la misma organización criminal constituye la única fuente de ganancias y la conquista de un "papel social", si bien con connotaciones negativas.

Muy acertado resulta lo planteado por Yacobucci (como se citó en Castaldo, 2005) en cuanto que, la utilidad esperada de la conducta que deriva de la participación criminal es en total muy elevada, y también lo es la utilidad marginal. De este modo, son excesivamente fuertes tanto el riesgo que el asociado está dispuesto a correr como el impulso motivacional que lo sostiene.

La conclusión del discurso es intuitiva. Las estrategias eficaces para enfrentar la criminalidad económica organizada tienen que intervenir en una doble área: 1) bajar el nivel de utilidad económica para el reo, creando alternativas sociales a la desviación; 2)



incrementar la carga psicológica de la participación para el asociado, atacando a la asociación para delinquir como *modus vivendi*.

La primera línea de intervención (preventiva) es extrapenal; la segunda (represiva) es de política criminal. Esto determina el problema entre eficacia y garantías. Por eso parece natural que la represión penal de la asociación criminal tenga que encontrar un equilibrio justo entre principios-guía del sistema penal y la eficacia represiva.

En efecto, si abstractamente el hecho de disuadir al individuo de pertenecer o no a la organización criminal está en relación, los confines típicos de los casos específicos de asociación, el límite insuperable está marcado tanto por exigencias de proporcionalidad de la pena como por la taxatividad del tipo penal, teniendo también en cuenta su carácter ofensivo. La eficacia del sistema penal debe estar vinculada en consecuencia con el respeto de tres principios fundamentales: proporcionalidad de la pena, taxatividad del tipo penal, ofensividad de las conductas imputadas.

La criminalidad económica se basa en realidad en distintas dinámicas de comportamiento. En resumen: la delincuencia económica clásica estaba perfectamente integrada en la sociedad; el crimen representaba para el individuo un paréntesis aislado en el camino de su vida, y era considerada una expresión de elecciones individuales temporáneas. Sin embargo, la delincuencia económica contemporánea está nuevamente *organizada*: es una expresión de asociación de individuos no integrados, y que por medio del crimen intentan obtener prestigio y reinserción social.

Opina Castaldo (2005, p.275) que:

La misma importancia tiene el hecho de que la criminalidad asociativa se ha expandido al mundo económico: las ganancias que derivan del crimen vienen reinvertidas en circuitos económico-financieros legales, sea con el objetivo de descontaminar su origen ilícito, sea por las grandes ganancias que tal actividad produce.

Y continúa aseverando en cuanto a los mecanismos recurrentes en esa legitimación de lo ilegítimo, que:

A pesar de ello, las distintas modalidades de ingreso en el mercado están viciadas y presentan defectos: por una parte la indebida presión que nace de la fuerza de intimidación que posee la organización criminal, y por otra los demás delitos que se cometen para adquirir poder en el campo de la inversión elegida



previamente (delitos tributarios, corrupción, balances falsos, perturbación en las subastas, etc.).

Derivado del perfil económico de la organización criminal, debe verse su extensión más allá de las fronteras nacionales, necesariamente.

Ahora bien, hay que tener presente que la apertura al mundo económico de la criminalidad asociativa se vincula con las posibilidades ofrecidas por el mercado de reinvertir en circuitos económico-financieros legales las ganancias provenientes de los “crímenes prototipo”, tanto con el objeto de limpiar su origen ilícito como por las grandes ganancias que tal actividad produce.

Manifiesta Castaldo (*Op. cit.* pp.288-289),

que se ha tratado de descubrir las características típicas de los sectores económicos donde la criminalidad organizada, por razones ligadas sustancialmente a la ausencia de una cultura empresarial y a la presencia de fines extraeconómicos, posee mayores posibilidades de adaptación: construcción, comercio, servicios públicos, restaurantes, tiempo libre y transportes.

Estas son actividades que, si se observa bien, se distinguen por la escasa innovación tecnológica. Si este es el ámbito tradicional que ha sufrido la mayor capacidad de penetración del crimen organizado en las últimas décadas, se ha notado una atención cada vez más marcada por los bancos y las sociedades financieras, testimoniada por las recientes intervenciones normativas de reglamentación del sector bancario, financiero y de seguros que han introducido severos estándares de transparencia y profesionalidad.

Asimismo, (*Ibíd*) es de tomar pronta atención a lo referente al marcado conflicto existente entre los distintos grupos, la elasticidad de la demanda de bienes y servicios ilegales y los costos de gestión elevadísimos que el monopolio criminal pretende en determinados sectores (prostitución, estupefacientes y todos aquellos en donde el producto es ilícito) parecerían confirmar la imagen de un mercado criminal muy dinámico, fuertemente localizado y en donde operan empresas criminales de estructura ágil y versátil.

En cuanto a las variantes presentadas en las formas del mercado, estas darán las pautas para la conducta que ha de adoptarse por parte de la criminalidad organizada. Así, se puede observar que en un mercado protegido, ajustado a la

propensión predatoria-parasitaria de las empresas criminales, parece plausible afirmar que estas asumen una conducta centrada en la intimidación y la corrupción a través de la cual pueden aprovechar al máximo los espacios que han conseguido ganar. Contrario a este, aparece el mercado competitivo, donde la transparencia esté garantizada por un complejo de reglas e instituciones válido, el modelo precedente aparece como difícilmente utilizable, bajo el riesgo de individualizar y expulsar a las empresas criminales.

Un mercado transparente y abierto, a su vez, no tolera el uso de los típicos métodos violentos, cuyo abandono es condición necesaria por las posibilidades de mimetización en el mercado. Así es como el único paradigma racional que puede adoptar es el empresario, y sus oportunidades competitivas quedan confiadas al desarrollo de recursos y capacidades de gerenciamiento. En caso contrario, el único rol posible de la empresa criminal en el mercado es el de crear oportunidades de lavado de dinero o encubrimiento de actividades ilícitas.

En síntesis, es reciente el hecho de que la comunidad internacional haya reconocido, cada vez más, los peligros que el lavado de dinero provoca en todas las estructuras estatales, y los gobiernos y organismos internacionales se han comprometido a emprender diversas acciones. Sobre todo, cuando se tiene tan claro que los miembros de estructuras criminales aprovechan el proceso de globalización de la economía mundial, transfiriendo sus fondos rápidamente por las fronteras internacionales.

El vertiginoso desarrollo de la información financiera, la tecnología y las comunicaciones viabilizan el manejo del dinero para entrar en el mundo de los negocios en cualquier parte con velocidad y facilidad. Ello convierte la tarea del enfrentamiento al lavado de dinero como algo de constante urgencia.



Capítulo II

2. El delito de lavado de dinero y las redes conectivas de filtración sistemática en el ámbito legal del patrimonio criminal del crimen organizado

2.1 Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo

El lavado de dinero o blanqueo de capitales es un fenómeno de antigua data surgido por la necesidad de ocultar el origen o la existencia de bienes por motivos políticos, comerciales, jurídicos o personales. De esta manera, en la actualidad, se encuentra una expansión de grupos delictivos transnacionales que buscan confundir lo ilegal con lo legal (Díaz. 2008).

Isidoro Blanco Cordero y otros estudiosos, conceptúa este delito como un “proceso” en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita, lo que lleva al plano de la legalidad sumas monetarias de las que no se puede presentar su origen.

Cabe señalar que cada país denomina al lavado de dinero de diferentes formas, pero con una misma significación: los países de habla inglesa lo llaman “*Money laundering*”; los de habla francesa, “*Blanchiment de capitaux*”; en Alemania, “*Geldwaschere*”; en Italia, “*Reciclagio di denarosporeo*”; en la península escandinava, “*Penningtvatt*” y en los países de habla castellana especialmente en América Latina, según la FELABAN (Federación Latinoamericana de Bancos), tiene las siguientes denominaciones: en Argentina: lavado de activos; en Bolivia: legitimación de ganancias ilícitas; en Brasil: lavado de bienes, derechos y valores; en Chile: lavado de dinero; en Colombia: lavado de activos; en Costa Rica: legitimación de capitales procedentes del narcotráfico; en Cuba: lavado de dinero; en Ecuador: conversión o transformación de bienes (lavado de dinero); en El Salvador: lavado de activos; en México: operaciones con recursos de procedencia ilícita; en Guatemala: lavado de dinero u otros activos; en Honduras: lavado de dinero o activos; en Nicaragua: lavado de dinero y activos de actividades ilícitas; en Panamá: blanqueo de capitales; en Paraguay: lavado de dinero o bienes; en Perú: lavado de activos; en República Dominicana: lavado de bienes relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos; en Uruguay: blanqueo de dinero; y, en Venezuela: legitimación de capitales (Cabral, 2003).

También corresponde referir que no debe confundirse el dinero que proviene del delito en general con el dinero producido por una actividad lícita cuya obtención no ha



sido informada a la institución estatal encargada de la recaudación de impuestos. Ello diferencia al dinero obtenido por actividades ilegítimas de aquel que pasa a ser “sucio” por no haber sido declarado al fisco, el cual también debe ser lavado para poder ser disfrutado.

Entonces, ya se tiene claro que el lavado de dinero es un proceso por el cual bienes vinculados con un delito se integran en un sistema económico legal a efectos de poder disponer libremente de ellos.

Esta sencilla definición, que se ha manejado para esta conducta, comienza a delinearse a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del año de 1988, -Convención de Viena-, reafirmandose en posteriores foros internacionales y principalmente en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 –Convención de Palermo– donde se expresa en forma ya más clara, que es un proceso por el cual se trata de la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de delitos y con objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Queda evidenciado que no se trata de un acto único, sino de un conjunto de pasos que ocultan el origen de bienes vinculados a una actividad delictiva, proceso por demás complejo que se cumple en varias etapas, las cuales se identifican por el grado de avance en el camino a lograr el objetivo y dan cuenta de los movimientos que se realizan a efectos de impedir que se conozca la actividad que los generó (Cabral, 2003, p.337).

Así, se llama “colocación” al momento en el que el capital generado de manera ilícita ingresa en el sistema financiero; existe una segunda etapa de “estratificación” en la que se producen transacciones con el único fin de impedir que sea reconocido el momento de ingreso al circuito legal y, una última de “integración” en la que sería posible disponer del dinero, dado que este presenta un origen, en lo inmediato, lícito.

2.2 El nivel de amenaza del crimen organizado y las redes de legitimación de su patrimonio criminal

Cuando se habla del nivel de amenaza, se visualiza el gran daño material y social que revisten las actividades de estos grupos criminales. Se ha expresado en diferentes trabajos que el análisis de la amenaza implica el estudio y evaluación de lo que el delito organizado y sus actividades cuestan a la colectividad directa o

indirectamente. La estimación de estos costos conduce, en principio, a la identificación de aquellos operativos que encierran mayor grado potencial de daño material y social.

Acerca de este tópico es necesario realizar ciertas precisiones complementarias. En primer lugar, la delincuencia organizada constituye todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países, dice Yacobucci (como se citó en Cervini s.f.). Sobre este tema existe pleno acuerdo desde hace muchos años en el ámbito de las diversas agencias de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, las cifras que se conocen sobre los montos de los ilícitos atribuidos al delito organizado son apenas un pálido reflejo de los reales volúmenes involucrados, pero en todo caso no debe caerse en la simplificación de creer que hay una identificación o una suerte de paralelismo necesario entre el producto de esas actividades ilícitas y el costo social directo que representan (Bachie, 2003, p.23).

En tercer lugar, se ha sostenido que el manejo de las cifras debe relativizarse en los países del Tercer Mundo, en los cuales muchas de las operativas solo tienen efectos derivados. A este respecto valga considerar que criminólogos (como J. W. Robson y Mary McIntosh, 1997, p.60) consideran que “los costos directos” del crimen organizado solo los sufren los países industrializados. En el mismo sentido (Zaffaroni, 1996) expresa que el crimen organizado va unido al desarrollo, pues solo puede surgir en sociedades complejas.

Se han expresado criterios contrarios a lo manifestado por Zaffaroni; por ejemplo, (Vasilijevic, 1992) resaltaba el incremento aritmético del monto de las sumas involucradas en actividades de la delincuencia organizada en los países del Este y en América Latina. El continente americano, en los últimos años, ha sido objeto de un sinnúmero de rigurosas investigaciones de campo que han confirmado lo afirmado por Vasilijevic.

El análisis de la realidad de Colombia, Paraguay y las grandes urbes de Brasil ha puesto en evidencia la estrategia coordinada de diversos grupos delictivos no convencionales, la conexión operativa de sus mandos ejecutivos y el frecuente empleo de los mismos cuadros de asesoramiento y redes de intercambio (*network* ilícitas) (Cervini, s.f.).

Por su parte, (Severin, 1996, p.42) al referirse a las formas organizadas de extra delincuencia económica, confirma esta tesitura al manifestar que las formas de

criminalidad organizada macroeconómicas no son en absoluto exclusivas de las economías conocidas como desarrolladas. Muy por el contrario, es a su juicio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las manifestaciones de desviación estructural propias de la marginalidad (cuantitativamente preponderantes) y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular (ilícito) u objetivamente abusivo) de ciertos resortes del mercado, sin duda cualitativamente más significativas.

Indudablemente, los porcentajes estadísticos de este tipo de criminalidad pueden variar en los países subdesarrollados, no así su significación en los ámbitos social y económico, pues se encuentra en la esencia de la extracriminalidad el volumen del daño.

2.3 La red, un entretejido necesario para la legitimación o blanqueo de capitales

Se entiende por *red* la coordinación de actividades, la estrategia global y el grado de transnacionalización de sus actividades. Bajo esta óptica se trata de determinar y esclarecer la intrincada maraña de enlaces y asociaciones, las posiciones individuales y recíprocas, las interacciones de todos los miembros conocidos de las organizaciones de delincuentes de un sector dado, así como los esquemas de conexión de cada grupo con otros grupos y otras actividades en el mismo sector o en otro, no necesariamente ilegítimo.

En otras palabras, este tipo de análisis permite comprender, por un lado, los enlaces existentes entre diferentes actores y segmentos del crimen organizado, las formas de sus relaciones y vínculos entre el sector del crimen organizado y los cuadros legítimos de la vida social, económica y política de la sociedad en que se desarrollan sus movimientos ilícitos. Por otro lado, posibilita medir el verdadero alcance de otras tres características esenciales que tienen los colectivos del crimen organizado: la coordinación, la estrategia global y la transnacionalización de sus actividades, incluyendo las financieras. Esta última constituye uno de los más relevantes filtros sistémicos de tipo operativo.

Sobre la coordinación se puede decir que esta se traduce en unidad de decisión operativa del grupo, aun cuando eventualmente esté diversificada según los sectores involucrados. Por su parte, la existencia de una estrategia global presupone un proyecto o un conjunto de directivas de naturaleza criminal que se implementan y desarrollan con distinto nivel de flexibilidad, pero siempre respondiendo a una concepción geocéntrica. Esto equivale a la existencia de un plan director común o al

menos de ciertas pautas operativas unificadas de modo general o parcial, de acuerdo con el sector de actividad, dentro de un marco de actuación potencialmente transnacional (Gomes y Cervini, 1997, p.261).



Vale la pena plantear en este espacio un fenómeno altamente considerado por las redes del crimen organizado, como lo es la *vulnerabilidad*. El estudio de esta variable permite una evaluación crítica del funcionamiento de todos los segmentos del sistema penal y de una sociedad incapaz de frenar a los grupos criminales organizados aparentemente inmunizados ante los órganos administrativos y judiciales por el juego de diversos filtros sistémicos. Asimismo, se pone en evidencia la existencia de filtros estructurales (de naturaleza económico-financiera y de naturaleza social) y de filtros operativos.

En cuanto a los filtros estructurales de naturaleza económica incluidos en la transnacionalización de las actividades criminales organizadas, se puede decir que estos operan trabajando las tareas de detección, prevención y persecución de las operaciones de lavado de dinero. Su efecto neutralizador del control ocurre a partir de la misma posibilidad de aprehender conceptual y técnicamente esos procesos.

En este ámbito de los filtros sistémicos económicos se han clasificado, entre otros:

- 1) El crecimiento vertiginoso de la proporción de actividad económica clasificada como sumergida (sin reflejo en las estadísticas oficiales) (Hernet, 1995).
- 2) El aumento del componente “servicios” de la economía legal (Hanner, 1995).
- 3) La evolución del mercado monetario internacional que se explicita en la globalización de sus operaciones (Severin, 1996).
- 4) La vertiginosa expansión de las operaciones bancarias internacionales más allá de lo que razonablemente requeriría el crecimiento del comercio internacional (Cervini, 1996).
- 5) La manifiesta importancia de los procedimientos de transferencias por vía electrónica como formas hoy prevalecientes de circulación de bienes y servicios, no siempre controladas con eficiencia.
- 6) La creciente despersonalización del mercado de capitales.
- 7) La mutabilidad de los mercados.

Hoy las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta “mutabilidad” debe verse como algo natural en el marco de los fenómenos económicos y representa a la vez una dificultad y un desafío a la hora de

emprender esfuerzos *de lege ferenda* y control del delito organizado. Cuando el legislador corre a regular la realidad económica, esta ya no se encuentra en el ser en que pretendía regularla. Ocurre que los propios mecanismos económicos sufren permanentemente cambios en su estructura y función. Solo a través de su conocimiento profundo, el legislador puede acompañar la realidad económica y prevenir las posibles mutaciones de sus mecanismos. Naturalmente que si legisla atendiendo exclusivamente a los síntomas, nunca se llegará a tipificar adecuadamente (Cervini, 1996).

En cuanto a los filtros sistémicos de tipo operativo, esta denominación se aplica a: la transnacionalización del delito, el abuso de la posición dominante con especial referencia de la especialización profesional y la apariencia de legalidad absoluta, cuya máxima expresión se encuentra en el funcionamiento de las *networks* ilícitas.

En este complejo contexto, hay que resaltar el incremento de actos delictivos caracterizados por una calidad de ubicuidad en el despliegue de su proceso ejecutivo que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta *transnacionalización* es sin duda –en la faz operativa- la nota más sobresaliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia (Cervini, 1996).

Respecto a ello Resta (1986, p.7) ilustra con mucha claridad que el crimen organizado rompe con el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance ya que, usando el lenguaje de la cibernética, “un sistema no puede sobrepasar sus propios límites”. Este tipo de delitos no solo traspasa las fronteras nacionales, sino que las utiliza precisa y deliberadamente para sus fines, ya que la policía, como el Derecho penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano.

Estas dificultades se acrecientan tratándose de la internacionalización del acontecer económico, pues la magnitud y potencia financiera de los grandes consorcios, les confiere un enorme poder que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso, y el único que puede hacer frente a ese poder es el Derecho penal para prevenirlo dentro de lo posible o, en todo caso,

castigarlo posteriormente. Es el medio idóneo llamado a hacer frente a los excesos transnacionales (Tiedemann, 1985, p.40).

Así, los delitos financieros y los delitos económicos internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios y el blanqueo del "dinero sucio" producto de las actividades de los traficantes, como delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

2.4 Regulación de las operaciones financieras con recursos de procedencia ilícita para su blanqueo

La regulación del delito de lavado de dinero, en el plano internacional, nació con motivo de que desde la segunda mitad del siglo XX existe una creciente preocupación internacional por el aumento del poderío de las organizaciones criminales. También por lo insuficiente de la legislación para combatirla y para proteger a los sistemas financieros del volumen de recursos generados por las actividades ilícitas, así como por las estrategias empleadas por estas organizaciones para esconder el origen ilícito de sus recursos, descritos en las expresiones *lavado de activos*, *lavado de dinero*, *blanqueo de activos*, *blanqueo de dinero*, *lavado de capitales*, etc.

Todos los Estados que forman parte de la Convención de Viena de 1988, modificaron la política nacional para el combate al blanqueo de capitales, pues debían ajustarse a las tendencias internacionales. Ello condujo a realizar ajustes legislativos en el tema de lavado de dinero, pues la mayoría de los países que suscribieron la citada convención ya habían iniciado los ajustes necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 10, en el sentido de no incluir al delito de lavado de dinero dentro del catálogo de ilícito fiscales o políticos.

La comunidad internacional unió fuerzas en el sentido de considerar al blanqueo de activos como un delito que trasciende, con mucho, el mero interés del fisco de un Estado, por lo que se llegó al consenso de no seguirlo contemplando en el catálogo de delitos fiscales sino ubicarlo en una legislación de contenido más amplio. Lo anterior en virtud de que el delito subsecuente, en este caso de lavado de dinero, debía estar junto con los delitos principales y originales, que en este supuesto lo constituyen los provenientes generalmente de delitos graves, como lo son aquellos relacionados con la delincuencia organizada.

Ciertamente, uno de los motivos importantes que obligaron a reaccionar contra el lavado de dinero fue precisamente el narcotráfico (Convención de Viena, 1988) y hoy, el



fenómeno de la delincuencia organizada como tal, así como sus efectos en materia financiera o fiscal. De esa forma, el regularlo penalmente, obedece a una estrategia político criminal para combatir el crimen organizado de manera frontal y eficaz.

Así, los bienes jurídicos que busca tutelar el tipo penal de lavado de dinero atienden a la naturaleza de los delitos principales y originales consistentes en los delitos graves provenientes del narcotráfico y de la delincuencia organizada. Son principalmente esos aspectos los que obligaron a reaccionar a los legisladores para tipificar el injusto en estudio, al considerar que en congruencia con las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados miembros, era necesario presentar un frente de combate común a la delincuencia organizada o a quien no siendo parte de ella, realice actos ilícitos de tal magnitud que se consideren por la ley como graves.

Preciso es acotar que cualquier persona puede cometer el delito de lavado de dinero, incluso el sujeto que cometió el delito que originó los recursos ilícitos, máxime si se toma en consideración que el propósito del legislador, al momento de crear el tipo penal, tomó como base el debilitamiento económico de los cárteles internacionales y nacionales de la droga, a través de la interceptación y decomiso de los bienes de los productos de cualquier naturaleza generados con motivo de esa actividad, lo que dio pauta a una norma dirigida a prevenir el lavado de dinero proveniente del narcotráfico y de cualquier otro delito (Góngora y Santoyo, s.f.).

En efecto, este injusto penal tiene como fin disfrazar el origen del dinero o encubrir la propiedad del numerario proveniente de una actividad ilegal para hacer que el capital aparezca como legítimo; es decir, convertir recursos provenientes de actividades ilícitas o ilegales en fondos aparentemente surgidos de fuentes legales, sin importar si tal acción la realiza la delincuencia organizada o quienes no sean parte de ella, pues en todo caso, lo que verdaderamente importa es prevenir, como se ha dicho, el ocultamiento del origen del dinero o encubrir la propiedad del capital, ya que para dar apariencia de lícito a dinero que no lo es, se necesita una cadena de actos que lleva a intervenir al destinatario final de recursos obtenidos con tinta de ilegalidad, ya que es quien puede llegar a comprar bienes muebles, e inmuebles que sirven a la cadena de ocultamiento de ilicitud de capitales (Góngora y Santoyo, s.f.).



2.4.1 Función de la política de conocimiento del cliente por parte de las instituciones financieras en el combate al lavado de dinero

Las políticas de conocimiento del cliente cumplen una doble función, pues protegen la solidez y solvencia de las propias entidades financieras y permiten colaborar con las autoridades en la prevención y control de actividades delictivas.

Los sujetos obligados a dar el reporte no poseen toda la información sobre el cliente y sobre sus negocios y no tienen facultades para solicitar pruebas, por lo cual su visión sobre los mismos no es completa. Ello hace que algunas de las operaciones que se reportan como sospechosas no lo sean y que otras transacciones que nunca son detectadas, puedan resultar de lavado de activos.

Las instituciones financieras están obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes orientadas a evitar que sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a estas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas. Para tales efectos, esas instituciones y sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, deben adoptar mecanismos y reglas de conducta con los siguientes propósitos (Góngora y Santoyo, s.f.).

1. Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, las características básicas de las transacciones en que se involucran habitualmente y, en particular, las de quienes efectúan cualquier tipo de depósito a la vista, a término o de ahorro, o entregar bienes en fiducia o encargo fiduciario, o los depósitos en cajillas de seguridad;
2. Establecer la frecuencia, volumen y características de las transacciones financieras de sus usuarios;
3. Establecer que el volumen y movimientos de fondos de sus clientes guarde relación con la actividad económica de los mismos;
4. Reportar de forma inmediata y eficiente a la entidad responsable de este tipo de controles a nivel estatal, cualquier información relevante sobre manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica reportada por sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transada o por particularidades de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que se está usando a la entidad

para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas.

El concepto de cliente, la forma de conocer al mismo y un conjunto de parámetros que alertan sobre la ocurrencia de operaciones que salen de los rangos de la normalidad, además, que las entidades financieras establezcan límites a partir de los cuales se realizará el control y reporte de transacciones.

2.4.1.1 Operación sospechosa

El concepto de operación sospechosa es aquel que por su cuantía o características no guarda relación con la actividad económica del cliente o que por su número, cantidades transadas o particularidades puede conducir razonablemente a sospechar que el cliente o el usuario están usando los servicios de la entidad para el lavado de activos.

La identificación de una operación sospechosa se hace mediante el seguimiento de un procedimiento reglado, previamente establecido por la entidad financiera, en el que se determinan pasos, responsabilidades, mecanismos de conocimiento del cliente y del mercado, así como de actualización de datos y señales de alerta, entre otros.

Así, el reporte de una operación sospechosa consiste en un proceso de argumentación que debe contener, como mínimo, los siguientes puntos:

- a) La existencia de una operación.
- b) El carácter inusual de la misma.
- c) La ausencia de una justificación clara de la inusualidad.

Se considera que la presencia de estos elementos genera sospecha por parte de los órganos de Estado encargados de verificar tales hechos. El reporte de operaciones sospechosas es el principal mecanismo para la detección de operaciones de lavado de dinero. Por ello, el órgano responsable de investigar las mismas debe recibir, almacenar y analizar la información y si durante el proceso de revisión y análisis de la operación no se encuentra una explicación razonable, aquella elabora un informe de inteligencia a la institución superior, para que presente la denuncia correspondiente al Ministerio Público.

2.4.1.2 Naturaleza del reporte de actividades sospechosas

Se estima que con el solo reporte de movimientos financieros sospechosos por parte de las instituciones de crédito, no se genera una acusación, pues se trata simplemente de un mecanismo de carácter preventivo que no supone el inicio de una





actuación penal o administrativa. El mismo no es una acusación ni una denuncia penal, por lo que se considera que previo a su emisión no se requiere conceder al sospechoso las garantías del derecho de audiencia y de defensa. Que quede claro que no se le están negando las garantías, simplemente se considera que por ser un acto preventivo, no resulta necesaria la movilización de todas las garantías que se suscitan dentro de un debido proceso (Góngora y Santoyo, s.f.).

El reporte de operaciones sospechosas es una expresión del deber de colaboración con las autoridades en la lucha contra el lavado de dinero, para evitar que las ganancias provenientes de actividades ilícitas ingresen al sistema financiero y bursátil, como una manifestación concreta de protección del interés general.

Es así como tal reporte no constituye antecedente de ninguna clase. Ello no puede generar un daño a la persona involucrada en la operación, puesto que está protegida por la reserva que deben guardar tanto la entidad reportante como las autoridades financieras, además del sigilo de la etapa de instrucción en el proceso penal, donde habrá de verificarse la información.

Se debe hacer notar que para que la institución financiera realice el reporte no se requiere que tenga certeza de que se trata de una actividad delictiva y tampoco se le exige que identifique el tipo penal que corresponda, pues solo se necesita que considere si una operación es sospechosa.

Ahora bien, los datos proporcionados o reportados por las entidades financieras tienen el carácter de confidencialidad; ello con la finalidad de proteger a los emisores de los datos frente a posibles represalias criminales por el envío del reporte y para evitar que la persona involucrada altere pruebas, esconda dinero o se evada, obstaculizando así la acción de la justicia, lo que sin duda justifica la imposición de la reserva. La ley, al garantizar la confidencialidad de los reportes, brinda a los sujetos obligados a suministrarlos la certeza de que por su colaboración no sufrirán ningún perjuicio o represalia por parte de los posibles delincuentes.

2.4.2 Comprobación del delito de lavado de dinero

De lo regulado en el artículo 3, inciso b) de la Convención de Viena, que fuera transpuesto a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, basta con que se manifieste alguna de las conductas que se contemplan en dicho precepto, para que se consume el delito.

De esa forma, la conducta consiste en que un sujeto activo, ~~por sí o por~~ interpósita persona, adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, ~~dé en~~ garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de este 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. Ello con el propósito de 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.

El tipo penal que se analiza, es de realización dolosa, pues es necesaria la voluntad del sujeto activo para que, respecto al primero, adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa. También recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de 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.

2.5 El filtro sistémico del dominio funcional operativo de los medios tecnológicos en el delito de lavado de dinero

A los poderes político y económico debe sumarse otro factor o filtro sistémico que puede incidir, en forma autónoma y determinante en el mundo actual, para que muchas conductas gravemente nocivas a la sociedad no sean alcanzadas por el sistema penal. Esta nueva variable por considerar sería la especialización profesional cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos, factor diferenciable del llamado “poder tecnológico”, que no es sino una expansión subordinada del poder económico (Cervini, 1996, p.410).

Se ha argumentado que la especialización profesional y, preferentemente, el dominio operativo de los medios tecnológicos se encuentran indisolublemente vinculados con el poder económico. En forma creciente, los autores angloamericanos (Clinard y Quinney, 1973, p.56) emplean el término “hecho penal profesional” (*occupational crime*), poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de la delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (*modus operandi*)

y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento, y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al Derecho penal ante problemas totalmente nuevos (Howard, 1966, p.77).

2.5.1 La especulación financiera transnacional

Estas categorías de análisis –aparentemente ajenas a una realidad inmediata– distan, por cierto, de ser teóricas. Es un hecho reconocido que ciertos individuos y los colectivos de la delincuencia organizada se benefician de las condiciones económicas que favorecen sus actividades de lucro, en especial en los mercados financiero y monetario.

Es más, está probado en las más reciente investigaciones que estos mismos grupos inducen esas mismas condiciones económicas que les resultan favorables a través de olas de *hotmoney* (“flujos rápidos”) que atraviesan las fronteras (Sibarin, 1994), mediante la retracción “virtual” de la oferta financiera o el manejo puntual de información privilegiada (teoría de los “favores en el póquer”).

El dato de la realidad de la década pasada puso en evidencia macromanipulaciones financieras por las que, a través de mercados de capitales totalmente computarizados, un operador aparentemente aislado –y seguramente sin control– precipitó desde Singapur la caída de un banco inglés, conmocionando la estabilidad financiera de otras muchas instituciones. Más recientemente las sociedades han sido testigos de cómo otros especuladores internacionales movilizaron más de trescientos millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles (Cervini, 1996).

El ex asesor principal de Auditoría Federal ante la Comisión de Nueva York, Bernard Helm Rogers, en nota editorial aparecida en el número de julio de 2002 de la “East American Review”, ha expresado con clara contundencia:

Irrita la pasividad de la comunidad económica internacional y más concretamente la de nuestra Comisión de Valores frente a la agresiva especulación que hoy padecen los valores globales sudamericanos. En los hechos ninguna de esas naciones está en condiciones de contrarrestar eficazmente los manejos abusivos de los grandes traders de valores los que irónicamente, con creciente frecuencia actúan como brazo operativo de las mismas calificadoras de riesgo del país [...] el impacto de apertura; las formas de oferta y contabilización grupal; los variados filtros de la oferta; la discontinuidad operativa programada; falta de transparencia



de las transacciones y la propia realimentación sistémica del mercado son mecanismos que aisladamente pueden aceptarse e incluso justificarse pero que actuando en conjunto operan como herramientas del abuso de posición dominante idóneas para colocar a los valores soberanos globales y economías de muchos países a la deriva.

Por consiguiente, resulta imprescindible resaltar la importancia de esta nueva forma horizontal de poder expresada en la especialización profesional y el dominio funcional de los medios tecnológicos. Este factor, en muchos casos, puede operar como filtro del sistema en forma independiente del poder económico y al poder político, así como en otras oportunidades se constata su funcionamiento simultáneo o subordinado con alguna de las otras variables de poder, siempre operando como instrumentos de un mismo proceso de selección.

A través del juego muchas veces combinado de estos factores de poder (económico político y especialización profesional), se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional inducidos por el delito organizado que no son incriminados por las normas penales, y otros comportamientos teóricamente susceptibles de penalización que no son generalmente perseguidos jurídicamente, o por lo menos no lo son con la eficacia que la sociedad aspira (Cervini, 1996).

2.5.2 Apariencia de legalidad y redes ilícitas

Los macrodelitos económicos del delito organizado se producen en formas que exteriormente tienen la apariencia de una legalidad absoluta y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder ya descrita: la especialización profesional, a la que hay que otorgarle creciente importancia. También existe una conexión con el funcionamiento de ciertos estándares de fiabilidad ilícita que otorgan las llamadas "redes ilícitas". Por otra parte, la propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e intercambios denuncia la coordinación de actividades en el nivel global del actual crimen organizado (la red) (Gomes y Cernini, 1997).

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Más aún,

tienen necesariamente que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una “segunda pierna” de apoyo o “cobertura táctica” para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la zona gris de la economía (Cervini, 2000).

Es así que para viabilizar e incluso legitimar parte de sus actividades resulta necesaria esta *telaraña* de protectores y patrocinadores en los ámbitos policiales, de justicia, de política y de economía, los que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales. De ello se deriva el enfoque en las llamadas “redes ilícitas”.

El miembro de un grupo mafioso o de un grupo especulativo ilícito puede confiar hoy en una trama de “puntos” de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal.

En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la red es garantía de la “seriedad” y “profesionalidad” de los participantes (Cervini, 1996).

Visto todo este amplio panorama transfronterizo y transnacional en que funcionan las redes ilícitas del lavado de dinero, como uno de los fenómenos de la macrocriminalidad de la delincuencia organizada, surge la tendencia a señalar que es urgente un nuevo enfoque doctrinario para la aproximación a la macroadelincuencia económica a través el análisis dinámico de sus mecanismos superiores, que permita extraer otras valiosas conclusiones referidas, en este caso, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si estos se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura funcional que se pretende reprimir.

Hay que recordar que en la década de los 80 del siglo pasado, algunos autores señalaron que la macrocriminalidad económica ponía en evidencia lo obsoleto del Derecho penal tradicional, pensando en términos de microcriminalidad (Silva, 1980).

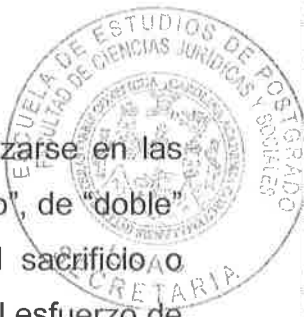
Actualmente, en esa misma línea, autores como Silva Sánchez, tomando en cuenta las necesidades socioculturales y políticas de la globalización, han pensado que

la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse en las sociedades postindustriales a través de un "derecho sustantivo diferenciado", de "doble" o "triple velocidad" (Silva, 2001), cuya eficacia, implica o conlleva el sacrificio o necesario acotamiento de algunos de aquellos principios dogmáticos que el esfuerzo de muchos fue definiendo a lo largo de la historia como ejes medulares de un Derecho penal con vocación garantista.

Bajo esta perspectiva, con frecuencia se piensa, por ejemplo, que los tipos penales de los macodelitos económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipos abiertos que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita), mediante fórmulas omisivas, con similares inconvenientes o, lo que es peor, mediante fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la "conspiración", que ostenta la actual legislación norteamericana (Cervini, 1996).

En este sentido no es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Se entiende, en fin, que el Derecho penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias, principalmente teniendo en cuenta que estas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados.

En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar las manifestaciones de macodelincuencia económica organizada, esta tarea deberá y podrá intentarse sin violar esos principios básicos del Derecho penal. Para ello, es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al *ius puniendi* del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad (Cervini, 1996, p.429).



Capítulo III

3. La problemática en las motivaciones político-criminales para tipificar el delito de lavado de dinero como delito autónomo de los delitos precedentes del crimen organizado

3.1 Problemática del delito de lavado de dinero

El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo. Es esta una especie de axioma que se maneja a nivel internacional dando la pauta para que dicha actividad sea criminalizada severamente a través de una política criminal altamente punitiva, ya que es una disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar sus orígenes ilegales.

En la segunda mitad del siglo XX, con la amenaza de moderna y sofisticadas formas de actividad criminal transnacional, surge la preocupación por la insuficiencia de legislaciones nacionales eficaces para combatir el crimen organizado y las actividades tendientes a lavar dinero proveniente de sus actividades ilícitas (Pinto *et al.*).

Las graves consecuencias derivadas de esta nueva realidad se pueden describir como de contaminación y desestabilización de los mercados financieros dando como resultado un serio peligro para las bases económicas, políticas y sociales de toda democracia. Dado que la integridad del sistema bancario y de los servicios financieros depende fundamentalmente de la percepción que de los mismos tenga la sociedad, dicha reputación, entendida como integridad, es uno de los valores más importantes de ambos sectores. Si los fondos provenientes de actividades ilegales pueden entrar en una institución integrante del sistema por la participación intencional de un empleado o por su negligencia, la institución puede verse involucrada en una actividad delictiva asociada a una organización criminal afectando negativamente la reputación de la institución (Pinto *et al.*).

Se entiende, por tanto, que la protección legislativa debe estar dirigida hacia que dichas acciones de penetración en las estructuras institucionales económicas y financieras de un Estado, sean laminadas a través del obstáculo de la prevención general implícita en la norma que dirige su “voz” a la ciudadanía para que se abstengan de participar de la forma que sea en la comisión de este ilícito.

El Fondo Monetario Internacional ha señalado como “consecuencias perversas” del lavado de activos,



el cambio inexplicable en la demanda de dinero, lo que aumenta los riesgos bancarios, contaminando transacciones financieras e incrementando la volatilidad del flujo de capitales y el cambio de las tasas de interés debido a cambios sin anticipación de capitales entre distintos países.

Las razones señaladas hacen del fenómeno del lavado de activos una forma directa y novedosa de afectación de valores sociales tales como el orden socioeconómico. Derivado de ello es que resulta necesario hacer énfasis en que el blanqueo de dinero no solo afecta a la administración de justicia como lo hace el delito de encubrimiento: el blanqueo, de acuerdo a una interpretación teleológica del mismo, daña el orden socioeconómico al afectar tanto la libre competencia como la estabilidad y solidez del sistema financiero.

3.2 Entre autonomía y encubrimiento, una política criminal internacional en confusión

Al solo efecto de encuadrar conceptualmente el debate relativo a la denominación autonomía del delito de lavado de activos, es necesario efectuar una brevísima reseña sobre la interpretación que se le ha dado desde la dogmática a la interrelación que existe entre ciertos tipos de la parte especial del Código Penal.

En efecto Roxin (1997), sostiene que el legislador muchas veces configura los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos y, sin embargo, en conexión con ellos, crea y añade ulteriores elementos, derivaciones –derivaciones típicas que agravan-, tipos cualificados o atenúan (tipos privilegiados) la consecuencia jurídica prevista para el tipo base.

No obstante, distingue los tipos cualificados y privilegiados de los tipos autónomos (*delictum sui generis*) que contienen, ciertamente, todos los elementos de otro delito, pero no son casos agravados o atenuados de ese otro delito, sino tipos autónomos con su propio tipo (clase) de injusto. Así, es pertinente aclarar que el concepto de delito autónomo ha sido objeto de numerosas críticas por la mayoría de la doctrina alemana, habiéndose postulado al respecto –entre otros argumentos- que no existen criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados. De hecho, como se verá posteriormente, las consecuencias jurídicas de la adscripción del delito de lavado de activos en una u otra categoría, no resultan demasiado significativas en la práctica procesal.



3.3 Del tipo agravado de encubrimiento a la autonomía del lavado de activos

A partir de las directrices consagradas en las convenciones internacionales sobre la materia (Viena), la estructura típica del delito de lavado de activos ha sido vinculada con la del delito de encubrimiento, razón por la cual, se ha afirmado que los Estados parte han adoptado el modelo de la receptación (Bacigalupo, 2002, p.279). Esta situación en la cual se vieron inmersos muchos códigos penales, en su contenido, alude al delito previo en la configuración de los respectivos tipos penales. Es por ello que se generó una confusión entre ambos delitos -es decir, encubrimiento y lavado de activos- surgió a raíz de que en las tipologías que se utilizan para describir la *conducta de lavar dinero*, se empleaban verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento (como “encubrir” y “ocultar”).

Ahora bien, para el análisis de las figuras de lavado de activos asentadas sobre la estructura típica del delito de encubrimiento, habitualmente se ha recurrido a la teoría de la **accesoriedad limitada**, por medio de la cual se afirma que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otro lado, que depende de este hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea antijurídico, no siendo necesario que, además sea culpable. Esta cuestión aplicada al delito en análisis, es criterio de varios autores que existe una relación de dependencia entre el delito de lavado de activos con el delito subyacente.

En efecto, se ha señalado que, de la aplicación del principio de accesoriedad limitada, se pueden extraer dos consecuencias. La primera, cuando los bienes no tienen su origen en un hecho típico, no podrá haber un delito de lavado. La segunda, cuando existe una causa de justificación en el hecho previo que origina los bienes, tampoco podrá haber delito de lavado (MIR, 1996, p. 393).

Quiere decir, entonces, que sin perjuicio de la ley que dote de autonomía a la figura que se estudia, mayoritariamente se entiende que, para el tipo de lavado de activos, continúa rigiendo el principio de accesoriedad limitada, motivo por el cual, resulta necesario que el hecho previo –ilícito penal- sea por lo menos **típico** y **antijurídico**. Por consiguiente, si la acción subyacente generadora de los activos no puede ser calificada como delito, no se configurará el tipo de lavado.

En síntesis, respecto de la autonomía del lavado de activos, se pueden identificar dos puntos de vista sobre la estructura típica del lavado de activos. A través del primero, se interpreta al delito de lavado de activos como una figura accesoria al delito



subyacente generador de las ganancias económicas que procuran reintroducir en el mercado; es decir, se concibe al lavado como una forma de encubrimiento. Por el segundo, se argumenta que el lavado de activos es un delito autónomo, que afecta a un bien jurídico distinto que el del delito precedente.

Se puede advertir, entonces, que el debate acerca de la autonomía del delito en cuestión se relaciona esencialmente con una categoría teórica, bastante cuestionada, y con el bien jurídico tutelado, pero no se vincula sustancialmente con cuestiones probatorias.

Y, como afirma Jaime (s.f.):

En consecuencia, no se comprende la premisa que sostiene que por medio de un delito autónomo se pueden sortear las dificultades probatorias de una investigación de esta índole, puesto que una hermenéutica acorde con el principio de legalidad obliga inexorablemente a la prueba de la acción típica y antijurídica generadora de los activos que se pretenden blanquear.

Se entiende, consecuentemente, que en el caso del encubrimiento, el delito precedente es un elemento normativo del tipo y, sin perjuicio de ello, la jurisprudencia en muchos casos ha entendido que no es necesario el dictado de una sentencia condenatoria. Por ejemplo, en una forma análoga a lo que ocurre con el delito de encubrimiento de contrabando, la acreditación del hecho precedente, puede resultar de presunciones cuya apreciación incumbe a los jueces de la causa, siendo también privativo de estos la ponderación de la prueba de descargo que se incorpore a la causa.

Se deriva, por tanto, que es importante valorar si es necesario y mediante qué tipo de procedimiento probatorio comprobar la comisión de un delito previo para corroborar la comisión del delito de lavado, o bien si a consecuencia del concepto de autonomía del delito de blanqueo de dinero es posible sostener que el crimen es independiente del delito predicado. Puede inferirse entonces, que a partir de la prueba circunstancial e indiciaria que hay un supuesto de lavado y que los fondos provienen de actividades que constituyen el delito predicado sin resultar necesario su acreditación previa (Pinto *et al.*).

Al respecto, es necesario el análisis del alcance de la autonomía del delito de lavado de activos, ya que por consideraciones de política criminal es aconsejable admitir la sanción del autor del hecho previo como posterior lavador. Existen organizaciones criminales que, entre otros delitos, se dedican a lavar capitales y

afectan no solo la administración de justicia, sino esencialmente el orden económico de los países y la comunidad internacional (Blanco, 1997, p.553).

Por lo que, para un control efectivo del fenómeno, el blanqueo de capitales debe ser comprendido no solo como una forma de encubrimiento sino como un delito independiente (autónomo) contra el orden socioeconómico. Además, se puede afirmar que la prueba indiciaria permite corroborar el delito de lavado y la procedencia ilegal de los fondos.

3.4 El administrador como autor

Una de las categorías más estudiadas y, a la par, de mayor complejidad conceptual es, sin duda, la autoría y la participación delictiva. La respuesta a la pregunta ¿quién de entre los intervinientes en un hecho puede ser considerado autor? ha sido objeto de innumerables estudios dogmáticos a lo largo de la historia y a buen seguro, teniendo en cuenta la constante evolución que sufre todo ordenamiento jurídico-penal, la continuidad del estudio de dicha categoría se sigue garantizando.

De ahí que la responsabilidad penal de los administradores de hecho o de derecho que actúan en nombre y por cuenta de la persona jurídica no desaparece, sino que se suma a la responsabilidad del ente que representan. Lo que interesa al respecto desde la perspectiva de este trabajo es que sigue resultando ineludible una determinación, a partir de criterios delimitadores de la autoría, de la responsabilidad jurídico penal del administrador de hecho o de derecho.

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta cualquier criterio delimitador de la autoría que se precie es la resolución, nada fácil, de las diferentes variantes casuísticas que presentan la autoría y la participación en aquellos delitos en los que el legislador ha restringido el círculo de posibles sujetos activos –delitos especiales en la terminología tradicional-. Valdría como ejemplo la tan cuestionada aceptación de la autoría mediata con la utilización de instrumento doloso no cualificado. Pero en la actualidad no solo esta problemática pone en jaque las construcciones doctrinales en el ámbito de la autoría.

En efecto, por todos es sabido que la gran mayoría de categorías elaboradas por la Parte General del Derecho penal han tenido tradicionalmente un anclaje en tipo delictivos que se podrían denominar “clásicos”. De este modo, los diferentes aspectos de la teoría del delito se elaboraron sobre la base de dichos tipos y adaptándose a las modalidades y dinámicas delictivas que estos presentan. Sin embargo, el elenco de

infracciones relevantes en términos jurídicos y penales ha aumentado con el devenir de los tiempos, sufriendo este sector del ordenamiento jurídico el denominado fenómeno de la “expansión del Derecho penal” (Silva, 2001, p.20).

En este ámbito interesan especialmente los delitos societarios que necesariamente deben incluirse dentro de ese fenómeno expansivo predicable del Derecho penal actual. En estos tipos, y particularmente en el ámbito de la autoría, se aprecian especiales dificultades a la hora de aplicar criterios excesivamente restrictivos o que presenten escasa flexibilidad. Ello es debido, entre otras muchas razones, a su propia dinámica delictiva, en la que se ven implicadas una multiplicidad de personas físicas y jurídicas; a la existencia, en muchas ocasiones, de una estructura jerarquizada en la que se delegan competencias; y, cómo no, también a la cuestión de qué debe entenderse de hecho y de derecho. Todos estos motivos aconsejan la adopción de un criterio delimitador de la autoría flexible y acorde a las nuevas dinámicas delictivas.

Estos motivos, entre otros, han reavivado la discusión doctrinal acerca de la conveniencia de adoptar como válida la construcción dogmática elaborada inicialmente por (Roxin, 2000) sobre la teoría de los *delitos de derecho* (*pflichtdelikte*) y continuada, entre otros por (Jakobs, 1995) con relevantes aportaciones propias de su peculiar entendimiento del sistema penal. Ambas concepciones de los delitos de infracción de deber bien podrían ser, en principio, aplicables a aquellos delitos en los que el sujeto activo se circunscribe al administrador de hecho o de derecho. A diferencia de lo que ocurre con otros delitos en los que también existen restricciones en sede de autoría, parece ser que los delitos societarios pueden ser catalogados como verdaderos *delitos de derecho* –en la concepción de Roxin- o bien como delitos de “responsabilidad por competencia institucional”.

En cualquier caso, atendiendo a una u otra teoría de los delitos de infracción de deber, la principal consecuencia que debiera asumirse es idéntica: el sujeto especialmente cualificado –es decir, el administrador de hecho o de derecho- será, en todo caso, autor del delito en cuestión. En lo esencial, tal afirmación es totalmente compatible pues, desde la perspectiva de un concepto restrictivo, solo el sujeto especialmente cualificado puede ser autor de un delito que exija tales características en sede de autoría. Lo que no puede ser admitido es el criterio a través del cual se va a determinar la responsabilidad a título de autor del sujeto especialmente obligado, cual es la mera infracción del deber –que, en el caso de los *Pflichtdelikte* “Roxin”, es un



criterio que delimita la autoría, pero en el caso de los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” “Jakobs” constituye incluso el fundamento del injusto.

Expresa Fernández (s.f.):

En mi opinión, atender a la infracción del deber como único criterio que delimite, cuando menos, la autoría, por bien que garantice el respeto a la legalidad en esta sede, no atiende a los requisitos que, en el ámbito de la conducta típica, establece el delito en cuestión. Todo ello porque cualquier “causar” infractor del deber puede ser tildado como suficiente para imputar el delito a título de autor al sujeto especialmente cualificado. Es cierto que el legislador, por unas u otras razones, delimita el círculo de posibles sujetos activos en algunos delitos, pero también lo es que en atención al mandato de certeza y determinación, delimita además la conducta que se entiende jurídico-penalmente relevante. En definitiva me parece de recibo una consecuencia prácticamente inevitable de las teorías (puras) de los delitos de infracción de deber: una responsabilidad cuasi objetiva – responsabilidad por el cargo si se quiere- del sujeto especialmente obligado.

Al respecto Gómez (2006) plantea que:

Los criterios que delimitan la autoría en cada una de estas clases delictivas son radicalmente diferentes: dominio del hecho para los delitos de dominio e infracción de un deber para los delitos de infracción de deber. Esto supone, como es obvio, un abandono de la unidad sistemática de la autoría, en tanto que resulta imposible sostener un único criterio delimitador de la misma. El motivo es más que evidente: ambas constelaciones delictivas obedecen a fundamentos totalmente distintos -e-, incluso, irreconciliables si atendemos a las construcciones puras cuales son las de Roxin y Jakobs y así queda reflejado en los criterios que deben determinar la autoría en cada una de ellas.

Tiene que haber, por tanto, un criterio delimitador de la autoría el cual sería la pertenencia del hecho. Tal criterio se muestra lo suficientemente flexible y amplio para dar solución no solo a los clásicos problemas de autoría en el ámbito de los delitos especiales, sino particularmente para la resolución de la problemática en este ámbito en aquellos delitos cuyo sujeto activo se reduce al administrador. La pertenencia del hecho pretende ser, a su vez, un criterio delimitador de la autoría con vocación de aplicación general –esto es, válido para cualquier clase delictiva-, recuperando así una unidad sistemática en el ámbito de la autoría.

3.5 La pertenencia del hecho: concepto

En el ámbito del concepto restrictivo de autor (Díaz, 1991), la teoría del dominio del hecho constituye, como por todos es sabido, una de las construcciones dogmáticas más consensuadas en tanto que criterio delimitador de la autoría. Sin embargo, surgen opiniones en la doctrina que, sin ser radicalmente opuestas a las principales características de la referida teoría, ponen de manifiesto algunas limitaciones derivadas de su aplicación en algunos supuestos concretos.

Una de las principales carencias que presenta esta teoría es, a juicio de Mir (2001), el desconocimiento fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. Abundando en esta cuestión, añade que el control material del hecho es solo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor.

Con la finalidad última de superar las limitaciones que la teoría del dominio del hecho presenta en la delimitación de la autoría, desarrolla la pertenencia del hecho, criterio que adoptará como válido para constatar, en cualquier clase de delito, cuándo un sujeto puede ser calificado como autor. En esta teoría acuñada y desarrollada por Mir Puig, lo decisivo para la imputación del hecho a título del autor es que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo; es decir, que pueda predicarse una relación de pertenencia exclusiva o compartida entre el sujeto (autor) y el hecho punible.

La calificación de un sujeto como autor no es, por tanto, una mera descripción, sino que constituye una adscripción de un hecho a un sujeto. Dicha relación de pertenencia podrá ser afirmada de aquel o aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización. Sin embargo, debe destacarse que, bajo la perspectiva que ofrece la teoría de la pertenencia del hecho, la ejecución material o control efectivo del mismo (dominio material o fáctico) puede ser, a lo sumo, un criterio más que permita firmar dicho protagonismo, pero ello no siempre será así.

La relación de pertenencia entre el hecho y su autor comprobarse, como mínimo, que el sujeto ha causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la imputación objetiva y subjetiva del resultado. En definitiva, la relación de pertenencia presupone, cuando menos, la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia.



Expresa Mir (2001) sobre este asunto que dicha relación de pertenencia puede predicarse, en primer lugar, del ejecutor material individual cuando es el único interviniente al que es imputable el tipo, porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia, y cuando concurren otros intervinientes no ejecutores, porque estos desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo en cuanto dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio.

En segundo lugar, la pertenencia de la realización típica también corresponde al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control. Y tal como afirma Mir Puig:

El '*hombre de atrás*' es, en este segundo supuesto, el único interviniente en el delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia de los mismos.

Y plantea el autor citado en un tercer y último lugar, "la pertenencia del hecho se comparte por quienes distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito; es decir, entre los coautores".

3.6 La relación de autoría como tercer nivel de imputación

Uno de los aspectos más importantes en el ámbito de la relación de autoría es, independientemente de establecer el criterio que determinará cuándo un sujeto puede ser calificado como autor, la ubicación de dicha relación de autoría en la teoría del delito.

A este respecto Mir Puig ha incidido y ha manifestado "*una clara progresión en las ideas iniciales que conceptualizan la pertenencia del hecho*". Esta evolución se materializa en el hecho de que Mir Puig califique expresamente la relación de autoría entre el sujeto y el hecho objetiva y subjetivamente imputable como una relación perteneciente a lo que él denomina un "*segundo nivel de la imputación objetiva*".

De este modo, la imputación objetiva de segundo nivel supone – tal y como indica 'Mir' -, "la distribución de la imputación entre los sujetos intervinientes y determina la conexión de autoría y la de participación, así como la imputación a la víctima".

Desde la perspectiva de Fernández Bautista,

la inclusión de la relación de autoría dentro de este segundo nivel de imputación objetiva realizada por Mir Puig presupone una clara distinción de, como mínimo,

dos niveles en el ámbito de la imputación. Así lo manifiesta expresamente cuando afirma que el primero de estos niveles está referido al contenido de la imputación objetiva en sentido estricto (imputación objetiva de primer).

Para poder afirmar la posibilidad de imputación objetiva en sentido estricto se exige la concurrencia de una determinada relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta. Por otra parte, el segundo nivel de imputación objetiva (imputación objetiva en sentido amplio) se configura dando cabida a criterios que no tienen acogida en el concepto de imputación en sentido estricto, pero que indudablemente también determinan cuándo y en qué medida se puede imputar el hecho a un sujeto.

Los criterios susceptibles de inclusión en este segundo nivel de imputación objetiva son, a juicio de Mir Puig, "la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría y la participación punible y participación impune entre otros". Debe destacarse que la inclusión de esta aparente heterogeneidad de criterios en el segundo nivel de imputación objetiva no es aleatoria ni gratuita, es al contrario.

La agrupación de estos diversos criterios en un segundo nivel de imputación se fundamenta en el hecho de que todos ellos obedecen a una idea o nexo común. Así como plantea Mir (2001),

la distribución de la imputación entre sujetos mediante la delimitación de sus esferas de responsabilidad es la idea que subyace a todos aquellos criterios que según este autor pueden incluirse en el ámbito de la imputación objetiva en sentido amplio (o de segundo nivel).

Esta idea de delimitación de esferas de responsabilidad se manifiesta de manera incuestionable en lo que a la relación o determinación de la autoría se refiere. En efecto, una vez evidenciada y constatada la relación de riesgo entre la conducta y el resultado (realización del riesgo en el resultado), la cuestión es concretar quién (o quiénes) de entre los distintos sujetos que conforman dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y en qué medida.

Es de considerar que de todos los intervinientes en el hecho que crean el riesgo realizado en el resultado solo será calificado como aquel sujeto que ostente con el hecho una relación que permita imputárselo como suyo. Es decir, para la imputación de un tipo de autoría no bastará la relación de riesgo, sino que haga falta, además, la relación de pertenencia a título de autor.





Se pone de manifiesto, desde la perspectiva de Mir Puig, que para la determinación de la autoría, es necesario, en primer lugar, la constatación de la relación de imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel, y posteriormente, el análisis del segundo nivel de imputación. Este segundo nivel de imputación informado por la idea de responsabilidad permitirá o no afirmar si el hecho, que a priori puede imputarse objetivamente a un determinado sujeto, le pertenece y si puede, por tanto, predicarse de dicho sujeto la cualidad de autor.

Entonces, quiere decir que si la relación de autoría se halla inserta en un segundo nivel de imputación orientado principalmente por la idea de delimitación de esferas de responsabilidad, parece factible sostener que la pertenencia del hecho como criterio delimitador de la autoría está necesariamente unido a la idea de responsabilidad, parece factible sostener que la pertenencia del hecho como criterio delimitador de la autoría está necesariamente unido a la idea de responsabilidad y que de dicho criterio es parte u objeto de un juicio de imputación (Hernández, 2002).

Resulta acertado, entonces, sostener que el Derecho penal no pretende desvalorar hechos meramente objetivos sino que, por el contrario, la norma jurídico-penal desvalora hechos que en su conjunto son típicos, esto es, objetiva y subjetivamente típico (Corcoy, 2005).

Con ello se implica que la relación de autoría no puede estar vinculada única y exclusivamente a la parte objetiva de los tipos penales sino solo a aquellos hechos que están conectados con un específico contenido de la voluntad del sujeto, resultando inoperante la imputación de hechos meramente objetivos sin tener en cuenta su conexión con el contenido de la voluntad de aquel (Hernández, 2002).

Sentado que la imputación de un hecho a su autor debe serlo por la previa concurrencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo –es decir, si se acepta que la autoría se predica de los hechos típicos en toda su extensión-, no parece inoportuno afirmar que la determinación de la autoría se encuentra situada, no ya en un segundo nivel de imputación, sino en el tercer nivel de imputación. En efecto, acorde con los argumentos aquí presentados, el primer nivel de imputación correspondería a la imputación objetiva en sentido estricto; el segundo nivel se correspondería con la determinación del tipo subjetivo (imputación subjetiva) y, finalmente, tras el análisis de los dos niveles precedentes, procedería determinar la relación de autoría, situada ahora en un tercer nivel de imputación.



Habida cuenta de la necesaria comprobación de la imputación objetiva, en primer lugar y, en segundo término, de la imputación subjetiva para conformar en su totalidad un hecho típico que imputar a un sujeto como autor, esta última comprobación de la relación de autoría pasa, ineludiblemente, a ocupar el tercer lugar o bien, en la medida en que se conciba la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación normativo – tal y como aquí se ha planteado-, a un tercer nivel de imputación.

3.7 La pertenencia del hecho como punto de partida

En los denominados delitos comunes, el acceso al bien jurídico no está limitado a sujetos especialmente cualificados, en esta constelación delictiva, cualquiera está en disposición de acceder al ámbito donde se encuentra el bien jurídico que la norma pretende proteger a través de la tipificación del delito.

Este motivo puede ser entendido como una de las razones por las cuales el legislador no establece, en estos tipos, limitación alguna en sede de autoría. Sin embargo, también en esta clase de delitos no basta con un mero acceso formal al bien jurídico protegido, sino que ello debe materializarse en una posibilidad efectiva o material de lesionarlo o ponerlo en peligro.

En los delitos especiales –como lavado de dinero-, en cambio, el ámbito en el que se halla el bien jurídico protegido por la norma deviene de acceso limitado a aquellos sujetos que ostentan un determinado estatus. En estos casos, podría presumirse que dichos sujetos, precisamente por el dato objetivo de su especial cualificación, controlan el ámbito propio de su responsabilidad. Pero hay que tomar en cuenta que dicho dato formal no puede, en absoluto, ser suficiente.

Al igual que sucede en los delitos comunes, será imprescindible la comprobación de que ese supuesto acceso al bien jurídico pueda materializarse efectivamente. Ello será factible en la medida en que el sujeto ejerza realmente una función propia de su estatus. De este modo, el dato meramente formal de la especial cualificación del sujeto se ve completado por un criterio material que permite afirmar que el sujeto no solo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real al mismo, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo o ponerlo en peligro por el hecho de ejercer las funciones propias de su estatus (Robles, 2003, p.240).

En relación con la función que debe ejercer el sujeto especialmente cualificado de manera efectiva, debe caracterizarse como una función esencial o relevante. En efecto, no cualquier función propia del estatus puede ser suficiente para afirmar una

posibilidad real de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Es de entender que únicamente aquellas que forman el núcleo principal propio del ámbito de responsabilidad son válidas como criterio material para afirmar el acceso al objeto de protección por parte del sujeto que las ejerce. Todo ello puesto que son precisamente estas las que con mayor facilidad pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Dicho de otro modo: el bien jurídico se encuentra en una posición de máxima vulnerabilidad ante aquellos sujetos que ejercen las funciones esenciales propias del ámbito de responsabilidad en el que se encuentra inmerso.

Calificar el criterio que debe definir la autoría como pertenencia del hecho representa de manera terminológicamente correcta el verdadero significado de adscripción o imputación que conlleva la relación de autoría entre el hecho y el sujeto. Lo que se pretende es utilizar una nomenclatura correcta que, en la medida de lo posible, sea lo suficientemente plástica para abarcar todos aquellos criterios materiales que la dotan de significado. Tal es el caso de la expresión “pertenencia del hecho”.

El concepto de pertenencia a su vez, afirma Fernández Bautista, dota de unidad sistemática en el ámbito de determinación de la autoría, pues se puede predicar esta relación entre hecho y autor tanto en los delitos comunes con los delitos especiales. Si bien es cierto que existirían algunas pequeñas diferencias entre ambas constelaciones delictivas, dicho concepto de la pertenencia se dota de contenido a través de criterios en absoluto contradictorio sino, por el contrario, homogéneos. En ambos casos se tendrá en cuenta la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido por parte del autor, así como el ámbito de responsabilidad o competencia donde el sujeto ejerce sus funciones.

Es de entender que independientemente de que los delitos que lesionan bienes jurídicos sean de la cualificación de comunes o de especiales, la política criminal que motiva la norma que sanciona la lesión de bienes jurídicos, siempre buscará las sanciones propias para el autor de dichos delitos. Ahora bien, no se puede sancionar desde la misma proporcionalidad delitos comunes y delitos especiales, pues la misma nominación de especiales lleva implícito el hecho de que su afectación a bienes jurídicos es de mayor extensión y de resultados más impactantes; es por ello, que la búsqueda por determinar la pertenencia del hecho a la autoría ha sido una constante en las legislaciones emergentes relacionadas con delitos de la criminalidad organizada y, sobre todo, en la actualidad, con el delito de lavado de dinero.



3.8 La idoneidad de la pertenencia del hecho

La delimitación de la autoría constituye un juicio de adscripción que debe ubicarse en un tercer nivel de imputación, tras la comprobación de la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente el hecho. Asimismo, el criterio a adoptar en dicha delimitación es la pertenencia del hecho concretada en la posibilidad de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.

Tal y como se ha definido la teoría de la pertenencia del hecho, ciertamente puede convenirse en que esta se manifiesta como un concepto o criterio delimitador de la autoría amplio y flexible. Ahora bien, se entiende que dicha laxitud no debe verse como un aspecto negativo, antes al contrario, constituye una de las principales virtudes aportadas por dicha teoría.

En primer lugar, ello permite manejar un criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor válido para cualquier clase de delito –tenga este o no restricciones en sede de autoría-. En segundo lugar, es de entender que este criterio delimitador, debido precisamente a su flexibilidad, permite una mejor adecuación a la dinámica delictiva y a las singularidades que presentan, entre otros, los delitos en los que la figura del administrador de hecho y de derecho adquiere especial relevancia en el ámbito de la autoría y la participación –como son, por ejemplo, los delitos societarios-.

Es sabido por todos, que algunas construcciones doctrinales, en el intento de solucionar determinados problemas en el ámbito de la autoría y la participación, han construido diferentes criterios delimitadores de la autoría en función de la clase delictiva analizada. Este es el caso, por ejemplo, de las construcciones dogmáticas de Roxin (*Pflichtdelikte*) y Jakobs (*DeliktenkraftinstitutionellerZuständigkeit*). Dichas teorías desembocan en una inevitable –e indeseada- ruptura de unidad sistemática de la autoría, pues, obviamente, el concepto de autor depende de la previa clasificación del delito que pretende serle imputado (Gómez, 2006).

Respecto a las teorías de Roxin y Jakobs, (Fernández, 2007) manifiesta que:

Pese a ello, no deben olvidarse los esfuerzos por parte de estos mismos autores por buscar un “supra-concepto” que englobe ambos criterios de delimitación de la autoría, aparentando así mantener la unidad a la que se hace referencia. En el caso de Roxin, bajo el concepto de la “figura central”, característica que se puede

predicar de todo autor con independencia de la clase de delito imputado, se pretende englobar los criterios del dominio y los de la infracción de un deber. Por su parte, Jakobs también cree encontrar un nexo común entre ambos basado en el concepto de competencia.

A pesar del esfuerzo realizado por estos autores para encontrar un supra-concepto que aúne posturas tan dispares como el dominio del hecho y la infracción de un deber, no se puede afirmar que exista en sus concepciones una unidad sistemática en cuanto a los criterios delimitadores de la autoría. Las figuras que, a su juicio, pueden hacer de nexo común deben ser dotadas de contenido con elementos radicalmente opuestos, lo que obliga a manejar dos criterios delimitadores de la autoría totalmente irreconciliables y no reconducibles a uno común, salvo al genérico concepto restrictivo de autor.

Ante estas posturas, en la doctrina surgen intentos por retomar dicha unidad. Este esfuerzo unificador se ha realizado desde muy diversas perspectivas. Algunas de ellas lo han hecho procurando aunar el criterio del dominio y del deber en la delimitación de la autoría de los delitos con especiales restricciones en este ámbito (Gómez, 1984).

Otras, por el contrario, optan por un único criterio normativo que, gracias a su flexibilidad, sea válido en la determinación de la autoría de cualquier constelación delictiva. Esta última postura se ve claramente, por ejemplo, en la teoría del “dominio sobre el fundamento del resultado” acuñada por Schünemann. Es el propio autor el que pone de relieve que dicho criterio nace con vocación de aplicación general. Para ello, le resulta imprescindible concebir “dominio sobre el fundamento del resultado” como un nexo común que englobe lo que él define “dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico” y “dominio sobre una causa esencial del resultado”. Se trata de criterios que se adecuarán en cada momento a las necesidades de cada uno de los tipos penales en lo que a la determinación de la autoría se refiere (Gómez, 1984).

Ciertamente las construcciones doctrinales que abogan por una clara diferenciación entre los delitos de dominio y delitos de infracción de deber son, no es necesario recordarlo, sumamente atractivas para la solución sencilla y diáfana a problemas altamente complicados surgidos de delitos con especiales restricciones en sede de autoría.

Es precisamente este uno de los motivos –además de la posibilidad de que ciertas conductas deriven necesariamente en la impunidad- que impulsa la necesidad de justificar la unidad sistemática en el ámbito de la autoría y la participación con la elaboración de un criterio suficientemente flexible y amplio para abarcar la totalidad de problemas y cuestiones que surgen en este ámbito, especialmente en el seno de determinados delitos; esto es, los delitos especiales.

3.9 La pertenencia del hecho y el concepto de administrador

Con la intención de concretar la idoneidad del criterio de la pertenencia en un ámbito específico del estudio de la Parte Especial, se considera pertinente, en este punto, enunciar la incidencia de la teoría que ahora ocupa en el análisis de la figura del administrador que, no se puede obviar, se erige en el principal sujeto activo en el ámbito de los delitos societarios.

Resulta obvio afirmar que, en estos tipos, el legislador ha querido –expresamente, en este caso- restringir el ámbito de posibles sujetos activos y que la figura del administrador –de hecho o de derecho- adquiere especial relevancia. Para ser coherentes con la exposición, otra afirmación no es posible: el criterio que delimite la autoría en estos supuestos no puede ser otro que el establecido de modo genérico; esto es, la pertenencia del hecho como acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.

Lo anterior lleva a concluir la necesidad de que el concepto de administrador esté íntimamente ligado a los criterios delimitadores de la autoría establecidos.

Según Fernández (2007):

El alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal alejada de los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un delito. Todo porque este concepto está ligado al ejercicio de una determinada función cuya realización puede afectar al bien jurídico protegido por la norma, con independencia de cualquier nombramiento formal.

El alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal alejada de los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un delito. Todo porque este concepto está ligado al ejercicio de una determinada función cuya realización puede afectar al bien jurídico protegido por la norma, con independencia de cualquier nombramiento formal.



Administradores de derecho serán aquellos sujetos que, habiendo sido designados conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social competente, han aceptado dicha designación, una designación que, además, ha sido debidamente inscrita en los oportunos registros públicos (Díaz, 1997, p.98).

Pero, a pesar de esta delimitación formal, será exigible, en todo caso, que el sujeto calificado como administrador de derecho ostente materialmente el acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia. De este modo, reunir las condiciones formal y legalmente exigidas para el cargo de administrador de derecho, podrá ser, a lo sumo, un indicio en lo referente a la autoría de dicho sujeto, pero no una condición suficiente para calificarlo como autor de un delito de estas características.

Ahora bien, no será en absoluto suficiente la infracción del deber de diligencia, lealtad y fidelidad, ni siquiera la imputación objetiva y subjetiva de la conducta típica (primer y segundo nivel de imputación), sino que le será exigible que cumpla con los requisitos establecidos por los criterios delimitadores de la autoría: esto es, que real y materialmente acceda al bien jurídico protegido por el delito en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia (Fernández, 2007).

Es precisamente esta característica fundamental la que, en muchas ocasiones, no puede predicarse de un administrador de derecho. Muchos son los casos en los que el sujeto que cumple los requisitos formales legalmente exigidos no es, en realidad, el que ejerce el poder de gestión y administración de la sociedad. Tal sería el caso de la administración a través de fiduciarios o testaferros (Ragues, 2008, p.6).

Junto a la existencia de la figura del administrador de derecho pueden darse otras situaciones irregulares en las cuales dichas funciones de gestión –o, propiamente, administración- no son ejercidas por el sujeto formalmente designado para ello. Se trata de supuestos en los que puede apreciarse claramente una escisión entre titularidad del gobierno de la empresa y el gobierno efectivo de la misma (Gallego, 2002). Son los casos que corresponden al administrador de hecho.

Desde el punto de vista jurídico-penal no cabe compartir la interpretación tan restrictiva que ofrece un sector de la doctrina mercantil (Perdices, 2002) de este concepto pues, entre otras divergencias, estas construcciones doctrinales pretenden, en esencia, determinar la validez o no de un negocio jurídico en el ámbito del sector (privado) del ordenamiento jurídico, cual es el derecho mercantil.

El Derecho penal, por el contrario, debe sancionar la conducta del sujeto con potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico en juego; potencialidad que no reside exclusivamente en los sujetos formalmente designados para ejercer la función de administrador.

A juicio personal, la principal nota definitoria de la figura del administrador de hecho debe ser el ejercicio efectivo de las funciones de gestión y administración, bien sea por ellos mismo o bien a través de terceros en quienes influyen decisivamente o a quienes interponen como testaferros para evitar ser reconocibles.

Al respecto acota Queralt (2006) que:

Así poco importa que dicho sujeto aparezca o no frente a terceros como administrador, o bajo otra apariencia, si puede demostrarse que el artífice de las decisiones acerca de la gestión social son obra suya. Desde esta perspectiva, se aceptaría incluido en el término administrador de hecho no solo al denominado administrador de hecho notorio, sino también al administrador de hecho oculto, tanto en el caso de actuar bajo otra apariencia como en los casos en los que permanece en la sombra.

En la actualidad no debe albergarse duda alguna acerca de los deberes que deben guiar la conducta del administrador de hecho, pues expresa y legalmente son los mismos que se exigen al administrador formalmente designado para esta función. Por ello, la responsabilidad en la que incurre el administrador de hecho que no se acoge a las normas de conducta concretadas en los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad, debe ser idéntica a la del administrador de derecho.





Capítulo IV

4. La receptación. El Ministerio Público frente a los delitos económicos. La intervención de la Intendencia de Verificación Especial, para la contención del lavado de dinero. Las conductas definitorias de lavado de dinero

Las alegaciones de inocencia de algún procesado en el sentido que desconocía la procedencia ilícita de las especies porque las personas que le vendieron las mercancías robadas le enseñaron la tarjeta de propiedad correspondiente, no se encuentra acreditada con prueba instrumental alguna. Ello máxime si en su condición de comerciante dedicado al rubro de la venta de autopartes de carros conoce perfectamente que toda adquisición sobre el particular debe sustentarse en documentación legal.

Por otro lado, respecto a los procesados, se les imputa haber adquirido parte de los bienes de propiedad del agraviado. Sin embargo, al haberse establecido que dicho ilícito no llegó a consumarse, y que solo quedó en grado de tentativa, se impone como lógica consecuencia, absolverlos de los cargos de la acusación fiscal por el delito contra el patrimonio – receptación.

El delito de receptación es un delito "en referencia", en la medida en que consiste sustancialmente en aprovecharse de los efectos de otro delito cometido. En efecto, existe una relación de dependencia del delito de receptación respecto del delito base, que determina que el bien jurídico protegido en la receptación ha de ser necesariamente el mismo que en el delito cuyos efectos se aprovecha el receptor.

Lo que hace el receptor con su comportamiento en lo que respecta al bien jurídico protegido, es aumentar o completar la lesividad del delito base al que la receptación va referida. Con esta figura delictiva se busca impedir la prolongación de un estado delictuoso, en perjuicio de la víctima del daño patrimonial causado, vale decir, que con la receptación se mantiene latente el atentado contra el derecho del titular del bien jurídico.

4.1 La receptación como delito contra la administración de justicia

Junto a los autores que entienden la receptación como delito patrimonial, hay otro sector doctrinal que considera esta figura como un delito contra la administración de justicia, postura minoritaria hoy en día. Según (Queralt, 2006) la tendencia actual es tratar este delito junto con el encubrimiento en un grupo propio de delitos de obstrucción a la justicia. Es cierto que en la legislación alemana –única referencia que se puede

encontrar- se trata ambas figuras una a continuación de la otra, pero no entre los delitos contra la administración de justicia, sino entre los delitos contra la propiedad, y ello no implica que *Favorecimiento y Receptación* protejan un mismo bien jurídico.



Los partidarios de la posición de que la receptación es un delito contra la administración de justicia consideran que esta protege el interés público en la desaparición del estado posesorio antijurídico que se ha creado, y entienden que la conducta receptadora obstaculiza la acción de la justicia, impidiendo la restitución a su propietario de los objetos privados con el hecho ilícito previo. En puridad, esta teoría omite toda referencia a la posible lesión patrimonial que aparezca con la figura en cuestión (De la Mata, s.f.).

Algunos de los autores que consideran la receptación como un delito patrimonial también aluden a que en cierto modo exista una ofensa a la administración de justicia con la conducta receptadora, si bien entienden que de entre todos los posibles bienes jurídicos afectados por este delito, la ley elige el patrimonio como bien jurídico protegido.

¿Por qué se habla entonces de un delito patrimonial si se alude a diversos bienes jurídicos protegidos? No hay duda de que históricamente la incriminación de este tipo de conductas surge, por una parte, por el merecimiento de sanción penal de una serie de comportamiento que pretendían situarse en la posesión antijurídica que previamente ocupaba el autor de un delito patrimonial, y por otra, por la peligrosidad y frecuencia de actuación de aquellas personas que facilitaban a los autores de delitos patrimoniales la obtención del provecho que se derivaba del delito cometido.

Sin embargo, junto a estas conductas también se incriminan otras que favorecen al autor de la infracción previa, de diversos modos, pero en todo caso mediante una conducta que facilita bien la impunidad del favorecido, bien el provecho de su delito, y que se entiende –estas sí- constituyen delitos contra la administración de justicia. ¿Cuál es la diferencia entre unas y otras? (De la Mata, s.f.).

No puede desecharse el componente de obstaculización a la restitución del estado patrimonial lícito que la receptación presenta e incluso puede decirse que surge paralelamente a la causación de la lesión patrimonial; pero, de algún modo, este queda solapado por la lesión patrimonial que la misma conducta receptadora conlleva, al entender puede quedar mejor abarcado el comportamiento del receptador no solo



aludiendo al componente patrimonial de su actividad, sino a la propia lesión patrimonial que su conducta implica.

Si se considerara la receptación como delito contra la administración de justicia, se estaría olvidando el contenido patrimonial –en cuanto lesión causada y en cuanto obtención de un beneficio económico- y se estaría equiparando la receptación a todas las conductas que, también contra la administración de justicia, carecen de ese componente patrimonial.

Por el contrario, se considera la receptación como delito patrimonial, prescindiendo de su aspecto de ataque a la administración de justicia se diferencian conductas en torno a una especificidad evidente, relegando a las formas de favorecimiento todas aquellas conductas carentes de ese específico componente patrimonial.

A pesar de la similitud existente entre ambas figuras –receptación y favorecimiento-, es evidente que existen una serie de elementos suficientemente diferenciadores de las mismas.

Respecto a ello De la Mata afirma que:

En primer lugar, e independientemente de que se admita o no cualquier delito como previo al de receptación, esta solo será posible cuando se haya causado una lesión patrimonial con la actividad delictiva previa. En todos los supuestos en que la actividad pos delictiva surja a raíz de un delito que no causa ninguna lesión patrimonial, la receptación ya no será posible, y, en su caso, habrá de comprobarse si se cumplen los elementos del favorecimiento. Ello es así, porque si se habla de receptación como perpetuación de la situación patrimonial antijurídica creada con la lesión patrimonial precedente, difícilmente puede darse aquella sin esta.

Ahora bien, pueden existir supuestos en los que, existiendo una lesión patrimonial previa, no se esté ante un delito de receptación. Ello ocurrirá en dos casos: 1º) cuando la actividad del receptor no esté causando una nueva lesión patrimonial, y 2º) cuando no exista un ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto –inherente a la mayoría de los delitos patrimoniales, y a la receptación en todo caso- en la conducta del sujeto.

Así –incidiendo en esta última consideración-, una misma conducta puede considerarse como receptación o como delito contra la administración de justicia en

función de la presencia o no del ánimo de lucro. Ello no es ilógico si se considera que tanto la receptación como las diversas formas de favorecimiento tienen o pueden tener –en este segundo caso- un componente patrimonial, y en este caso un idéntico desvalor de resultado.

Ahora bien, aun admitiendo que el desvalor de resultado de dos conductas sea totalmente similar, y que de hecho el único elemento diferenciador de las mismas es el elemento subjetivo del injusto, no hay ningún obstáculo en entender que en consideración a ese diferente desvalor de acción –constituido en este caso por el elemento subjetivo del injusto-, el tipo penal en el cual quepa subsumir las dos conductas sea diferente.

Evidentemente, en los supuestos de recepción de objetos provenientes de la infracción anterior va a ser difícil, aunque no imposible, negar la existencia de un ánimo de lucro. Pero, este elemento del ánimo de lucro puede ser determinante en la delimitación de los supuestos de receptación impropia y, en la legislación comparada, se incluye el tipo de receptación.

De igual modo, puede existir una situación patrimonial antijurídica causada por un delito previo, realizar el presunto receptor una determinada actividad movido por un ánimo de lucro, o en la que obtenga un beneficio económico, y no lesionar con su conducta el derecho patrimonial previamente lesionado. En este caso tampoco se está, a pesar de la presencia del ánimo de lucro, ante un supuesto de receptación por faltar el contenido lesivo de un interés patrimonial en la conducta desarrollada por el sujeto.

De nuevo se observa que ello no podrá ocurrir en el caso de recepción de los objetos obtenidos con la infracción patrimonial previa, pero podrá suceder en los supuestos de receptación impropia en los que el sujeto desarrolla una actividad de favorecimiento del autor previo, obteniendo una contraprestación económica por dicha actividad, pero sin que con la misma se esté perpetuando la situación patrimonial antijurídica existente.

Tanto en el supuesto de inexistencia de ánimo de lucro como en el de falta de una nueva lesión patrimonial, imposibilidad la sanción como delito de receptación, habrá de observarse la posible incriminación por un delito de favorecimiento.

En este punto es importante destacar que en las legislaciones que han configurado el favorecimiento como un delito independiente, se admite mayoritariamente en este delito la presencia de una idea de protección de la pretensión

del lesionado a la restitución de su anterior estado patrimonial, con lo cual no solo los intereses de la generalidad son los considerados por esta figura, pudiendo hablarse en algunos supuestos –en aquellos en los que esté presente ese componente patrimonial- de un delito de doble naturaleza.

Ello, evidentemente, no siempre ocurrirá, pues esta figura no requiere –aunque pueda darse- ni la existencia de una situación patrimonial antijurídica, ni la obtención de una ventaja de tipo patrimonial. Asimismo, quiero resaltar de nuevo cómo el componente de obstaculización a la acción de la justicia sí está presente en la figura de la receptación.

Queda, sin embargo, relegado a un segundo plano por el carácter patrimonial de delito, si bien en casos en los que no sea posible la incriminación mediante el tipo de receptación por no cumplirse todos los requisitos del tipo en cuestión, dicho ataque contra la administración de justicia posibilitará que se pueda subsumir la conducta ilícita en el delito de favorecimiento.

Se entienden los supuestos de receptación, por tanto, como las conductas que supongan una recepción de objetos proveniente de la infracción patrimonial anterior, como las de ayuda al aprovechamiento de dichos efectos por parte del sujeto activo de la infracción previa. En el primer caso, porque con la recepción de dichos objetos se perpetúa la situación patrimonial antijurídica creada, al impedir el tenedor de los mismos el disfrute por su titular de los derechos inherentes a la titularidad patrimonial sobre los objetos. En el segundo, porque la actividad del receptor también perpetúa aquella situación antijurídica no manteniendo él los objetos, pero sí posibilitando que otro lo reciba, y contribuyendo al alejamiento de los mismos respecto de su titular legítimo.

Si en el caso de recepción de objetos no será difícil apreciar la existencia o no de un delito de receptación, atendiendo a los tres elementos que anteriormente se han fijado –previa lesión patrimonial, ánimo de lucro y nueva lesión que mantenga la situación patrimonial antijurídica creada-, será mucho más problemático deslindar cuándo la ayuda prestada por el presunto receptor al sujeto activo del delito previo constituirá un delito de receptación o, por el contrario, un delito de favorecimiento.

4.2 El Ministerio Público frente a los delitos económicos

De acuerdo al diseño constitucional del poder trazado con la reforma de la Constitución Política de la República, en el período 1984-1985 de la Asamblea Constituyente, al Ministerio Público de la nación le compete promover la actuación de la

justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, en coordinación con el resto de autoridades públicas. A partir de este esquema, la función fiscal, igual que la de otras personas que encarnan quehaceres estatales -incluidos los jueces- es eminentemente política, ya que representa una porción del Estado que posee esa misma naturaleza. De allí que cada dictamen de un fiscal, así como cada sentencia de un juez, sea un acto político, pues expresa una decisión de poder estatal.

Trasladando lo dicho al ámbito de la política criminal, entendida como un campo que abarca la valoración de la estructura del sistema penal y de la política a su respecto, el Ministerio Público, de acuerdo a su rol constitucional y a su propia ley orgánica, debe ejercer la titularidad de la acción penal pública en el marco de una política institucional.

En materia de criminalidad económica, teniendo en cuenta las características que presentan ilícitos como el lavado de activos, el Ministerio Público se encuentra ante un desafío que exige, no solo compromiso y presencia sino preparación para comprender y afrontar las dificultades que encierra la investigación (y efectiva sanción) de estos delitos

Por otro lado, tal como afirma Carlos Gonella,

en virtud de las graves y profundas consecuencias corrosivas que produce el lavado de activos en el plano político, económico y ético, la actuación del Ministerio Público implica una elevada responsabilidad democrática. Piénsese que en esa especie de ilícitos siempre hay un trasfondo delictivo de narcotráfico, trata de personas, fraudes fiscales, etc., que impactan en ámbitos muy sensibles para las políticas estatales, como la salud pública, la hacienda pública, la afectación a la dignidad humana, etc.

Se entiende, pues, que el lavado de activos deviene como consecuencia de delitos precedentes tales como los contenidos en la denominada criminalidad organizada que conjunta una cantidad de ilícitos que producen cantidades incommensurables de dinero sucio que necesita ser “blanqueado” y, para ello, se involucran instituciones tanto en el ámbito público como en el privado.

El problema real, entonces, se convierte en un atentado contra la seguridad económica de todo Estado, por lo que su persecución penal se ha visto en la necesidad de autonomizar el lavado de activos creando una ley especial que contenga todos los elementos del tipo penal de lavado de activos. Es decir, que aunque en cierto momento,

el blanqueo se derive de delitos precedentes, la autonomía que le otorga la ley especial lo desliga de la precedencia delictiva de los delitos de la criminalidad organizada.

Asimismo, afirma Gonella que:

En la planificación de una política criminal enfocada hacia estos fenómenos criminales, no puede prescindirse del análisis de las dificultades que se deben enfrentar. En tal sentido, entre las diversas aristas que tipifican su complejidad, se destaca la corrupción. Desde perspectivas criminológicas, se ha concebido como un nexo entre el crimen y la política. El poder corruptor del delincuente económico es uno de los rasgos que lo diferencian del infractor convencional de la ley penal. Aquel utiliza la corrupción de modo instrumental, como medio para comprar voluntades políticas de funcionarios, de fuerzas de seguridad, judiciales, etc.

Al respecto del panorama planteado por Gonella, poco sorprende su descripción, porque en países como Guatemala, se ha visto el derrumbe de estructuras criminales al interior de las instituciones estatales que de cierta forma se involucraron con entidades del ámbito privado creando un vínculo delictivo, difícil de detectar en cierto momento, pero que cuando se descubrió a uno cayeron muchos. Esta delincuencia económica organizada dentro de la administración pública vinculada con redes delincuenciales en el ámbito privado, hizo colapsar la economía del país.

Otro aspecto problemático en torno a la delincuencia económica se vincula con el carácter selectivo del sistema penal, que es visto como una cuestión estructural generada por diversas circunstancias, entre las cuales se menciona:

- a. La ausencia de un afectado directo debido al aparente distanciamiento entre el autor y la víctima, lo que se relaciona con las características del bien jurídico tutelado, de corte colectivo o supra individual;
- b. El perfil del delincuente económico, a quien no se percibe como tal, debido al prestigio de las actividades que desarrolla en su medio. Resulta interesante enfocar este punto desde el plano cultural ya que, a partir del mismo, se advierte que existe indiferencia, tolerancia y, a veces, adhesión social a este tipo de conductas;
- c. Las deficiencias en el sistema de administración de justicia para dar respuesta al problema debido a la escasa especialización y la falta de estructura material y humana;

d. La influencia corruptora de los responsables sobre las estructuras de poder (políticos, fuerzas de seguridad y sistema judicial), lo que condiciona el nivel de selectividad secundaria;

e. El diseño de proceso penal vigente que, al haber sido concebido para el juzgamiento de delitos del Derecho penal nuclear, resulta inadecuado para el procesamiento de delitos más complejos como el lavado de activos u otros delitos económicos.

Ante esta serie de circunstancias que se han ido anidando conforme la necesidad políticocriminal de sancionar el delito de lavado de dinero, los Estados han creado al interior del Ministerio Público, instancias o fiscalías específicas para la persecución de dicho delito o delitos que se implican en el lavado de dinero. Pero el problema real viene a ser representado en el modus operandi de las estructuras criminales que aprovechan hábilmente las ventajas que le brindan un entorno comercial y empresarial globalizado, así como la alta tecnología informática con la que actualmente se cuenta. En ese sentido, puede decirse que se trata de una conducta reprochable que tiene innegables implicancias en el sector financiero y para ello requiere necesariamente de dinero en efectivo o de bienes en general.

Aunado a ello, el lavado de dinero no se limita a una circunscripción territorial determinada, pues por lo regular, su ámbito de acción es de carácter internacional, afectando no solo intereses individuales sino, lo que es más importante, colectivos. En su realización intervienen casi siempre organizaciones de índole delictiva que disimulan sus operaciones bajo aparentes actividades lícitas que bien pueden ser empresariales, comerciales o bancarias.

En torno a esta tendencia, la Organización de Naciones Unidad, ha detectado, que

los delincuentes se están aprovechando de la mundialización de la economía mediante la rápida transferencia de fondos a través de las fronteras internacionales. La rápida evolución de la situación en las esferas de la información, la tecnología y las comunicaciones financieras permite que el dinero se mueva en todos los sentidos con rapidez y facilidad. El dinero en megabytes, en forma de símbolos en la pantalla de una computadora, está en movimiento las 24 horas del día, los siete días de la semana, y puede trasladarse docenas de veces para impedir que los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes lo localicen.





El lavado de activos va a definirse de múltiples formas, pero generalmente siempre debe tenerse en cuenta el fin que persiguen los delincuentes, y ello se refiere a la intención de querer darle una apariencia lícita, para evitar ser vinculados con el delito de donde se obtuvo las ganancias ilegales, pues resulta difícil graficar en tan vasto contexto cuáles son las distintas modalidades con las que se ejecutan las técnicas actuales de lavado de activos.

Resulta difícil para el ente investigador y persecutor localizar los grandes montos de dinero que se lavan dentro del sistema financiero y bancario, toda vez que las técnicas de ubicación incluyen depósitos estructurados de fondos por sumas determinadas de manera de evadir las obligaciones de reporte o la mezcla de depósitos de fondos y empresas ilegales.

Un ejemplo de ello puede incluir el hecho de dividir grandes sumas de efectivo en sumas más pequeñas, menos visibles, las que son depositadas directamente en una cuenta bancaria mediante el depósito de un cheque de reembolso de un paquete de vacaciones cancelado o de una póliza de seguros, o adquiriendo una serie de instrumentos monetarios (cheques de viajero u órdenes de dinero) que son cobrados o depositados en otra ciudad o institución financiera.

Frente al ocultamiento, el Ministerio Público también encontrará serios obstáculos pues esta técnica implica la movilización de fondos en todo el sistema financiero, a menudo en una compleja serie de transacciones para crear confusión y complicar el rastreo documental.

Y, tal como afirma Rodríguez (2006):

Se trata de un proceso cíclico que persigue el ocultamiento de los dineros ilegítimos, su respectiva inversión y la constitución de una buena coartada para escapar de la acción de las autoridades judiciales, los auditores contables y los controles institucionales; todo esto sirviéndose del sistema financiero y partiendo de la premisa según la cual, el mejor lugar para ocultar y legalizar el dinero proveniente de actividades ilícitas son las instituciones financieras porque es allí donde hay más dinero del cual se presume su legítima procedencia.

Perseguir penalmente acciones ilícitas de gran magnitud para la cual no se cuenta con suficientes herramientas, resulta en una tarea bastante dificultosa y llena de obstáculos para el Ministerio Público, entidad que debe enfrentar la serie de candados que conforma el sistema financiero y bancario de un país. El propio secreto bancario se



ha transformado ya no en un sistema de seguridad para el dueño del dinero depositado sino que ahora resulta en una especie de obstrucción de la justicia velada porque está en vigencia una ley que protege el secreto bancario.

¿Qué hacer, entonces, ante este fenómeno delictivo extendido en las estructuras financieras y bancarias del país? No existe una respuesta específica para dicho cuestionamiento, pero sí un panorama de por qué este fenómeno es un valladar difícil de derribar.

Respecto a ello, Álvarez y Eguidazu (1997) afirman que:

De todas las formas, el blanqueo de bienes mueve cifras elevadas y no es fácil evaluar el volumen de los capitales procedentes de actividades delictivas que son anualmente objeto de blanqueo. En lo que se refiere a las actividades ilícitas, los ingresos generados por el tráfico de drogas u otros delitos están POR DEFINICIÓN, OCULTOS AL ESCRUTINO DE LAS AUTORIDADES, de forma que solo por métodos de estimación indirectos es posible llegar a precisar alguna cifra de indiscutible fiabilidad...

Por último, visualizar la figura institucional del Ministerio Público ante la fase de integración del lavado de activos, lleva a considerar mucho más la difícil tarea persecutora de la línea en que se diluye el dinero ilegítimo y con ello, a sus dueños, actores en representación o testaferros, empresas legitimadas pero con fondos ilegítimos.

Hay que recordar que el objetivo final del proceso de lavado de dinero es la integración. Una vez que los fondos están en el sistema financiero, y aislados a través de la etapa de ocultamiento, el paso de integración es utilizado para crear la apariencia de legalidad a través de más transacciones.

Estas transacciones protegen aún más al delincuente de la conexión registrada hacia los fondos, brindando una explicación plausible acerca de la fuente del dinero. Un ejemplo de estos casos lo representa la compra y reventa de inmuebles, los títulos valores de inversión u otros activos.

4.2.1 Los instrumentos internacionales en el ámbito del lavado de activos en apoyo a la acción persecutora del Ministerio Público

La identificación, seguimiento, persecución y detención de los criminales económicos debe estar apoyada en instrumentos internacionales que permiten a las

autoridades desenvolverse mejor en su desempeño a fin de mejorar y sostener un Estado de derecho.

Para ello, en el concierto de la Naciones Unidas, los Estados Parte se acogen a la política criminal internacional emanada de este ente aglutinante para resolver las estrategias que se tendrán que llevar a cabo con la finalidad de contrarrestar y contener el fenómeno de la criminalidad organizada y sus nefastas consecuencias.

1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 19 de diciembre de 1988. Más conocida como Convención de Viena de 1988.

- La Convención de Viena de 1988 demuestra el interés y la importancia que tiene el tema en el ámbito internacional puesto que se trata de un problema que escapa a las jurisdicciones nacionales, generando un apoyo normativo para ejercer un poder de policía global.
- La exigencia de la tipificación penal del lavado de activos y de su valoración como un delito grave, permite la coordinación, cooperación y solidaridad entre las autoridades políticas y jurisdiccionales en materia de decomiso, asistencia judicial recíproca y extradición.
- La Convención establece medidas para combatir el blanqueo del dinero en el art. 7 y en el art. 8 penaliza los actos de corrupción, haciéndose necesario una reglamentación acorde a las tendencias informáticas, electrónicas y virtuales del presente.

2. Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

- En el art. 1 de esta Convención se establece que su propósito es promover la cooperación para prevenir y combatir con mayor eficacia la delincuencia transnacional, permitiendo una persecución con base en la cooperación, solidaridad y coordinación de los tribunales jurisdiccionales y la Policía Internacional.
- En el art. 5 se penaliza la participación en un grupo delictivo organizado.
- El art. 6 tipifica el blanqueo producto del delito. Es importante destacar que en esta tipificación se pone de manifiesto la relevancia de delitos previos, no solo relacionados con el narcotráfico de estupefacientes, sino que en el ámbito



internacional se relaciona íntimamente al lavado con la delincuencia organizada internacional.

3. Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), en 1999 tipificó el delito de blanqueo no solo por el tráfico ilícito de drogas, sino por otros “delitos graves”, haciendo necesaria su revisión, adecuación y actualización en cuanto a los nuevos estupefacientes que continuamente aparecen en los mercados nacionales e internacionales.

4. El Programa de la Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) estableció en 1995, una legislación modelo para controlar el lavado de activos. Conforme su prefacio lo plantea,

está destinada a facilitar el trabajo de los Estados que desean completar y modernizar su legislación contra el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas y el blanqueo del dinero de la droga.

Del análisis de los instrumentos internacionales señalados, se advierte que el lavado de activos viene ocupando desde hace décadas un lugar prioritario en la agenda de los foros internacionales, lo cual redundando en una ostensible injerencia de la comunidad internacional, en el diseño de la política criminal de los Estados parte, lo que puede dar resultados poco efectivos, porque toda política criminal nacional debe tener en cuenta la cuestión cultural en que deberá aplicar la legislación. Asimismo, se deberá tener en cuenta lo territorial, que el pensarse en transponer una legislación diseñada en lo internacional para adecuarlo a lo doméstico, generalmente trae consigo consecuencias paradójicas.

4.3 La Intendencia de Verificación Especial (IVE) y su función como ente investigador de transacciones sospechosas en apoyo al Ministerio Público

Según la Superintendencia de Bancos de Guatemala, la Intendencia de Verificación Especial es un tipo de unidad que internacionalmente se le conoce como Unidad de Análisis Financiero (UAF) de carácter administrativo. Se rige según las disposiciones legales de la República de Guatemala vigentes, contra el delito de lavado de dinero u otros activos y para prevenir y reprimir el delito de financiamiento del terrorismo.

De conformidad con el artículo 33 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y artículo 20 de la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, las funciones que se le han delegado a la IVE son las siguientes:





- a. Requerir y recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos.
- b. Analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, así como operaciones o patrones de lavado de dinero u otros activos.
- c. Elaborar y mantener los registros y estadísticas necesarias para el desarrollo de sus funciones.
- d. Intercambiar con entidades homólogas de otros países información para el análisis de casos relacionados con el lavado de dinero u otros activos, previa suscripción con dichas entidades de memoranda de entendimiento u otros acuerdos de cooperación.
- e. En caso de indicio de la comisión de un delito presentar la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, señalar y aportar los medios probatorios que sean de su conocimiento u obren en su poder.
- f. Proveer al Ministerio Público cualquier asistencia requerida en el análisis de información que posea la misma, y coadyuvar con la investigación de los actos y delitos relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos.
- g. Imponer a las personas obligadas las multas administrativas en dinero que corresponda por las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley.
- h. Otras que se deriven de la presente ley o de otras disposiciones legales y convenios internacionales aprobados por el Estado de Guatemala.

Como se puede observar, la IVE no se sustenta en propia ley, por el contrario, sus funciones derivan de la vigencia de dos leyes en las que solo dos artículos le dan vida institucional a la misma. Sin embargo, sus funciones son tan amplias que moldean la figura de una institución con plena autonomía.

Esta institución se encuentra entre dos cuerpos normativos. Una primera referida al lavado de dinero u otros activos, que a criterio personal es la que plantearía con suficiencia el accionar de la IVE; en cuanto a la segunda, Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, habrá que recurrir a la teoría que esclarezca la filiación entre el lavado de dinero y el terrorismo, de esta manera se tendrá esclarecido



el vínculo jurídico entre ambas normativas y la IVE, así como las motivaciones políticocriminales que incidieron en que se produjera esta trilogía.

4.4 La relación del lavado de dinero con el terrorismo y su medio de desarrollo

4.4.1 El concepto de terrorismo

En el marco de actuación de los organismos internacionales –Convención de Nueva York sobre Terrorismo- se ha definido el terrorismo como:

Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Esta definición también ha caracterizado, en otras elaboraciones puntuales, a los actos terroristas.

Se ha recomendado, a todos los países, dar pasos inmediatos para ratificar y ejecutar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas de 1999 para la Eliminación del Financiamiento del Terrorismo, poniendo en práctica las resoluciones de las Naciones Unidas relacionadas con la prevención y eliminación del financiamiento de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Es así como todos los países que deseen mantenerse en el concierto políticocriminal internacional deberán tipificar en su legislación interna la conducta de financiamiento del terrorismo e identificar, como autor de dicha conducta, a aquel que por el medio que fuera, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, en un acto de terrorismo. Además, deberá fijarse la necesidad de imponer el congelamiento de los fondos que se identifiquen serán para dichos usos. Todo esto se encuentra contenido en la Resolución 1390 del Consejo de Seguridad de la ONU del 16 de enero de 2002.

4.4.2 Métodos para el lavado de dinero y relación con el terrorismo

El dinero puede ser blanqueado con diversos métodos. Los más conocidos son los siguientes: pequeños depósitos de dinero en efectivo en cuentas corrientes bancarias; la compra y reventa de artículos de lujo, como automóviles, antigüedades y

joyas, inversiones en inmuebles; construcciones, que interactúan con proyectos de urbanización, y la conformación de empresas que se utilizan como instrumento de ingreso de dinero al circuito legal.



Resulta imposible describir con exactitud, por su variedad y la permanente innovación en la materia, la totalidad de métodos o tipologías que son utilizadas para desvincular a los activos de su origen o destino final, resultando también que los mecanismos difieren de un país a otro, debido a la cantidad de características y factores propios de cada región y las variables que entran en juego.

Debe destacarse que los mecanismos para la circulación del dinero vinculado a un ilícito se sostienen en los mismos principios básicos de las actividades financieras lícitas: apertura de cuentas corrientes bancarias, intercambio comercial, transferencia electrónica de fondos y operaciones con divisas o a través de las Black office de las entidades bancarias, las que por sus conexiones en el exterior, facilitan los giros, inversiones, transacciones, reconversiones, sustituciones y compensaciones borrando la conexión delictiva y, al final del circuito, hacen que regrese el capital del “paraíso bancario” ya lavado.

Por ello, la clave de cualquier sistema de prevención de estas actividades está en establecer la obligación, para los intermediarios del sistema financiero, de cumplir rígidas pautas de información sobre sus “clientes” y operaciones, debiendo informarse a las Unidades de Información Financiera (la IVE como se señaló en epígrafe anterior) sobre aquellas operaciones inusuales o sospechosas de las que tomen reconocimiento en su actividad.

Según señala Cabral (2003) sobre esta labor exclusivamente administrativa de análisis técnico:

Deberá realizarse sobre los actos o actividades de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitadas o injustificadas, no habituales o que se aparten significativamente de los usos y costumbres, o que, por cualquier motivo, parezcan no tener justificación económica u objeto lícito.

Afirma sobre los actos de terrorismo que,

por su complejidad, necesitan de cuantiosos recursos para ser llevados adelante, siendo que aquellos que proveen los mismos no tienen la intención de que se los identifique, ubicándose allí un punto de contacto entre el lavado de activos y el



financiamiento el terrorismo, actividades que, en su fase de movimiento de activos ocultando su origen, presentan características similares.

En los casos de lavado se envían fondos ilícitos a través de canales legales para ocultar de esta forma su origen delictivo, mientras que aquellos que financian el terrorismo transfieren fondos, que pueden tener un origen lícito o ilícito, de manera tal que encubren su fuente y destino final: el apoyo al terrorismo.

Vale aclarar que los fondos utilizados para apoyar el terrorismo pueden provenir de fuentes legítimas, actividades delictivas o ambas, siendo fundamental, para quien aporta los fondos, separarse de la actividad terrorista, dado que si se logra encubrir la fuente, esta se mantiene disponible para otras actividades del mismo tenor en el futuro, por lo cual se busca que la actividad de financiamiento pase inadvertida.

Sin embargo, es necesario destacar que, desde el punto de vista preventivo, no resulta tarea sencilla para las entidades del sector financiero conocer previamente el destino de esos fondos que administran, por lo cual los organismos internacionales identifican tipología que les permiten ser más cautelosos y exigentes con algunas operaciones –las no habituales o sospechosas- y con la vinculación de clientes que presentan riesgo.

Queda claro que esto último solo puede tener lugar como consecuencia de una operación inusual o sospechosa informada con anterioridad al pedido de información adicional en virtud de una obligación específica. De lo contrario, se convalidaría de manera inadmisibles la realización de prácticas probatorias que se pretenden legitimar por su resultado.

4.4.3 La conducta de los actores en el lavado de dinero

En 1988, el BCCI (The Bank of Credit and Commerce International) fue condenado por EE.UU., pues se había especializado en el lavado de activos, sobre todo a través de sus sucursales de Florida. Esta entidad -además de las sucursales en Florida- tenía representación en 70 países y casi otras quinientas sucursales. Este banco se dedicó a lavar el dinero del Cártel Pablo Escobar lo que representó un detrimento bastante considerable en la economía colombiana (Cabral, 2003).

El presente análisis va dirigido a los sujetos que se encargan de ocultar los rastros que permitan vincular al dinero con el delito y es de considerar que aquellos que se embarcan en esta actividad, cuando no son parte de la estructura delictiva que les dio origen o no comparten los objetivos terroristas, buscan una recompensa en bienes

por los riesgos que asumen por el manejo del dinero del que tratan de ocultar su procedencia.

Como fundamento de dicha afirmación, se puntualiza en lo expresado por Gallino (1982, p.25) en cuanto a que:

Se parte de la circunstancia de que los que se encuentran involucrados en estas conductas son parte de los sectores sociales que registran los mayores recursos económicos, hecho que genera la sensación de que no les resulta trascendente el daño que podrían producir con su actividad a la comunidad producto de la ruptura del equilibrio del sistema económico/productivo.

Por las características propias de lo que importa una actividad financiera, se requiere la planificación de inversiones, prestación de servicios y toda una estructura – persona/inmuebles/muebles- para lograrlo, lo que permite afirmar que las conductas de lavado se gestan en el marco de una actividad organizada como producto de una decisión meditada y no una reacción deliberada.

Se debe enfatizar en que este tipo de estructura de delincuencia organizada económica, responde a las mismas características de la criminalidad organizada en sí, como lo es la decisión meditada. Estos grupos –porque son muchos- de delincuencia organizada indefectiblemente buscarán a estos actores que le ayuden a diluir la ilicitud de estos bienes dentro del marco de empresas lícitas o sistemas bancarios en diferentes territorios. Es así, como resulta sumamente difícil para el ente persecutor recabar pruebas fehacientes del ilícito de lavado de dinero.

Se ha señalado, como característica de aquellos que cometen delitos de carácter económico, que se trata de “sujetos inteligentes, avezados en los negocios, conocedores de las leyes, los reglamentos y las artimañas para eludir sanciones, influyentes en ciertos espacios de poder” (Bielsa, s.f.). Pertenecientes “a un elevado status social y de gran poder adquisitivo” (Balcarce, 2003) y “carentes de conciencia de culpabilidad en función del escaso rechazo social” (Fellini, 2000).

Es de entender, por tanto por cuanto, que incurrir en la conducta de blanqueo de origen de bienes no resultaría una acción deliberada, sino que sería el producto de una planificación destinada a este fin. Esto no significa que nunca se viole la ley de una manera desorganizada o espontánea, y cuando ello ocurre, por lo burdo de la maniobra, haya mayores posibilidades de que la conducta sea detectada, pero lo que



se quiere demostrar es que gran parte de las violaciones resultan deliberadas y organizadas.

Con mayor claridad se puede entender que la conducta deliberada y organizada conlleva la comisión de un delito, en cuanto a la planificación resulta en una conducta más empresarial que al no detectarse no origina delito.

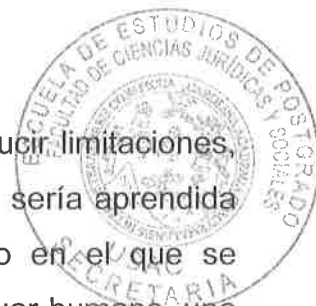
Conforme la doctrina el lavado de dinero vendría a ser un “delito de cuello blanco” (Virgolini, 2005, p.23) y la organización para el delito puede ser formal o informal, pero hay que destacar que “en la actualidad ninguna actividad ilegal, que de alguna forma tenga resultado económicamente productivo, puede sobrevivir si no es en una relación simbiótica con la economía legal” (Pavarini, 2006, p.35). Ello, en el caso de lavado de activos, se presenta de forma casi palmaria toda vez que el campo más fértil para ocultar una maniobra es que esta pase a tener habitualidad y deje de ser sospechosa.

En este sentido, vale acotar en lo expresado por (Sutherland, 1988) en su histórico documento sobre los delitos de cuello blanco, en el cual plantea el resultado de la investigación de cientos de corporaciones norteamericanas, en cuyo interior se interrelacionaban sujetos invisibles cuyas conductas producían grandes ganancias ilícitas a los accionistas de dichas corporaciones.

Los datos que surgen de los informes de los organismos internacionales sobre el reporte de conductas de lavado también permiten sostener que estas prácticas son habituales y permanentes, “pudiendo resultar en la relación entre los distintos actores de la actividad económica –ya sea a nivel horizontal y/o vertical-, el lugar en el cual se incorporan las conductas delictivas”.

Seguramente en ese mismo espacio están aquellos que la definen favorablemente y otros que la definen de manera desfavorable, incorporando la conducta al sujeto individual cuando y solo cuando el peso de las definiciones desfavorables es superior al de las definiciones favorables. Es decir, cuando todo se ve a favor de la conducta el colectivo que circunda al sujeto que actúa, lo favorecerá con su aprobación aun cuando a nivel general se tenga por entendido que dicha conducta no es correcta. Si, por el contrario, el colectivo que circunda al sujeto que actúa percibe señales de la generalidad en cuanto a que lo que se hace es incorrecto, entonces dicho colectivo le encajará la conducta errática, de una forma individualizada, al sujeto que comete dicho acto desfavorable.





Hay que considerar dentro de este contexto que se van a producir limitaciones, ya que cada cual posee su jerarquía de valores y la conducta criminal sería aprendida en el medio comunicativo social. Dentro de ese grupo restringido en el que se establecen relaciones personales y con una visión determinista del actuar humano, una constante relación con conductas u organizaciones criminales llevarían a la persona a que ejecute aquellas prácticas que aprendió en ese ambiente, del cual también habrá tomado sus motivaciones y valores.

El sujeto que incurre en la conducta de lavado es inteligente, avezado en los negocios, conocedor de las leyes, los reglamentos y las artimañas para eludir sanciones, con acceso a la información y a los avances tecnológicos para el mejor desarrollo de su actividad. En contrapartida, aparece un Estado –guatemalteco- que no cuenta con una estructura de investigación judicial capacitada para investigar este tipo de delitos. Ello permite sostener que, por lo menos en el medio guatemalteco,

en los casos de lavado de activos estamos ante un actuar en el que prima la razón, en el que el sujeto que incurre en la conducta lo hace luego de una compleja evaluación de riesgos y beneficios, sujeto íntimamente relacionado con el hombre económico desarrollado por el liberalismo económico, que calcula y analiza las ventajas y las desventajas o los costos y beneficios que le reportaría la realización del acto que planifica (Anitua, 2005).

Como síntesis de este capítulo, se puede plantear que resulta imposible describir con exactitud la totalidad de los métodos o tipologías que son utilizados para desvincular a los activos de su origen o destino final.

Y, como señala Cabral (s.f.),

que estos se sostienen en los mismos principios básicos que las actividades financieras lícitas y que la clave de cualquier sistema de prevención de estas actividades está en establecer la obligación, para los intermediarios del sistema financiero, de cumplir rígidas pautas de información sobre sus “clientes” y operaciones ya que... la decisión de incurrir en la conducta prohibida sería producto de una decisión que se adopta previo cálculo de riesgo, costos y beneficios.



4.5 Las conductas definitorias de lavado de dinero. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir. La conversión y la transferencia

4.5.1 La conversión de bienes procedentes de un delito grave

Uno de los términos empleados en los instrumentos internacionales es el de “conversión”. Las conductas consistentes en la conversión de bienes procedentes de un delito, con intención de ocultar o encubrir su origen, son constitutivas de lavado de activos.

De lo que se trata ahora, es de determinar su contenido, esto es, en qué ha de consistir la conversión de los bienes procedentes de un delito y su alcance. Es decir, la delimitación del ámbito de prohibición mediante el recurso a las modalidades de conversión.

Un criterio de interpretación puede provenir del Convenio de Viena y de los proyectos que le precedieron. El “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General, al definir “blanqueo” en el art. 1) se refería a la “conversión del producto por transmisión electrónica”. Posteriormente, otro proyecto incluía la conversión junto con las conductas de ocultación y encubrimiento. Finalmente, el texto definitivo sanciona la conversión y la transferencia en el mismo artículo (art. 3.1.b.i).

El primer nivel de interpretación al que se puede acceder es el gramatical. El Diccionario de la Real Academia española de la lengua (DRAE) dice que el término conversión consiste en la “acción y efecto de convertir o convertirse”, así como en la “mutación de una cosa en otra”. Habrá de partirse de esta interpretación, así como de la interpretación funcional, determinada por el fin de luchar contra el lavado de activos procedentes de un delito, para fijar el contenido del término que ahora ocupa.

Un contenido que debe adecuarse al objetivo que se persigue de lucha contra el lavado de activos, pero no puede sobrepasar lo que es su sentido gramatical, desvirtuándolo o dejándolo sin sentido. De la interpretación gramatical se puede deducir una característica consistente en que los comportamientos conversores han de recaer directamente sobre el bien procedente de un delito. “De ahí el carácter esencial de establecer una relación entre el objeto material del delito y la acción típica que ha de recaer sobre el mismo. Ello se aprecia fundamentalmente en este delito donde el objeto material despliega una gran influencia sobre el contenido de la acción típica, y más concretamente sobre el comportamiento de conversión” (Blanco, 2006).



El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de recaer directamente sobre el objeto material. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado ha de tener como base el bien originario. Se pueden producir conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya mediante su supresión o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada. La transformación puede producirse mediante la adición de otras cosas a las originarias, de manera que como resultado se obtiene otra totalmente diferente. Junto a la adición, puede producirse también la supresión de elementos de la cosa procedente de un delito, de la que resulte otra totalmente distinta.

Por último, quedará abarcada por el ámbito de aplicación del tipo de conversión la modificación de las cosas. Para asegurar la efectividad del tipo penal, parece necesario admitir que todas estas acciones puedan ser realizadas ya mediante el trabajo propio del blanqueador, ya mediante el trabajo ajeno, siempre y cuando haya sido ordenado por el blanqueador. De lo contrario, "se originaría una laguna de punibilidad al quedar impune el blanqueador que ordena a un tercero, que no conoce el origen de los bienes, llevar a cabo tal transformación, al no ser él mismo quien la lleva a cabo". En cualquier caso, "es indiferente que la mutación sea reversible (transformación de dinero en cualquier título al portador) o no (transformación de una joya con importante valor histórico en oro)" (Moreno, 1996).

Según Romeral y García (1993):

El límite inferior de la tipicidad viene dado por la descripción de la siguiente conducta típica: la transferencia. Cuando los bienes resultantes de una acción de transferencia de los que proceden de un delito son otros totalmente diferentes no basados en los originarios, estaremos ante otra conducta también típica no subsumible en el tipo de conversión. La doctrina considera que la acción típica de "convertir" hace referencia a un proceso de sustitución característico del lavado de activos que normalmente se realiza mediante diversas operaciones financieras o de otro tipo.

Según se interpreta de la cita anterior, quedarían abarcados los supuestos en que los bienes procedentes de un delito grave son transmitidos a título oneroso, de manera que el bien originario es sustituido por otro en el patrimonio del blanqueador. Sin embargo, en opinión personal, parece preferible considerar estos supuestos como

transferencia de bienes, mientras que la conversión quedaría reservada exclusivamente a los supuestos de transformación.

En la práctica (Blanco, 2006) esta cuestión no tiene mucha relevancia, pues ambos son comportamientos subsumibles en la amplísima descripción típica del Convenio de Viena. Por ello, discutir refiere (Palma, 2000) si quien transmite a título oneroso (si fuera a título gratuito se estaría indudablemente ante una transferencia) un bien procedente de un delito convierte o transfiere no tiene mucho sentido.

La conversión del bien de origen delictivo no necesariamente ha de ser por otro de naturaleza distinta, sino que también comprende supuestos en los que se convierte en otro de la misma naturaleza.

En cualquier caso, la referencia a la acción típica de “convertir” ha sido calificada por algún autor como “muy acertada” desde las posturas que interpretan tal término en el sentido de “proceso de sustitución”. En opinión personal, y estimando que hace referencia a la transformación de los bienes, también es una medida positiva, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes.

4.5.2 La transferencia

Otro término que se encuentra incluido en el contenido de los instrumentos internacionales para describir la acción típica es el de “transferir” bienes con la intención de ocultar o encubrir su origen.

Para la realización del injusto es necesaria la transferencia efectiva de los bienes procedentes de un delito. Cuando se transfiere un bien, se está haciendo referencia a la “transmisión de los derechos” sobre el mismo. Desde el punto de vista civil se entiende que la transmisión supone traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho de identidad.

Plantea Blanco (2006) que:

La transmisión en Derecho civil presupone la condición de enajenable del bien o derecho. Tanto un hecho jurídico (la muerte del causante) como un acto voluntario (la compraventa) pueden ser causa de la transmisión. Con carácter próximo a la transmisión por acto voluntario, pero no coincidente, se menciona la enajenación, que se entiende de dos maneras: en un sentido amplio, equivalente al desprendimiento voluntario de un derecho por su titular (incluidos supuestos

en que no se produce un traslado del mismo a otro sujeto, como la renuncia al derecho); y en un sentido estricto, relativo a la transferencia de un derecho por acto inter vivos.

El problema aquí reside en determinar si se opta por el concepto civil de transferencia, o si, por el contrario, la transferencia tiene un significado autónomo en el Derecho penal. Si desde un punto de vista teleológico se pretende restringir la circulación en el tráfico económico de los bienes contaminados, parece más correcto acoger el concepto civil. De esta manera, el tipo abarcaría “el traspaso de los derechos” que recaiga sobre los bienes procedentes de un delito. De adoptar un concepto diferente, que admita algún tipo de traspaso de cualquier título, podría ser una vía de escape para los blanqueadores, quienes tratarían por todos los medios de dirigir sus negocios traslativos hacia tales excepciones.

La conducta de transferencia de bienes procedentes de un delito puede –afirma Blanco- “realizarse tanto a título oneroso como gratuito”. Se incluyen, en principio, las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*. Estas últimas, sin embargo, presentarían problemas en orden a la sanción del autor, sobre todo si la causa de la transmisión es su muerte, dado que ella extingue la responsabilidad penal, no susceptible de transmisión a los sujetos receptores de los bienes, por el principio de personalidad de las penas.

Por último, van a quedar abarcadas las “transferencias electrónicas” de dinero de unas cuentas bancarias a otras, incluidas las de carácter internacional, uno de los retos más grandes en la lucha contra el lavado de activos.

La experiencia pone de manifiesto la utilización masiva de las transferencias bancarias como método para blanquear fundamentalmente dinero. Palma Herrera matiza esta cuestión al entender que “en el caso de las transferencias electrónicas se debe producir una salida de los capitales del señorío de quien las realiza, debe producirse un traslado dominical.

Ciertamente que de no tener lugar el traslado de dominio se produciría exclusivamente un desplazamiento de los bienes, que poco tendría que ver con el lavado de activos. Ahora bien, una interpretación sistemática del tipo del lavado de activos permite comprender también estos supuestos. Un ejemplo pertinente a este respecto sería que el blanqueador hace una transferencia de varios millones a una cuenta que tiene en un banco ubicado en un paraíso fiscal, con el objetivo de ocultar el

origen del dinero. ¿Está haciendo una transferencia para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes?

Según Blanco Cordero, la respuesta ha de ser afirmativa. La interpretación de este acto puede dar lugar a lagunas que van a ser utilizadas de forma muy fructífera por los blanqueadores. Sería entonces muy fácil alegar por quien se dedica al lavado de activos y que dispone de los bienes de origen delictivo, que no comete delito cuando transmite el dinero a una cuenta propia en un paraíso fiscal con la finalidad de reciclarlo.

4.5.3 La ocultación

Las definiciones que ha aportado la doctrina penal en referencia a la ocultación son muy diversas. Según Rodríguez (1972) consiste en una “acción que tiende a evitar que algo sea conocido”. Conde (1955) indica que la ocultación ha de entenderse no solo como “acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica los elementos sobre los que el encubrimiento recae”.

Es de entender, entonces, (Blanco, 2006) que la “ocultación” consiste en acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros, de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito o la propiedad de los mismos.

Asimismo, señala el autor citado que:

Se podría interpretar que no se refiere a la ocultación de los bienes como tales, esto es, del sustrato material del bien, sino solamente de determinadas circunstancias relativas a los mismos, que expresamente se recogen en el texto legal, como son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. No se recogen, por tanto, los casos en que los bienes procedentes de un delito grave son materialmente escondidos.

Asimismo, se ha de entender que es punible, por tanto, la ocultación de los bienes de origen delictivo, pues es un comportamiento subsumible directamente en un tipo penal. Quien esconde el bien, oculta, por ejemplo, su destino.

La doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa –esconder, disfrazar o tapar-, o mediante una conducta pasiva –callar

lo que se conoce-. Las activas abarcan conductas de carácter manipulador o clandestino, realizadas en el tráfico económico. La conducta omisiva consiste en callar lo que se puede o debe decir.

En el caso del lavado de activos, la presencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídica de hechos u operaciones sospechosas.

Existen “deberes jurídicos de comunicar”, esto es, de no callar información relativa a hechos u operaciones sospechosas de lavado de activos, que recaen sobre personas físicas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. Esta es una interpretación adecuada, pues si la ley exige la comunicación de las operaciones sospechosas, “con más razón deben comunicarse a la autoridad las operaciones de la que se tiene constancia de que son constitutivas de lavado de activos, porque solo se pueden sancionar las conductas de ocultación cuando se conoce la procedencia de los bienes” (Palma, 2000).

4.5.4 El encubrimiento

Define el DRAE el término "encubrir" como "ocultar una cosa o no manifestarla", "impedir quellegue a saberse una cosa". Estas definiciones, sin embargo, no son muy clarificadoras sobre el significado jurídico-penal del término "encubrimiento".

El Convenio de Viena pretende sancionar la ocultación del origen delictivo de los bienes y derechos. Sin embargo, podría opinarse que la utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha de entenderse como “sinónimo de ocultación”. Así lo han entendido algunos países que al incorporar la normativa internacional a su ordenamiento jurídico parecen percibir el problema que puede surgir de trasponer textualmente aquella, y en lugar de hacer referencia al encubrimiento, término técnico en el ordenamiento penal alusivo a una concreta modalidad delictiva, prefiere optar por el verbo típico "disimular".

En la misma línea, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y la Convención de Mérida sobre la corrupción aluden a la disimulación, para evitar confundir el término encubrimiento con el delito de encubrimiento propio de nuestros sistemas jurídicos. Y también el art. 2.3 del Reglamento Modelode la OEA.

Este término es sinónimo del encubrimiento, y alude al enmascaramiento, desfiguración, etc. en este caso del origen delictivo de los bienes.

Entiende la doctrina mayoritaria que los términos ocultar o encubrir son sinónimos, y así se utilizan por los textos internacionales, por lo que se podría haber omitido una de las dos palabras.

4.6 Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir

4.6.1 La adquisición de bienes

El art. 3.1.c).i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de adquisición de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art.6.1.b).1) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional.

Y en el mismo sentido el art. 6.1. c) del Convenio del Consejo de Europa. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la adquisición como comportamiento constitutivo de un delito de lavado.

La “adquisición” es un término de contenido complejo, por razón de su propia amplitud, pues se puede aplicar a diferentes situaciones jurídicas en diversos campos del Derecho. Así, por ejemplo, en el ámbito civil se hace referencia a la adquisición en el marco de la dinámica de los derechos subjetivos. La cuestión es cuál es el sentido que se ha de atribuir al mencionado término en el ordenamiento jurídico-penal.

Un primer paso es el recurso a la “interpretación gramatical”. El Diccionario de la lengua española define “adquisición” como “acción de adquirir”, y a su vez, define “adquirir” como “comprar” o “hacer propio un derecho cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”. Desde el punto de vista del lenguaje usual se tiende a identificar “adquisición” con “compra”, tal y como se deriva del primero de los significados señalados por el diccionario de la lengua española.

El segundo de los significados aportado por el diccionario de la lengua española se corresponde en gran medida con la definición civil del término “adquisición”, entendida como el fenómeno jurídico que consiste en el ingreso de un derecho en la esfera jurídica de una persona. Esto es, “como incremento que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia de un determinado hecho o relación de Derecho”.



Desde esta perspectiva, el incremento patrimonial se refiere tanto a “un aumento del activo, como a una disminución del pasivo del patrimonio”.

La adquisición puede hacerse de tres formas: con la voluntad de aquel que adquiera, sin su voluntad o contra su voluntad. Es posible adquirir sin la voluntad del adquirente, e incluso existen supuestos en que la adquisición se opone a su voluntad (Riera, 1983).

Trasladados al ámbito penal Córdoba (1977) considera que la adquisición es “equivalente a la toma de posesión de un cierto objeto”. Puede realizarse bien en virtud de una acción unilateral del sujeto -sustracción, descubrimiento seguido de ulterior apropiación-, bien en virtud de una conducta de este concurrente con la de una persona distinta -adquisición a título oneroso o gratuito. Por tanto, se equipará adquisición con ingreso en la esfera jurídica de una persona del derecho de posesión.

Respecto de los *instrumentos internacionales*, cuya finalidad es la lucha contra el lavado de activos de origen delictivo, entendemos que la adquisición consiste en el ingreso de los derechos sobre los bienes de origen delictivo. No va a ser necesario que se produzca un incremento patrimonial, pues también existirá la adquisición de un bien cuando se paga por él un precio muy superior al real, produciéndose así una disminución del patrimonio. Ni siquiera va a ser necesario el ánimo de lucro. Tampoco va a ser precisa una contraprestación para poder hablar de adquisición (Moreno, 1996).

Para concatenar esta serie de elementos compositivos de la adquisición como características del lavado de activos, preciso resulta citar lo señalado por Palma (2000), para quien la adquisición,

lo será de la propiedad del bien o titularidad del derecho, sin que medie la posesión del mismo. Esto, concluye, llevaría a la conclusión de que también el alquiler de un bien de procedencia delictiva significa su adquisición. No acabo de entender por qué razón esta conducta no es subsumible en esta modalidad delictiva, pues quien alquila el bien adquiere un derecho sobre él, y puede actuar con la finalidad de ocultar su ilícita procedencia.

Especifica este autor que a su entender la inclusión o no de la posesión va a depender de si se encuentra o no expresamente castigada dicha conducta de posesión. De lo contrario, podría quedar incluido en la adquisición el derecho de posesión.





4.6.2 El transporte

Solo el Reglamento Modelo de la CICAD alude en su art. 2.1 al transporte de bienes de origen delictivo como modalidad de lavado.

El término transportar alude al desplazamiento físico de los bienes de origen delictivo. Parece que con este comportamiento se trata de hacer frente a los supuestos de contrabando físico del dinero de un país a otro con el objetivo de lavarlo, un mecanismo muy habitual de ocultar los bienes de origen delictivo.

El problema va a residir en la *distinción* de este comportamiento del de transferencia. Y es que si se castigan penalmente ambos comportamientos, se ha de extraer de la definición de transferencia el comportamiento consistente en el transporte.

Ahora bien, tomando en cuenta que existe una constante interrogante sobre el transporte de dinero, es necesario determinar una respuesta jurídicamente aceptable. Pues bien, ¿se puede decir que quien transporta el dinero realmente está cometiendo un delito de lavado? Si al considerar que si se entiende el lavado de capitales como el proceso dirigido a dotar de la apariencia de legalidad a los bienes originados en comportamientos delictivos, entonces, el comportamiento de transporte quedaría en la periferia de dicha actividad. Y, en efecto, comportamientos nucleares pueden ser el aprovechamiento o la transformación de los bienes con el objetivo de esconder su origen delictivo, pero el transporte debería considerarse como una mera forma de participación en lavado de activos.

4.6.3 La posesión y la tenencia. Distinción entre tenencia y posesión

El art. 3.1.c).i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de posesión de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art.6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa. También la reciente Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional somete el castigo de la posesión a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la posesión como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

La posesión es una *institución jurídica* que procede del ordenamiento jurídico privado, para cuya interpretación en el ámbito penal surgen nuevamente cuestiones

relativas a la delimitación de su contenido. Y es que existe una tendencia a identificar la tenencia y la posesión. Pero se ha de tener en cuenta que también es punible como lavado de activos en algunos instrumentos internacionales la conducta de tenencia. Es necesario proceder a una distinción entre ambas conductas y determinar el ámbito de prohibición que delimitan.

Una primera interpretación suele *identificar* los términos posesión y tenencia, equiparando así el contenido de ambos términos. Sin embargo, se han levantado voces discrepantes que tratan de diferenciarlos, porque las normas internacionales emplean estos términos de manera diversa.

Según plantea Córdoba (1977) “la tenencia no solo equivale a posesión, sino que se restringe tal posesión a aquella detentación que resulte idónea para la utilización [del objeto o cosa] según su función”. Con tal interpretación, la tenencia abarca, por razones teleológicas, un ámbito menor que la posesión y restringe su contenido en función del objeto sobre el que recae, de manera que surge aquí un primer criterio de distinción entre ambos términos.

Normalmente, algunos exigen la concurrencia en la tenencia de determinados requisitos que parecen más bien corresponder a la posesión. Entre ellos, el “*animus possidendi*” o “*rem sibi habendi*”, requerido usualmente en el ámbito civil, en el que la posesión civil ha de implicar además de la tenencia, la intención de haber la cosa o derecho como propios.

Además, se exige que la tenencia vaya acompañada de la *disponibilidad* del bien sobre el que recae, entendida no tanto como la situación que permite realizar actos de disposición jurídica (enajenación o creación de gravámenes), sino como la que hace posible la utilización del bien conforme a su función. De este requisito se deriva “el carácter innecesario del contacto físico entre el tenedor y el bien sobre el que recae la tenencia, pues se admite la tenencia aun cuando los bienes sobre los que recae se encuentren escondido u ocultos en un lugar conocido por el sujeto activo” (Córdoba, 1977).

Otro de los requisitos es que transcurra un cierto *tiempo* para poder apreciar que existe tenencia.

Por otra parte, en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, Luzón (1989, pp. 747-748) plantea una distinción entre “posesión” y “tenencia”, fundamentalmente basada en el requisito de *disponibilidad*. En la opinión de

Luzón, la posesión exige disponibilidad real y actual. No se puede aceptar para la “posesión” que el sujeto tenga los bienes a su disposición en algún lugar, “en el sentido de que otros los tengan o los hayan puesto a su disposición”. Ello supondría tener un mero poder de disposición sobre los bienes pero no su disponibilidad real y actual.

El autor plantea que el término “posesión” es más *restrictivo* que el de “tenencia”, en la medida en que la posesión requiere siempre la efectiva disponibilidad pero no la exige la tenencia. Textualmente señala que

puede haber posesión con disponibilidad sin tenencia material y también con tenencia material, pero, acompañada de disponibilidad efectiva, mientras que podría considerarse que tenencia puede darse (...) con disponibilidad aun sin tenencia material, pero, a diferencia de la posesión, también ya con la tenencia material, aunque no haya disponibilidad.

En este argumento, podría afirmarse, residiría la distinción entre “tenencia” y “posesión”.

Es de sopesar la opinión de Blanco (2006) en cuanto a que es este el criterio más claro a la hora de diferenciar ambos términos: la tenencia (material o no) no exige la disponibilidad del bien, aunque puede concurrir, mientras que la posesión requiere siempre que exista una disponibilidad real y efectiva.

Asimismo, reafirma el autor citado lo planteado por Luzón Peña a que por ello, “en el ámbito del lavado de activos parece más correcto entender la posesión como la tenencia (material o no) de bienes procedentes de un delito, disponibles real y efectivamente. De esta manera se logra una interpretación del término ‘posesión’ acorde con su significado gramatical que implica la tenencia” y –reafirma Blanco Cordero– “adecuado desde un punto de vista teleológico a la finalidad de luchar contra el lavado de activos sancionando a aquellas personas que tienen el poder de disposición sobre los bienes procedentes de un delito, siendo así que la titularidad de los mismos está a nombre de otros”.

4.6.4 La utilización

El art. 3.1.c).i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de utilización de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. También la convención contra la delincuencia organizada transnacional se refiere a la

utilización, pero nuevamente somete su sanción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado parte. Por su parte el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa se refiere al uso. El art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere a la utilización como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

La explicación del significado del término utilización es particularmente problemática y de gran trascendencia. La cuestión consiste en *determinar la línea* donde debe terminar la atipicidad de las acciones de utilización y comenzar la intervención penal, esto es, qué conductas de utilización de bienes procedentes de un delito reúnen la suficiente entidad para ser abarcadas por el delito de lavado de activos.

En cuanto al significado del término normativo “utilización”, existe una tendencia doctrinal a *identificar* los términos “utilización” y “uso”, ambos empleados en la legislación internacional. Por usar entiende la doctrina, hacer servir una cosa para un determinado objeto.

Pero, surge la duda de si en todos los casos han de ser considerados típicos, o bien han de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada colección de definiciones e indefiniciones. Se trata de determinar el límite inferior de la tipicidad en relación con el elemento normativo “utilización”, de tal forma que permita fijar si las conductas determinadas como “utilización o uso” o similares suponen la realización del delito de lavado.

A este respecto señala Blanco (2006) que:

A la hora de *establecer límites*, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido. Por eso, surge la necesidad de incluir criterios correctores en orden a delimitar la frontera entre tipicidad y atipicidad en los supuestos de utilización de bienes procedentes de un delito. Tales mecanismos vienen dados por el recurso a los principios inspiradores del Derecho penal, en virtud de los cuales va a ser posible excluir los supuestos que han de quedar al margen de toda intervención punitiva del Estado mediante el recurso a su instrumento más contundente.

Resulta excesivo que una política criminal decida sancionar penalmente todas las conductas de utilización de bienes procedentes de un delito, ya que, indefectiblemente, se llegaría a una “contaminación de bienes en la economía”.

Sancionando su utilización desde el momento que exista una sospecha de su origen.

Esto incidiría grandemente en el desarrollo económico de un Estado, toda vez que se evitaría realizar negocios con personas bajo sospecha de cometer delitos de tráfico de drogas o que impliquen la utilización de sus bienes.

En este sentido, habrá que ser muy cautelosos porque la sospecha no es prueba fehaciente. Inclusive, el ente persecutor al no poder probar fehacientemente que la persona y los bienes de su pertenencia son o pertenecen a hechos ilícitos, obligadamente deberá desistir de la persecución y sobreseer cualquier proceso iniciado. Es claro que para hacer uso de un bien, en principio, es necesario que este llegue al poder del sujeto o se encuentre ya en su poder, aunque las normas internacionales no son claras a la hora de determinar la forma en que ello se puede producir. Únicamente el Convenio de Viena hace referencia a que el sujeto debe haber recibido los bienes. Ambos datos inclinan a considerar que es necesaria la *disponibilidad previa* del bien.

Es preciso que la utilización vaya acompañada previamente de la disponibilidad del bien procedente de un delito. Requisito imprescindible es ostentar la disponibilidad de tal bien, de forma que permita su uso conforme a su función. Cuando alguien utiliza un bien procedente de un delito que no posee, al no gozar de su disponibilidad, no se puede decir que lo esté utilizando.

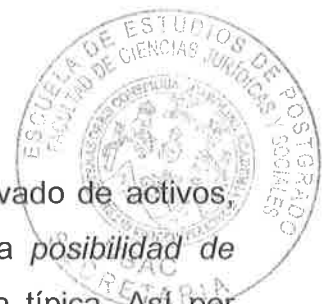
Quedan excluidos así del término utilización, los casos en que el sujeto utiliza la piscina o la casa de un traficante de drogas, o es transportado en su vehículo, puesto que los sujetos no gozan para nada de la disponibilidad del bien que le otorgue la posibilidad de utilizarlo conforme a su uso, y en la dirección que estimen conveniente.

Es por ello, que se entiende con alta claridad lo afirmado por Blanco (2006) en torno a que:

Son *atípicas* como utilización las conductas que, pese a constituir una utilización en sentido amplio, no se encuadran en el marco de la disponibilidad del sujeto, sino que, perteneciendo a otro esta posibilidad, exclusivamente lo emplea en la dirección indicada, permitida o normalmente realizada por quien puede disponer.

Con todo, dichas conductas podrían ser constitutivas del comportamiento típico de *uso*, por lo que podrían ser castigadas con base en el Reglamento Modelo de la CICAD.





4.6.5 Panorama especial de la conducta omisiva

Ya se ha aludido al examinar las conductas constitutivas de lavado de activos, que algunas de ellas son susceptibles de comisión por omisión. La *posibilidad de admitir la omisión* va a depender de la estructura de cada conducta típica. Así por ejemplo, la conducta de ocultación admite la omisión en aquellos casos en los que la ley imponga expresamente la obligación de declarar algo. Como se ha señalado, en el caso del lavado de activos, la exigencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas. “Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos” (Palma, 2000).

Ahora bien, algunos instrumentos internacionales hacen referencia a la omisión como comportamiento punible. En efecto, el Reglamento Modelo de la CICAD alude de manera expresa en el art. 15.3 a la responsabilidad de las instituciones financieras o sus empleados o directivos, por el incumplimiento de las obligaciones que impone este Reglamento (en los arts. 4bis y 11 a 14).

En concreto, dispone que:

Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 4 bis y 11 a 14 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos.

Sujetos activos de este delito pueden serlo, no solo los empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados de una institución financiera, sino también la propia institución financiera, lo que nos remite al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a examinar más adelante.

El *comportamiento* consiste en “no cumplir” con las obligaciones contenidas en los artículos 11 a 14 del Reglamento. Tales obligaciones son:

- a) Identificación de los clientes y mantenimiento de los registros (art. 11).
- b) Disponibilidad de registros (art. 12).
- c) Registro y notificación de transacciones en efectivo (art. 13).
- d) Comunicación de transacciones financieras sospechosas (art. 14).

Estas son las obligaciones que impone el Reglamento. Pues bien, su incumplimiento por parte de las entidades financieras o por sus empleados o directivos constituye delito penal. Estamos ante una modalidad delictiva o misiva, ante un *delito de omisión*. La omisión consiste, como es conocido, en la inejecución de una acción preceptuada por el Derecho: no es un simple no hacer, es la inejecución de una acción jurídicamente debida.

Desde un punto de vista conceptual se distinguen dos **clases de delitos de omisión**: a) los delitos de simple omisión, también denominados de omisión pura, en los que la inejecución de la acción esperada es consumativa, consuma el delito; b) los delitos de comisión por omisión, en los que no basta la omisión, sino que es preciso además que la omisión produzca un resultado típico. Pues bien, estamos ante un delito de omisión pura, en el que el incumplimiento de las obligaciones impuestas consuma el delito.

La *estructura típica* de los tipos de omisión pura o simple presentan una doble exigencia constituida por:

a) La *descripción del supuesto de hecho*, de la situación típica. El delito de omisión simple describe, en primer lugar, una situación (generalmente una situación de peligro para un bien jurídico) que hace surgir el deber de actuar. La situación típica funda el deber de realizar la acción esperada o exigida por el Derecho. Por ejemplo, que el sujeto activo se enfrente a una operación sospechosa que está obligado a comunicar a las autoridades competentes.

b) *Omisión de la acción esperada*, la inejecución de la acción debida. En el ejemplo que se acaba de plantear, cuando el sujeto que se enfrenta a la operación sospechosa la realiza sin comunicar a las autoridades, incumpliendo así su obligación. En todo caso, habrá que exigir la capacidad individual de actuar, de realizar la acción, en este caso, de comunicar.

Desde un punto de vista *subjetivo* será necesario probar que el sujeto activo conoce la situación objetiva, que conoce, por ejemplo, que la operación que pretende realizar el cliente es compleja e insólita. Pero no basta con esto, sino que desde el punto de vista subjetivo exige el Reglamento Modelo “que la omisión del sujeto activo sea deliberada. Esta referencia se identifica con el dolo directo, de manera que el sujeto debe tener la intención, la voluntad de incumplir con sus obligaciones” (Palma, 2000).



Como se puede apreciar, es un delito cuyo injusto se cifra en la infracción de deberes formales, en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las instituciones financieras. “Se trata de un delito de desobediencia”, en el que la consumación viene determinada por dicho incumplimiento obligacional. Se está, pues, “ante un delito de *peligro abstracto*, no siendo necesario acreditar en el caso concreto una puesta en peligro, ni siquiera potencial, del bien jurídico” (Palma, 2000). Y es que es punible el no comunicar una transacción sospechosa, aunque los bienes implicados en la misma no sean de origen delictivo, es decir, aunque no se trate de una operación de *lavado*.





Capítulo V

5. Sobre la autonomía del delito de lavado de activos. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria

5.1 Delitos básicos y delitos autónomos

Con la finalidad de enmarcar conceptualmente el debate relativo a la denominada autonomía del delito de lavado de activos, se efectuará una brevísima reseña sobre la interpretación que se le ha dado desde la dogmática a la interrelación que existe entre ciertos tipos de la parte especial del Código Penal.

En efecto, Roxin (1997) sostiene, que

el legislador muchas veces configura los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos y, sin embargo, en conexión con ellos, crea y añade ulteriores elementos, derivaciones –derivaciones típicas que agravan (tipos cualificados) o atenúan (tipos privilegiados) la consecuencia jurídica prevista para el tipo base-.

No obstante, distingue los tipos cualificados y privilegiados de los tipos autónomos (*delictum sui generis*) que contienen, ciertamente, todos los elementos de otro delito, pero no son casos agravados o atenuados de ese otro delito, sino tipos autónomos con su propio tipo (clase) de injusto.

Es así como es pertinente aclarar que el concepto de delito autónomo ha sido objeto de numerosas críticas por la mayoría de la doctrina alemana; habiéndose postulado al respecto –entre otros argumentos- que no existen criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados.

Como se podrá observar en el recorrido de este apartado, las consecuencias jurídicas de la adscripción del delito de lavado de activos en una u otra categoría, no resultan demasiado significativas en la práctica procesal.

5.2 Del tipo agravado de encubrimiento a la autonomía del lavado de activos

A partir de las directrices consagradas en las convenciones (Viena) internacionales sobre la materia, la estructura típica del delito de lavado de activos ha sido vinculada con la del delito de encubrimiento, razón por la cual, se ha afirmado que los Estados parte han adoptado el modelo de la receptación (Bacigalupo, 2002).

Al respecto, Pinto y Chevalier (2002) plantean que:

Así, se ha expresado que el origen de la confusión entre ambos delitos surgió a raíz de que en las tipologías que se utilizan para describir la conducta de lavar activos, se empleaban verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento (como “encubrir” y “ocultar”).



5.3 La teoría de la accesoriedad limitada aplicada al delito de lavado de activos

Para el análisis de las figuras de lavado de activos asentadas sobre la estructura típica del delito de encubrimiento, habitualmente se recurrió a la teoría de la *accesoriedad limitada*. Esta teoría implica que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, que depende de este hasta cierto punto: “Basta que el hecho del autor sea antijurídico, no siendo necesario que, además, sea culpable” (Mir, 1996, p.393).

Aplicable al delito de análisis, varios autores afirman que “existe una relación de dependencia entre el delito de lavado de activos con el delito subyacente” (Jaime, s.f.), aplicada al delito de análisis, varios autores afirman que existe una relación de dependencia entre el delito de lavado de activos con el delito subyacente.

Según ha señalado Callegari (s.f.),

de la aplicación del principio de la accesoriedad limitada, se pueden extraer dos consecuencias. La primera: cuando los bienes no tienen su origen en un hecho típico, no podrá haber un delito de lavado. La segunda: cuando existe una causa de justificación en el hecho previo que origina los bienes, tampoco podrá haber delito de lavado.

Ello, por tanto, va a facilitar la prueba del hecho previo en el proceso penal por lavado de activos, en tanto y en cuanto ya no será necesario acreditar cuestiones atinentes a la culpabilidad aunque, es necesario señalarlo, seguirá subsistiendo la obligación de probar el hecho típico y antijurídico.

5.4 Sobre la prueba del ilícito penal precedente

La prueba del hecho previo generador de los activos a los que se pretende dar apariencia lícita es, quizás, la cuestión más discutida en un proceso penal por lavado de activos.

Sin duda alguna, resulta poco frecuente que una investigación de lavado de activos se encuentre precedida de una sentencia condenatoria –o de una resolución que tenga por probado el ilícito penal- respecto del hecho previo; “siendo lo más usual que el juez que entiende en el proceso de lavado sea el encargado de establecer la

existencia del mismo y de acreditar su relación con los activos que se pretende lavar” (Jaime, s.f.).

Sin embargo, siempre surgen las diferencias entre teóricos y dogmáticos, respecto a si es necesario que para la configuración del lavado de activos resulta necesaria la prueba de aquel sustrato fáctico. Derivado de ello, un primer sector – minoritario-, postula que para la configuración del tipo penal de lavado de activos es necesaria una sentencia condenatoria que establezca la existencia del delito precedente.

Respecto a lo anterior, Jaime expresa que:

Así, se ha entendido que el término delito aludido en el art. 301 del Código Penal español, no sería tal sino es por constatación de sentencia penal firme, y, por lo tanto, no podría atribuirse la acción de blanqueo sin que antes se haya condenado por el hecho que generó los beneficios ilícitos.

Sin embargo, cabe señalar que, aun exigiendo una sentencia condenatoria para la prueba del delito previo, “va a seguir estando pendiente demostrar que los bienes generados a partir del delito o del ilícito penal previo son los mismos a los que se quiere dar apariencia lícita, puesto que esa conexión indefectiblemente debe ser comprobada”.

Y, a propósito de lo citado, se ha dicho que no se trata de los bienes que constituyen el objeto material del delito antecedente, “sino de aquellos que tienen su origen en el mismo”.

Por otro lado, se encuentra el sector mayoritario el cual entiende que no es necesario un pronunciamiento judicial –previo al proceso penal por lavado de activos- que acredite apodícticamente el delito o ilícito penal precedente y la autoría del mismo; y, consecuentemente, aceptan que el juez del proceso de lavado de activos sea el que determine el delito o ilícito penal precedente generador de las ganancias que se pretenden lavar.

Pero, hay que hacer una distinción dentro de este grupo mayoritario toda vez que un sector del mismo considera que, “aunque no es precisa una sentencia condenatoria, es necesario que se identifique concretamente la acción típica y antijurídica generadora de los activos; mientras que otro grupo interpreta que basta con que se pruebe una actividad delictiva genérica de la cual provienen los fondos ilícitos.





Aun cuando no es necesario determinar la autoría del delito previo o antecedente para considerar probado el origen criminal del producto a lavar, se ha expresado que si la característica fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoriedad respecto al delito previo, “en buena lógica no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva” (Bajo, 2009, pp.11-20).

No obstante, es de considerar, que en aquellos supuestos en que los activos en discordia tengan su origen en delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado, será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta. Pero resulta, a su vez, bastante compleja la distinción que en algunas legislaciones se hace entre la figura básica y agravada de lavado, pues pone de manifiesto la falta de solidez sobre la que se apoya la afirmación de que solo en la hipótesis agravada debe identificarse el delito del cual provienen los activos que se pretende blanquear y no en el tipo genérico. La cuestión aquí se plantea: ¿por qué motivo la figura básica no debería ameritar un análisis e identificación del hecho previo? Las inconsistencias teóricas de esta interpretación son evidentes.

Ahora bien, la cuestión del delito previo es sumamente compleja, pues conlleva a una evocación semántica para determinar qué se pretende juzgar como delito previo.

Al respecto D’Albora (2006, p.18) señala que:

Al respecto, se ha dicho que, si bien no resulta necesario el dictado de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, en virtud de que el tipo alude al concepto de delito en abstracto —concepto del injusto—: acción típica y antijurídica, que deja de lado los aspectos subjetivos atinentes a la culpabilidad.

Por lo que, su prueba en un caso concreto, al igual que el resto de los elementos típicos indispensables para arribar a la certeza que habilita la condena, “requiere el señalamiento preciso de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del injusto que se admita como delito previo”. Así, se ha afirmado que “es preciso que se acredite la existencia de un hecho delictivo previo, o sea, es necesario saber con precisión cuál fue el hecho criminoso que originó los bienes, hecho este que debe ser mínimamente circunstanciado.



Queda claro, entonces, que mayoritariamente se acepta la posibilidad de que el juez que investiga el delito de lavado de activos, pueda determinar la existencia del delito o ilícito penal precedente.

Desde otra perspectiva, se ha considerado la posibilidad de que exista un proceso paralelo “a la investigación por lavado en el cual se investigue la eventual existencia del delito previo y, a su vez, nutra de información al primero” (D’Albora, 2006), lo cual resulta claramente factible y no implica reparos de índole constitucional en tanto y en cuanto el delito o ilícito penal precedente resulte identificado y probado.

Por tanto, el delito o ilícito penal debe ser probado en el marco del proceso penal por lavado de activos y, de la misma forma, deberá acreditarse la conexión entre aquel hecho y los activos a los que se pretende dar apariencia lícita.

5.5 Sobre la prueba del aspecto subjetivo

La prueba del aspecto subjetivo respecto del delito precedente –es decir, la acreditación del conocimiento por parte del sujeto activo del origen delictivo de los bienes a los que se pretende dar apariencia lícita- constituye otra de las cuestiones más polémicas sobre la materia.

En este sentido, Jaime cita que,

cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita (...) sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho (...) en otras palabras basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social.

En otras palabras, el simple hecho de conocer que los activos a blanquear son de procedencia ilícita y de la significación social de la comisión de este acto, resulta suficiente circunstancia probatoria de la existencia de dolo, “que se debe objetivar a través de probar la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave” de lo que se desprende que no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito.

Y, vuelve a citar Jaime, que

el nivel de exigencia respecto del sujeto activo no necesita superar el dato de que los bienes proceden de una actividad delictiva grave sin más precisiones, pues la figura no exige plena prueba de un ilícito penal concreto y determinado.

Visto de esa manera, no se requiere un saber exacto y pormenorizado del tipo penal previamente cometido por el autor, como son las circunstancias de tiempo, modo de comisión o lugar, autores, partícipes, víctimas, ni la figura concreta cometida, “basta con que el sujeto activo sepa que el dinero o los bienes proceden de la comisión de algún delito previsto en el Código Penal o en leyes complementarias” (Luciani, 2011). Así, entonces, para probar el conocimiento la jurisprudencia recurre a parámetros imprecisos –por ejemplo: conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho- y, asimismo, acepta que el delito de análisis puede cometerse con dolo eventual.

5.6 El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos

El concepto jurídico del bien jurídico protegido por una norma penal se define en plural como “aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedades que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública” (Jescheck, 1999). Por lo tanto, la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad. “De este modo, se puede afirmar que cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se construye sobre la base de un bien vital para la sociedad o el individuo. El Derecho penal no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos tutelándolos” (Silva, 2000).

Otro aspecto importante para enfatizar es el hecho que, en general, el tipo penal no menciona en forma expresa al bien jurídico protegido. Por lo tanto, aquel debe ser descubierto a través de una labor interpretativa. Con tal finalidad deberá observarse, en principio, el título y capítulo elegido por el legislador al incorporar la norma escrita. “Sin embargo, muchas veces se observa que esto no resulta suficiente debido a que algunas normas penales, pese a su ubicación sistemática, lesionan un bien jurídico distinto al que aparece enunciado en el título o capítulo” (Jakobs, 1999, pp. 11-33)

Del contenido del bien jurídico protegido por la norma penal, se ha cuestionado la inclusión de los llamados bienes jurídicos colectivos o de contenido amplio, a raíz de la vaguedad de sus formulaciones y el recurso frecuente a figuras de peligro abstracto para su configuración. “En defensa de la protección de los bienes jurídicos colectivos o



difusos, se ha dicho que ellos son admisibles en función de las actuaciones necesarias de tutela de las sociedades democráticas, es decir, atendiendo a determinadas exigencias de política criminal” (Jakobs, 1999, pp. 11-33).

Vale anotar que en la actualidad no existe consenso entre la doctrina más calificada respecto del bien jurídico que debe proteger el delito de lavado de dinero. Incluso, existe un reducido sector de la doctrina que se encuentra a favor de la despenalización del lavado de dinero, “alegando que dicha conducta no daña sustancialmente ningún bien jurídico que le de contenido y sea justificativo a su penalización” (Alldrige, 2001-2002). En definitiva, para esta posición, “la criminalización del lavado de dinero no se justifica a la luz de los requisitos especiales de la teoría del Derecho penal; en especial, en lo que hace al respeto el principio de *ultima ratio* del Derecho penal”.

Por otro lado, existe un segundo sector doctrinario que justifica la penalización del lavado de dinero, alegando que dicha actividad afecta, principalmente, un determinado y claro bien jurídico. “Este sector es el que considera al crimen de blanqueo como un delito uniofensivo”. En líneas últimas, se presenta un tercer sector que concibe al delito en cuestión como pluriofensivo, es decir, que protege más de un único bien jurídico.

Haciendo de lado la cantidad de intereses sociales que proteja la norma penal en cuestión, la doctrina también debate sobre *cuáles* (y no cuántos) son los bienes jurídicos resguardados por el delito. En este sentido, “la distintas líneas de opinión se dividen entre quienes sostienen que el delito de lavado de dinero protege uno o dos de los siguientes cuatro bienes jurídicos: a) el bien jurídico protegido por el delito previo o subyacente al del blanqueo de capitales; b) la administración de justicia; c) el sistema socioeconómico o la libre competencia; y por último, d) quienes creen que el delito de blanqueo protege la estabilidad o seguridad de las naciones y el sistema democrático de gobierno”.

5.6.1 Protección del bien jurídico tutelado por el delito subyacente

Esta posición se encuentra inspirada en la idea de que el blanqueo de capitales o también denominado proceso de legitimación de activos provenientes del crimen no es más que un “accesorio” o una “consecuencia natural y necesaria” del delito previo o subyacente. De acuerdo a esta postura, el delito previo o precedente se encuentra íntimamente interconectado con el subsiguiente proceso de lavado de activos.

Derivado de ello, es el resultado que el consecuente reciclado de activos no es más que un acto continuo y derivado del delito precedente. Así entonces, al asumir que “el uno (delito precedente) es parte integrante (delito de lavado de activos), la consecuencia razonable –según esta posición– es que el delito de lavado de activos protege, en definitiva, el mismo bien jurídico que el delito precedente o subyacente” (Alldrige, 2001-2002).

Existe un grupo de doctrinarios quienes creen que el delito previo y el de blanqueo concurren en forma coyuntural: por subsunción. Los autores que se apegan a esta posición son varios, pero destacan, sobre todos, Miguel Acosta, Eduardo López Betancourt, Jesús María Silva Sánchez y Javier Alberto Zaragoza Aguado.

En esta misma también se encuentra (Shams, 2004) cuyo criterio es que, “el lavado de dinero no es más que un acto de complicidad del delito previo. [...] el lavado de dinero se trata de un ‘crimen derivado’ (*derivativecrime*), en el sentido de que su daño deriva directamente del delito previo generador de los activos de procedencia criminal que se someten al posterior proceso de blanqueo”. Es de entender que la posición de Shams tiene influencia total del *commonlaw* inglés.

Respecto a esta posición (Durreiu plantea, citando a Gómez Pavón, 1994) que:

Una de las críticas más relevantes a esta tesitura se centraliza en que esta posición, en muchos casos, parece de difícil aplicación. Por ejemplo, en un caso de asesinato difícilmente pueda afirmarse que la conducta de lavado posterior a la consumación del delito previo supone una nueva lesión a la vida.

Pero con el transcurso del tiempo, esta posición dejó de tener valía, “pues su fundamento dogmático resultaba lógico cuando se entendía, años atrás, que el delito previo al del blanqueo de capitales resultaba ser, únicamente, el tráfico de estupefacientes” (ONU). Es así como se usaba decir que el delito de blanqueo de activos era una continuación necesaria de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, por lo que el bien jurídico protegido debía ser idéntico al de este último.

Según plantea Durreiu y con cuya posición se está de acuerdo, “no es correcto suponer que el bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión deba ser únicamente el bien jurídico tutelado por el delito subyacente”. Según el contenido de las recomendaciones de la GAFI, CICAD-OEA (*softlaw*) y el espíritu de los tratados internacionales sobre la materia (*hardlaw*), así como la legislación comparada, se

orientan todos en favor de un delito de lavado de activos tipificado en forma autónoma del resto, incluso del delito previo o precedente al del blanqueo.

5.6.2 Protección de la administración de justicia

Dentro de este rubro se encuentran los que sostienen que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo es la administración de justicia. La justificación que plantean es que la actividad de blanqueo y reciclado dificulta la investigación del delito precedente, por lo que la conducta de lavado de activos provenientes del delito no es más que un proceso de ocultamiento y de reciclaje que provoca el desvanecimiento de la fuente criminal de un activo, convirtiéndolo como producto de una fuente legal o actividad lícita.

Este proceso de transformación, conversión y ocultamiento dificulta sensiblemente el trabajo investigativo de la autoridad pertinente que desea, finalmente, dar con los autores o partícipes del delito previo, del que provienen los bienes sometidos al proceso de reciclaje.

Plantea Durreiu que:

La afectación a la administración de justicia es tan evidente que son varios los autores que consideran a este uno o dos de los bienes jurídicos protegidos por el delito de blanqueo. Entre estos autores encontramos a Carlos Aranguéz Sánchez, Blanco Cordero, Gómez Pavón, Enrique Bacigalupo Zapater y Palma Herrera.

Para estos autores el delito de lavado de dinero es un crimen dependiente del delito de encubrimiento. Es decir, el delito de lavado de activos no es más que una especie, agravada, dentro del género de delitos de encubrimiento, que protegen, todos ellos, a la administración de justicia como bien jurídico primordial. A criterio personal se plantea que existe una confusión conceptual en esta argumentación, pues, si bien es cierto que los delitos de encubrimiento y lavado de dinero pueden tener rasgos similares, la realidad es que la naturaleza jurídica de ambos delitos es distinta. En otras palabras, “si bien ambos delitos tienen características comunes (como por ejemplo el verbo típico “ocultar”) en el fondo se tratan de delitos independientes uno del otro, al proteger bienes jurídicos distintos.

Afirma Durreiu sobre este aspecto que,

el delito de encubrimiento protege principalmente a la administración de justicia, mientras que el delito de lavado de dinero se trata de un delito pluriofensivo que



protege intereses individuales y colectivos que van más allá de una correcta administración de justicia.

Se entiende entonces que el delito de encubrimiento a pesar de que se encuentra dentro del título de los delitos contra la administración pública, lo que lesiona es la administración de justicia, toda vez que la actividad encaminada a comprobar la existencia de un delito e individualizar a su autores o partícipes se ve entorpecida por la conducta del encubridor.

5.6.3 Resguardo del sistema socioeconómico

En este ámbito se ubican los autores que coinciden en subrayar, más allá de las particularidades de cada legislación, que la protección de intereses de carácter macroeconómico es la clave para determinar el bien jurídico resguardado por el delito de reciclaje de activos criminales.

Es conveniente señalar que no todos los autores utilizan el término “orden socioeconómico” para definir esta realidad. Otros términos que se utilizan como sinónimos son: sistema financiero, economía lícita y sistema bursátil, orden social y económico, estabilidad público económico y orden en la libre competencia, entre muchos otros.

De la forma como se quiera denominar, el trasfondo real en cada concepto es que existe una afectación por la competencia desleal que se produce por agentes económicos que cuentan con una fuente de capital criminal, a un costo económico muy inferior al del capital legalmente originado.

Queda claro entonces que, bajo la perspectiva macroeconómica el blanqueo de capitales perjudica la estabilidad y solidez del sistema financiero, debido a que esta actividad ilícita, al ingresar al mercado legal –generalmente a través de instituciones financieras puede generar que el público pierda la credibilidad respecto de la transparencia del sistema económico. “Esto puede producir que capitales financieros se asienten en economías con reglas de juego más claras y no donde predomine el blanqueo de divisas provenientes del crimen; produciéndose así la correspondiente lesión al interés económico general” (Zaragoza, 2003, pp.199-201).

Pero, no todo es bien visto en esta postura. Hay quienes la rechazan analizando la cuestión desde un punto de vista práctico. Estos sostienen que tal afectación al sistema económico muy difícilmente pues constatarse en un proceso penal.

Según esta posición,





para comprobarse este extremo será necesario que en los procesos donde se investigue este delito se solicite un dictamen de peritos en economía para que determinen en qué medida la conducta reprochada ha influido negativamente en el funcionamiento de la economía, la credibilidad del sistema financiero o bien a la libre y justa competencia (...) si se llegara a requerir tales dictámenes técnicos, los procesos terminarían con una absolución; ya que resulta imposible contar con tal prueba empírica (Ragues, 2003, p.135).

Por los motivos expuestos, estos autores concluyen rechazando por imposibilidades prácticas al sistema socioeconómico como bien jurídico protegido. Sin embargo, la postura personal es contraria a la expuesta en la cita anterior. Toda vez que no es necesario requerir de una pericia contable en un proceso criminal por lavado de activos, para entenderse lógicamente que este delito de características económicas afecta directamente al mercado de la libre competencia y a la transparencia de los mercados. Los efectos negativos sobre la sociedad y su economía es una consecuencia inevitable de la actividad de blanqueo, por lo que no resulta necesario un dictamen técnico para corroborar una realidad tan evidente.

5.6.4 Resguardo de la seguridad, soberanía y democracia de los Estados

El argumento principal de esta posición tiene su basamento en que el proceso de lavado de activos provenientes del delito, en sí mismo, facilita la consolidación económica de cualquier empresa del delito, por ejemplo: grupos del crimen organizado o grupos terroristas, permitiéndoles la expansión de sus organizaciones con total impunidad.

En este sentido, hay que tener en cuenta que uno de los objetivos principales de un criminal (incluido el crimen organizado o el terrorismo) puede ser el cometer delitos por los cuales puedan obtener un beneficio económico y, al blanquear los activos productos de la acción criminal, ponen en peligro o daño a la seguridad, soberanía y democracia de las naciones.

A esta altura, en la actualidad, “el lavado de dinero ejecutado por organizaciones delictivas de alcance global, de enorme poderío económico y técnico, generador de corrupción y destrucción de formas legítimas de convivencia, constituye una de las amenazas más graves a la paz mundial en el presente” (Zaragoza, 2003).

Se puede decir, entonces, que la penalización del lavado de dinero debe ser percibida como una nueva herramienta legal creada por la comunidad internacional a

partir de la construcción de un ordenamiento transnacional dedicado a la materia y que tiene entre sus objetivos principales detener el avance incontrolable del crimen organizado y el terrorismo (que muchas veces se manifiestan en forma transnacional).

Sin embargo, tal como lo plantea Durreiu:

La idea central a tener en consideración para justificar la penalización del blanqueo en su afectación a la seguridad de las naciones, no es la calidad o cantidad de criminales que cometan el delito precedente (de donde se obtienen los activos criminales) o bien la calidad o cantidad de criminales que practiquen el subsiguiente proceso de lavado de dinero. Por el contrario, la idea principal debería ser el valor económico de los activos que se destina al proceso de lavado de dinero. De este modo, resulta lógico afirmar que el lavado de dinero afecta la estabilidad y seguridad de las naciones, cuando un único criminal, un grupo de criminales, o bien una empresa del delito (en sus versiones, asociación ilícita o grupo terrorista) decide someter 'sustanciosos' o 'significativos' activos criminales a un proceso de reciclaje o blanqueo. No cabe duda que los activos procedentes del crimen, merecerán tal calificativo cuando su valor económico sea elevado.

Indefectiblemente, lo afirmado por este autor se encuadra en lo que vendría a ser una afectación severa a la seguridad de las naciones, pero también hay que tener en consideración -si se sigue esta postura- que solo podrán ser penalizados los procesos de lavado de dinero que contengan activos criminales por valores económicos significativos.

La normativa sobre lavado de dinero tendrá que ser taxativa en cuanto al monto que se debe penalizar bajo el regulamiento de blanqueo de activos. De lo contrario se estaría entrando en un engorroso procesamiento por mínimas cantidades, aunque se considere que vienen de actividades criminales. Es de considerar, que la afectación a la estabilidad y seguridad de las naciones debe ser vista desde una cuantía de lavado de activos que implique grandes cantidades de dinero blanqueado desde diferentes espacios financieros, en los cuales se movilizan y diluyen millones de dinero sucio.

5.7 La magnitud del problema del lavado de activos en el ámbito económico

Según estudios realizados por la Organización de los Estados Americanos (OEA), la evaluación de la magnitud del lavado de activos requiere que se consideren:



1) los métodos de lavado, 2) los efectos económicos del lavado de dinero, y 3) el origen criminal de los ingresos.

Sobre estos tres temas señalados por la CICAD-OEA, se ha tratado en diferentes rubros o epígrafes en el presente trabajo, sin embargo, se considera oportuno unificar estos criterios en un solo espacio discursivo, a efecto de tratar con mayor detenimiento cada uno de ellos. Es por eso, que se tomará como guía de desarrollo temático para este epígrafe lo plasmado en el documento citado.

Según se plantea en dicho documento, el desarrollo de las organizaciones criminales, por una parte, y de los instrumentos monetarios electrónicos, por otra, cambió el panorama de los instrumentos de lavado de dinero.

Se puede afirmar que el fenómeno que cambió el panorama de los instrumentos de lavado de dinero, no es más que la globalización de la economía, dando como resultado el desarrollo de los mercados, la desregulación de los sistemas financieros y la reducción de los controles en las fronteras.

El fenómeno de la globalización ha sido propicio para el fomento de las actividades de lavado de dinero de los grupos criminales, al permitirles mecanismos que agilizan discretamente la introducción de los activos ilícitos en los mercados mundiales. En este contexto, el dinero en proceso de lavado genera movimientos rápidos de capital y por ende participa en los movimientos especulativos.

Es muy importante acotar que esta participación de activos criminales en el mundo financiero y bancario ha requerido de profesionales. Entre estos hay abogados, notarios y contadores con la experiencia y capacidad de elaborar el entramado para “esconder” el producto criminal, aprovechando las fallas en la regulación y control y las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de diversos países que puedan ser aprovechadas para la comisión de un delito que, como el lavado de activos, es eminentemente transnacional.

El proceso de globalización no se detiene porque su dinámica económica esté nutrida por el dinero criminal. Por el contrario, este proceso ha sido la catapulta que ha elevado a las empresas criminales mediante la diversidad de las técnicas y, por supuesto, de los profesionales involucrados que han podido diluir dentro del ámbito lícito todo lo proveniente de las actividades criminales. Es decir, activos ilícitos han ingresado al circuito económico-financiero sin que se puedan detectar por regulación alguna, porque todo el dinero ilícito aparece circulando dentro de las estructuras

económicas estatales con el soporte legal que exige el ordenamiento jurídico en toda nación.

En cuanto a otro cambio en el panorama económico mundial propiciado por la globalización, son los instrumentos monetarios electrónicos que favorecen el anonimato y la agilidad en las transacciones. En este aspecto, hay que tener en cuenta que las redes financieras ofrecidas por Internet agilizan el lavado de dinero y está menos regulada que los medios tradicionales de lavado.

Según el documento de CICAD-OEA:

Los servicios financieros ofrecidos por Internet no son, en puridad, originales; más bien son servicios tradicionalmente brindados por las entidades financieras, tales como pagos directos, transferencias de fondos y compra de títulos de valores que ahora se pueden obtener vía electrónica.

Por otra parte, la FAFT en su planteamiento sobre el problema en la identificación de las partes en el proceso de lavado que acarrea la oferta de este tipo de servicios por Internet, considera que

la Internet funciona mediante una serie de servidores que normalmente conservan una prueba de cada conexión (número IP y fecha de la conexión); no obstante, dicha prueba no existe si un servidor no cuenta con un “lo fiel”, quedando la transacción en el anonimato, sin posibilidad de ser registrada (Pinto, 2006).

Es por ello, que la complejidad de los instrumentos de lavado surgidas de la globalización se conectan directamente con las diferentes formas de corrupción en las diferentes estructuras económico-financieras en una nación, ya sean estas públicas o privadas.

5.7.1 Los efectos económicos del lavado de activos

El lavado de activos “afecta la integridad del sistema bancario y financiero por cuanto estos servicios dependen de la percepción de profesionalidad y estándar ético que de ellas tengan sus clientes” (Pinto, 2006). No hay que perder de perspectiva que el lavado de activos tiene un enorme potencial como para producir costos en la economía mundial, al tener la capacidad de “a) dañar o al menos amenazar con perjudicar las operaciones económicas de los países; b) corromper el sistema financiero, reduciendo la confianza del público en el sistema financiero internacional, y por lo tanto, incrementar el riesgo como la inestabilidad del sistema, y por último, c)



como consecuencia de lo expresado tiende a reducir la tasa de crecimiento de la economía mundial” (Tanzi, citado por Pinto, 2006).

También es de tener en cuenta lo que se afirma sobre los efectos macroeconómicos indirectos producidos por el lavado de activos tales como,

“1) las transacciones ilegales pueden impedir o afectar las legales al tener efectos contaminantes [...] tales como inversores extranjeros [que] tienden a evitar invertir en mercados asociados con el lavado de dinero y corrupción [...]; 2) el dinero que es lavado por razones distintas a la evasión fiscal, igualmente contiene una tendencia a evadir impuestos distorsionando la economía; 3) el lavado de dinero tiene un efecto contaminante en el cumplimiento de la ley por cuanto si un aspecto del sistema legal es incumplido, otros actos ilegales probablemente se cometerán” (Quink, citado por Pinto, 2006).

Y, en efecto, cuando se observa la panorámica del lavado de activos y su incidencia en el ámbito tributario, se puede considerar la presencia de varios delitos aparte del de evasión de impuestos. Los actores involucrados en el proceso de lavado de activos no pueden ser considerados como inversores, puesto que buscan específicamente, enmascarar el origen ilegal de los fondos invertidos en los sistemas que permitan el reciclaje de los fondos ilícitos para convertirlos en legales.

Según plantea (Tanzi, citado por Pinto, 2006), estos movimientos pueden tener una dirección contraria a la que es esperada conforme a los principios básicos de la economía porque el dinero puede ser deslocalizado desde países con una economía con altos índices de retorno a países con pobres indicadores económicos y tasa de retorno menores, lo cual desafía las leyes de la economía.

5.8 El sujeto activo en el delito de lavado de activos. El autor del delito previo puede ser autor o partícipe del lavado de capitales

Uno de los requisitos –probablemente- del delito de lavado de activos es la comisión de un delito previo del cual proceden los bienes a lavar. Pero hay que decir, que esta consideración ha sido muy contradictoria y objeto de profundas discusiones, por cuanto afecta directamente el concepto de autonomía del delito de lavado. El ejemplo que plantean (Pinto *et al.*), es cómo determinar si los responsables del delito previo pueden ser perseguidos penalmente por el delito de lavado, como es el caso de un traficante de droga que posteriormente a la venta del producto realiza actividades para limpiar el origen ilícito de los fondos adquiridos por esta transacción.



En aquellos países en los cuales el lavado está tipificado como el encubrimiento que excluye al participante en el delito previo, el autor del lavado no puede ser el autor del delito previo. Se cierra cualquier tipo de discusión con respecto a la posibilidad que el autor del tráfico de drogas o del delito que generó el bien del cual surgen las ganancias a blanquear sea considerado como posible autor. Por otro lado, “hay países –como por ejemplo España y Suiza-, donde la discusión se centra en este aspecto justamente. Parte de la doctrina recurre a la figura del encubrimiento y a la receptación al analizar la figura del lavado. Se estima que el autor del hecho previo no puede ser sancionado utilizando el concepto de privilegio sustentado en el privilegio del autoencubrimiento” (Pinto, 2006, p.38).

Es de entender, entonces, que el hecho posterior “copenado” (esto es al que no se le impone una nueva pena por el mismo delito) no lesiona un nuevo bien jurídico. El concepto de hecho posterior “copenado” implica que un acusado por un delito no puede ser enjuiciado dos veces por una conducta única, es decir, que si el hecho posterior a la conducta principal es parte de esta conducta por cuanto hay una unidad de designio criminal y no es posible escindir las acciones, no puede acusarse nuevamente al imputado del delito.

5.8.1 Fundamento para sustentar la exclusión del autor o partícipe del delito previo como sujetos del lavado de dinero

En países como Suiza se ha puesto de manifiesto que el fundamento de la impunidad del autor del hecho previo en la receptación no es el mismo que en el encubrimiento, en tanto la receptación puede ser valorada como un hecho posterior.

Para (Pinto *et al.*) se da otro fundamento, el cual es que para excluir la responsabilidad del autor del hecho delictivo anterior es el criterio de la no-exigibilidad de una conducta distinta. Si no se le puede exigir al autor del hecho criminal que se entregue a la justicia, la ocultación de los bienes procedentes de su delito no sería más que actos tendientes a evitar ser detenido (que incluye, obviamente, la voluntad de no entregarse a la justicia).

Asimismo, si se considera que el blanqueo es una forma de encubrimiento -tal como se da en algunas legislaciones- se consideraría que dado que en la figura del encubrimiento existe la posibilidad de argumentar la imposibilidad de la doble incriminación por el privilegio de que no existe autoencubrimiento, igual situación debería ser aplicada al supuesto del lavado. Es así como parte de la doctrina señala

que “la posterior dificultad de las tareas relativas a la investigación de los activos provenientes del ilícito, es una “consecuencia natural” del injusto del hecho previo, tal como se había referenciado con anterioridad.

En última instancia, según (Pinto *et al.*), el fundamento de la impunidad del autoencubrimiento se sustenta en el concepto del hecho posterior copenado (ya castigado porque no existiría un nuevo bien jurídico a proteger) y en el criterio de la inexigibilidad de una conducta distinta (respetando el derecho a no autoincriminarse).

Ahora bien, la impunidad de la repetición posterior de los autores o partícipes en el delito anterior, se sustenta en el acto posterior copenado. Existe un concurso de leyes entre el hecho previo y la repetición posterior, que se resuelve conforme al criterio de consunción. El problema reside en que no es posible aplicar los dos tipos legales a lo que se considera una acción única, en cuanto el dolo es el mismo, por cuanto supondría un *non bis in idem*. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye el desvalor de la repetición, en el caso que interesa sería el lavado, y por ello, no es posible sancionar por el último delito que tiene por finalidad receptar, ocultar las procedencias ilícitas del crimen previo sin afectar garantías constitucionales.

Derivado de ello es que se considera que los hechos posteriores que están consumidos en el delito previo, constituyen la forma de asegurar o aprovechar el beneficio del delito y no se lesiona de esta manera ningún otro bien jurídico diferente al dañado previamente.

Asimismo, -tal como se ha venido planteando- se argumenta, desde algunas perspectivas de autores, que el lavado es una forma de encubrimiento por cuanto no es posible que el autor del delito previo cometa este crimen. Si el sujeto participó en el hecho previo –operación de venta de drogas-, el hecho posterior es un mero “acto posterior copenado” en el desvalor del hecho previo.

A este respecto, es entendible que en lo que se refiere a los delitos contemplados dentro del panorama del crimen organizado que deviene en un delito de enriquecimiento patrimonial, se valora que el autor del hecho obligadamente lucrará con los bienes, porque este hecho está bien definido en las características de las estructuras criminales transnacionales a excepción de las terroristas; o, la otra opción, la introducirá en el circuito del mercado financiero.

Según plantean Pinto *et al.*,

no tiene sentido aplicarle otra pena por 'lavar el botín', toda vez que esta circunstancia ya está prevista en la pena del hecho previo. De esta forma, el autor del delito previo no puede ser autor del lavado. En definitiva [...], la postura del autoencubrimiento, y el lavado considerado como tal es impune; dicho de otra forma, está condenado con la pena del hecho previo.

Sobre lo anterior, ya se ha insistido, en cuanto a que, si se juzga el delito previo, el autor del mismo no puede serlo del delito posterior, tomando en cuenta que la independencia del segundo hacia el primero. Sin embargo, gran parte de la doctrina del actual siglo ha propuesto independizar del delito previo la acción del lavado, toda vez que el autor del delito precedente no es, generalmente, el que se dedica y, por tanto, comete el delito de lavado. Esta independencia del delito posterior o "copenado" como le han denominado autores citados, podrá ser tipificada desde una autonomía en sí misma, toda vez que, como se ha podido observar en las últimas décadas, el lavado de dinero u otros activos no siempre está ligado a un delito previo de los del crimen organizado.

Y, siguiendo con la tónica anterior al comentario plasmado, sobre el hecho que no se puede aplicarle al autor del delito previo la pena del lavado, toda vez que en la escala penal de este delito previo ya está considerada por la legislación –no en todos los países– que la cosa desaparece para siempre del ámbito en el que estaba, y que pasa a otro ámbito, por lo general con el fin de que entre en patrimonio del autor del hecho. Esto ocurre posterior a que el bien ha sido lavado.

A este respecto, se cita nuevamente a Pinto *et al.*, para quienes, el criterio que entiende al tipo objetivo del lavado de dinero como una forma de encubrimiento sostiene que el autor del delito predicado no puede ser a su vez autor de este último por cuando se afectaría el principio constitucional de *non bis in ídem*. Ello es así, toda vez que se presenta una única maniobra como unidad de propósito, lo cual lleva implícito un concurso ideal de leyes. Asimismo, puede también estimarse que existe una relación de alternatividad entre el delito de encubrimiento y el delito previo en el sentido de que el autor o bien comete un delito (ejemplo: tráfico de drogas u otro delito grave) o bien el encubrimiento, en tanto no puede ser perseguido por las consecuencias del delito previo. El autoencubrimiento resulta impune por cuanto es el agotamiento del delito predicado.

¿Cómo se entiende lo planteado en la anterior cita? Nuevamente se insiste que desde la perspectiva de ver la existencia de un delito previo en el panorama del delito de lavado de dinero, quienes cometen este segundo y son perseguidos penalmente por el primero y, al final sentenciados, no pueden ser juzgados y penados por el delito de lavado de dinero, toda vez que este último va ligado muy estrechamente al delito previo. Es decir, la propia existencia del delito de lavado de dinero se la otorga la existencia de un delito previo, por lo que al no existir este, tampoco existe el segundo.

Sin embargo, en los cuerpos jurídicos penales de la actualidad, los legisladores han tenido a bien poner en vigencia una ley que por sí misma es autónoma referida al lavado de dinero, por lo que al juzgar a un autor de delitos de los del crimen organizado, no se condena el lavado de dinero, sino que se procesa en conexión con otros delitos a los que conoce como “previos”.

Pero, al seguir en el análisis y citas de lo planteado por (Pinto *et al.*), se puede observar que estos autores tienen en perspectiva poner en discusión la forma en que en legislaciones -como el caso de algunas europeas- que no hay razón para sancionar al narcotraficante por el posterior lavado, en tanto el convertir o transferir dinero o activos es parte del agotamiento del delito consumado previo. La pena del delito previo cubre la necesidad de sanción. A esto debe agregársele los efectos normales de toda sentencia de condena en cuanto al decomiso de los activos, los instrumentos del delito y todos sus efectos.

5.9 El sujeto del delito previo como autor o partícipe del lavado de activos

Desde razones de política criminal internacional traspuesta a política internacional doméstica, se ha de admitir la sanción del autor y de los partícipes de los hechos previos cuando posteriormente blanquean las procedencias del ilícito. Las organizaciones criminales transnacionales -y las domésticas- y, en especial, sus cabecillas lesionan gravemente el orden socioeconómico de los países tal como se ha reseñado en el epígrafe sobre el bien jurídico tutelado. Al ser así, contrario a las legislaciones que excluyen a los autores del delito previo como autores del delito de lavado, en tanto lo consideran una forma de encubrimiento, es necesario que, en tanto en cuanto, que si el legislador tiene como finalidad proteger el bien jurídico del orden socioeconómico, entonces, se debe penalizar al autor del delito precedente como autor del delito de lavado.

En este sentido, se vislumbra la trayectoria que va tomando el erigir como delito autónomo al delito de lavado de dinero al desligársele como "copenado" en el delito previo. Y, esto es lo que se ha venido produciendo en la persecución penal de jefes de estructuras criminales a quienes se les procesa por diferentes delitos y, además, por lavado de dinero, teniendo este último sus propias regulaciones procesales y de imposición de penas.

Desde esta visión, es de considerar que existen razones de cooperación en el ámbito internacional que requieren que se considere al lavado como un delito autónomo. Puede darse el caso que en una jurisdicción se solicite la extradición de un jefe de una estructura criminal por lavado de dinero y en otro país donde se encuentra residiendo estuviera acusado o penado por el delito previo.

Siguiendo a Pinto *et al.*, quienes plantean una previa respuesta a esta encrucijada jurídico penal:

En estas circunstancias, en caso de no reconocerse la autonomía del delito de lavado y la posibilidad de que el autor del hecho previo pueda ser acusado en el país en donde se encontraría acusado por el delito previo, podría llegar a negarse la cooperación en materia criminal en tanto podría argumentarse que sería juzgado el enjuiciado en el país requirente por el agotamiento del crimen previo.

Respecto a lo anterior, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, se puso sobre la mesa la cuestión de la preocupación por parte de los Estados parte a raíz de la globalización de la delincuencia organizada transnacional. De ello, se puede leer en el párrafo 2 apartado e) que se tiene en cuenta los principios jurídicos de varios Estados en los que no está permitido acusar a la misma persona por el delito previo y el delito de lavado a la vez. Se acordó para entonces, que los Estados parte cuya normativa no permite este tipo de enjuiciamiento se comprometían a no denegar la extradición y la asistencia judicial recíproca por el hecho de que la solicitud se sustentase en un delito de lavado respecto del cual el delito determinante fuera cometido por la misma persona.

Cabe señalar, que en la actualidad, ya se ha ido extendiendo la postura, a nivel internacional, que tiene límites el considerar que el aprovechamiento de los efectos del delito. Esto va contra la consideración que el lavado está comprendido en la pena del

delito previo. Hay doctrina, indudablemente, que limita el lavado como un acto posterior copenado, y que es una consecuencia natural del delito previo. Esto significa, por tanto, que el delito previo (tráfico de drogas) lesiona el mismo bien jurídico que el delito posterior (blanqueo), por lo cual la conducta posterior (blanqueo) se valora como un hecho posterior copenado (castigado solo con la pena del delito antecedente).

Si se valora que el bien jurídico tutelado por el lado es la administración de justicia o el socioeconómico, que puede observar que el desvalor del hecho previo no abarca en todos los casos la integridad del desvalor del posterior blanqueo. Por tanto, hay una afectación de bienes jurídicos diferentes. Es por ello que resulta oportuno y necesario criticar el fundamento conforme el cual existe un hecho copenado porque en la pena del delito previo ya está previsto el desvalor de la conducta del autor del lavado. Sin duda alguna, el bien protegido por el delito de blanqueo puede ser más amplio que el del delito precedente cuyo desvalor no es alcanzado por la comisión del delito previo.

En tanto se admita la existencia de dos bienes jurídicos afectados y que en el lavado está implicada una sofisticada ingeniería financiera, no puede admitirse el concepto de acto posterior copenado, lo que coloca al lavador a la altura del que vende drogas, personas u órganos.

Quienes son partidarios de que el lavado es co-pena del delito previo no tienen en cuenta el daño social que el lavado de activos causa al orden socioeconómico y a la salud financiera del Estado; dicho daño quedaría impune.

Y como plantean Pinto *et al.*:

Razones de justicia y de igualdad requieren que sea sancionado el miembro de una comunidad que afecta bienes jurídicos, por lo tanto, si en la valoración de la pena del lavado que se le aplica a su autor está incluido este desvalor, resultaría arbitrario –en similares circunstancias- efectuar disquisiciones que benefician a unos (los autores del hecho previo que lavaron el producto de su crimen) y perjudican a otros (el delincuente solo incurso en lavado).

En este planteamiento de búsqueda del equilibrio en la búsqueda de justicia más allá de su aplicación, se puede encontrar las verdaderas respuestas del trayecto que ha tenido que transitar la política criminal –internacional y nacional- para regular la equidad de aplicación de penas en delitos semejantes. Iría contra toda lógica jurídica el hecho que en una legislación se diera este desequilibrio, puesto que la justicia estaría yendo contra sí misma, al permitir que un mismo tipo penal sea interpretado en formas

diferentes dependiendo, primero, de un delito previo y, segundo, del propio autor del delito y si este participa de un grupo delictivo o comete el delito en forma individual.

No se puede olvidar que el desvalor de la acción afecta otros bienes jurídicos y es deber del Estado no solo garantizar el debido proceso legal y cumplir con los pactos internacionales a estos fines, sino interpretar los pactos y tratados internacionales en forma integral justamente con las garantías constitucionales que fundamenta el Estado de derecho. En este sentido, para cumplir con la normativa internacional los Estados nacionales deben proteger el orden económico de su comunidad y la salud financiera del sistema bancario.

Desde la Convención de Palermo 2000, se activa la penalización del delito de lavado de activos como uno de los delitos a ser sancionados para combatir la criminalidad transnacional organizada. Sumado a ello, debe tenerse en cuenta que si no existe reparo constitucional en el orden interno a la sanción del autor del delito previo como sujeto a su vez del delito de lavado por las consideraciones ya mencionadas, debe sancionársele a efectos de proteger debidamente los valores sociales en juego y cumplir fielmente con los tratados internacionales que generalmente tienen jerarquía en los Estados parte.

Tal como se ha enfatizado, el desvalor del lavado generalmente resulta más grave que el delito previo pues afecta bienes jurídicos cuya magnitud es notoriamente relevante. De ello, entonces, surge la consideración de sancionársele de una forma taxativa y, para ello, necesariamente se le debe otorgar la autonomía y dejar el delito previo como parte de un concurso en el cual se penalizará con mayor dureza el delito que afecte más bienes jurídicos de una forma gravosa.

5.10 La autonomía del lavado de activos y la prueba del delito previo

Al plantearse que el delito de lavado de dinero es un delito autónomo, deberá sustentarse que aun un narcotraficante que además trafica con armas y que se involucra en las acciones constitutivas de lavado deberá ser castigado por la comisión de este último. Aquí, el tema se sostiene en analizar si el lavado es una mera forma de encubrimiento calificado y un agotamiento del delito previo o bien un delito que merece ser imputado en concurso con el delito base por cuanto tiene otro desvalor la acción y no afecta solamente la administración de justicia, sino que también el orden socio-económico el Estado.

5.10.1 La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con la carga de la prueba del delito anterior

Aquí se enfoca cómo la autonomía del delito de lavado se relaciona con la carga de la prueba del delito anterior y de esta forma es importante establecer cuáles son los requisitos que resultan necesarios considerar probados en un proceso penal para tener acreditada esta circunstancia.

Uno de los casos típicos de lavado de activos que escapa al concepto del encubrimiento clásico es el supuesto en el cual a partir de indicios es posible comenzar una investigación de lavado de dinero, y que, posteriormente, continuará con esta hasta llegar a un proceso penal logrando una condena. También hay casos en los que no existe una denuncia formal o imputación de un delito concreto sino la sospecha, por parte de organismos de seguridad, de que determinados activos (dinero secuestro en un aeropuerto a un pasajero) permiten sospechar que provienen de un delito.

Justamente es en estos casos cuando el delito de lavado de dinero cobra vida y se autonomiza totalmente del delito previo; es decir, no es necesario probar formalmente la existencia de un delito previo pues existe un sujeto que se encuentra en posesión de una cantidad de dinero no declarada lo que le da la calidad de ilícito. En estos casos, no se necesita establecer si es el autor o partícipe de un delito previo, es el que posee en sus manos los activos que lo señalan de la comisión de un desvalor de acción.

Entonces, es importante conocer que el delito de lavado de activos es un delito no tradicional y que es la forma que tenía la criminalidad organizada para sustentar sus actividades ilícitas en el ámbito transnacional. En la actualidad, se han organizado muchos sectores de la élite pública y privada para cometer este delito y cabe decir, no tienen nada que ver con la criminalidad organizada.

El lavado de activos se ha convertido en el delito con mayores afectos en las sociedades modernas globalizadas. Ha sido una tarea bastante dificultosa reglar sobre este delito, tal como se ha venido enfatizando, toda vez que al ser un delito asociado con las acciones ilícitas de la criminalidad organizada se le antepuso el delito previo para ser reconocido el lavado de activos. Pero como se ha venido explicando, según se ha considerado, si se castiga el delito previo el lavado de activos es copenado, es decir, ya está incluido en la pena del delito precedente, por lo que procesar al autor del delito previo por el de lavado de dinero sería ir contra el principio del *non bis in ídem*.





Pero si una enorme cantidad de dinero es secuestrada ya sea a una persona en el aeropuerto o a alguien que la tiene en su casa y que en un allanamiento a la misma es encontrada, el delito de lavado de activos obligadamente se autonomiza del delito previo, obligando a que se aplique la ley referida específicamente al lavado de dinero y otros activos y no la ley contra la delincuencia organizada que la contiene en su apartado denominado *conspiración*.

En la actualidad, para el procesamiento de autores del delito de blanqueo de dinero se ha recurrido a la prueba indiciaria contemplada en la ley sobre este delito. Por lo que a continuación se intentará clarificar cómo puede probarse el delito de activos en forma autónoma del delito previo.

En primer lugar, resulta necesario que en la valoración de la prueba se admita el concepto de sana crítica y libreta probatoria con la única limitación que las acciones desarrolladas por los órganos estatales encargados de investigar conductas presuntamente delictivas respeten las garantías previstas en las normas constitucionales y convenios internacionales. "No basta con la mera tipificación del delito de lavado y su concepción como delito autónomo del hecho delictivo previo, sino que es fundamentalmente permitir a los operadores las herramientas indispensables para descubrir las acciones delictivas.

Y, como afirma Conde (s.f.),

toda prueba ilícita en la prosecución de la verdad [...] que los derechos fundamentales y libertades públicas constituyen el núcleo esencial del ordenamiento jurídico, por lo que cualquier prueba obtenida violentando uno de tales derechos o libertades está afectado por una inaceptable causa de injusticia, por lo tanto, no surtirán efecto.

Esta aclaración hecha por Conde Salgado, es una respuesta –a criterio personal– al hecho de que mucho se ha alegado que en la ley al respecto se motiva a una inversión de la carga de la prueba toda vez que el ente encargado, o sea el Ministerio Público, es exonerado de la carga de la prueba y esta se le impone al sujeto a quien se le decomisa el monto de dinero o activos. Se ha argumentado que con ello se vulnera el principio de presunción de inocencia, al obligársele al sujeto imputado demostrar la licitud de los bienes incautados; así también, se argumenta una clara violación al derecho constitucional de defensa, toda vez que al exigírsele que demuestre la licitud

de dichos bienes, se le está juzgando como responsable anticipadamente a que pase por un debido proceso.

Derivado de lo anterior, es que comienza a tener efecto valorativo la prueba indiciaria la cual permite al ente investigador suponer la ilicitud de los bienes incautados toda vez que existan suficientes indicios para ello. Es de aclarar entonces, que la autonomía del delito de lavado de dinero permite la subsistencia de la prueba indiciaria en el proceso penal, no así si se tomara como el agotamiento del delito previo.

La autonomía del delito de lavado se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es, el origen delictivo de los bienes lavados puede ser comprobado por cualquier medio legal. No es indispensable una sentencia de condena por el delito básico de tráfico de drogas u otro delito grave, se debería permitir la prueba del origen delictivo de los activos por cualquier medio. Si se admite que el delito es autónomo, que es diferente al encubrimiento más allá de la similitud en los verbos típicos y la naturaleza jurídica, deberá admitirse que la prueba indiciaria correctamente aplicada conforme al criterio de la sana crítica, permite corroborar el origen ilícito de los fondos decomisados.

Dentro de todo este panorama de la prueba indiciaria y la sana crítica, cabe plantear que, si se presentan ante el juez una serie de indicios que en conjunto van a representar los diferentes métodos de lavado, las pruebas resultan suficientes para que, conforme a criterios de sentido común, un juez arribe a una sentencia condenatoria.

Ahora bien, ¿cuáles serían esos métodos que llevarían a un conjunto indiciario capaz de motivar la sana crítica de un juez? Pues bien, estos serían las transferencias sin justificación económica, el transporte furtivo de sumas de dinero de baja denominación, el anormal manejo de cuentas corrientes. Estos y otros elementos indiciarios sustentados no constituyen aisladamente delito alguno por cuanto el individuo no está obligado a realizar una conducta distinta. Sin embargo, en su conjunto y considerados a la luz de la sana crítica, pueden ser considerados prueba indiciaria de mucho peso para una sentencia condenatoria.

Es imperativo tener presente, que puede compararse la problemática de la prueba en el delito de lavado con los métodos de prueba que son utilizados para acreditar un delito de defraudación tributaria. En el lavado existe el método clásico para comprobar el delito previo como ser una sentencia condenatoria o bien una denuncia, reconocimiento u otro acto por parte del damnificado de un delito con la propiedad que

permite en principio tener por comprobado un delito. Por otro lado, se ha argumentado que la prueba indiciaria de distintos actos desarrollados por los acusados puede permitir acreditar el lavado.

El objetivo de realizar esta actividad comparativa es permitir considerar que los procedimientos indiciarios e indirectos pueden ser usados para corroborar el origen ilegal de los fondos en el delito de lavado. La prueba indiciaria permite corroborar el origen ilegal de bienes producto de delitos graves y no es necesario una condena o resolución judicial de un delito previo por cuanto el lavado de activos es un delito autónomo en el cual su objeto puede ser probado por cualquier medio sin que exista reparo constitucional alguno.

Si bien es cierto, la carga de la prueba no puede invertirse en materia de lavado de activos, en cuanto a la prueba de la procedencia de los activos incautados debe tenerse en consideración que la comprobación de la procedencia ilícita puede basarse en indicios serios, graves, precisos y concordantes que eventualmente permitan sostener una condena.

5.11 La autonomía del delito de lavado de activo en supuestos de tipología de lavado

Caso 1, Casos extraídos de la publicación del Egmont Group, FIUs en Acción.

Una FIU de Europa recibe dos notificaciones de bancos. En un caso el cliente Marvin, un extranjero, presenta cheques para ser acreditados en su cuenta bancaria argumentando que son originados en la venta de tierra en el África. El banco le da aviso a la FIU dado el monto en cuestión. Las investigaciones posteriores permiten comprobar que el padre de Marvin estaba condenado en su país por varios delitos, como fraude y corrupción. A consecuencia de la pesquisa y el intercambio de información con las autoridades del país del cual Marvin es nacional, se presentan cargos contra este por lavado de dinero y fraude. En este supuesto puede verse claramente que si se admite que el delito no es autónomo y es un encubrimiento por parte de Marvin de los delitos de su padre, Marvin podría ser acusado solo en algunas legislaciones y no su padre, por cuanto el autolavado es impune. A su vez se podría argumentar que Marvin al actuar a favor de su padre estaría incurso en una causal de exculpación, por cuanto no hay en algunas legislaciones encubrimiento punible entre parientes. De aceptarse el criterio de autonomía y una clara diferencia del lavado con el delito de encubrimiento este tipo de problemas se evitan.

Caso 2

Una persona de negocios llamada Diana establece una sociedad para vender madera. Sin embargo, esta es solo una fachada para lavar dinero de actividades ilegales. Los fondos son derivados de ilícitos y pagados a la sociedad en efectivo, el que luego le reporta a la sociedad un alto nivel de ingresos. Pasado un año, el banco en donde la sociedad tiene domicilio comunica a la FIU los egresos importantes de dinero, y derivado de esta información bastante espuria, se inicia una investigación que permite establecer que la sociedad es solo una pantalla para lavar activos. Esta situación permite valorar cómo a partir de indicios se comienza una investigación penal y corrobora que no es esencial probar un delito previo para formular la acusación por el delito de lavado de activos.

Caso 3

Una investigación determina que un director financiero apertura cuentas en su institución bancaria a cambio de una comisión por realizar el depósito de dinero proveniente de dos nacionales rusos. Se acredita que el contrato entre las partes incluía que el director les proveería a los nacionales de Rusia préstamos por el mismo monto que el que habían depositado. La pesquisa posterior permitió corroborar que el dinero en cuestión provenía de un crimen cometido por los ciudadanos rusos en su país. Este supuesto también ilustra cómo las pruebas circunstanciales permiten corroborar el delito de lavado de activos, el cual es independiente del delito predicado, por cuanto lo que es necesario para formular acusación a los involucrados es la procedencia ilegal de los fondos; y por último, cómo el delito previo puede ser esclarecido a partir de la investigación del delito de lavado de dinero.

Caso 4

Una FIU analizó cómo los ingresos de una compañía establecida en África oriental eran claramente desproporcionados con las ventas reportadas. A su vez, las transacciones tenían poca relación con el tipo de industria, (pesca). Es así como a partir de estos indicios, la investigación realizada permitió determinar que uno de los agentes titulares de las empresas tenía conexiones con la mafia italiana y estaba lavando dinero. Este caso confirma lo reseñado en el sentido que la prueba indiciaria resulta fundamental para corroborar el lavado de activos y que no es necesario, como consecuencia de la autonomía del delito, comprobar previamente la comisión de un ilícito para investigar el lavado de activos.



5.12 La configuración de la autonomía del delito de lavado de dinero u otros activos en la legislación guatemalteca

Bajo este epígrafe se realizará un breve recorrido en los artículos iniciales de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, Decreto 67-2001, del Congreso de la República de Guatemala, que se consideran esenciales de análisis para establecer la clara presencia de la autonomía en el delito de lavado. Esta tarea se considera indispensable, como cierre del presente trabajo, porque para dejar claramente fundamentada la autonomía del lavado, se debe realizar una exégesis jurídica de la ley que la contiene.

El artículo 2, Del delito de lavado de dinero u otros activos, regula que comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona. Antes de continuar, se hará un detenimiento en esa construcción gramatical *interpósita persona*. Interpósita persona es aquella persona que interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otra, aparentando obrar por cuenta propia.

Se considera que, independientemente que esta persona sepa o no el origen de los activos que le han sido encargados para que los represente y haga producir más dentro del mercado lícito, no se necesita que se compruebe el origen de dichos bienes, es decir, que se compruebe el delito previo. Si la interpósita persona, motiva la sospecha de los entes investigativos en materia de lavado de dinero por la actividad financiero-bancaria que realiza, el no poder demostrar el origen lícito de los activos que está circulando, es la prueba reina por medio de la cual la autonomía del delito de lavado puede actuar penalmente contra esta persona.

A esta interpósita persona, el artículo 2 inciso a) de la ley en mención le describe una serie de verbos típicos a través de los cuales se le previene sobre el delito de lavado de activos: *invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero [...] procedan o se originan de la comisión de un delito*. No especifica en absoluto la necesidad de un delito previo. El delito ya se encuentra determinado como: “Del delito de lavado de dinero u otros activos”. Clarifica, eso sí, la presencia de un actor el cual no se encuentra bien definido: *quien por sí*. Ahora bien, a quién se referirá ese “quien por sí”. Es de interpretar que se refiere a aquel que haya cometido el delito previo, pero no se establece esta categoría como necesaria en el delito de lavado de dinero u otros activos.



Lo mismo se puede decir en lo referente al inciso b), el cual regula con verbos típicos tales como: *adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito*. Es de interpretar que en este artículo se perfila con mucha exactitud la figura del “testaferro”, porque es al que el responsable del delito precedente le encarga, le confía, lo “ nombra” para que los bienes ilícitos ingresen, de alguna forma, al panorama de lo legal con la finalidad de que se blanqueen de una forma en que no pueda ser detectado su origen.

Generalmente, el “testaferro” siempre va a ser un hombre de profesión en el área jurídica, quien a su vez utilizará a otros subalternos, con diferentes especialidades que puedan involucrarse, sin crear sospecha alguna, en el sistema económico-financiero del país. Estos actores pueden ser personas que tienen altos cargos a nivel de Estado o en la iniciativa privada.

El inciso c): *Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derechos relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito*. Aquí, ya se enfoca más hacia un macromovimiento del dinero ilícito, que se puede interpretar como una obstaculización a la persecución penal, porque no solo se habla sobre la responsabilidad individual del “testaferro” marcada por los verbos rectores *adquirir, poseer, administrar tener o utilizar* bienes de origen ilícito.

Al regular con los verbos típicos *ocultar o impedir* la verdadera naturaleza, el origen, ubicación, destino, movimiento o la propiedad de bienes o dinero ilícito, se refiere a que se oculta o impide al ojo del ente supervisor económico-financiero el conocimiento que la ley exige sobre todos los activos o dinero que van a entrar al mercado bancario-financiero. En otras palabras, no existe declaración absoluta de dichos activos, bienes o dinero porque han sido ocultados de una forma muy profesional y transnacionalizada todos estos montos que definitivamente evaden el circuito de la ley.

Es probable que se encuentren en el mercado. Lo que no es probable es que se encuentran a disposición de las leyes que regulan sus movimientos en las diferentes estructuras económico-financieras del país.

Sin embargo, el análisis de estos incisos no es el de cómo se evaden las leyes pertinentes en un país, por los lavadores de dinero. Lo importante aquí es tener en cuenta que el simple hecho de no aparecer prescrita la necesidad de que exista un delito previo para que se produzca la persecución penal del delito de lavado, convierte al delito de lavado de activos o dinero en un delito autónomo.

Posteriormente, en el artículo 4, contenido en la Sección II **De los responsables y de las penas**, se hace una descripción de quiénes son los responsables de lavado de dinero u otros activos.

Como se acotará, se tiene como responsables a **Personas individuales**, quienes tendrán una pena de prisión incommutabile entre 6 a 20 años y una multa por el valor total de los bienes producto del delito. De este artículo se pueden colegir dos tipos de actores: el verdadero propietario de los bienes, que indefectiblemente tiene que ser alguien a quien se le demuestre que los bienes incautados son de origen ilícito, porque este está siendo procesado por un delito o delitos previos, pero que no inciden en la autonomía del delito de lavado porque de cualquier forma se le pudieron haber descubierto; o, en segundo término, se descubre al “testaferro” porque sus movimientos financiero-bancarios han despertado sospechas al ente supervisor y, por ende, empieza a ser investigado.

En ambos casos, la autonomía del delito de lavado de dinero u otros activos puede ejercer la persecución penal, independientemente que el primer actor esté siendo procesado por uno o varios delitos previos o que el “testaferro” no pueda justificar el origen lícito de los bienes que ha estado moviendo, por lo que se le inició una investigación.

La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, no es extensa –como se puede apreciar- en sus motivaciones para ejercer su autonomía. Solo es necesario interpretar los artículos 2 y 4, para establecer la innecesaria búsqueda de un delito previo para procesar a quienes se les descubren actividades más allá de las normales en el ámbito bancario o en las instituciones financieras del país.

No se puede obviar en este análisis lo que la convención de Palermo 2000 instaura para que los Estados parte implementen en su normativa interna.





Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión

En el inciso a) de este artículo de la Convención de Palermo, se observa que en la trasposición hecha a la legislación interna guatemalteca en materia de lavado de dinero u otros activos, no se menciona el delito previo como indispensable para reconocer la existencia de este delito, que en muchas legislaciones, tal como se viera con anterioridad lo consideran “copenado” al delito previo. Es decir, que no se necesita procesar al delito de lavado de dinero si ya se ha condenado al comisario del delito previo. Como se pudo considerar, esta postura produce una completa anulación de la autonomía del lavado. Sin embargo, el espíritu de la Convención de Palermo 2000 sobre el blanqueo de capitales rompe con toda doctrinaria contraria a la autonomía del delito de lavado, y lo plasma con suficiente taxatividad.

En el inciso b) numeral ii) se prescribe: “La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión”. En este se plantea el delito previo, pero no como necesario para el procesamiento por lavado.

5.13 Breve análisis

Para la realización del presente trabajo de investigación acudí a entrevistar a diferentes actores que participan en el sector justicia tales como investigadores, policías, auxiliares fiscales, agentes fiscales, secretarios de juzgados, jueces, colaboradores. Toda la información que se recabó en la investigación es de carácter reservado y únicamente lo pueden conocer las partes procesales. Mi aporte personal a este trabajo de tesis consiste en la recopilación de información por diversos autores nacionales e internacionales. Además, la experiencia adquirida dentro del sector justicia me permite afirmar que este trabajo reúne toda la información útil, necesaria y valorada, y pueda ser fuente de consulta para resolver dudas en la aplicación del tipo penal que he tratado aquí.

El delito de lavado de dinero o de activos, caracterizado por su constante evolución y exposición al fenómeno de la globalización, se vuelve cada vez más difícil de detectar, investigar y juzgar. Por ello, considero la imperiosa necesidad de fortalecer políticas criminales que respondan a los nuevos retos que impone este fenómeno delictivo y de ofrecer oportunidades de capacitación del más alto nivel a profesionales que se dedican a combatirlo y juzgarlo. La lucha contra el crimen organizado no es ni puede ser un compromiso únicamente del Estado guatemalteco, sino que se ha convertido en un paradigma, y hoy la mayoría de los sujetos obligados a informar sobre transacciones sospechosas son sujetos privados.

A nivel mundial está ocurriendo un cambio cultural; se han dado cuenta, por fin, que esto es necesario. No es solo una lucha del Estado contra la criminalidad organizada, sino que es una lucha de todos, de toda la sociedad porque directa o indirectamente este delito afecta a la sociedad guatemalteca, pues al evadir la legalidad del dinero se afecta la seguridad, la salud, las carreteras, las inversiones, etc.



Conclusiones

1. El delito de lavado de dinero recibe diversas denominaciones según el país donde se regule, pero en pocas palabras, el lavado o blanqueamiento de capitales, bienes, y valores derivados de una actividad ilícita anterior (tráfico de drogas, de armas, terrorismo, contrabando, extorsión, secuestro, crímenes contra la administración pública, contra el sistema financiero), vienen a perjudicar el sistema financiero de un país, ya que su obtención no es producto de una actividad empresarial, comercial, industrial, etc., que fortalezca la economía. Por el contrario, al no tener soporte legal, debilita las finanzas de cualquier ente sea público o privado.
2. El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o algún miembro del mismo. El lavado de dinero consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar sus orígenes. Estas actividades generan grandes sumas de dinero, por lo que las organizaciones criminales necesitan encontrar una vía para utilizar los fondos sin despertar sospechas respecto al origen ilícito de estos, y esa vía puede ser, entre otras, crear comercios o empresas con el objetivo de ingresar ese capital al sistema bancario.
3. La autonomía del delito de lavado de dinero se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito es de origen delictivo, los bienes lavados pueden ser comprobados por cualquier medio legal. No es indispensable una sentencia de condena por el delito de tráfico de drogas u otro delito grave (por ejemplo) se debería permitir la prueba del origen delictivo de los activos por cualquier medio. Como se ha descrito, si se admite que el delito es autónomo, que es diferente al encubrimiento más allá de la similitud en los verbos típicos y la naturaleza jurídica, debe admitirse que la prueba indiciaria correctamente aplicada conforme el criterio de la sana crítica, permite corroborar el origen criminal de los fondos de esta forma.
4. Es importante valorar mediante algún tipo de procedimiento probatorio y comprobar la comisión de un delito previo para corroborar la comisión del delito de lavado, o bien si a consecuencia del concepto de autonomía del delito de blanqueo de dinero es posible sostener que el crimen es independiente del delito precedente. Puede inferirse a partir de la prueba circunstancial e indiciaria que hay en un supuesto de lavado y que los fondos provienen de actividades que constituyen el delito predicado sin resultar necesario su acreditación previa.





Referencias

- Álvarez, P., Eguidazu. (1997). La prevención del blanqueo de capitales.
Pamplona, España: Palacios.
- Anitua, I. G. (2005). Historia de los pensamientos criminológicos.
Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- Alldrige, P. (2001-2002). The Moral Limits of the Crime of Money Laundering.
Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5:279.
- Bachie, S. (2003). Informe Nacional sobre la Delincuencia Organizada.
Estrasburgo: Secretaría Ejecutiva del COD y la Secretaría General del ICEPS
- Bacigalupo, E. (2002). Derecho penal Económico.
Buenos Aires: Hammurabi
- Bajo, M., Bacigalupo, S. (2009). Política criminal y blanqueo de capitales.
Madrid: Marcial Pons.
- Bajo, M. (1995). Hacia un Derecho penal económico europeo.
Madrid: Boletín Oficial Del Estado
- Balcarce, F. (2003). Derecho penal económico.
Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Beting, J. (1997). O Estado de São Paulo.
Brasil.
- Bielsa, R. (s.f.). Lineamientos de Derecho penal fiscal.
Buenos Aires: *Revista Jurídica La Ley*, tomo 28.
- Blanco, I. (1997). El delito de Blanqueo de Capitales.
Madrid: Editorial Aranzadi.
- Blanco, I. (2006). Penalización de lavado de dinero. Aspectos sustantivos. Principios y recomendaciones internacionales” en Blanco Cordero, Isidoro, Fabián Caparrós, Eduardo, Prado Saldarriaga, Víctor y Zaragoza Aguado, Javier. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. 3ª. Ed. Organización de los Estados Americanos (OEA) Consejo Interamericano para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Washington, DC, recuperado de:
http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Documentos/OEA%20CICAD%20LIBRO%204%20EDICION.pdf



- Cabral, C. (2003). Derecho penal. Delitos económicos.
Buenos Aires: Año II, Número 4. INFOJUS y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Caparrós, E. (1996). El blanqueo de capitales precedentes de actividades criminales.
España: Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.
- Castaldo, A. (2005). La naturaleza económica de la criminalidad organizada.
Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma.
- Cervini, R. (1996). Riesgos corporativos y el fenómeno de la macrodelincuencia internacional.
Río de Janeiro: IV Congreso de Derecho penal Bancario del ICEPS
- Clinard, M., Quinney, R. (1973). Criminal Behavior Systems a Typology.
Nueva York: 2a. edición Holt, Rinehart & Winston.
- Conde, C. (1955). Encubrimiento y receptación
Barcelona: Editorial J.M. Bosch.
- Córdoba, J. (1977). Comentarios al Código Penal
Barcelona: Editorial Bosch, tomo 3.
- Córdova, A., Palencia, C. (2001). El lavado de dinero
México: Editorial México.
- Díaz, V. (2008). Antecedentes del lavado de dinero.
Revista de Derecho penal Económico.
- Fellini, Z. (2000). Temas de Derecho penal económico.
Buenos Aires: Editorial Grün tomo 1.
- Figueroa, R. (2002). Enciclopedia jurídica mexicana.
México: Editorial Porrúa.
- Foffani, L. (2001). Criminalidad organizada y criminalidad económica.
Revista Penal, número 7.
- Gallino, M. (1982). Delitos contra el orden público.
Buenos Aires: Editorial Pannedille.
- García, R. (s.f.). La determinación del delito precedente en el lavado de dinero.
Recuperado de: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>
- Gomes, L. F., Cervini, R. (1997). Crimen organizado.
São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Gomes, L. F. (2005). El lavado de activos en el Derecho penal brasileño.



- Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Gómez, J. M. (1984). Derecho penal. Parte general.
Madrid: Editorial Civitas.
- Gómez, V. (2006). Los delitos especiales.
Montevideo/Buenos Aires/Madrid: Editorial B de F.
- Gonella, C. (2003). El Ministerio Público. Fiscal frente a los delitos económicos.
Buenos Aires: *Año II, Número 4*. INFOJUS.
- González, J. (2009). El lavado de dinero en México, escenarios, marco legal y propuestas legislativas. Recuperado de: <http://www.paraisos-fiscales.Info/paraíso-fiscal-html>.
- Gluyas, R. (2005). Inteligencia financiera y prevención de lavado de dinero.
México: *Revista de Ciencias Penales*, número 12, segunda época. INACIPE.
- Hanner, M. W. (1995). Notes of the Committee on the Judiciary.
Minnesota: Editores Mervir Thomas.
- Hernández, H. (1997). El lavado de activos.
Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª Edición.
- Hernández, G. (1993). El delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en la legislación penal costarricense.
San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Hernet, L. (1996). La economía sumergida.
Bogotá: *Revista Social Debates*, número 17.
- Jaime, M. L. (s.f.). El delito de lavado de activos: consideraciones sobre su autonomía y cuestiones procesales controvertidas. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/marcelo-luis-jaime-delito-lavado-activos-consideraciones-sobre-su-autonomia-cuestiones-procesales-controvertidas-dacf>
- Jakobs, G. (1995). Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Segunda edición.
- Jescheck, H. H. (1999). Tratado de Derecho penal. Parte general.
Barcelona: Editorial Bosch.
- Kochan, N. (2005). The Washing Machine.
Ohio: Editorial Thompson.
- Luciani, D. S. (2011). Un nuevo tipo penal de lavado de dinero.
La Ley B, 978.



- Luzón, D. M. (1989). Tentativa y posesión en el tráfico de drogas.
Comentario a la STS (Sala 2ª) de 15 de marzo de 1989.
- Maingot, A. P. (2008). Entre lo legal y lo ilegal: los paraísos fiscales y los flujos inagotables de capital.
Santiago de Chile: FLACSO-Catatonía.
- McIntosh, M. (1977). La organización del crimen.
México: Editorial Siglo XXI, 3ra. Edición.
- Meyers, F. (s.f.). Artículo para ABA Bank Security y para revista Fraude, Sección de Lavado Dinero/Narcóticos, IRS, División de Investigación Criminal. Desarrollando un programa de seguridad contra el lavado de dinero. Washington.
- Mir, S. (2001). Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología.
Madrid: editorial UNED.
- Moreno, A., Ruiz, F. (1996). Delitos socioeconómicos.
Castellón.
- Muñoz, F. (1998). Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos.
Barcelona: *Revista Penal*, Año 1, número 1
- Nando, V. (2009). El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico. México: Editorial Trillas.
- Palan, R. (2003). The Offshore World: Sovereign Markets, Virtual Palces, and Nomad Millionaires.
Nueva York: Cornell University Press.
- Palma, J. M. (2000). Los delitos de blanqueo de capitales.
Madrid: Ad-Hoc.
- Pavarini, M. (2006). Reconstruyendo la criminología crítica.
Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pinto, R.M., Chevalier, O. (s.f.). El delito de lavado de activos como delito autónomo.
Recuperado de: <https://www.google.com.gt/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz>
- Pinto, R. (2006). El delito de lavado de activos como delito autónomo.
Washington: CICAD.
- Queralt, J. J. (2006). Derecho penal español.
Barcelona: 5ª. Edición.



- Quink, P. (1996). *Macroeconomic Implications or Money Laundering*.
Washington D.C.: FMI, Working Paper.
- Ragues, R. (2003). *Riesgo penalmente relevante e irrelevante en la actividad económica-empresaria*.
Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Ragues, R. (2008). *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles, problemas de imputación subjetiva*.
Madrid: en *InDret*.
- Resta, E. (1986). *Relato sobre aspectos sociales*.
Buenos Aires: IX Congreso de Defensa Social.
- Riera, A. (1983). *Nueva Enciclopedia Jurídica*.
Barcelona: Tomo 2.
- Righi, E. (2009). *Los Delitos Económicos*.
Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Robles, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*.
Madrid- Barcelona.
- Rodríguez, G. (1972). *Comentarios al Código Penal*.
Barcelona: Editorial J.M. Bosch, tomo 1.
- Rodríguez, J.P. (2006). *El lavado de activos*.
Justicia y Razón. Volumen 3, número 2.
- Romeral, F., García, A. (1993). *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*.
Granada, España.
- Rosales, R. (2001). *El lavado de activos provenientes del narcotráfico*.
Costa Rica: Universidad de San José. San José.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*.
Madrid: Segunda edición.
- Sáenz, M. (1997). *El secreto bancario y el lavado de dinero en Costa Rica*.
Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales, año 9, número 13.
- Severin, L. W. (1996). *Recent Developments in Relation to Economic Crime*.
Texas: 3a. Edición, Ladelt.



- Sibarin, F. (1994). *Mecanismos macroeconómicos y delincuencia financiera*. Nueva York: 2º Encuentro de Consejo Consultivo y de Dirección del ICEPS.
- Silva, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: 2ª. Edición revisada y ampliada Civitas.
- Silva, C. (1980). *A macrocriminalidade*. São Paulo: *Revista Dos Tribunais*
- Sutherland, E. (1988). *El ladrón profesional*. Madrid: Editorial La Piqueta.
- Shams, H. (2004). *Legal globalization: Money Laundering Law and Other Cases*. Londres: Sir Joseph Gold Memorials Series, Volumen 5, The British Institute of International and Comparative Law.
- Tanzi, V. (1996). *Money Laundering and the International Financial System*. Washington D.C., FMI, Working Paper.
- Thorward, J. (1966). *Crime and Science*. Nueva York.
- Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Virgolini, J. E. (2005). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Walters, I. (1985). *Secret Money: The World of International Financial Secrecy*. Massachusetts: Lexington Books.
- Yacobucci, G. (2005). *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Zaffaroni, E.R. (1996). *Crime organizado: umacategorização frustrada*. Río de janeiro: *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*. Instituto Carioca de Criminología. Relume-Dumara, año 1.
- Zamora, P. (1999). *Marco Jurídico del Lavado de Dinero*. México: Oxford University Press S.A. de C.V.



Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Constituyente. Junio de 1985.

Código Penal, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal, Decreto No. 51-92 del Congreso de la República.

Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, Decreto No. 67-2001 del Congreso de la República.

Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Acuerdo Gubernativo No. 118-2002.

Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006 del Congreso de la República.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto No.16-2002 del Congreso de la República.

Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto No.19-2002 del Congreso de la República.

Ley Monetaria, Decreto No.17-2002 del Congreso de la República.

Ley de Supervisión Financiera, Decreto No.18-2002 del Congreso de la República.

Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto No. 58-2005 del Congreso de la República.

Reglamento de la Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Acuerdo Gubernativo No. 86-2006.

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

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos Adjuntos, Palermo 2000 o Convención de Palermo 2000.