Coordinadores
Kai Ambos
Dino Carlos Caro Coria
Ezequiel Malarino

Lavado de Activos y Compliance

Perspectiva internacional y derecho comparado

Autores
Kai Ambos
Andy Carrión Zenteno
Manuel A. Abanto Vásquez
Pablo Galain Palermo
Diana M. Asmat Coello
José Antonio Caro John
Miguel Polaino-Orts
Dino Carlos Caro Coria
Luis Miguel Reyna Alfaro
Gustavo Urquizo Videla
Jaime Winter Etcheberry

CEDPE
Centro de Estudios
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

JURISTA editores

CEDPAL
Georg-August-Universität Göttingen

LAVADO DE ACTIVOS Y COMPLIANCE

PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y DERECHO COMPARADO

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

Kai Ambos | José A. Caro John
Andy Carrión Zenteno | Miguel Polaino-Orts
Manuel A. Abanto Vásquez | Dino Carlos Caro Coria
Pablo Galain Palermo | Luis Miguel Reyna Alfaro
Diana Marisela Asmat Coello | Gustavo Urquizo Videla
Jaime Winter Etcheberry

LAVADO DE ACTIVOS Y COMPLIANCE

PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y DERECHO COMPARADO

Coordinadores
Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino

CEDPAL
GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN
JURISTA editores
CEDPE
Centro de Estudios
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

Coordinadores
Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino

Autores

Kai Ambos | José A. Caro John
Andy Carrión Zenteno | Miguel Polaino-Orts
Manuel A. Abanto Vásquez | Dino Carlos Caro Coria
Pablo Galain Palermo | Luis Miguel Reyna Alfaro
Diana Marisela Asmat Coello | Gustavo Urquizo Videla
Jaime Winter Etcheberry

© Kai Ambos
© Dino Carlos Caro Coria
© Ezequiel Malarino

LAVADO DE ACTIVOS Y COMPLIANCE
PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y DERECHO COMPARADO

© **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**
Jr. Miguel Aljovín Nº 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Abril 2015

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: xxxx-xxxxx

ISBN: xxx-xxx-xxxx-xx-x

Composición, diagramación y
diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

Presentación del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL)

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en esas áreas. El Centro está integrado por una Dirección, una Secretaría Ejecutiva y un Consejo Científico, así como por investigadores adscriptos y externos (más información en: http://cedpal.uni-goettingen.de).

Una de las principales actividades del Centro es la coordinación y el desarrollo de proyectos de investigación. En este libro presentamos los resultados del proyecto nacional de investigación sobre "Lavado de Activos y *Compliance*: Perspectiva internacional

y derecho comparado" coordinado conjuntamente con el Centro de Estudios sobre Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE) de Perú.

Las versiones preliminares de los trabajos fueron presentadas y discutidas en un seminario organizado y financiado por el CEDPAL en conjunto con el CEDPE. El seminario fue llevado a cabo en la sede del CEDPAL en la ciudad de Göttingen, Alemania, los días 18 y 19 de septiembre de 2014 y contó con la participación de profesores, investigadores y doctorandos. Las exposiciones estuvieron a cargo de Manuel Abanto, Jaime Winter, Carlos Caro, José Caro John, Miguel Polaino Orts, Andy Carrion, Gustavo Urquizo, Diana Asmat y Luis Reyna y fueron moderadas por Kai Ambos y Ezequiel Malarino.

Con posterioridad, los autores presentaron la versión definitiva de sus trabajos procurando tener en cuenta las observaciones hechas por los participantes del seminario. Esa versión final fue sometida a la evaluación del CEDPAL.

En la publicación se incluyen, además, dos trabajos presentados luego del seminario; uno de Pablo Galain y el otro de Kai Ambos.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. Además de a los autores, queremos agradecer especialmente a Gustavo Urquizo, miembro de la Secretaría Ejecutiva del Cedpal, y a Carlos Caro, Gerente General del CEDPE, y sin cuyo enorme esfuerzo este proyecto de investigación no habría tenido lugar.

Göttingen – Buenos Aires, enero de 2015

Kai Ambos
Director General

Ezequiel Malarino
Director Académico

Presentación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE)

Este libro reúne las ponencias presentadas en el Seminario "Lavado de Activos y *Compliance*: Comparación Perú-Alemania" celebrado en Göttingen el 18 y 19 de septiembre de 2014 en el marco del Convenio suscrito entre el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August Universität Göttingen y el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE) con sede en Lima, Perú.

A estas contribuciones se han añadido los trabajos de los Profesores Kai Ambos y Pablo Galain, relativos al blanqueo de capitales derivados del delito fiscal conforme al Derecho alemán y a la visión criminológica de la criminalización del lavado de activos en Uruguay, respectivamente. En ese sentido, el aporte del Profesor Ambos es un complemento frente al trabajo del Profesor Caro Coria, quien también analiza la problemática del delito tributario como delito fuente del lavado de activos, con especial atención a la polémica sobre los casos de contaminación y mezcla de activos de fuente lícita e ilícita. A su vez, la contri-

bución del Prof. Galain resalta y se justifica porque introduce en el libro la necesaria perspectiva criminológica, poco presente en la literatura hispana en el tratamiento de fenómenos delictivos propios del Derecho penal moderno.

La relevancia de estos estudios en el ámbito jurídico peruano se debe a que la legislación sobre lavado de activos ha sufrido significativos cambios mediante el Decreto Legislativo Nº 1106 de 2012, no abordados suficientemente por la doctrina y la jurisprudencia penal, especialmente en torno a la responsabilidad vinculada a los agentes del sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (*compliance officers* u oficiales de cumplimiento), como da cuenta el trabajo de Diana Asmat. En ese contexto, para el investigador y operador jurídico peruano es trascendente conocer por ejemplo el sentido de las directivas de la UE en materia de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, así como su impacto en las legislaciones penales internas, especialmente Alemania, como se observa en los trabajos del Profesor Manuel Abanto y de Jaime Winter, especialmente.

Como se pone de relieve en diferentes contribuciones, la jurisprudencia alemana se ha pronunciado sobre cuestiones específicas de gran importancia práctica, como la trascendencia de la implementación de los *compliance programs* en la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos de las empresas (BGHSt 40, 257; BGHSt 45, 270; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147) y de las propias corporaciones, como se puede ver en la contribución de Andy Carrión y Gustavo Urquizo, o la responsabilidad penal de los abogados por recibir honorarios maculados (BVerfGE 110, 226 (254 y s.), de lo que da cuenta el aporte del Profesor Caro John.

Esta experiencia puede ser compartida y puesta en contraste con la jurisprudencia peruana (especialmente con el Acuerdo

Plenario Nº 3-2010/CJ-116), como se aprecia en el trabajo del Profesor Reyna Alfaro, y más porque la implementación de sistemas de cumplimiento normativo (*compliance programs*) en el Perú viene realizándose con gran atención a los contenidos del sistema norteamericano. En ese contexto, los aportes del libro permiten introducir la perspectiva germana y europea, de particular trascendencia si se observa la frondosa bibliografía que ha aparecido en los últimos años en torno a estas cuestiones, y más por la necesidad de revisar, cuando no superar, clásicas interpretaciones que hoy forman parte de un hay veces cuestionable estado de la cuestión, como da cuenta el trabajo del Profesor Miguel Polaino dirigido a revisar el contenido subjetivo de los tipos de blanqueo de capitales que, redactados en base textos del *common law*, difícilmente comulgan con los clásicos concepto de dolo o culpa y pueden terminar mezclando categorías ontológicas y normativas en la imputación subjetiva.

Confiamos en que esta publicación pueda impulsar nuevas respuestas y motivar nuevas investigaciones en torno a este fenómeno delictivo que ha cobrado la mayor trascendencia teórica y práctica dentro del derecho penal económico y empresarial.

Last but not least, no puedo culminar esta presentación sino agradeciendo el invalorable esfuerzo desplegado por los colegas de CEDPAL para el éxito del Seminario y la publicación, en especial a su Director General y Director Académico, los Profesores Kai Ambos y Ezequiel Malarino.

Dino Carlos Caro Coria
Gerente General del Centro de Estudios de
Derecho Penal Económico y de la Empresa

Lima, enero de 2015

ABREVIATURAS

AO	Abgabenordnung (Ley General Tributaria)
art./arts.	artículo/artículos
BCU	Banco Central del Uruguay
BGBl.	Leyes Federales
BGH	(Bundesgerichtshof) Tribunal Federal alemán
BGHSt.	Entscheideungen des BGH in Strafsachen (Sentencias penales del Tribunal Supremo Federal Alemán)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung (Ordenanza Federal de la Abogacía)
BT-Drucks.	Impresos del Bundestag
BKA	Bundeskriminalamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
edit.	director, coordinador de la obra
coords.	coordinadores
C.E.	Comunidad Europea
CP	Código penal

CPP	Código Procesal Penal
CU	Constitución uruguaya
CICAD	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. Leg 1106	Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado
Dec. Supr.	Decreto Supremo
ej.	ejemplo
eds.	Editores
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista)
FATF	Financial Action Task Force
FIU	Financial Intelligence Unit
GwG	Geldwäschegesetz
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental Constitución alemana).
LK	Leipziger Kommentar
MüKo	Münchener Kommentar
NK	Nomos Kommentar
nm	Número/s marginal/es
ICRG	The International Co-operation Review Group

Jura	Juristische Ausbildung (revista)
JuS	Juristische Schulung (revista)
JZ	Juristen Zeitung (revista)
Ley 27693	Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera Perú (12.04.2002)
Ley 28306	Ley N° 28306, Ley que modifica artículos de la Ley N° 27693 (29.07.2004)
Ley 29038	Ley N° 29038**,** Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
LG	Tribunal del Land (o Tribunal Estadual)
LK	Leipziger Kommentar
LO	Ley Orgánica
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)
OEA	Organización de Estados Americanos
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de los Estados alemanes)
OrgKG	„Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderen Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität".
	Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de criminalidad organizada.
ONU	Organización de Naciones Unidas

OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz (Ley de contravenciones alemana)
p./pp.	página/páginas
párr.	párrafo
P.E.	parte especial
P.G.	parte general
p. ej.	por ejemplo
REJ	Revista Estudios de la Justicia (Universidad de Chile)
Res. SBS 838-2008	Resolución SBS N° 838-2008, Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo (28.03.2008)
Res. SBS 11695-2008	Res. SBS N° 11695-2008, Modifican las normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo (28.11.2008).
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RN	Recurso de nulidad
ROS	Reporte de Operación Sospechosa
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPPJ	Responsabilidad penal de las personas jurídicas
s./ss.	y siguiente, y siguientes
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros

SPLAFT	Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
StV	Strafverteidiger (Defensor Penal, revista)
T.	Tomo
TS	Tribunal Supremo español.
UE	Unión Europea
UIAF	Unidad de Información y Análisis Financiero
UIF/UIF-Perú	Unidad de Inteligencia Financiera Perú
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
USA Patriot Act	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (revista)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtdogmatik (revista)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista)

Índice General

Presentación del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) 00

Presentación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE) 00

ABREVIATURAS.. 00

EVOLUCIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LA DOCTRINA Y PRÁCTICA DE PERÚ Y ALEMANIA

Manuel A. Abanto Vásquez

1. Contexto internacional de la evolución histórica 00
2. Desarrollo en Alemania 00
   - 2.1. Aparición del tipo penal 00
   - 2.2. La legislación extrapenal 00
   - 2.3 El desarrollo ulterior 00
   - 2.4. Doctrina y jurisprudencia 00
3. Desarrollo en Perú 00
   - 3.1 Aparición histórica 00
     - a) Primera fase: vacío legal (primeros meses de vigencia del C. P. de 1991)... 00

b) Introducción del tipo como "receptación especial" en el CP (1991-1992).. 00
c) El modelo de la ley especial (Ley 27765 y D. Leg. 1106). 00
3.2 La legislación extrapenal 00
3.3 Doctrina y jurisprudencia 00
4. Conclusiones y Reflexiones.. 00
Bibliografía 00

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Jaime Winter Etcheberry

1. Introducción 00
2. Origen y consolidación de la lucha contra lavado de activos en el mundo 00
2.1 Prevención y Sanción en EE.UU 00
2.2 Internacionalización del concepto de lavado de activos en el contexto del tráfico de estupefacientes.. 00
2.3. Internacionalización en el ámbito bancario... 00
2.4 Fusión: Creación del GAFI 00
3. Instrumentos internacionales más relevantes sobre el lavado de activos 00
3.1. Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.. 00
3.2 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. 00
3.3 Las 40 Recomendaciones del GAFI y el GAFISUD.. 00
3.4 GAFI 1996, 2003 y 2012 y las IX recomendaciones especiales 00

3.5 Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos de 1992. 00
3.6 La Unión Europea: Directivas.. 00
4. Adherencia estatal a las recomendaciones del GAFI: o estás con nosotros o contra nosotros 00
4.1 El alto grado de adherencia y las listas negras, y monitoreo 00
4.2. La adopción de medidas contra el lavado de activos como resultado de coacción internacional 00
4.3 Análisis costo/beneficio: La legislación anti lavado de activos en países en vías de desarrollo 00
4.4 *¿Bis in ídem?* Amplitud y gravedad en las provisiones penales 00
4.5 Constitución, libertades civiles y "soft law". En especial el caso europeo... 00
5. Resumen y conclusiones... 00
Bibliografía 00

LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DEL DELITO TRIBUTARIO

Dino Carlos Caro Coria

1. Introducción 00
2. La cuota tributaria como objeto material 00
3. Límites a la contaminación del patrimonio del defraudador 00
3.1 Temporales 00
3.2 Individualización de los bienes 00
3.3 Tratamiento de los casos de mezcla de bienes... 00
3.4 Descontaminación 00
3.4.1 La prescripción del delito tributario. 00
3.4.2 La regularización tributaria 00

4. Autonomía del lavado de activos 00
5. Autolavado 00
Bibliografía 00

LOS ABOGADOS ANTE EL LAVADO DE ACTIVOS: RECEPCIÓN DE HONORARIOS SUCIOS Y DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

José A. Caro John

1. Introducción 00
2. Un caso como punto de partida 00
3. El sentido jurídico-penal de la represión del lavado de activos 00
4. ¿La recepción de honorarios sucios convierte al abogado en lavador?... 00
5. ¿Deber de confidencialidad vs. deber de denuncia del abogado? 00
Bibliografía 00

NORMATIVIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN EL BLANQUEO DE CAPITALES: CUESTIONES PROBLEMÁTICAS FUNDAMENTALES DE PARTE GENERAL

Miguel Polaino-Orts

1. Planteamiento 00
2. La dudosa viabilidad de una Dogmática tradicional para la delincuencia económica y empresarial... 00
2.1 ¿Una Dogmática penal ontologista o una Dogmática normativista?.. 00
2.2. ¿Una teoría del delito nueva o una teoría del delito actualizada? 00
3. Aspectos naturalistas del blanqueo de capitales 00

3.1 ¿Imputación imprudente ***versus*** imputación dolosa? .. . 00
3.2. ¿El conocimiento con fundamento de responsabilidad penal? 00
3.3 ¿El autoblanqueo como infracción de un deber? 00
3.4 ¿Obligaciones "policiales" sobrevenidas? 00
4. Conclusiones 00
Bibliografía 00

LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO HECHO PREVIO DEL LAVADO DE DINERO EN ALEMANIA

Kai Ambos

1. Introducción 00
2. La defraudación tributaria como objeto material del lavado de dinero. 00
2.1. "Gastos ahorrados" 00
2.2. ¿Causalidad?... 00
2.3. ¿Impuestos reducidos como parte del patrimonio total? 00
3. Doble punición por el hecho previo, relación. 00
Bibliografía 00

LAVADO DE ACTIVOS EN URUGUAY: UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA

Pablo Galain Palermo

1. Introducción 00
2. El lavado de activos en el orden jurídico penal uruguayo 00
3. El problema del bien jurídico 00
4. ¿Cuál es la estrategia político criminal sobre lavado de activos en Uruguay? ¿Qué se quiere prevenir? ¿Qué y cómo se castiga? ¿Cuánto se colabora con otras jurisdicciones? 00

5. La praxis judicial 00
6. Conclusiones.. 00
Bibliografía.. 00

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALEMANIA-PERÚ Y EEUU

Andy Carrión Zenteno / Gustavo Urquizo Videla

1. Introducción 00
2. Responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en Alemania 00
1.1. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento con base en su posición de garante. 00
1.1.1. Cuestiones generales. Posición y funciones del oficial de cumplimiento. 00
1.1.2. Sobre la posición de garante de la dirección de la empresa 00
1.1.3. Posición de garante del oficial de cumplimiento . 00
1.1.3.1. Delegación y deberes del oficial de cumplimiento 00
1.1.3.2. Observaciones críticas contra una posición de garante del oficial de cumplimiento 00
1.2. Concurrencia de responsabilidad penal del directivo y del oficial de cumplimiento.. 00
3. Responsabilidad del oficial de cumplimiento en el Perú 00
3.1. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas del artículo 5 del D. Leg. 1106 00
3.1.1. Estructura e interpretación del tipo penal.. 00
3.1.2. ¿Responsabilidad sobreviniente del oficial de cumplimiento por lavado de activos?.. 00

3.1.3. Concurrencia de responsabilidad penal del directivo y del oficial de cumplimiento 00
4. Responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en Estados Unidos 00
5. Conclusiones.. 00
Bibliografía.. 00

SOBRE EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA DE LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

Diana Marisela Asmat Coello

1. Introducción 00
2. Concepto de lavado de activos 00
3. El sistema de prevención y detección del lavado de activos . 00
3.1. Obligación de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas 00
3.2. Tratamiento de la omisión del reporte de operaciones sospechosas 00
4. Tratamiento de la omisión de comunicación de operaciones sospechosas en el ámbito del derecho administrativo en la legislación peruana 00
5. La omisión de comunicación de operaciones sospechosas como ilícito penal.. 00
5.1. El delito de lavado de activos en comisión por omisión 00
5.2 El delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas 00
5.2.1 Bien jurídico protegido en el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas 00
5.2.2 Sujeto activo 00
5.2.3 Conducta típica 00

5.2.4 El tipo subjetivo del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas 00
6. Conclusiones.. 00
Bibliografía.. 00

IMPLEMENTACIÓN DE LOS *COMPLIANCE PROGRAMS* Y SUS EFECTOS DE EXCLUSIÓN O ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

Luis Miguel Reyna Alfaro

1. Planteamiento del problema 00
2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Presente y futuro en el derecho penal peruano 00
3. El compliance. 00
3.1. Antecedentes.. 00
3.2. Contenido del *compliance* 00
3.3. *Compliance y cultura empresarial* 00
3.4. Los *compliance programs*.. 00
4. La significación dogmática de la implementación de programas de cumplimiento normativo en el contexto de la RPPJ . 00
5. Validación criminológica del *compliance* como sendero hacia el cual podría evolucionar la dogmática de la RPPJ... 00
6. Conclusiones.. 00
Bibliografía.. 00

LOS AUTORES... 00

EVOLUCIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LA DOCTRINA Y PRÁCTICA DE PERÚ Y ALEMANIA

Manuel A. Abanto Vásquez

[*] Este trabajo se basa en la ponencia "Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica del Perú y Alemania", presentada en el Seminario "Lavado de activos y Compliance: comparación Perú-Alemania", organizado por CEDPAL-CEDPE en la ciudad de Gotinga (Alemania) entre el 18 y 19 de setiembre de 2014.

Resumen:

El trabajo describe el origen y la evolución de las legislaciones penales peruana y alemana referidas al delito de "lavado de activos" ("blanqueo de capitales"), haciendo algunas reflexiones comparativas sobre sus similitudes, diferencias, ventajas y desventajas dentro del contexto de las propuestas de Derecho internacional público. Para evidenciar las consecuencias de estos desarrollos se tratan luego brevemente algunos temas puntuales que han generado mucha polémica en la doctrina y jurisprudencia de ambos países.

1. CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Para entender la evolución de la legislación penal en Alemania y Perú, y los problemas interpretativos que han planteado a la doctrina y jurisprudencia de los respectivos países, debe por lo menos hacerse ya aquí una exposición breve de los documentos de Derecho internacional público que motivaron el surgimiento del tipo penal e impulsaron sus sucesivas reformas. Una exposición y análisis más amplios son realizados por Jaime Winter Etcheverry en el trabajo publicado más adelante en este libro.

A mediados de los años 80 del siglo XX la política internacional antidroga, dominada e impulsada básicamente por los EE.UU., entró en crisis y tuvo que replantear su estrategia para luchar exitosamente contra el tráfico ilegal de drogas[1]. En aquella época se vio que era insuficiente la persecución policial y penal dirigida únicamente a conseguir pruebas relacionadas con la conducta típica de *tráfico de drogas* u otros delitos vinculados directamente (tipos de adelantamiento relacionados con la preparación del producto final, el consumo de la droga, etc.) o indirectamente (delitos violentos como homicidios, extorsiones,

---

[1] Cfr. c. más refs. Arzt: *NStZ* 1990, 1ss.; Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada,* 95 ss.

coacciones, etc.) con aquélla. Las exorbitantes ganancias generadas por el delito ofrecía a los delincuentes, constituidos sobre todo en "organizaciones criminales", inmensas posibilidades prácticas lícitas (movimiento de capitales, adquisición de bienes y servicios de todo tipo, p. ej. contrato de abogados, etc.) o ilegales (sobornos, financiamiento de actividades ilícitas de todo tipo dirigidas a impedir la prueba de los delitos) de evitar la persecución penal. Se entendió entonces que precisamente estas ***ganancias*** constituían un punto débil de la organización criminal[2], pues para poder utilizarlas en el contexto de las relaciones lícitas se necesita introducirlas antes en el tráfico financiero legal[3]. Y para ello es necesario utilizar la intermediación de instituciones financieras o bancarias, además de distintas conductas previas: la colocación del efectivo en cuentas bancarias ("placement"); el dificultar el seguimiento del movimiento bancario a través de un gran número de operaciones ("layering"), para finalmente hacer aparecer el dinero disfrazado de dinero ajeno (terceras personas, empresas ficticias, pagos fraguados, etc.) en la propia empresa ("integration"). Es así que la ***descripción*** inicial, de carácter *criminológico*, formulada por los estrategas norteamericanos de

[2] Se hablaba del "lavado de dinero" como "punto de encuentro, "intersección" o "conexión" entre las ganancias ilícitas y el tráfico legal de capitales; ver entre otros, Carl: *wistra* 1991, 288, columna izquierda; Otto: *Jura* 1993, 329, columna izquierda; Schmidt/Krause: *LK-StGB*, § 261, Entstehungsgeschichte, 662. No solamente se trata de privar a las organizaciones de (una parte de) sus ganancias ilícitas, sino de hacer que estas incrementen los fondos estatales para reforzar la persecución penal; este hecho da más sentido a la perspectiva económica que fundamenta la introducción del nuevo tipo penal; cfr. Vogel, quien cita también voces críticas contra el análisis económico del Derecho que sustenta la reforma, *ZStW* 109 (1997), 335, nota al pie 2, al final.

[3] Se habla por ello de una nueva actitud político-criminal de carácter económico y estratégico; cfr. Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 96.

lo que ellos denominaban literalmente *lavado de dinero* (money laundering) y que se plasma luego en las distintas recomendaciones internacionales, se resume en lo siguiente: "ocultar la proveniencia o la existencia ilegal de ingresos otorgando una acreditación aparentemente legal de ellos"[4]. A ello se suele añadir también la finalidad ulterior de reintroducir estos ingresos en el tráfico económico y financiero regulares[5].

El primer paso importante en la lucha contra el lavado de activos, **a nivel mundial**, fue la firma de la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", suscrita en Viena de 19 de diciembre de 1988. A partir de esta ***Convención de Viena*** de 1988 y de los instrumentos de Derecho internacional público posteriores se han desarrollado tres tipos básicos de lavado de activos que han influido decisivamente en las legislaciones penales nacionales[6]: primero, y como el tipo más característico del lavado de dinero, los *actos de ocultamiento* o "camuflaje" de la verdadera cualidad, su origen, su disposición sobre ellos, etc. (tipo de ocultamiento); en segundo lugar, los *actos de conversión o transferencia* o transporte de objetos patrimoniales ilícitamente adquiridos con una finalidad determinada (tipo de intención); y por último, los *actos de adquisición, posesión o utilización* de estos bienes (tipo de aislamiento). Los instrumentos internacionales recomiendan, además, penar todo tipo de participación delictiva, la tentativa, y otros actos relacionados como la "incitación", la "inducción",

[4] La definición fue dada por la Comisión Presidencial sobre crimen organizado, VII. Citada por Arzt: *NStZ* 1990, 1, columna izquierda.

[5] Ver c. más refs. sobre esta definición criminológica en Stree/Hecker: en Schönke/Schröder, *StGB*, § 261, nm. 1, 2469.

[6] Con una terminología algo distinta, pero con similar contenido, hacen esta distinción, Vogel: ZStW 109 (1997), 339 ss.; Ambos: *ZStW* 114 (2002), 237 (en la versión española: p. 185).

etc. En lo subjetivo, la actitud del "lavador", deducible a partir de hechos objetivos, consistiría en haber "conocido" o haber "debido suponer" ("ought to have assumed") que los bienes tenían un origen ilegal.

En **Europa**, con una recepción casi literal de la Convención de Viena, se emitieron inicialmente el ***Convenio del Consejo de Europa*** sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, de 8 de noviembre de 1990, así como la ***Primera Directiva de la Comunidad Europea***[7] ***sobre lavado de dinero de 10-06-1991***[8]***. A la Segunda Directiva*** que hizo algunos ajustes a la Primera directiva en el 2001 siguió cuatro años más tarde la aún vigente ***Tercera Directiva sobre Blanqueo de Capitales*** de 2005 que tiene por objeto impedir "la utilización del sistema financiero a efectos de blanqueo de capitales y financiación de terrorismo", además de la financiación del terrorismo (Considerando 46).

La *evolución legislativa comunitaria*, en lo concerniente al blanqueo de capitales ha tenido por tendencia la de ampliar tanto la descripción típica como el círculo de autores. Es así que paulatinamente ha ido reconociendo que las conductas descritas

[7] Sobre los antecedentes que, tras arduas discusiones sobre cuestiones polémicas hasta el final (entre ellas la definición del "lavado de dinero" y su punibilidad así como el deber de denunciar de las entidades crediticias), llevaron a esta Directiva, ver c. refs. Carl: *wistra* 1991, 288 ss.

[8] Estos tres primeros documentos internacionales, así como su influencia en la legislación penal europea, han sido sometidos a un profundo análisis dogmático-penal por Vogel: *ZStW* 109 (1997), 337 ss. Cinco años más tarde, ya bajo la vigencia de la Segunda Directiva (2001), y tras varias modificaciones en distintas leyes europeas, incluyendo la alemana, Ambos realizó un análisis similar y, en el fondo, llega a resultados similares: *ZStW* 114 (2002), 236 ss. (en la versión española: p. 181 ss.).

podían provenir de cualquier otro delito cometido básicamente por *organizaciones criminales*; es decir, además del tráfico de drogas, el tráfico de armas, los juegos ilegales, el tráfico de personas y la prostitución; y últimamente (después del atentado a las torres gemelas de Nueva York en 2001) también el "terrorismo". Y, en una segunda oleada de ampliaciones, también se reconoció que, en lo que se refiere al incumplimiento de "deberes específicos", no solamente las entidades bancarias y financieras (o, mejor dicho, su personal) podían colaborar con actos de lavado sino también muchas otras personas de *profesiones libres*: abogados, titulares de cuentas bancarias, etc. La tendencia legislativa comunitaria es similar a la internacional, y ambas han influido en la legislación penal nacional porque se busca conscientemente una *homogenización de la respuesta penal* tanto a nivel europeo como a nivel internacional; algo que en el dinámico sector de la Unión Europea ha merecido distintas evaluaciones[9]. La *Tercera Directiva* también es consciente de ello y tiende en esa dirección (ver Considerando 5).

2. DESARROLLO EN ALEMANIA

2.1. Aparición del tipo penal

En Alemania, el tipo penal de "lavado de dinero" (traducción literal de "Geldwäsche") apareció relativamente tarde, recién en 1992 con la "Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de criminalidad organizada" de 15 de julio de 1992[10]. Alemania había suscrito (al igual que Perú) la

[9] Vogel: *ZStW* 109 (1997), 335 ss.; Ambos: *ZStW* 114 (2002), 236 ss. (en español: 181 ss.); Stree/Hecker: en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 261, nm. 1.

[10] Publicado en 1992 en BGBl. I, 1302-1312.

"Convención de Viena de 1988. Y aunque la suscripción alemana se hiciera ya el 19 de enero de 1989, afirmando su pronto cumplimiento (BR-Drucks. 506/92), la ratificación recién se hizo el 22 de julio de 1993 (BGBl., tomo II, p. 1136), o sea casi 4 años después de la firma del Convenio pero un año después de haber introducido el tipo de "lavado de dinero".

Esto no quiere decir que el legislador alemán no hubiera intentado adecuar prontamente la legislación penal alemana al compromiso internacional. Así, ya el 13.12.1988, el gobierno alemán había creado un grupo de trabajo sobre "lavado de dinero" (Geldwäscherei), aunque en ello resultara evidente la presión que había ejercido el gobierno estadounidense[11]. Y también el llamado Grupo de los 7 había conformado un grupo de trabajo (Financial Action Task Force on Money Laundering o FATF) que había emitido recomendaciones en febrero de 1990[12].

En lo ***criminológico*** había consenso en el incremento de la criminalidad referida al tráfico de drogas (ésta era la preocupación principal de entonces) [13]. Incluso, se había identificado ya entonces la existencia de una red muy estrecha de instalaciones de lavado de dinero que operan a nivel mundial, y que facilitan o posibilitan la adquisición real de títulos-valores, inmuebles,

[11] Cfr. las refs. y críticas a las presiones hechas por el jefe norteamericano de la dirección de aduanas (falta de "educación diplomática" y "impertinencia") en Arzt: *NStZ* 1990, 1, columna derecha s.; Heinrich en: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf: *Strafrecht BT*, § 25, nm. 13 s. Tal influencia ha permanecido hasta la actualidad e impulsado las ulteriores reformas, al respecto cfr. también Fischer: *StGB*, § 261, nm. 4.

[12] Cfr. Schmidt/Krause: *LK-StGB*, § 261, Entstehungsgeschichte, 662; Schnabl: en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 371, nm. 1.

[13] Ver las cifras referidas a la época anterior a la ley que proporciona, c. más refs. Carl: *wistra* 1991, 288, columna izquierda. Cifras más recientes, c. más refs., ofrece Fischer: *StGB*, § 261, nm. 4.

metales preciosos, participaciones en empresas, etc. o la realización de operaciones ficticias[14]. Y se pensaba que el control del tráfico financiero sería innecesario y no contribuiría a solucionar el problema. En lo ***dogmático-penal***, si bien algunos argumentaban que las conductas que pretendía englobar el nuevo tipo penal de "lavado de dinero" podrían ser abarcadas por los tipos vigentes que describían conductas similares, también había doctrina[15] que señalaba que, de lege lata, sólo existirían muy contados casos que podrían subsumirse en los tipos vigentes como el ***favorecimiento real*** ("Begünstigung", art. 257 StGB), el ***favorecimiento personal*** ("Strafvereitelung", art. 258 StGB), o la ***receptación*** (art. 259 StGB).

En los ***trabajos de reforma*** se había discutido si sería preferible introducir el tipo penal, con una descripción amplia, en el Código penal, o una descripción más detallada de las conductas en una *ley especial* referida al tráfico ilícito de drogas (la Ley sobre estupefacientes: BtMG). En discusión estaban el *proyecto* presentado por el Partido Social-Demócrata (SPD) para introducir un nuevo art. 257a StGB, y el proyecto de los referentes que recomendaban dos grupos de conductas detalladas dentro de la "Ley de Estupefacientes" (art. 29 BtMG). Además, existían proyectos presentados por los Estados de Baviera y Baden-Wurtemberg para dar una ley de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de la criminalidad organizada.

Al final se combinaron las dos propuestas de tipificación: se introdujo dentro del propio StGB (propuesta del SPD) un tipo específico (propuesta de los referentes) pero no limitado a delitos

[14] Otto: *Jura* 1993, 329, columna izquierda; Möhrenschlager: *wistra* 1992, 286, columna izquierda.

[15] Ver, entre otros, antes de la introducción del art. 261, Arzt: *NStZ* 1990, 2 ss.

de tráfico de drogas como "hechos antijurídicos" de referencia. Y se aprovechó la emisión de la ***Ley contra la Criminalidad Organizada*** (Ley lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de criminalidad organizada, por sus siglas en alemán: OrgKG) para consumar la reforma penal y, entre otras medidas materiales y procesales, introducir el tipo penal de "lavado de dinero"[16]. De la discusión en el Parlamento Alemán (Bundestag) del Proyecto de la ley presentado por el Bundestag y la exposición de motivos de la ley aprobada[17] se puede apreciar cuál era la mayor preocupación del legislador a la hora de dar la ley: encontrar nuevos instrumentos legales para una lucha exitosa contra las organizaciones criminales, especialmente las dedicadas al tráfico de drogas[18].

En lo que respecta tan solo al "lavado de dinero", las *ventajas técnicas* del flamante art. 261 StGB, en relación con la situación anterior (o sea hasta julio de 1992) habrían sido las siguientes[19]: abarcar conductas de receptación que iban más lejos incluso que la "receptación de reemplazo", la superación de problemas de prueba (a través, p. ej. del tipo de "imprudencia grave"), y la previsión

[16] Ver amplios comentarios sobre esta ley en Rieß: *NJ* 1992, 491 ss.; Möhrenschlager: *wistra* 1992, 281 ss.; Hilger: *NStZ* 1992, 457 ss., 523ss.

[17] Ver en BT-Drucks. 12/989, 1-51, 52-62, respectivamente.

[18] Después de constatar la grave incidencia de la "criminalidad organizada" cuyo "núcleo básico" sería el tráfico de drogas y su finalidad básica la "búsqueda de ganancias" (Gewinnstreben) reconoce que se necesitarían nuevas disposiciones legales, entre ellas unas que la priven de recursos financieros y que prevean penas más graves para incrementar el efecto intimidante; cfr. el "objetivo" del proyecto presentado por el Bundesrat, BT-Drucks. 12/1989, 1. Ver también sobre la perspectiva criminológica de esta situación que motivó la OrgKG, Hilger: *NStZ* 1992, 457, c. refs. en la nota 1.

[19] Hetzer: *wistra* 1993, 286, columna izquierda; Maiwald: *Festschrift für Hirsch*, 631, 639 s.

de más "hechos previos" (no solamente referidos a delitos contra el patrimonio) y la apertura del "objeto" del delito a bienes no solamente corporales sino a "valores patrimoniales" en general e incluso si hubieran sido cambiados sucesivamente por otros.

En la OrgKG también se introdujo una regulación específica de la llamada ***pena patrimonial*** (Vermögensstrafe: art. 43a StGB) que autorizaba a, además imponer la pena de privación de libertad de más de dos años, establecer el pago de una suma de dinero "cuyo monto estará limitado por el valor del patrimonio del autor...". Para ello, la disposición permitía "... hacer una estimación del valor del patrimonio ..", excluyendo de esto, además, los valores patrimoniales cuyo decomiso se hubiera dispuesto. Esta disposición, muy diferente de la pena de multa (también prevista en el C. P. alemán), fue criticada desde el principio por ser considerada violatoria del principio de "culpabilidad" y consistir más bien en una medida "confiscatoria" del patrimonio[20]. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional alemán, en el año 2002 la consideró inconstitucional y nula[21].

En cambio, aunque también fuera criticado en su momento, todavía tiene vigencia la medida de ***comiso ampliado*** introducida como nuevo art. 73d. La intención del legislador era la de llenar vacíos del comiso de ganancias en aquellos casos en los cuales no pudiera verificarse la adquisición conforme a ley de objetos patrimoniales que tuvieran los intervinientes en hechos

[20] Cfr. entre otros, Arzt: *JZ* 1993, 917; ya antes ídem: *NStZ* 1990, 6, columna izquierda.

[21] TCA, tomo 105, 135 ss. Ya antes había habido una sentencia del Tribunal Federal Supremo que restringía los alcances de esta disposición; BGH en *NStZ* 1994, 429 s., 1995, 333 s. Sobre esta sentencia ver también Roxin: *La teoría del delito II*, IV, 2. Como representativo de la doctrina crítica de entonces, cfr. Perron: *JZ* 1993, 925.

delictivos, que con "gran probabilidad" hubieran provenido de la comisión de delitos y que, por razones de la medida de la culpabilidad, no pudieren verse afectados por la imposición de una "pena patrimonial"[22]. Las críticas contra esta medida son similares a las dirigidas contra la "pena patrimonial"[23]: violación del principio de culpabilidad, peligros para la presunción de inocencia y la libertad de expresión, y la falta de prueba de la relación entre el delito y la ventaja patrimonial decomisable. Los argumentos a favor eran que no habría violación del principio de culpabilidad por no tratarse de una pena, sino de la "eliminación de un estado antijurídico" provocado por un delito; que no habría "inversión de la carga de la prueba" (atentado contra el principio de culpabilidad) si las autoridades encargadas de la persecución penal hicieren todo lo posible por esclarecer el origen de los bienes afectados con el resultado de una "elevada probabilidad" del origen ilícito; y que, por último, la necesidad de luchar contra formas de criminalidad exigiría esta medida. Entonces, y esta es la doctrina actualmente aceptada[24], la medida solamente puede ser, entonces, adoptada cuando, tras investigar procesalmente de manera acuciosa cómo se adquirieron los bienes no se pudiera comprobar el origen lícito y, tras "una valoración global en relación con la situación del autor y su vida previa, tal origen [el ilícito] casi sea de deducción obligatoria para un observador objetivo, es decir que para él, este origen sea, de todas las posibilidades, de lejos la más probable"[25].

[22] Cfr. c. más refs. Möhrenschlager: *wistra* 1992, 285, columna izquierda.

[23] Cfr. Möhrenschlager: *wistra* 1992, 285, columna izquierda y derecha.

[24] Así Arzt: *JZ* 1993, 917, columna derecha.

[25] Cfr. Möhrenschlager: *wistra* 1992, 286, columna izquierda.

La *OrgKG de 1992* también contenía importantes cambios referidos al ***proceso penal***. En este marco no puede profundizarse el estudio de esto, pero baste con decir que la intención del legislador fue, omitiendo conscientemente resolver problemas constitucionales que se habían argumentado contra la práctica policial de emplear una serie de instrumentos novedosos en la lucha contra la criminalidad organizada[26], dar una cobertura legal, o sea "legalizar" estos instrumentos con la modificación de disposiciones existentes o la introducción de disposiciones nuevas[27]: la "protección de testigos" (art. 68 StPO), "la búsqueda selectiva" (art. 98a, 98b StPO), la comparación de datos (art. 98c StPO), la vigilancia telefónica (art. 100a StPO), el empleo de medios técnicos (art. 100, 100c, 100da StPO), la intervención de agentes encubiertos (arts. 110a a 110e StPO), la observación policial (art. 163e). Esto implicó un cambio de orientación del Ordenamiento Procesal Alemán que pasó de ser un ordenamiento referido tan solo al procedimiento, la protección y la libertad de los procesados, a ser también una ley operativa de las autoridades encargadas de la protección penal[28].

[26] La aplicación de estos medios de investigación se basaba en una interpretación *analógica* de los arts. 94 (objeto del secuestro), 110 (revisión de papeles), 161 (investigaciones de la Policía) y 163 (tareas de la Policía) StPO, lo cual había provocado críticas sobre su dudosa constitucionalidad. Cfr. Hilger: c. más refs. *NStZ* 1992, 458, columna izquierda.

[27] Ver sobre el origen (procesal) de la OrgKG de 1992, y ampliamente sobre cada una de las novedades procesales, Hilger: *NStZ* 1992, 458 ss., 523 ss.

[28] Así, y saludando esta transformación porque "Las medidas coercitivas estatales deben ser 'calculables' y transcurrir por vías ordenadas y controlables", Hilger: *NStZ* 1992, 526, columna izquierda. Las novedades constituirían un "buen compromiso" entre efectividad y protección del individuo; ibídem.

2.2. La legislación extrapenal

Por otro lado, el legislador penal dejó para una ley especial el tratamiento de los ***deberes de las instituciones crediticias y financieras*** para evitar su uso en el lavado de dinero. Así, el 25 de octubre de 1993 se emitió la "Ley sobre la detección de ganancias provenientes de delitos graves", conocida resumidamente como Ley sobre Lavado de Dinero (GwG), que fuera también modificada varias veces, ha sido últimamente reemplazada por la Ley de Complementación de la Lucha contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento Terrorista de 13-08-2008 (publicada en BGBl. I, 1690)[29]. La última modificación a esta ley la realizó el art. 1 de la Ley para la Optimización de la Prevención del Lavado de dinero de 22-12-1011 (BGBl. I, p. 2959).

Tras un año de vigencia del nuevo tipo penal de "lavado de dinero" (art. 261), se completaba así por fin el instrumental para la lucha contra este tipo de conductas ilícitas haciendo practicable la persecución penal en cuanto a la "omisión de deberes especiales" que podrían generar un reproche de "imprudencia grave" (párrafo quinto): la conminación penal no podía funcionar si antes no estaba claro cómo debía funcionar el tráfico de dinero y qué deberes debían cumplir sus actores (empleados bancarios y financieros)[30]. Esto también fue visto así por algunos críticos de la situación alemana. No podían funcionar las regulaciones de Derecho material mientras no existieran normas adecuadas que regularan los presupuestos para el descubrimiento (y la prueba) de la conducta punible[31].

[29] Ver sobre la evolución de esta ley, Schnabl: en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 377 ss.

[30] En este sentido cfr. Hetzer: *wistra* 1993, 286, columna izquierda; Schnabl: en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 377, nm. 19.

[31] Cfr. Hetzer: *wistra* 1993, 286, columna izquierda.

La ley extrapenal complementaria estableció deberes de controlar, registrar y comunicar. También estos deberes, cuya infracción puede llevar a la aplicación de tipos penales (p. ej. el de "favorecimiento personal", art. 258 StGB, por infracción del deber de comunicar), se han ampliado poco a poco para incluir más destinatarios de la norma (p. ej. profesionales independientes como notarios)[32].

En primer lugar, los *destinatarios* de la GwG son instituciones crediticias y financieras, abogados, notarios, asesores tributarios, auditores (Wirtschaftsprüfer), agentes inmobiliarios. A todos ellos se les imponen deberes de "identificar", archivar" y "conservar" datos en el caso de iniciar una relación comercial o, si no se tratare de una transacción financiera, a partir de 15,000 euros, o, en caso de casinos, en la compra o la venta de fichas a partir de 2000 euros. En caso de *sospecha* de lavado de dinero, no interesará el monto de la transacción para tener que cumplir con los deberes de "identificación" y de "denuncia". Además, algunas empresas también deberán adoptar medidas internas para garantizar no ser utilizadas para lavar dinero, etc. Para los asesores jurídicos en general existen regulaciones expresas sobre el alcance de sus deberes, su cumplimiento, su exclusión, etc.

2.3 El desarrollo ulterior

El art. 261 StGB ha tenido múltiples cambios desde el año de su aparición en 1992. La tendencia ha sido siempre la de *ampliar la punibilidad* abarcando más conductas típicas posibles, agrandando el círculo de autores, o incluso incrementando la pena. Y aunque el tipo inicial fuera criticado desde el principio

[32] Al respecto, ver las refs. Schmidt/Krause: *LK-StGB*, § 261, Entstehungsgeschichte, 663 s.

por su complejidad[33], comparado con el tipo actual, era mucho más sencillo. En efecto, en la versión inicial de 1992 la lista de delitos del primer párrafo solamente consistía en una enumeración directa de tres grupos de delitos (y no en una remisión "fea" de la primera frase de difícil lectura[34]): N° 1: delitos graves (no ha sido modificado); N° 2: delitos menos graves según el art. 29, párrafo 1 N° 1 de la Ley de Estupefacientes (ha experimentado muchos cambios) y "delitos menos graves cometidos por un miembro de una organización criminal" según el art. 129 StGB (ha tenido varios cambios). Además, no se penaba al autor del delito previo (referencia al delito "de otro" en el primer párrafo) y la pena básica sólo tenía un máximo (privación de libertad de hasta 5 años o multa) pero no un mínimo, lo cual hacía que se tratara de un "delito menos grave".

Siguiendo el orden que asumen las modificaciones en el propio tipo penal, las reformas ocurridas hasta ahora han sido las siguientes[35]:

a) Una ***primera reestructuración*** del tipo penal ocurrió con el art. 1, N° 17 de la "Ley de Lucha contra el crimen" de 28-10-1994 (BGBl. I 3186). En primer lugar, se modificó el *nomen juris*: de llamarse solamente "lavado de dinero" (Geldwäsche) pasó ahora a denominarse: "lavado de dinero; ocultamiento de valores patrimoniales ilegítimos" (Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßiger Vermögenswerte). Con ello se quería aclarar que el

[33] Fahl, *Jura 2004*, 60, columna derecha; Arzt, *JZ* 1993, 913.

[34] Como formula Fahl, *Jura 2004*, 160, columna derecha.

[35] Ver sobre los diversos cambios legislativos, Stree/Hecker: en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 261, observación previa, 268 s.; Lackner/Kühl: *Strafgesetzbuch*, § 261, Fassung, 1275; Schmidt/Krause: en *LK-StGB*, § 261, Entstehungsgeschichte, 662 s..

"objeto" del delito no solamente sería el "dinero" sino también cualquier otro valor patrimonial[36].

También se reestructuró *todo el primer párrafo*, el cual se dividió en *tres frases*:

- *Primera frase*: describía ahora las conductas típicas de ocultar un "objeto", enmascarar su origen o frustrar o poner en peligro las investigaciones, etc., remitiendo a la oración siguiente para la determinación del "objeto" al cual se refiere y fijando la pena (solamente el máximo).

  Segunda frase. Ella contenía de manera más detallada y ordenada la "lista de hechos antijurídicos", también llamado "catálogo de delitos" (esto es lo que suele modificarse periódicamente): delitos graves en general en el N° 1 [no ha tenido más cambios], y delitos menos graves en los números 2 a 5, de los cuales el N° 2 se refería a delitos de corrupción (a) [no ha tenido más cambios] y al tráfico de drogas (b) [ha tenido un ligero cambio para agregar un nuevo "hecho previo" vinculado con el art. 35 de la Ley de Vigilancia de Insumos], el N° 3, a delitos tributarios [ha tenido cambios importantes]; el N° 4 a distintos delitos del Código penal (a) [ha tenido muchos cambios] y en la Ley de Extranjería y la Ley sobre procedimiento de asilo (en b) [se ha ampliado posteriormente a muchos otros delitos situados en leyes especiales de carácter económico], y el N° 5 delitos cometido por miembros de organizaciones criminales y terroristas [se amplió luego a organizaciones terroristas y a delitos contra el Estado].

[36] BT-Drucks. 12/6853, 27.

- Y en una *tercera frase* se precisaba que en los casos de la segunda frase número 3 (delitos tributarios) el "bien" podía tratarse de uno cuyos tributos hubieran sido defraudados. Esta frase fue luego totalmente reestructurada

b) Una ***segunda reestructuración*** importante fue la introducida por el artículo 1 de la "Ley de Mejora en la Lucha contra la Criminalidad Organizada" de 04 de mayo de 1998 (BGBl. I, p. 845). Aparte de precisiones linguísticas (p. ej. en el nomen juris se cambió "ilegales" por "obtenidos ilegalmente"), se introdujo la *punibilidad del autor del hecho previo* así como la *pena mínima* de tres meses para todos los casos del tipo básico del párrafo 1 del art. 261 StGB. Pero también se introdujo la polémica "liberación de pena" en el párrafo 9.

c) Después en el ***primer párrafo reestructurado, frase 2, N° 2***, ***letra b***, tan solo se cambió la referencia a la nueva "Ley de control de insumos": ahora se refiere al art. 19, párrafo 1, N° 1 de tal ley (y no al art. 29).

d) En el ***primer párrafo, frase 2, N° 3,*** se han producido algunos cambios conjuntamente con los de la frase 3 (ver abajo en g).

e) En el ***primer párrafo, frase 2, N° 4***, la lista, subdividida en los grupos a) y b), y cuya separación sistemática se fundamenta según si los delitos están contenidos en el Código penal o en una ley especial, se ha ampliado repetidas veces para incluir nuevos delitos. P. ej. la 35ta. Ley de Reforma Penal de 22-12-2003 (BGBl. I, p. 2715) agregó en a) la referencia al art. 152a StGB ("falsificación de tarjetas de pago, cheques y letras de cambio"). Y también la Ley Complementaria en la Lucha contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento Terrorista (BGBl. I, 1690), de

13-08-2008, aparte de modificar el párrafo 7, introdujo en este párrafo 1, N° 4, letra a), la referencia a los arts. 271 (falsificación "mediata" de documentos) y 348 (falsificación de documentos por parte del funcionario público) StGB.

También la letra b) tuvo modificaciones importantes, sobre todo para agregar diversos delitos económicos en la lista. Así, especialmente la "Ley de lucha contra el Dinero Negro" de 28 de abril de 2011 (BGBl I p. 676) introdujo varios "hechos previos": art. 38, párrafos 1 a 3 y 5 de la Ley de Títulos Valores, arts. 143, 143a, 144 de la Ley de Marcas, arts. 106 a 108b de la Ley de Derechos de Autor, art. 25 de la Ley de Modelos de Utilidad, arts. 51 y 65 de la Ley de Modelos artísticos de aplicación industrial, art. 142 de la Ley de Patentes, art. 10 de la Ley de Protección de Semiconductores y art. 39 de la Ley de Especies Protegidas.

f) En el primer párrafo reestructurado se produjeron sucesivos cambios, motivados por la lucha antiterrorista, en la **frase 2, N° 5** en repetidas ocasiones: con la 34ta. Ley de Modificación penal de 22.08.2002 (BGBl. I 3390) que introduce la vinculación con el art. 129b StGB (asociaciones criminales y terroristas en el extranjero); con la Ley de Lucha contra el Terrorismo de 22-12-2003 (BGBl. I p. 2837) que introdujo el art. 129a, párrafo 3 (formación de asociaciones terroristas para "amenazar" una serie de delitos); con la 37ma Ley de Reforma Penal de 11 de febrero de 2005 (BGBl. I p. 240) que amplió la referencia al tipo del art. 129a, párrafo 3 y párrafo 5; y la Ley para la Persecución de graves delitos violentos que ponen en peligro el Estado de 30.07.2009 (BGBl. I p. 2437) con la que introdujo la vinculación al art. 89a StGB (preparación de un hecho violento grave para el Estado).

g) En el ***primer párrafo***, ***frase 3***, se introdujeron cambios con la "Ley Tributaria", de 23-07-2002 (BGBl. I 2715, 2722) y, en vinculación con el N° 3, la Ley de 21.12.2007 (BGBl. I 3198) y ahora, además de la ampliación del concepto de "objeto" a bienes cuyos tributos se hubieran defraudado (reforma de 1998), también se incluyen "gastos ahorrados" y "devoluciones y reembolsos tributarios conseguidos ilegalmente"

h) Los ***párrafos 3, 4, 5 y 6*** no han sufrido ninguna modificación.

i) El ***párrafo 7*** ha sido modificado en cuanto a su referencia a la "pena patrimonial" que había sido declarada inconstitucional por el TCA (ver abajo en 2.4).

j) El ***párrafo 8*** ha tenido una precisión mediante la reforma introducida por la "Ley de Mejora de la lucha contra la criminalidad Organizada" de 04 de mayo de 1998 (BGBl I p. 845 y s.). En la versión original se equiparaba los "objetos" a los que se refieren los tipos penales dolosos e imprudentes (párrafos 1, 2 y 5) a "objetos" provenientes de hechos (se sobreentiende: dolosos y culposos) cometidos fuera del "ámbito de vigencia espacial de esta ley" y siempre que fueran considerados allí como delitos. Ahora la equiparación rige en cuanto a "objetos" provenientes de "un hecho cometido en el extranjero del tipo señalado en el primer párrafo", siempre que el éste también fuera punible en el lugar de los hechos.

k) El ***párrafo 9*** tuvo su última modificación con la "Ley de Mejora en la Lucha contra la Criminalidad Organizada" tal como se vio arriba en b).

l) El ***párrafo 10*** [referido a la atenuación o exención de pena por el juez] fue derogado por el art. 143 de la Ley de Reforma Penal de 29-07-2009 (BGBl. I, p. 2288).

2.4. Doctrina y jurisprudencia

La doctrina y jurisprudencia alemanas han tenido un impresionante desarrollo en los últimos años. Para la comparación con el Derecho peruano, en este reducido marco, se tomarán tan solo uno de los aspectos más polémicos que afecta a la legitimidad y el alcance de los tipos penales: la discusión en torno al bien jurídico tutelado y cómo éste afecta la configuración de los diferentes tipos penales de "lavado de dinero".

En la ***doctrina***, el art. 261 StGB ha sido sometido a duras críticas desde su aparición[37]. Uno de los puntos más discutidos ha girado en torno al ***bien jurídico tutelado***, donde las posturas han variado desde las que no reconocen ningún "bien jurídico", hasta los que lo asimilan con el de los "delitos contra la administración de justicia" o, incluso, sugieren, en el sentido de los delitos económicos, una finalidad protectora de la "confianza en el funcionamiento del sistema económico y financiero. La doctrina tal vez dominante se decanta por la "pluriofensividad": se protegería la *administración de justicia* (el interés en decomisar los bienes manchados) y, además el *bien protegido en el correspondiente hecho previo*[38]. *También el Tribunal Federal alemán se ha aunado a este entendimiento*[39]. *Un sector minoritario excluye*

[37] Maiwald afirma, sin embargo, que por los datos empíricos de los años 80 del siglo XX y los compromisos internacionales, la introducción del tipo habría sido una "necesidad político criminal", *Festschrift für Hirsch*, 631. También Schnabl destaca positivamente que el tipo de "lavado de activos" constituiría una complementación de la "receptación" con miras a llenar los vacíos de punibilidad de éste (p. ej. al referirse solamente a objetos corporales): en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 371, nm. 3.

[38] BT-Drucks. 12/989, 27; Möhrenschlager: *wistra* 1992, 287, columna izquierda; Stree/Hecker: en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, c. más refs. § 261, nm. 2.

[39] Entre otros en BGH, colección de sentencias penales, tomo 50, 347 ss., 354. Así lo entienden también Schmidt/Krause: en *LK-StGB*, § 261, nm. 4.

como bien jurídico el correspondiente al "hecho previo" y solamente reconoce el interés en la preservación de la seguridad interna en el sentido más concreto de la "paz jurídica" (y no la "seguridad a cualquier precio") pues el único punto común de los distintos párrafos es que tienen por finalidad evitar la comisión de hechos delictivos futuros aislando al poseedor de dinero sucio y evitando "los peligros de que la criminalidad organizada se infiltre en la sociedad"[40]. Adicionalmente también se proporcionan medios investigativos para poder captar al autor de los hechos previos de conexión del art. 261[41] y, en el primer párrafo, se protege directamente el interés específico de la administración de justicia de "decomisar" e "incautar" los bienes del lavado[42]. Otro sector alemán suele sostener la tesis de que el bien jurídico defendido sería el de la *limpieza del tráfico económico y financiero* o la *confianza de la generalidad en esta limpieza*[43].

Por último también, de manera algo más concreta, algunos consideran que los tipos solamente serían explicables a partir del interés de proteger las pretensiones (económicas) del Estado a través del "comiso" de medios y ganancias del delito[44]. Dentro de esta perspectiva, que tiende a afirmar como único interés protegido un

[40] Cfr. Barton: *StV* 1993, 160, columna izquierda y derecha; aunándose a él, Schmidt/Krause: en *LK-StGB*, § 261, nm. 4.

[41] Schmidt/Krause: en *LK-StGB*, § 261, nm. 4 al final.

[42] Solamente aquí reconoce Barton la existencia de una vinculación con la "administración de justicia" como bien jurídico tutelado: cfr. *StV* 1993, 160, columna izquierda.

[43] Lampe: *JZ* 1994, 123, 125; más refs. en Vogel: *ZStW* 109 (1997), 350.

[44] Vogel: *ZStW* 109 (1997), 335, 350 ss.; Arzt: *JZ* 1993, 914. Este último dice tajantemente (y en este sentido analiza consecuentemente todas las modalidades típicas): "El art. 261 protege la pretensión estatal de decomisar contra el autor previo que ha surgido a través del hecho previsto en el catálogo".

aspecto del *funcionamiento de la administración de justicia* (sus pretensiones de acceder al patrimonio de bienes contaminados), también hay quienes sostienen que no bastaría con un "interés público en la persecución penal" sin mayor concreción y por ello, en realidad, no habría ningún bien jurídico propio del art. 261[45]. Incluso el Tribunal Constitucional alemán ha criticado la "amplitud y ambigüedad" de los posibles bienes jurídicos que podrían derivarse del tipo[46].

En cuanto a la ***conducta típica***, en primer lugar se destaca que todos los tipos del art. 261, al igual que los tipos penales de la sección 21 de la parte especial del StGB ("favorecimiento" y "receptación"), constituyen *delitos de conexión o de referencia*: la acción típica va "conectada" o "referida" a un hecho antijurídico cometido previamente por otro. Estos delitos presentan características especiales que tienen consecuencias en la interpretación de los tipos y en la aplicación de distintos conceptos dogmático-penales[47]. Además, en el caso concreto del "lavado de dinero", la descripción típica se refiere ampliamente a cualquier "objeto" (o sea, no solamente bienes materiales, corporales) y solamente exige que éste "provenga" del hecho previo (el llamado "principio de la proveniencia"). Esto es criticado mayoritariamente por la doctrina pero también suele ser considerado como un "costo" conscientemente asumido por el legislador penal para poder llenar

[45] Heinrich en: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht BT*, § 25, nm. 15.

[46] BVerfG en *NJW* 2004, 1305, 1307.

[47] Sobre los delitos de conexión, ampliamente: Heinrich en: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht BT*, § 25, nm. 1 ss.; para el ámbito hispano-americano (donde se le conoce como "delito de referencia"), ver Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte especial*, 945 s. (al tratar el delito de "encubrimiento").

los vacíos que dejaba el tipo de receptación[48]. En la práctica, los problemas de limitación del tipo se centran básicamente en los casos de "mezcla de bienes limpios y sucios" y en la aplicación de la cláusula de la "buena fe" (art. 261, párrafo 6) para interrumpir, con efectos excluyentes de penal, la cadena causal de reconversiones del bien inicialmente "sucio"[49].

Por lo demás, la doctrina dominante identifica *tres tipos penales básicos* distintos en el art. 261[50]. El *primer párrafo* contiene a su vez dos subtipos: uno de "ocultamiento y puesta en peligro" (Verschleierungstatbestand) y otro de "atentado contra la administración de justicia" (Vereitelungstatbestand), pues sanciona, por un lado, la conducta de aquel que "oculta o encubre el origen" del bien y también a quien "frustra o pone el peligro" el decomiso (Verfall), la confiscación (Einziehung) o el aseguramiento por embargo (Sicherstellung) de los bienes. A estos tipos se añade un tercer tipo (en Alemania, el *segundo párrafo* del art. 261), concebido como "tipo residual" y destinado a proteger tanto los bienes jurídicos de los hechos previos como la administración de justicia en cuanto a sus pretensiones de decomisar los bienes ilícitos, es conocido como "tipo del aislamiento" (Isolierungstatbestand), pues no se dirige a las maniobras de ocultamiento

[48] Cfr. Schnabl: en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 373, nm. 7 ss.

[49] En el primer caso se han ensayado varias fórmulas; p. ej. la de "imputación objetiva" de Barton (significancia); ver Barton: *NStZ 1993*, 161 ss.; similar, Schnabl ("rol totalmente subordinado"): en Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 373, nm. 9; también la fórmula del BGH de que los bienes sucios deben superar a los limpios. Críticamente, Maiwald: *Festschrift für Hirsch*, 641 s.

[50] Así y en lo que sigue, por todos, Stree/Hecker: en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 261, nm. 3. En esto habría coincidencias con los preceptos de Derecho internacional público; cfr. Ambos, *ZStW* 114 (2002), 237, 242 ss. (en español: p. 185, 190 ss.); similar, haciendo un análisis sobre la naturaleza de cada uno de ellos, Barton: *StV* 1993, 159.

sino a cualquier otro que entrare en contacto con el "bien sucio" para evitar que éste entre de manera subrepticia en el circuito económico legal e incremente el poder económico de los autores (generalmente organizaciones criminales). El "tipo de ocultamiento" es considerado como la típica "maniobra clandestina y manipulativa" de "blanqueo de capitales"[51] y el "tipo de puesta en peligro" tiene su legitimación en la necesidad de que el Estado acceda a los bienes sucios. Pero tanto el "tipo de frustración" como el de "aislamiento" son criticados como innecesarios: el tipo de "puesta en peligro" absorbe (se adelanta) al primero pues el resultado de "frustración" presupone conceptualmente la anterior "puesta en peligro"[52] mientras que el "tipo de aislamiento puede ser abarcado, sin problemas por el tipo de "receptación" en su modalidad de receptación patrimonial y de uso[53].

Por otro lado, la regla del art. 261, párrafo 9 al final, que excluye de punibilidad a quien ya fuera punible por los tipos (dolosos e imprudentes) de lavado de activos ha sido interpretada mayoritariamente como una consagración del *carácter residual* del lavado de activos en relación con el delito previo: es impune por lavado quien ya fuera punible por el delito previo como autor o partícipe. Al revés, si no quedara clara la punibilidad por el hecho previo, según la jurisprudencia alemana ya cimentada

[51] Esta es la opinión general. Entre otros, ver Vogel: *ZStW* 114 (2002), 339 s.; c. más refs. también Ambos: *ZStW* 114 (2002), 242 s. (en español: 191 s.). El primero refiere así que lo específicamente peligroso del lavado de dinero estaría "en el elemento manipulativo y de engaño, no en la 'inclusión' *por sí misma* en el tráfico comercial y financiero lícito sino en la 'inclusión' *como si procediera* de este tráfico" (los resaltados son del autor); ibídem p. 339.

[52] Lackner/Kühl: *Strafgesetzbuch*, § 261, nm. 7

[53] Vogel: *ZStW* 109 (1997), 345.

habría una "postpendencia" que permitiría al juez procesar y condenar por lavado de activos[54].

Como los compromisos internacionales obligan a Alemania a mantener el tipo de "lavado de dinero"[55], y como no es discutible tampoco la existencia y peligrosidad de las "organizaciones criminales" relacionadas con algunos delitos, ahora ya no se discute el derecho de existencia del tipo de "lavado de dinero". Pero un sector de la doctrina todavía tiene una ***postura escéptica***; desde el inicio se había considerado que el art. 261 StGB, o bien sería totalmente innecesario o por lo menos lo sería en gran parte[56]. La crítica resalta no solamente problemas dogmático-penales (bien jurídico tutelado, superposición con otros tipos penales, problemas sistemáticos con la medida de "comiso" y "comiso ampliado", imposibilidad de delimitación con las conductas cotidianas)[57], sino también la aparente ***inefectividad*** del tipo[58]. La única justificación práctica que se ha encontrado (cuyo interés se atribuye además a la política norteamericana) es la identificación de dinero negro y la lucha contra la evasión tributaria[59].

[54] Cfr. c. más refs. Schnabl en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 375, nm. 16., segundo párrafo.

[55] Al respecto Vogel: *ZStW* 109 (1997) 342 s., especialmente nota al pie 32 y p. 349.

[56] En este sentido las críticas iniciales de Lampe: *JZ* 1994, 123, 129 s.; y Otto: *Jura* 1993, 329 ss., 332, columna derecha. Últimamente también Helmers: *ZStW* 121 (2009), 509 ss.

[57] Ver con una variada exposición crítica sobre estos problemas, Heinrich en: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf: *Strafrecht BT*, § 28, nm. 7, segundo párrafo. Ya antes Arzt: *JZ* 1993, 914 s., 915, columna izquierda.

[58] Así Otto: *Jura* 1993, 332, al final.

[59] Cfr. Heinrich en: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf: *Strafrecht BT*, § 25, nm. 16 al final; Arzt en ibídem, § 29, nm. 2

El ***Tribunal Constitucional Alemán*** (BVerfG), en su fallo de 20.03.2002 (BGBl I 3922, 3924), ha declarado la referencia al art. 43a [pena patrimonial] StGB que hacía el art. 261 en su párrafo 7, oración 2. También se ha pronunciado repetidas veces sobre la punibilidad del abogado defensor por la recepción de dinero "sucio" por concepto de honorarios[60]. Este polémico tema es extensamente analizado más adelante por José Antonio Caro John.

3. DESARROLLO EN PERÚ

3.1 Aparición histórica

A diferencia de la situación alemana, la evolución de la política criminal peruana en lo concerniente al "lavado de dinero", conocido allí como "lavado de activos", ha cambiado varias veces de modelo. Para una mejor comprensión se hará a continuación la exposición de esta evolución por fases[61]:

a) Primera fase: vacío legal (primeros meses de vigencia del C. P. de 1991)

En el CP de 1991 se tomó la decisión de incluir un capítulo específico sobre "tráfico ilícito de drogas" en el propio Código penal (hasta entonces se tenía una ley especial al respecto) dentro de los "delitos contra la salud pública". Pero, en contra de la tendencia de entonces y de los compromisos internacionales,

[60] BVerfG en NJW 2004, 1305; en NStZ 2005, 443 y en NJW 2006, 2974. Al respecto, con comentarios, Schnabl: en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*, 376 s.

[61] Sobre el desarrollo de la legislación penal peruana antilavado ver, entre otros y con otra sistematización, Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 91 ss.; Hinostroza Pariachi: *El delito de lavado de activos*, 97 ss.; García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 35 ss.; Salazar Sánchez: en *Política criminal y dogmática penal*, 332 ss.

no se incluyó allí ningún tipo penal relacionado con el "lavado de dinero". La explicación radica en que el legislador peruano, de espaldas al contexto internacional y sin haberse actualizado suficientemente, siguió fielmente una fuente hispana desfasada en relación con la Convención de Viena[62]. Poco tiempo después, el país volvió a tomar parte en convenios internacionales y formalizó la ratificación de la Convención de Viena (Resolución Legislativa del Congreso de 23.09.1991), con lo cual se hacía urgente la introducción del tipo penal.

b) Introducción del tipo como "receptación especial" en el CP (1991-1992)

Así, el 08.11.1991 (7 meses después del comenzar a regir el nuevo CP), se promulgó el ***Decreto Legislativo N° 736*** que introdujo, en el CP, después del tipo penal de "promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas" (art. 296) los artículos 296 A y 296 B. Por un lado, se penaba el "lavado de dinero" como una forma de "receptación especial" de bienes provenientes del "tráfico ilícito de drogas" (art. 296 A) y, por otro lado, sin conexión con el tipo anterior, se tenía un tipo de "lavado de dinero" en la modalidad de "intermediación financiera o repatriación de capitales" referida a bienes provenientes del "tráfico iicito de drogas" o del "narcoterrorismo" (art. 296 B).

Como fundamentación el legislador enfatizaba en la "novedad" de las conductas y la necesidad de tipificarlas y penarlas; estas "nuevas conductas delictivas" estarían vinculadas "con los bienes, productos o beneficios ilegales que se obtienen como consecuencia del proceso de comercialización de drogas, así

[62] Al respecto ver la explicación que hace Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 91 s.; también Hinostroza Pariachi: *El delito de lavado de activos*, 98.

como el movimiento de estos capitales" y que los delincuentes buscarían reciclar "al volver a ingresar al circuito económico del país mediante operaciones de lavado de dinero". Más adelante se reafirma este objetivo cuando se dice que "el tráfico ilícito de drogas (es) un delito de acción múltiple que menoscaba las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad" y que por ello sería necesario "atacarlo desde sus estructuras financieras y logísticas, privando a las personas dedicadas a esta actividad de las ganancias o productos derivados del narcotráfico, eliminando así su principal incentivo, cual es el ánimo de lucro"[63].

En lo dogmático-penal, el modelo introducido utilizaba una descripción típica que permitía entrever una fuente distinta de los instrumentos de Derecho internacional público (Convención de Viena, Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)-OEA): la ley argentina 23.737 de 21-09-1989[64].

Pero en el marco de la lucha política entre Parlamento y Poder Ejecutivo de entonces se consideró que el D. Leg. 736, emitido con una "avalancha" de otros decretos sobre diferentes materias, habría constituido un abuso de facultades legislativas por parte del segundo y por ello fue reemplazado por la ***Ley 25404 de 25.02.1992***[65] ***que siguió un modelo distinto: el de considerar el "lavado de activos", en un artículo separado, como una modalidad agravada de la receptación*** (art. 195). Independientemente de la legitimidad de la actitud del Parlamento

[63] Citado en Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 93 s.

[64] Al respecto, citando también crítica al modelo argentino, Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 94 s.

[65] Cfr. Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 97.

contra el abuso del Ejecutivo[66], y aunque este cambio tuviera poca vigencia (apenas duró 2 meses pues fue eliminado por el Decreto Ley 25428 de 11-04-1992), el "nuevo modelo" ilustraba de manera impresionante la mala técnica legislativa entonces adoptada[67] pues la escasa información técnica del legislador le hicieron cometer diversos errores. El menor de ellos era el modelo elegido de querer asimilar el "lavado de activos" a la "receptación"; más grave fue dejar fuera del tipo los casos de uso del "sistema financiero" para cometer el delito (cuya inclusión en el tipo conllevaba medidas como el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria), vincular los actos de lavado sólo con bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas y, en general, dejando de lado las recomendaciones y compromisos asumidos en instrumentos de Derecho internacional público[68].

Tras el "autogolpe" del gobierno de entonces el 5 de abril de 1992, se reestableció la situación anterior derogándose la Ley 25404 mediante el ***Decreto Ley 25428*** de 11 de abril de 1992, el cual aprovechó para retocar los reintroducidos arts. 296-A y 296-B (aumentó la penalidad del primero con un mínimo de 8 y un máximo de 18 años de privación de libertad) aunque pecara por exceso al derogar sin más todo el art. 195 dejando con ello a la "recepción" (art. 194) sin ninguna modalidad agravada[69].

[66] Sobre el peculiar entendimiento del "principio de reserva de la ley penal" en el Perú me he pronunciado críticamente en *RPCP* N° 13 (2003), 197 ss.

[67] Sobre estas críticas y más referencias sobre la doctrina penal peruana de entonces ver Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 97 ss.

[68] Más refs. sobre las críticas de la doctrina peruana en Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 98 s.

[69] Crítica de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 100.

Con esto, y con algunos cambios posteriores (Ley 26223 de 20.08.1993 que introdujo la "cadena perpetua en el art. 297 B, y la Ley 27225 de 17-12-1999 que introdujo el párrafo final en el mismo artículo) se llegó al modelo definitivo dentro del Código penal que tuvo vigencia hasta el 2002. Como características de este régimen penal del "lavado de activos" se tenía lo siguiente[70]:

a.- Se trataba de tipos autónomos sin conexión (directa) con el tipo referido al tráfico ilícito de drogas del art. 296, y sin dependencia normativa entre ambos supuestos de "lavado de activos".

b.- Solamente se perseguían las formas dolosas de lavado de activos. La "sospecha" a la que se refiere el primer tipo penal (lavado de activos en general, art. 296 A) era interpretada como un caso de "dolo eventual".

c.- La conexión del "lavado de dinero" solamente se hacía con delito de "tráfico ilícito de drogas" y el "narcoterrorismo". Este último concepto fue introducido por el legislador nacional atendiendo a una situación política del momento, desconocida en la fuente argentina.

En resumen, antes de la siguiente etapa evolutiva en la política criminal peruana sobre "lavado de activos" (o sea antes de junio de 2002), los tipos denominados "lavado de dinero" (así era la denominación en el art. 296B) se referían solamente de manera expresa al tráfico de drogas (art. 296 A) y, en el supuesto más grave (que no era un tipo agravado del primero) se establecía una relación con el llamado "narcoterrorismo". Además, en el mismo Código penal existían tipos de "receptación" simple (art. 194), "encubrimiento personal" (art. 404) y "encubrimiento real"

[70] Así el análisis de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 101 ss.

(art. 405), además de escasas y deficientes reglas sobre "comiso de los objetos del delito" (arts. 102 y ss.). La doctrina nacional criticaba fuertemente este modelo porque no compatibilizaba con las recomendaciones internacionales ni tampoco encajaba dentro del sistema jurídico-penal peruano[71].

c) El modelo de la ley especial (Ley 27765 y D. Leg. 1106)

A principios del nuevo milenio se observó, en los procesos penales contra distintos miembros del gobierno saliente, que los tipos de lavado de activos tenían una serie de vacíos que hacían necesaria una profunda reforma[72]: la falta de conexión de los bienes "lavados" con delitos de corrupción (en los procesos se aplicaban por ello los tipos de "encubrimiento real" o "receptación"), la impunidad del incumplimiento de reportar transacciones sospechosas cuando las operaciones eran realizadas fuera del sistema de intermediación financiera, la falta de supervisión y sanción en caso de omisión de reportar transferencias sospechosas, falta de una organización especializada y dedicada a la investigación y seguimiento de operaciones de lavado de dinero (unidades de inteligencia financiera), la imposibilidad práctica para decomisar los bienes ilícitos (solamente posible cuando el propio implicado lo hiciera voluntariamente para acogerse al programa de "colaboración eficaz").

Debido a esto, el Ministerio de Justicia del gobierno de transición del fallecido presidente Valentín Paniagua conformó una Comisión de Expertos para la revisión de la legislación penal antidrogas. El 17.06.2001 se publicó en el diario oficial el "Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el lavado de actos", en el cual, de manera más técnica se prevé todo un título en la parte especial del Código penal, dedicado, en tres artículos, al delito de "lavado de activos", independizado del tráfico de drogas y como una forma de delito "contra la función jurisdiccional"[73]. Aparte de este Anteproyecto, dos comisiones parlamentarias (la "Comisión de Justicia y Derechos Humanos" y la "Comisión de Desarrollo Alternativo contra el tráfico ilícito de drogas y el lavado de dinero") presentaron proyectos con aportes interesantes: la primera sugería una ley especial y ampliar la vinculación a delitos previos distintos del tráfico de drogas, la segunda sugería, dentro del Código penal, introducir un título autónomo sobre lavado de activos con un tipo culposo por violación de deberes de control preventivo antilavado, la "autonomía del delito de lavado respecto del delito previo, y otras normas procesales[74]. Finalmente el Congreso aprobó la ***Ley 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos***, promulgada el 26.06.2002. También se había trabajado en el ámbito extrapenal y meses antes se había promulgado la Ley 27693 (11.04.2002) para mejorar el control preventivo extrapenal (ver abajo en 3.2).

Pese a las bondades de la Ley 27765, la cual por fin (más de 10 años después de la suscripción de la Convención de Viena en 1988 y un año después de su ratificación en el 2001), había acercado la legislación penal peruana sobre lavado de activos a los estándares internacionales y regionales[75], ella tenía algunas

[71] Cfr. c. más refs. Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 129 ss.

[72] Recojo a continuación el análisis de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 110 ss.

[73] Sobre este proyecto, ver los comentarios de uno de los miembros de la Comisión, Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 113 s.

[74] Al respecto ver Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 114 s.

[75] Así también la evaluación de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 185; *Criminalidad organizada*, 194 ss.

deficiencias notables que evidenciaban a una ineficiente estrategia de política-criminal[76]; entre otras destacaban las siguientes: la confusa descripción del dolo eventual ("puede presumir"), la omisión de prever consecuencias accesorias para las personas jurídicas (más allá de las muy deficientes previstas en el art. 105 del CP peruano); no tenía suficientes atenuantes (p. ej. para operaciones de escasa cuantía); el tipo más grave, basado en la vinculación de los bienes lavados con el tráfico ilícito de drogas, se refería solamente a un grupo de modalidades (actos de conversión o transferencia) pero incomprensiblemente dejaba de lado al otro grupo (actos de ocultamiento y tenencia); solamente se facultaba al Fiscal de la nación solicitar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributario y bursátil (hubiera hecho falta una modificación constitucional para facultar a otras personas o instituciones como la UIF); faltaba prever exoneraciones de pena para quien hubiera actuado de buena fe, y también faltaba regular la posibilidad de aplicar medidas cautelares aplicables con anterioridad a la condena para asegurar los bienes (extinción de dominio).

La modificación más importante a esta ley se produjo con el ***Decreto Legislativo 986*** de 21.7.2007. Entre otras cosas, se eliminó el elemento subjetivo adicional de los tipos básicos (finalidad de dificultar la identificación, la incautación o el decomiso) y con el cambio de formulación el tipo pasó a ser delito de resultado: p. ej. no acto de conversión *tendente a* (y con la intención de) *dificultar...*, sino *acto que dificulta*. Además, en el art. 2 se agregaron dos modalidades nuevas: la administración o el transporte,

[76] Ver las observaciones de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 185 ss.; ver también otras observaciones que se discutían en la dogmática penal peruana, en ídem *Criminalidad organizada*, c. más refs., 195 s.

dentro del territorio de la república o su introducción o retiro, de los bienes "sucios".

Siguiendo su política interpretativa, también la Corte Suprema trató de dar solución a algunos problemas aplicativos, para lo cual se pronunció, sobre todo, a través de dos Acuerdos Plenarios: el N° 3-2010/CJ-116 (de 16.11.10) y el N° 7-2011/CJ-116 (de 06.12.2011)[77]. Precisamente la escasa jurisprudencia producida durante la vigencia de la ley fue motivo de críticas pues, aparte de los contados procesos por "lavado de activos", estos llevaron a muy pocas condenas[78].

Por lo demás, el Perú fue criticado en los foros internacionales por sus deficiencias legislativas en lo referente a la represión del "lavado de activos", especialmente en la "Tercera Ronda de evaluaciones mutuas" organizada por el "Grupo de Acción Financiera de Sudamérica" (GAFISUD) en el 2008[79]: las medidas de prevención solamente funcionaban para el sector financiero y no en otros sectores vulnerables, se carecía de una estrategia nacional y de un sistema de coordinación interinstitucional sobre política y acciones contra el lavado de activos, no había un control eficaz del movimiento de dinero transfronterizo, la UIF-Perú no podía levantar el secreto financiero ni la reserva tributaria, no se regulaba ni controlaba a las organizaciones sin fines de lucro. En lo penal se observó también lo siguiente[80]: la

[77] Ver el análisis crítico de estos acuerdos plenarios en Caro Coria/Asmat Coello: *LH César Paredes*, 297 ss.

[78] En el período de 2008 a agosto de 2012 se tuvieron solamente 13 condenas de las 31 sentencias recaídas en procesos por "lavado de activos"; ver c. más refs. sobre análisis y críticas a esta situación en Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 195.

[79] Cfr. Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada,* 191 s.

[80] Cfr. Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 196 s.

falta de algún "tipo culposo" de lavado de activos, la punibilidad de la "financiación del terrorismo", la regulación de la "pérdida de dominio" de los bienes involucrados, la previsión de tipos "omisivos" referidos a la falta de control o de cumplir con informar a las autoridades, la regulación de los casos de abusos de poder político. Además, en febrero de 2012, el "Grupo de Acción Financiera Internacional" (GAFI) había emitido en un documento sobre "Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación", cuarenta "nuevas recomendaciones" repartidas en 7 grupos[81].

Por eso, el gobierno peruano emitió el Dec. Supr. N° 057-2011-PCM de 30.06.2011 que aprobó el "Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo" (art. 1) y creó la "Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo" (artículo 2). En sus considerandos quinto y sexto este Dec. Supr. menciona expresamente las Recomendaciones del GAFI, especialmente la N° 31 que recomienda a los países "asegurar que los responsables de formular las políticas, la UIF, las autoridades garantes del cumplimiento de la ley y los supervisores cuenten con mecanismos efectivos que les permitan cooperar y, en los casos apropiados, coordinar a nivel nacional entre sí...". La "Comisión Ejecutiva Multisectorial" ha sido creada precisamente para dar cumplimiento al "Plan Nacional" y no tiene límite de duración.

Por su parte, el Ministerio de Justicia, en enero de 2012, nombró una "Comisión de Expertos" para redactar un proyecto que sustituyese a la Ley 27765, la cual presentó un Anteproyecto que finalmente (diez años después del cambio de modelo con

[81] El texto puede verse en www.gafisud.info/documentos/esp/las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf. También en Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 409-427.

la Ley 27765 de 18.04.2012) se promulgó, con algunos cambios en el camino (p. ej. introducción de normas procesales) el 18 de abril de 2012 el **Decreto Legislativo 1106** denominado "Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado"[82].

El legislador, entre otras cosas, fundamenta su actividad en la necesidad de perfeccionar la legislación de entonces (es decir, la Ley 27765) "tanto en términos de tipicidad como de procedimiento, el cual debe caracterizarse por contener reglas que faciliten y viabilicen la efectiva persecución penal y eventual sanción de los responsables de estos delitos" (quinto considerando). Por cierto que también se observan otras razones para la nueva ley, sobre todo el deseo de combatir la "minería ilegal" (considerandos 2 y 4).

Por lo demás, el D. Leg. 1106 mantiene las figuras básicas de la ley anterior. Aquí solamente se puede hacer un breve listado de los aspectos penales más importantes. En primer lugar, es notorio, en los tipos básicos, el retorno a la fórmula original de la "finalidad" (en vez del "resultado"): actos de conversión y transferencia (art. 1), actos de ocultamiento y tenencia (art. 2), actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores de origen ilícito (art. 3). Todos estos tipos básicos son dolosos (conocer y "deber presumir") y tienen una penalidad de 8 a 15 años de prisión más 120 a 350 días multa. Las modalidades agravadas se subdividen ahora en dos grupos. El primer grupo, para el cual la pena se eleva a prisión de 10 a 20 años y multa de 365 a 730 días-multa, depende de la cualidad del autor (funcionario público, agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil,

[82] Sobre el proceso de gestación y los cambios que tuvo el Anteproyecto hasta su promulgación como Decreto Legislativo, ver Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 197 s.

o miembro de una organización criminal) o de si la "cuantía" de los bienes involucrados superare las 500 UIT (art. 4, primer párrafo). El segundo grupo, con una pena de prisión no menor de 25 años, cuando el delito previo se tratare de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas (art. 4 segundo párrafo). En este supuesto gravísimo, en relación con la legislación anterior, se ha eliminado los delitos contra el patrimonio cultural pero se ha incluido como novedad la "minería ilegal". También constituye una novedad la previsión de un supuesto atenuado (prisión de 4 a 6 años y de 80 a 110 días multa) cuando la cuantía de los bienes involucrados no superare las 5 UIT (art. 4, tercer párrafo). La misma pena atenuada se prevé para el colaborador eficaz (art. 4 al final en concordancia con el art. 15), aunque parece referirse solamente a los tipos básicos. El tipo de omisión de comunicar operaciones o transacciones sospechosas (art. 5) ha quedado igual con respecto a la Ley 27765 (modificada por el D. Leg. 986) tanto en la descripción típica como en la penalidad (prisión de 4 a 8 años y 120 a 250 días multa más inhabilitación), pero se ha añadido un tipo de "omisión por culpa" que es sancionado con multa de 180 a 150 días multa e inhabilitación de ejercer función, mandato u oficio de 1 a 3 años. Una completa novedad constituye el tipo de "rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de la información (art. 6) dirigido contra todo aquel que, pese a ser solicitado por "autoridad competente", se negara a proporcionar la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial requeridas, o si dolosamente ("deliberadamente") prestare información inexacta o falsa. En este caso la pena será de prisión de 2 a 4 años y 50 a 180 días multa e inhabilitación funcionarial y profesional. También se ha facultado expresamente al fiscal a solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, el secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil (art. 7).

Por último, además de muchas otras reglas procesales, de ejecución penal y organizativas, en el D. Leg. 1106 hay dos disposiciones de sumo interés penal: las "consecuencias accesorias para personas jurídicas" (art. 8) y la regla de la "autonomía del delito y prueba indiciaria" (art. 10). En el primer caso, se ha introducido una regla de carácter administrativo-sancionador (o más bien sui géneris) específica para las personas jurídicas, similar a la ya existente (y aplicable en estos casos) del art. 105 C. P. Pero hay algunas diferencias sutiles. En primer lugar, se proporciona un criterio para la aplicación de la medida concreta: "según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible". Además, se han incluido dos nuevas medidas: la "multa" (art. 8, número 1) y la "cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales" (art. 8, número 5). Y se ha previsto que, junto con la medida, el juez ordene la "intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y los acreedores" (art. 8, segundo párrafo). Por lo demás, el artículo referido al "decomiso" (art. 9), se refiere a todos los casos (es decir también a los que involucran personas jurídicas) y establece la incautación de decomiso del "dinero, efectos o ganancias involucrados", mientras que en Código Penal, cuando se refería a los "beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencias de la infracción penal" autorizaba su "privación" (decomiso o confiscación) solamente para "cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil ... si sus bienes fueran insuficientes". Y la llamada "autonomía" del lavado de activos ha quedado consagrada expresamente en el artículo 10 (anteriormente había sido introducida por el D. Leg. 986 como "disposición común" en su art. 6). Este art. 10 contiene, en realidad, tres disposiciones diferentes: la "autonomía" del lavado de activos respecto del delito previo (primer párrafo), la lista de delitos previos y el criterio de su ampliación interpretativa (segundo párrafo), y la posibilidad

de autoría por lavado de activos del autor o partícipe del delito previo (tercer párrafo).

3.2 La legislación extrapenal

A diferencia de la rapidez del legislador peruano en introducir tipos penales, se tardó mucho en establecer una legislación preventiva antilavado extrapenal. Es más, incluso se promovía la legal repatriación de moneda extranjera a través del sistema financiero pues ni se exigía declarar la "procedencia" o el "origen" y además se otorgaban exenciones tributarias[83]. Recién con la nueva Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros", Ley 26702 o resumidamente ***Ley de la SBS de 09.12.1996,*** se introdujeron los deberes de identificar, supervisar y comunicar exigidos en los instrumentos internacionales: identificación de clientes (art. 375), mantenimiento de registros (art. 377), disponibilidad de los registros (art. 376), registro y notificación de transacciones en efectivo (art. 377), comunicación de transacciones sospechosas (art. 378), exclusión de responsabilidad del funcionario que hubiera cumplido con su deber de comunicar las transacciones sospechosas (art. 378, inciso 4), mandato de mayor severidad de pena para los empleados bancarios que incurrieran en actos de lavado de activos (art. 379, inciso 1), responsabilidad accesoria de las empresas financieras por los delitos del entonces vigente art. 296B, obligación de implementar "programas de prevención" con un "oficial de cumplimiento" encargado de organizar, revisar y aplicar estos programas, así como de trasmitir al Fiscal de la nación las denuncias sobre transacciones sospechosas (art. 380),

[83] Cfr. Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 103. Para ello existían normas específicas: el Dec. Supr. 094-88-EF de 29-06-1988 y la Ley 26710 de 22-12-1996.

y las facultades de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) relacionadas con la prevención y represión de delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos (art. 381).

Un año después la SBS emitió el ***Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero*** (Resolución N° 904-97-SBS de 03-12-1997), en el cual aparte de detallar las disposiciones de la Ley 26702, como la obligación de registrar transacciones en efectivo que superaran ciertos montos de dinero, impuso a los bancos el deber de contar con un "Código de Conducta" y un "Manual para la prevención del lavado de dinero".

Aun así, la ***legislación extrapenal*** peruana antilavado tenía deficiencias (estaban por debajo de los estándares promovidos por la CICAD-OEA) [84]: el tipo no debió haberse conectado sólo con el tráfico de drogas (pudo haber abarcado p. ej. bienes provenientes del tráfico de menores, proxenetismo internacional, enriquecimiento indebido, tráfico de armas, entre otros), no se establecían normas específicas y eficaces para el decomiso de los bienes materia del delito y la ejecución de medidas accesorias contra las personas jurídicas involucradas, eran deficientes las disposiciones sobre secreto bancario y reserva tributaria así como las obligaciones de colaboración de los agentes de intermediación financiera, entre otros.

Recién el 12 de abril de 2002, mediante ***Ley 27693***, se creó la "Unidad de Inteligencia Financiera-Perú" (UIF). Esta Ley ha tenido recientemente varias modificaciones importantes. Así, la Ley 28009 (21-06-03) y la Ley 28306 (27-07-04), y últimamente a través de la nueva Ley sobre lavado de activos (D. Leg. 1106 de 18-04-2012). En esta Ley 27693 la autoridad creada (UIF-Perú) es provista de amplias facultades preventivas (art. 3) en relación

[84] Críticas de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos,* 109 s.

con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, pero también en relación con investigaciones nacionales e internacionales (art. 3, números 5 a 8). También se hace una amplia y minuciosa lista de las personas (naturales o jurídicas) obligadas a proporcionar la información que solicitare la UIF (art. 8), y de las operaciones que deberán registrar y cómo deberán hacerlo (art. 9), los órganos que estas personas (naturales o jurídicas) deberán encargar para la supervisión de las actividades enumeradas (el "oficial de cumplimiento", "la auditoría interna", la "auditoría externa" y la "Superintendencia de Banca y Seguros y AFPs") (art. 10), el deber de comunicar e informar las transacciones sospechosas e inusuales (art. 11), el deber de reserva (art. 12), etc. Más especificaciones y procedimientos se establecieron en el reglamento dado por Dec. Supr. 163-2002-EF de 23-10-2002. Pocos años después se emitió un nuevo reglamento con el Dec. Supr. 018-2006-JUS de 21.07.2006, en el cual la gran novedad fue la creación de un "Sistema Antilavado y contra el Financiamiento del Terrorismo en el Perú (SILAFIT) y la introducción otras obligaciones de declarar exigidas por las prácticas internacionales, pero se ha omitido una vez más otorgar a la UIF la facultad de levantar el secreto bancario o la reserva tributaria (reservada en la Constitución al Juez, el Fiscal de la Nación o una comisión investigadora del Congreso)[85].

También se han mejorado las reglas poco eficientes sobre "decomiso" del Código penal (arts. 102-104), y se emitió una ley especial referida a ***proceso de pérdida de dominio*** (D. Leg. 992 de 21.07.2007) para regular, de manera más efectiva, el proceso de decomiso de bienes provenientes de una serie de delitos,

[85] Ver los comentarios de Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*, 120 s. Él exige una reforma constitucional urgente, la cual incluso fuera presentada el 2002 pero no tuvo éxito; ibídem, 122.

básicamente los cometidos por organizaciones criminales o que se refieran a los delitos de "tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas" (art. 2, a). Esta ley ha sido varias veces modificada y recientemente reemplazada por el ***Decreto Legislativo 1104*** de 18.04.2012.

3.3 Doctrina y jurisprudencia

Una parte de la doctrina nacional, aunándose a la regional y la española, sostiene que el bien jurídico tutelado por todas las modalidades consistiría en "las funciones, la estabilidad o el régimen regulador de la actividad económica", o sea en el *sistema económico y financiero*[86]. *Más defensores tiene la posición, reforzada también jurisprudencialmente, que admite una pluralidad de bienes jurídicos* según la modalidad analizada y que, al igual que en la doctrina alemana, no sólo da cabida a la "administración de justicia" (en los actos de ocultamiento y tenencia) y a los bienes jurídicos de los hechos previos, sino también declara como merecedor de tutela "el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos", restringiendo, por lo demás, "la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico financiero" a los "actos de colocación e intercalación"[87].

[86] Ver sobre todo, desde una perspectiva funcionalista, García Cavero: *Derecho Penal Económico P. E.*, 488 ss. 490; también en *LH César Paredes*, 420, 436; *El lavado de activos*, 72 ss.

[87] Prado Saldarriaga, ampliamente y analizando en su contexto legislativo distinta doctrina europea y latinoamericana: *Criminalidad organizada*, 199 ss.; también en *Lavado de activos*, 129 ss., 139. Similar, dando más relevancia a bienes de carácter económico (orden socioeconómico y fidelidad en el tráfico económico) Hinostroza Pariachi: *El delito de lavado de activos*, 103 ss. También allí, más bibliografía sobre los seguidores de esta posición. Igualmente, con diferente acentuación, Ayala Miranda/Nolasco Valenzuela/Velarde López: *Manual de litigación*, 37; Salazar Sánchez: *Política criminal y dogmática penal*, 341

Por último[88], también tiene muchos defensores la tesis que considera como único bien jurídico protegido a la *administración de justicia*, pues de lo que se trataría en las conductas punibles a partir de los supuestos básicos (arts. 1 y 2 de la ley vigente y de la derogada), y que se reflejaría también de manera mediata en los demás tipos, sería de entorpecer o imposibilitar la identificación del origen ilícito de los bienes y con ello dificultar (o imposibilitar) su incautación y decomiso, todo ello con la finalidad ulterior de reinsertarlos en el tráfico legal de bienes[89].

La jurisprudencia penal peruana sigue la tesis de la "pluriofensividad". Así, en el *Acuerdo Plenario* N° *03-2010/CJ-116 de 16.11.2010,* que se pronunció por primera vez sobre distintos aspectos controvertidos del delito de "lavado de activos"[90],

s. Gálvez Villegas solamente admite dos bienes jurídicos "específicos": la libre y leal competencia y la eficacia de la administración de justicia, mientras que el "orden o sistema económico" sería un bien jurídico abstracto que englobaría a los dos primeros: *El delito de lavado de activos*, 66 ss., 72 s.

[88] Aquí solamente se exponen las teorías más defendidas en el Perú. Una exposición mucho más amplia y pormenorizada de las distintas tesis hace Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 46 ss.

[89] Caro John: *Dogmática penal aplicada*, 185 ss., 206; Caro Coria/Asmat Coello: *LH César Paredes*, 301 ss.; 329.

[90] Estos acuerdos son tomados en los llamados "plenos jurisdiccionales" de la Corte Superior y la Corte Suprema y constituyen, como "unificación de criterios de interpretación", precedentes vinculantes. Los jueces están obligados a seguir estos precedentes vinculantes pero pueden apartarse de ellos y seguir su propio criterio, siempre que motiven debidamente su resolución. (art. 22 de la Ley de Organización y Funciones del Poder Judicial, párrafo segundo).
Sentencia de la 4ta. Sala Penal Especializada en lo penal con reos en cárcel de 31-01-2013 (Exp. N° 49146-09; caso Ariza), punto IV, Delimitación típica, cuarto párrafo; también en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116

tras un extenso análisis de la doctrina extranjera (española, colombiana, uruguaya y alemana), la Corte Suprema descartó, como únicos bienes jurídicos, por un lado la "salud pública" y, por otro lado, por sí solos, a las "funciones, la estabilidad o el régimen jurídico que regula la actividad económica de un país" o, de manera más resumida: "el orden económico", o incluso una aspecto de éste como: el "sistema financiero" (§ 1, N° 7, segundo párrafo, N° 9). Recogiendo los argumentos de parte de la doctrina nacional, señala que el delito tendría un carácter "pluriofensivo" (§ 1 N° 10 y ss., especialmente N° 13). Los actos de "colocación e intercalación" comprometerían la "estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero"; los actos de "ocultamiento y tenencia" afectarían la "eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado". Y todas las etapas juntas atentarían contra "el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos en sus políticas y estrategias fundamentales". Durante mucho tiempo la *Corte Suprema* ha seguido la tesis sobre la "pluriofensividad" del bien jurídico tutelado en el delito de "lavado de activos"[91]. Pero últimamente, en el "caso Ariza" se ha descartado que el *bien jurídico tutelado* sea el "funcionamiento del sistema económico", sino, de manera más concreta se tiende a proteger "... por esta vía a la administración de justicia mediante la identificación del activo de origen ilícito para hacer recaer sobre él las consecuencias jurídicas reales establecidas por la ley..."[92].

[91] Así, en el RN 1052-2012 (Lima) de 15-01-2013, remitiéndose a parte de la doctrina nacional y al Acuerdo Plenario N° 3-2010. En otras resoluciones, se destaca más el "orden socioeconómico"; así la Sala Penal Permanente en el RN 3373-2009 (Lima) de 25-05-2010, quinto considerando, y el RN 3953-2007 (Lima) de 17-06-2008, cuarto considerando.

[92] Sentencia de la 4ta. Sala Penal Especializada en lo penal con reos en cárcel de 31-01-2013 (Exp. N° 49146-09; caso Ariza), punto IV,

En cuanto a los ***delitos fuente***, ya se ha visto que el modelo peruano no hace ningún "catálogo cerrado" de delitos. Pero en la *lista abierta* del art. 6, el mayor problema está en determinarlos criterios para incluir en la lista otros delitos de contacto. Inicialmente se interpretó, según el tenor de la Ley 27765, que los criterios serían dos: "gravedad" (sólo así habría "similitud" con los delitos nominados) y, además, que se trate de delitos que "generen ganancias"[93].

En la práctica, por deducción a contrario, también se ha entendido que estos elementos (gravedad y capacidad de generar ganancia) deberían estar presentes en los delitos previos nominados. Es más, bajo una dudosa interpretación, en algún caso se ha llegado a entender que la ley exigiría que el delito previo concreto deba "generar ganancias" probadas, y no solamente que este requisito sería un elemento descriptivo genérico de delitos con "tendencia a generar ganancias"[94].

Pero el texto legal también planteaba la cuestión de la *autonomía*: ¿hasta qué punto se necesita establecer el carácter delictivo del hecho previo mediante una condena firme de sus intervinientes antes de iniciar las investigaciones por lavado de activos (autonomía procesal) o luego, antes de condenar por lavado de activos (autonomía material)?[95] Una vinculación absoluta, o sea la paralización del proceso por lavado de activos hasta la

Delimitación típica, cuarto párrafo; también en el *Acuerdo Plenario* N° 3-2010, § 1, N° 9 ss.

[93] Así García Cavero: *LH César Paredes,* 421 s.; Caro John, *Dogmática penal aplicada*, 159 ss.

[94] Cfr. los ejemplos jurisprudenciales en Ayala Miranda/Nolasco Valenzuela/Velarde López: *Manual de litigación*, 50 ss.

[95] Sobre esta problemática amplia y claramente, Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 83 ss., 86s.

acreditación definitiva del delito previo, tal como al principio se interpretó en los tribunales peruanos, había llevado inicialmente a la impunidad práctica del delito de lavado de activos[96].

La jurisprudencia penal de entonces se había manifestado sobre todo esto. Sobre el "delito fuente", el *Acuerdo Plenario* N° *03/2010*, refiriéndose a la Ley N° 27765, afirmaba que a los 11 delitos del catálogo se podían agregar "delitos similares". Y esta similitud era interpretada en el sentido de "gravedad", lo cual a su vez quería decir que los delitos innominados sería aquellos "sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada", además de que tiendan a generar "ganancias ilegales" (§ 5, N° 30). Por lo demás, el delito fuente no necesitaba constar en sentencia firme y ni siquiera que existiera una investigación en trámite o proceso penal sobre él, pero por lo menos debía haber sido abarcado por el "dolo" del lavador de dinero (§ 5 N° 32).

El D. Leg. 1106 ha pretendido zanjar las discusiones que se habían producido en relación a la ley anterior, entre otras en cuanto a los aspectos del "carácter delictivo" y la "autonomía" del delito. Pero no solamente no ha aclarado mucho sino también ha dado pie a más dudas y discusiones. Así, en cuanto al "carácter" de la ilicitud, al igual que la ley derogada, también recurre a los ejemplos típicos y señala que la ilicitud (que el sujeto activo debía conocer) de la cual provendrían los bienes se referiría a los delitos que se mencionan expresamente (minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.) y "cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales...". En cuanto a la "autonomía", el art. 10 aclara que el delito de lavado de activos sería *autónomo* en el sentido de que, "para su investigación y procesamiento no

[96] Cfr. Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 83.

es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria" (primer párrafo).

Ahora bien, el "carácter delictivo" del delito fuente sigue sin tener una descripción satisfactoria. Si bien, por un lado, la redacción hace ahora indubitable que el elemento "ganancia económica" se refiera a una cualidad genérica del delito previo y no al caso concreto ("capaz de generar ganancia..."), ha eliminado al mismo tiempo el criterio de la "similitud" con respecto a los delitos nominados. La doctrina peruana había exigido que la lista sea ampliada restrictivamente y sólo dé cabida a "delitos graves" en el sentido de que su penalidad sea elevada[97]. Pero, si bien bajo la Ley 27765 era posible esta interpretación porque en la cláusula de analogía se decía "... otros *similares* que generen ganancias ilegales..." (la "similitud" se referiría a la "gravedad" de la pena, al hecho de tratarse delitos dolosos, de excluir las faltas), el D. Leg. 1106 ha eliminado la referencia a la similitud y solamente exige que los "otros delitos" sean capaces de generar ganancias ilegales lo cual parece abrir desmesuradamente la lista[98]. Por otro lado, la nueva ley también excluye expresamente como delito fuente al delito de "receptación" (art. 194 C. P.), como también hacía la Ley 27765.

[97] Así, García Cavero: *LH César Paredes*, 419 ss. Caro John sugería incluso que la gravedad de los delitos innominados tendría que medirse en función de si "admitan una posibilidad de comisión en delincuencia organizada", *LH César Paredes*, 159 ss., 166.

[98] Ver en este sentido, García Cavero: *LH César Paredes*, 422; *El delito de lavado de activos*, 98. La Corte Suprema, en el *Acuerdo Plenario* N° 3-2010 había exigido este elemento "similitud" bajo la vigencia de la anterior ley.

En cuanto al tema de la *autonomía*, la doctrina coincide en admitir la "autonomía procesal" (claramente señalada, por lo demás, en el texto legal). Es decir que, para iniciar las investigaciones y el proceso penal por lavado de activos, no se necesita en ese momento una investigación, proceso o condena previos (por otro juez) sobre el delito de referencia. En la práctica, el juez que decida sobre "lavado de activos" tendrá también que determinar el carácter delictivo del hecho previo[99]. Pero la discusión continúa aún en cuanto a la "autonomía material" pues mientras que buena parte de la doctrina sigue exigiendo que la existencia (o inexistencia) del "delito previo" deba determinarse en algún momento para que también sea punible (o impune) la conducta referida a él[100], otra parte, integrada más bien por jueces y fiscales sostienen que bastaría con que el juez estuviera convencido del origen ilícito (o también en última instancia: que el imputado no hubiera podido explicar razonablemente el "origen lícito" de los bienes), para emitir una condena por "lavado de activos"[101]. A manera de ejemplo, la consecuencia práctica de esto sería la siguiente: cuando el delito previo fuera procesado por separado, si hubiera sentencia absolutoria antes de finalizado el proceso por lavado de activos, esto tendrá efecto de cosa juzgada para este último; y si la condena por lavado de activos ya hubiera estado firme, tendrá que recurrirse al recurso de revisión[102].

[99] Esta es la interpretación usual del modelo peruano. Entre otros, ver Caro Coria/Coello Asmat: *LH César Paredes*, 320.

[100] Similar García Cavero, c. más ref. de la doctrina peruana: *LH César Paredes*, 432 ss.

[101] Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 263 s.; Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 87 ss., 124 s.

[102] Últimamente, analizando ampliamente en este sentido, García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 115 ss.

En cuanto al tipo subjetivo hay que anotar que todas las conductas punibles son dolosas. Pero, al referirse al grado de conocimiento que el sujeto activo debe tener del origen ilícito del bien, el legislador peruano ha previsto expresamente dos posibilidades: en el primer caso, el lavador "conoce" o, en el segundo alternativamente, "podía presumir" (Ley 27765) o "debía presumir" (D. Leg. 1106) esta proveniencia. El empleo de esta terminología ha provocado posiciones encontradas. Así, ya durante la vigencia de la Ley 27765 ("podía presumir") la jurisprudencia entendía que con esto el legislador se habría referido expresamente al "dolo eventual", y no admitiría la "imprudencia", aunque criticaba que no hubiera utilizado una formulación más clara (Acuerdo Plenario N° 3-2010)[103]. En la doctrina, algunos estaban de acuerdo con esta interpretación que rechazaba la punibilidad de la "imprudencia"; el argumento principal (utilizado también por el Acuerdo Plenario) consistía en que, por regla general, la "imprudencia" debe ser tipificada de manera expresa y no presumirse o interpretarse. Pero en la doctrina otros utilizaban una argumentación similar para desechar la tipicidad "expresa" del dolo eventual: esta forma de dolo va incluida dentro de la modalidad dolosa, con lo cual la formulación expresa ("podía presumir") tendría que ser interpretada en el sentido de una "imprudencia grave", la cual además suele ser recomendada en los instrumentos de Derecho internacional público y prevista en la legislación penal comparada[104]. Sea como fuere, la

[103] Ampliamente, Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 241ss.; también Caro John: *Dogmática penal aplicada*, 157 s. También Caro Coria/Asmat Coello parecen partir de la punibilidad, de lege lata, C¿ del "dolo eventual" aunque postulan, de lege ferenda, la inclusión de la punibilidad de conductas imprudentes; *LH Paredes Vargas*, 309 ss. También había una posición que solamente admitía "dolo directo"; cfr. Hinostroza Pariachi: *El delito de lavado de activos*, 130 s.

[104] Al respecto, siguiendo esta interpretación, García Cavero: *Derecho penal económico*, 507; Caro Coria/Asmat Coello: *LH César Paredes*, 310 ss., 330.

ley actual parece haber zanjado la discusión con una formulación que, como exigía el Acuerdo Plenario N ° 3-2010, presupone un grado de presunción más elevado y, por lo menos en el Perú, es entendida indubitablemente en el sentido de un "dolo eventual": "debía presumir"[105].

Las primeras normas penales sobre lavado de activos no contenían la referencia explícita sobre la punibilidad por lavado de activos, del ***autor del delito previo***. Ello tampoco se dijo expresamente en la Ley 27765 del 2002 sino recién se introdujo con el D. Leg. 986 de 27-07-2007. La Corte Suprema ha considerado, sin embargo, que "esta última disposición legal aclaró el tópico, pero no constituyó el inicio de la sanción al autor del delito precedente como presunto autor de delito de lavado de activos"; la mención expresa posterior solamente habría buscado, en cuanto al autor del delito previo, "precisar su participación como autor [del lavado de activos] para evitar toda divergencia en este asunto y mejorar la ley previa…"[106]. El art. 10, tercer párrafo del D. Leg. 1106 aclara expresamente que "también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias". Aun así no parece estar claro es si esta punibilidad como autor del "delito previo" podría sumarse, aplicando las reglas del concurso (¡doble punibilidad!), a la punibilidad como autor del delito de lavado de activos (el llamado "autolavado") o –como en Alemania, donde existe una base legal expresa al final del párrafo 9, art. 261- solamente entraría a tallar cuando el autor del lavado no

[105] Cfr. Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 241 s.; Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 216 ss.

[106] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema RN 1052-2012-Lima-de 15-01-2013, considerandos primero y quinto, respectivamente.

hubiera sido penado por el delito previo[107]. No parece haberlo entendido ni la doctrina[108] ni la jurisprudencia nacional. Así, en el RN N° 1052-2012 de 15-01-2013, remitiéndose al Acuerdo Plenario N° 3-2010, se anuló la sentencia absolutoria en parte de la Corte Superior y, entre otras cosas, enfatizó que el autor del delito previo (en este caso: tráfico ilícito de drogas) también puede ser autor del delito de "lavado de activos", pues éste es autónomo en relación con el delito previo (cuarto considerando D y E, quinto considerando). Por último, el Acuerdo Plenario N° 3/2010 ha manifestado que el lavado de activos constituye un "delito común" en el cual incluso el implicado en el delito previo (como autor o partícipe) podría ser autor de la conducta posterior de "lavado de activos (§ 1 N° 14).

Por último, el ***Tribunal Constitucional*** peruano ha tenido hasta ahora tan solo un pronunciamiento importante sobre el tema. Así, en la muy polémica STC de 06-11-2009 (caso Abanto Verástegui), el Tribunal declaró fundado un recurso de habeas corpus de quien venía siendo investigado por delito de "lavado de activos" pues la investigación fiscal habría sido arbitraria.

[107] Bajo la ley anterior, donde no había previsión legal expresa del "autolavado", parte de la doctrina consideraba jurídicamente imposible la punición del "autolavado", Caro John: *Dogmática penal aplicada*, 185, 188 ss. Tras la reforma de 2007 (D. Leg. 986), mantenida por el D. Leg. 1106, la tendencia en la doctrina nacional parece inclinarse a favor de la punibilidad del "autolavado" argumentando falta de identidad de bienes jurídicos; ver, Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*, 215 s.; García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 77 ss.; Ayala Miranda/Nolasco Valenzuela/Velarde López: *Manual de litigación*, 56 ss.

[108] Hace un amplio análisis de todas las posturas doctrinales al respecto y adopta una posición diferenciada en función de si la modalidad ataca o no al bien jurídico "libre y leal competencia" (entonces: diferentes bienes jurídicos y concurso real) o no (concurso ideal), Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 162 ss., 165 s.

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. La aparición y el desarrollo del tipo de "lavado de dinero" ha demostrado la enorme influencia que ha tenido, en la legislación penal nacional, la política penal norteamericana, así como, a través de ella, los instrumentos de Derecho internacional público.

2. La transposición de las propuestas internacionales, debido a la terminología utilizada en los documentos internacionales tiene clara influencia del Derecho anglosajón, genera no pocos problemas en la aplicación práctica. Por más que la "internacionalización del Derecho penal" en este ámbito sea comprensible debido al "interés transnacional" que existe, sería deseable que en el proceso de codificación de nuestros países no predominen los conceptos de proveniencia anglosajona[109].

3. Entre los *problemas interpretativos* más acuciantes del *tipo subjetivo* está el referido al "dolo eventual" o a la "imprudencia". Esto es particularmente problemático en el Perú, donde se nota una acrítica recepción del modelo internacional. En el llamado "tipo de intención", recomendado en los instrumentos internacionales y actualmente otra vez vigente en el Perú, se une la acción (de convertir, transferir, etc.) a un objetivo o propósito (purpose): el de ocultar el origen ilegal de los bienes o de ayudar a los titulares a escapar de las consecuencias jurídicas. Aquí no queda claro si el legislador exige un elemento subjetivo adicional (la intención) o si no hace más que describir una conducta

[109] En este sentido la observación de Ambos: *ZStW* 114 (2002), 236 (en la versión española: 183).

tendente a conseguir tal finalidad (elemento objetivo de idoneidad)[110].

4. La referencia a la "lucha contra la criminalidad organizada" contiene el peligro de que, por su indefinición, tienda a propiciar una paulatina y creciente ampliación del tipo. Esto lo ha demostrado también la legislación penal peruana, la cual ve ahora a la "minería ilegal" como una forma peligrosa de criminalidad organizada o, por lo menos, equiparable a ella. Más preocupante aún es la pretensión de querer extender las posibilidades de aplicación práctica de los tipos de lavado atentando abiertamente contra principios penales ya consolidados. Ello se observa en la discusión en torno a la "autonomía" del lavado de activos con respecto al delito previo y en la punibilidad del "autolavado".

5. Los modelos alemán y peruano son en principio, como modelo, similares, pero presentan notorias diferencias en el detalle:

   - El *tipo alemán* de "lavado de dinero" se encuentra en el Código Penal (art. 261) y las reglas sobre confiscación y decomiso siguen siendo las allí previstas (arts. 7); las normas preventivas a las que toma referencia se encuentran en una ley especial: la Geldwäschegesetz (GwG). En el Perú, se sigue el modelo de una ley especial (D. Leg. 1106), la cual también tiene reglas específicas sobre decomiso, complementadas por una ley especial (D. Leg. 1104). Las normas preventivas están previstas en diferentes normas legales.

[110] En Alemania, p. ej. en el primer sentido, Vogel: *ZStW* 109 (1997), 340; en el segundo, criticando al primero, Ambos: *ZStW* 114 (2002), 239 s. (en la versión española: p. 186 s.).

   - El modelo alemán, no conoce, como el peruano, un tipo específico referido a los "actos de conversión o transferencia" con una "finalidad" específica (tipo de intención). Por su parte, el delito de "lavado de activos", en el *modelo peruano* está previsto en una Ley especial (D. Leg. 1106) y sigue con mayor fidelidad las propuestas internacionales (lo cual no es necesariamente mejor). Así, tienen los tres tipos recomendado: el tipo de "ocultamiento" (art. 1), el tipo de intención (art. 2) y el tipo de aislamiento (art. 3).

   - Por otro lado, el legislador alemán ha previsto específicamente la posibilidad de que las conductas previstas en los tipos básicos puedan cometerse bajo "imprudencia grave" (art. 261, párrafo 5). La ley peruana solamente prevé una modalidad imprudente en el tipo de "omisión de comunicar transacciones sospechosas" (art. 5, segundo párrafo D. Leg. 1106). Y, a diferencia del modelo alemán, se tiene prevista expresamente la modalidad dolosas omisivas (arts 5 y 6, D. Leg. 1106).

   - Y mientras que el modelo alemán tiene una lista "cerrada", la lista de delitos de la ley peruana es "abierta" y no se tienen criterios precisos para poder determinar qué otros delitos entrarían dentro de esta lista (art. 10 D. Leg. 1106).

   - La ley alemana contiene una serie de regulaciones que no conoce la peruana: una regla de interrupción de las conversiones ilícitas (art. 261, párrafo 6) y del "arrepentimiento activo" o "colaboración con la justicia" (art. 261, párrafo 9). En el modelo peruano faltan reglas equivalentes. Pero se tienen tipos atenuados en

función de la cuantía y de la "colaboración eficaz" (art. 4, tercer párrafo).

- Llama especialmente la atención la distinta valoración penal del legislador sobre la gravedad del delito, tanto para los tipos básicos como para los agravados. En el Perú las penas son extraordinariamente más severas que en Alemania.

6.- En algunos problemas interpretativos se han encontrado soluciones similares. Así, en la discusión sobre el bien jurídico se polemiza básicamente sobre si lo protegido por el tipo sería la administración de justicia, el ordenamiento económico o la libre competencia. Y también en cuanto a la llamada "autonomía" del lavado de activos, se puede decir que ella también es practicada en Alemania, pero el Juez que conoce el proceso sobre lavado de activos debe decidir sobre la punibilidad de los intervinientes en el "hecho previo" (si esto no hubiera sido resuelto antes en otro proceso) para aclarar sobre la punibilidad del allí interviniente. No hay en Alemania, en sentido estricto, una punibilidad del "autolavado", pues se ha entendido que la punibilidad (como autor o partícipe) por el lavado es subsidiaria en relación con la punibilidad por el hecho previo.

Bibliografía

– Ambos, Kai: "Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel 'Geldwäsche'", *ZStW* 114 (2002), 236-256, cit. Ambos: *ZStW* 114 (2002). Existe una versión traducida al español: Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del "lavado de dinero". Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 44. Bogotá, Colombia (Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación Filosofía y Derecho) 2011 y una versión actualizada en: Gaceta Penal & Procesal Penal N°. 41 (noviembre 2012) Lima, Peru, 363-384." (eliminar referencia a Abel Souto).

– Arzt, Gunther: "Geldwäscherei – Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung", *NStZ* 1990, 1-6; cit. Arzt: *NStZ* 1990;

– Arzt, Gunther: "Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall", *JZ* 1993, 913-917, cit. Arzt: *JZ* 1993;

– Arzt, Gunther: "Das mißglückte Strafgesetz – am Beispiel der Geldwäschegesetzgebung", en: Diederichsen, Uwe/ Dreier, Ralf, *Das mißglückte Gesetz*, Gotinga, 1997, 17-42.

– Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich: *Strafrecht. Besonderer Teil,* Bielefeld (1ra ed. 2000; 2da. ed., sin Weber, 2009), cit. Arzt/ Weber/Heinrich/Hilgendorf: *Strafrecht BT.*

– Ayala Miranda, Érika/Nolasco Valenzuela, José/Velarde López, José Manuel: *Manual de litigación en lavado de activos*,

Lima, 2011, cit.: Ayala Miranda/Nolasco Valenzuela/Velarde López: *Manual de litigación*.

- Barton, Stephan: "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", *StV* 1993, p. 156-162; cit.: Barton*: StV* 1993;
- Barton, Stephan: "Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegschmidand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?", NStZ 1993, 159-165; cit.: Barton: *NStZ 1993*.
- Carl, Dieter: "Kampf gegen die Geldwäsche", *wistra* 1991, 288-293, cit. Carl: *wistra* 1991,
- Caro Coria, Dino Carlos/ Asmat Coello, Diana Marisela: "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en: Abanto Vásquez/Caro John/Mayhua Quispe, *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas* (citado como: *LH César Paredes*), Lima, 2012, 296-330, cit: Caro Coria/Asmat Coello: *LH César Paredes*.
- Caro John, José Antonio: *Dogmática penal aplicada*, Lima, 2010, cit.: Caro John: *Dogmática penal aplicada*.
- Fahl, Christian: "Grundprobleme der Geldwäsche (§ 261 StGB)", Jura 2004, 160-167, cit.: Fahl, *Jura 2004*
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch *mit Nebengesetzen,* 62da. edición, Múnich, 2014, cit. Fischer: *StGB*, § 261
- Gálvez Villegas, Tomás A.: *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y* procesales. *Análisis del Decreto Legislativo* N° *1106*, Lima, 2014, cit.: Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*.
- García Cavero, Percy: *El delito de lavado de activos*, Lima, 2013, cit.: García Cavero: *El delito de lavado de activos*;

- García Cavero, Percy: "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: el delito previo y la cláusula de aislamiento", en: Abanto Vásquez/Caro John/ Mayhua Quispe, *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, cit: *LH César Paredes*, Lima, 2012, 415-438;
- García Cavero, Percy: *Derecho penal económico. Parte especial II*, Lima 2007, cit.: García Cavero: *Derecho Penal Económico P. E.*
- Helmers, Gunnar: "Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung", *ZStW* 121 (2009), p. 509-547.
- Hetzer, Wolfgang: "Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche", *wistra* 1993, p. 286-293, cit: Hetzer: *wistra* 1993.
- Hilger, Hans: "Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG", *NStZ* 1992, 457-463 (primera parte), 523-526 (segunda parte) cit.: Hilger: *NStZ* 1992.
- Hinostroza Pariachi, César: "El delito de lavado de activos. Delito fuente", Lima, 2009, cit.: Hinostroza Pariachi: *El delito de lavado de activos*.
- Lackner, Karl /Kühl, Kristian: *Stragesetzbuch. Kommentar,* 28va ed., Múnich, 2014, cit.: Lackner/Kühl: *Strafgesetzbuch*, § 261.
- Lampe, Ernst-Joachim: "Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)", *JZ* 1994, 123-132, cit.: Lampe: *JZ* 1994,
- Maiwald, Manfred: "Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche", Festschrift für Hans-Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 631-649, cit. Maiwald: *Festschrift für Hirsch*.

- Möhrenschlager, Manfred: "Das OrgKG – eine Übersicht nach amtlichen Materialien", *wistra* 1992, 281-289, cit. Möhrenschlager: *wistra* 1992.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal. Parte especial, 16ta*. ed., Valencia 2007, cit: Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte especial*.
- Otto, Harro: "Geldwäsche, § 261 StGB", *Jura* 1993, 329-332, cit. Otto: *Jura* 1993.
- Perron, Walter: "Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall", *JZ* 1993, 918-925, cit.: Perron: *JZ* 1993.
- Prado Saldarriaga, Víctor: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000;
- Prado Saldarriaga, Víctor: *Derecho penal, jueces y jurisprudencia (parte general),* Lima, 1999;
- Prado Saldarriaga, Víctor: *Lavado de activos y financiación del terrorismo,* Lima, 2007, cit: Prado Saldarriaga: *Lavado de activos*;
- Prado Saldarriaga, Víctor: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima, 2013, cit. Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada*.
- Rieß, Peter: "Neue Gesetze zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität", *NJ* (Neue Justiz) 1992, 491-497, cit: Rieß: *NJ* 1992.
- Roxin, Claus: *La teoría del delito en la discusión actual*, tomo II, Lima, 2014 (próxima publicación), cit.: Roxin: *La teoría del delito II*, IV.
- Salazar Sánchez, Nelson: "Los delitos de lavado de activos en la legislación peruana", en: Urquizo Olaechea/Salazar Sánchez (coords.), *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, Lima, 2012, 331-364, cit.: Salazar Sánchez: en *Política criminal y dogmática penal*.

- Schmidt, Wilhelm/Krause, Juliane: comentarios al § 261 StGB en *Leipziger Kommentar (LK StGB),* 12da. ed., tomo 8 (§§ 242-262), Berlín, 2010, 657-685, Schmidt/Krause: *LK-StGB*, § 261, Entstehungsgeschichte.
- Schnabl, Robert: comentarios al § 261 StGB en: Wabnitz/Janovsky, *Handbuch des Wirtschafts-* und *Steuerstrafrechts*, 4ta. edición, Múnich, 2014, 369-393, cit: Schnabl: en Wabnitz/Janovsky, *Handbuch*.
- Stree, Walter/Hecker, Bernd: comentarios al § 261 StGB en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29na ed., Múnich, 2014, 2467-2482, cit. Stree/Hecker: en Schönke/Schröder, *StGB*, § 261.
- Vogel, Joachim: "Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?", *ZStW* 109 (1997), 335-356, cit. Vogel: *ZStW* 109 (1997)

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

"Compendio de doctrina Legal y jurisprudencia vinculante. Primera parte. Materia penal (I): Acuerdos plenarios, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", Lima, 2013.

Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales"; publicada en DO L 166 de 28-06-1991, p. 77 (*Primera Directiva*).

Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001 por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales". Publicada en DO L 344 de 28-12-2001, p. 76 (*Segunda Directiva*).

Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización

del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo", publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25-11-2005 (DO L 309/15) (*Tercera Directiva*).

Exposición de Motivos del Proyecto de la OrgKG de 1992; publicado en "Deutscher Bundestag 12. Wahlperiode, Drucksache 12/989 de 25-07-1991 (citado como: BT-Drucks- 12/989), páginas 1-62.

Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y otras formas de criminalidad organizada (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderen Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität: OrgKG), publicada en 1992 en BGBl. I, p. 1302-1312. [Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1992, Teil I]

Sentencias penales del Tribunal Federal Alemán (TFA) publicadas en la colección oficial de sentencias penales por tomos (citadas como BGHSt.) o en revistas especializadas.

Leyes alemanas publicadas en "Bundesgeseztblätter" (BGBl.), primera parte (Teil I).

"Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación" (Cuarenta Nuevas Recomendaciones), del "Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); publicado en febrero de 2012 en: www.gafisud.info/documentos/esp/las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf. También en: Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada* (ver arriba), 409-427.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano (STC) de 06-11-2009 (caso Abanto Verástegui) publicada en la Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP) N° 22 (2010), p. 645-663.

Resoluciones de la Corte Suprema del Perú publicadas en la página web del Poder Judicial peruano: www.pj.gob.pe

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Jaime Winter Etcheberry[*]

[*] Agradezco las valiosas sugerencias hechas por los participantes en el Seminario "Lavado de Activos y Compliance: Comparación Perú-Alemania" y en especial las sugerencias hechas por el Prof. Dr. Kai Ambos. Los errores que subsistan son, por supuestos, propios.

Resumen:

La presente contribución busca indagar en la regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Para, en un primera parte se busca revisar la evolución internacional del fenómeno, desde su surgimiento a su estado actual; luego se revisan los principales instrumentos internacionales, incluidas las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera; a partir de esto se establece una visión crítica dela forma de imposición de estas medidas en el contexto internacional por utilizarse la coacción mediante listas negras, por reportar pocos beneficios para los países, por los problemas de tipificación de los delitos y los relacionados con la legitimación de la adopción de estándares provenientes del "soft law".

1. INTRODUCCIÓN

Para introducir el tema, vale la pena exponer un caso sucedido en Chile: Una mujer, que al momento de los hechos era novia de un supuesto traficante de drogas –sin que se haya acreditado que ella participara de manera alguna en las actividades delictivas de su pareja–, toma el dinero que su novio guardaba en la casa y lo pone en el entretecho del inmueble que cohabitaban, ante una inminente redada de la policía. Tal conducta fue considerada por la Corte de Apelaciones de San Miguel como lavado de activos[1]. Semejantes comportamientos parecen alejarse de aquello que normalmente se entiende como el caso paradigmático de lavado de activos: intricadas operaciones internacionales de transferencia de fondo, uso de empresas fantasmas, cuentas en plataformas *offshore*, complicidad de *gatekeepers*, etc.

Sin embargo, si uno revisa la tipificación que existe tanto en los Ordenamientos Jurídicos peruano[2] y alemán[3], así

---

[1] Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel (Chile), 07.09.2011, Rol 993-2011.

[2] Ley Penal Contra el Lavado de Activos N° 27765, en especial el artículo 2°, y posteriormente D. Leg 1106, en especial el art. 2°.

[3] § 261 StGB (Código Penal Alemán) Número 1

como el chileno[4], al menos desde un punto de vista de la literalidad de los tipos penales no cabe duda que la conducta referida es susceptible de ser subsumida en el respectivo tipo penal. Incluso, a pesar de los intentos dogmáticos por establecer criterios que permitan limitar el excesivo alcance de los tipos penales respectivos[5].

Lo disímil de las dos constelaciones –la idea de lavado de activos y lo que puede llegar a ser punible en la praxis– tiene que ver en buena parte por la deficiencia en la formulación de tipos penales que, en la práctica, sancionan con penas sumamente alta una clase especial de encubrimiento –el tipo de aislamiento– y de receptación, teniendo como mera diferenciación de la hipótesis tradicionales el delito previo.

Sin embargo, como se verá, dichos tipos penales no surgen meramente como elaboraciones de Derecho penal interno, sino que son un buen reflejo de exigencias internacionales que operan a distintos niveles.

Por otra parte, el fenómeno del lavado de activos no se acaba en la mera represión penal –que también suele incluir la generación de estándares más laxos para los órganos de persecución y un foco importante en el comiso de los activos–, sino que, por

[4] Ley N° 19913, Que crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos, en especial su artículo 27 literal a).

[5] Una posibilidad sería recurrir a los llamados negocios de bagatela (*Bagatellgeschäfte*). Esto se refiere a aquellas conductas que por su entidad no son capaces de poner en peligro el bien jurídico protegido. En general se refiere al intercambio de bienes de baja cuantía. Este no sería el caso y sí es posible sostener que afecta al bien jurídico. Sobre la atipicidad de los negocios de bagatela, básico Barton: *StV* 3, 1993, 161 y 162.

el contrario, tiene como elemento central la prevención. Sólo en la medida que dicha prevención se vincula con medidas de política criminal es que se puede decir que son medidas accesorias o complementarias al Derecho penal. Esto implica medidas de fiscalización, que llevan a la creación de instituciones como la peruana UIF[6] o la alemana FIU dependiente de la BKA[7], así como derechamente obligaciones para las empresas que trabajan en ámbitos típicamente vinculados al lavado de activos.

Si bien la prevención es del lavado de activos propiamente tal, lo que parece existir de trasfondo, es, en realidad un intento de prevención de la generación de una criminalidad organizada que sea económicamente solvente y, por tanto, represente una amenaza para la estabilidad del sistema de democrático[8].

Aún más, recientemente se ha sumado la a este ámbito la prevención del financiamiento del terrorismo, en virtud del uso de estructuras de traspaso de fondos análogas a las del lavado de activos –si bien en este último caso no es el origen, sino que le destino de los activos lo que se pretende ocultar–.

Estas singularidades llevan a que el lavado de activos pase a representar el ámbito perfecto para la discusión de lo que Rotsch ha llamado hipertrofia del Derecho penal por divisionalización[9]: Tanto en su relación con el crimen organizado como con el terrorismo podemos vincularlo con la diferenciación entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo; representa también un ámbito de moderno Derecho penal, en contraposición

[6] Ley N° 27.693 que crea la Unidad de Inteligencia Financiera.

[7] § 5 GwG. Sobre las facultades y funciones de la BKA y la FIU en relación al lavado de activos en Alemania, vid. Mende: *Geldwäschebekämpfung*…, 330.

[8] Así ya en el preámbulo de la Convención de Viena. Vid. infra, 3.A.

[9] Rotsch: *ZIS* 7, 2007, 265.

con el Derecho penal tradicional; representa también el cambio de enfoque de lo represivo a lo preventivo en el Derecho penal.

Pero más importante que eso, el lavado de activos representa dos fenómenos fundamentales del Derecho penal actual: el primero es la internacionalización –y europeización– del Derecho penal en el contexto de la globalización, algo que también ha sido acusado de ser, de manera exagerada, pero no sin cierto grado de verdad, "imperialismo penal". Por otra parte, representa el intenso protagonismo del llamado "soft law" en desmedro del "hard law" o Derecho creado por instancias nacionales o supranacionales legitimadas institucionalmente para la generación de normas generales jurídicamente vinculantes.

El objetivo de este trabajo es, precisamente, describir y caracterizar la regulación del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en el ámbito internacional, para lo cual, en primer lugar, se analizará el origen del fenómeno (2.), para luego hacer una revisión de los instrumentos internacionales en particular (3.), haciéndose posteriormente una breve referencia al modo en que estos instrumentos influyen en los ordenamientos nacionales (4.).

2. ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LAVADO DE ACTIVOS EN EL MUNDO

2.1 Prevención y Sanción en EE.UU

Aunque el fenómeno de esconder las ganancias ilícitas no es nuevo[10], hasta principios de los años '90 el concepto de "lavado

[10] Morris-Cotterill sostiene que es posible remontarse hasta tres mil años atrás, en China, donde los comerciantes escondían sus ganancias por miedo a que los gobernantes se los arrebataran. Morris-Cotterill: *Foreign Policy,* 2001, 16. En estricto rigor eso están más cerca de la

de dinero"[11] era relativamente desconocido incluso en el ámbito financiero[12]. De hecho, antes de 1986 no era un hecho penado en prácticamente ninguna parte del mundo y hoy en día más de 170 Estados han criminalizado la práctica[13]. Así, es posible señalar que el término ha hecho una sorprendente carrera al posicionarse como un tema cotidiano y que requiere de una compleja regulación[14].

Muchos atribuyen el origen del concepto a que durante la época de la "prohibición" en los EE.UU., en que el comercio de bebidas alcohólicas no estaba permitido, los traficantes de estos objetos prohibidos, controlados por el crimen organizado, habrían usado lavanderías como forma de reinsertar en el tráfico legal su dinero obtenido ilícitamente[15]. Incluso se señala que habría sido usado por Al Capone, quien tal como su rival, George "*Bugs*" Moran, se habrían servido de dicho sistema de blanqueo[16].

Lo cierto es que la primera vez que el término habría sido usado por la prensa escrita fue en 1972 en relación al caso "Watergate", en que se hicieron movimiento de fondos para ocultar la

evasión tributaria que del lavado de activos, en virtud de que no es posible considerar que los ingresos fueran ilícitos. También posiblemente el tráfico de piedras preciosas en la India medieval, la orden de los templarios, o los créditos secretos a funcionarios Chinos en el S. XV, puedan ser considerados antecedentes más directos. Vid. Jekewitz: *Nationale*…, 61.

[11] Se ha optado aquí por usar indistintamente los términos lavado de activos, lavado de dinero y blanqueo de capitales.

[12] Pieth: *Die internationale...*, 37

[13] Sharman: *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008, 635.

[14] Pieth: *Die internationale...*, 37.

[15] Jekewitz: *Nationale...*, 61.

[16] Robinson: *The Laundrymen*…, 171-244.

verdadera fuente el financiamiento de la campaña de reelección del, en ese entonces presidente de EE.UU. Richard Nixon[17]. Valga señalar que por sus características no resulta realmente ser un caso de lo que hoy se considera lavado de activos. En efecto, lo que se buscaba evitar era que se pudiera determinar la empresa que estaba haciendo los aportes, para poder justificar el gasto, es decir, el dinero tenía un origen lícito. Por lo demás, como señala Robinson, el lavado de dinero todavía no era delito en ninguna parte del mundo[18]. Sin embargo, se trataría de todos modos de un caso en que se busca esconder el origen –en este caso lícito– del dinero.

De especial difusión fue el caso del Bank of Boston, cuyo nombre se convirtió en sinónimo de lavado de dinero[19]. En febrero 1985 dicho banco se declaró culpable (*guilty plea*) de no declarar transferencias de dinero al extranjero por US$ 1.200 millones, pagando una multa de US$500.000.- y, aunque dentro de los múltiples clientes cuyas operaciones no se declararon se encontraban corredoras de propiedades relacionadas con el crimen organizado local[20], no existió un vínculo con delitos previos, muertes, acuerdos con terroristas o escándalos sexua-

[17] Ibídem, 177.

[18] Ibídem, 244 ss.

[19] Nichols: *Foreign Policy*, 2001, 324

[20] Robinson: *The Laundrymen*…, 526 ss. Nichols hace referencia a como dicha relación habría sido tremendamente exagerada por los medios. Según éstos, el banco habría recibido dinero de la familia Angiulo, quienes habrían sido clientes hace mucho tiempo del banco. El asunto pasó de cheques que se cobraron sin que se declarara al gobierno, a la recepción de "bolsas llenas de dinero" e incluso se habría señalado que la familia Angiulo estaba a punto de ser acusada de asesinato, apuestas ilegales y usura. Incluso el Boston Globe habría dado a entender que el banco habría estado involucrado en homicidios sin resolver. Nichols: *Foreign Policy*, 2001, 328.

les[21]. Así, tal como en el caso Watergate, no estamos frente a lo que hoy se entiende por lavado de activos, sino que una mera falta administrativa o, como señala Nichols, "la mera omisión de completar papeleo de rutina"[22]. Esto no impidió que los medios trataran el hecho como lavado de activos[23]. Cabe señalar que esta conexión no es casual y tiene que ver con que la violación administrativa fue de "The Currency and Foreign Transactions Reporting Act", más conocida como "Bank Secrecy Act", de 1970 que precisamente era un instrumento incipiente para combatir el lavado de dinero, obligando a las instituciones financieras a declarar ciertas actividades, lo que permitía atacar el lavado de activos en su momento más vulnerable[24]. Posterior a la condena del Bank of Boston, el gobierno norteamericano persiguió a otros 60 bancos por infracciones similares[25]. Es posible identificar a la "Bank Secrecy Act" como la primera etapa de la aparición del lavado de activos, que se centra principalmente en un ámbito preventivo[26].

Posteriormente en 1986 EE.UU. crea la "Money Laundering Control Act", la que convierte el lavado de dinero, cuando está en conexión con un crimen, en un delito[27]. Ésta puede considerarse como la segunda etapa en la persecución del lavado de activos en el mundo[28].

[21] Nichols: *Foreign Policy*, 2001, 327.

[22] Ibídem.

[23] Ibídem.

[24] Robinson: *The Laundrymen*…, 508-514.

[25] Ibídem, 526.

[26] Blanco Cordero: *El Delito*, 98.

[27] Robinson: *The Laundrymen*..., 1704.

[28] Blanco Cordero: *El Delito*…, 98.

2.2 Internacionalización del concepto de lavado de activos en el contexto del tráfico de estupefacientes

La mayor importancia del lavado de activos se produce con su internacionalización, en lo que se podría considerar una tercera etapa de su desarrollo[29]. Aunque ya en los años ´70 el término había sido utilizado en el ámbito europeo en el sentido de combate al terrorismo y la industria del secuestro, su uso actual tiene como punto de partida el mundo del tráfico de estupefacientes[30].

Es recién al final de los años ´70 y principio de los ´80 cuando empieza a existir una verdadera preocupación por el fenómeno del lavado de dinero, sin identificarlo todavía como un problema autónomo. Luego de la guerra de Vietnam el consumo de drogas en las grandes ciudades de EE.UU. se disparó y se extendió a otros países industrializados y el combate mediante su prohibición demostró no ser realmente efectivo, sino que, por el contrario, posiblemente intensificó el problema[31]. Ante esto surge la idea de que se debe combatir el fenómeno de una nueva manera y tanto desde la política, como desde los órganos de persecución penal se empieza a hablar de "ir por el dinero" o de "seguir la pista del dinero" o, incluso "cortar la cabeza de la serpiente[32]."

Detrás de esto no está sólo la idea de evitar que el consumo de drogas, sino que una creciente preocupación por el poder económico que progresivamente estaban ganando los traficantes. Este poder les permitía adquirir maquinaria sofisticada, armas

[29] Ibídem, 98 y 99.

[30] Pieth: *Die internationale…*, 40.

[31] Ibidem.

[32] Ibídem, 39.

y la posibilidad de corromper a la policía, jueces y gobiernos de los países en que operan[33].

Esto llevó a los países del G-7 y a otros como China al convencimiento de que era necesaria una nueva estrategia contra el tráfico ilícito de estupefacientes, la criminalidad organizada y, posteriormente, la "macrocriminalidad"[34].

Esta preocupación provoca un entusiasmo por realizar una nueva convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes que reconociera en términos absolutos el paradigma de la prohibición[35]. Finalmente esto se concretiza en la "Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas" de 1988[36] que representa el momento más importante de la tercera etapa –de internacionalización– de la lucha contra el lavado de activos[37]. Dicha Convención impone a los Estados la obligación de tipificar el delito de lavado de activos en relación con el tráfico ilícito de estupefacientes[38]. Esto es de la más fundamental importancia, porque lleva a que una situación considerada impune en la mayoría de los ordenamientos se convierta en delito en una gran cantidad de Estados.

En el ámbito americano, la Declaración de Cartagena de 15 de febrero 1990, que realizaron los presidentes de Bolivia, Colombia, EE.UU. y Perú para combatir el tráfico ilícito de estupefacientes, incluía el control de los activos financieros producto

[33] Blanco Cordero: *El Delito…*, 97.

[34] Pieth: *Die internationale…*, 38.

[35] Ibídem, 41.

[36] Disponible en http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf (consultado con fecha 04.01.2013).

[37] Blanco Cordero: *El Delito…*, 98 y 99.

[38] Art. 3., b) y c)

del tráfico de drogas[39]. Ya en 1986 se había creado la CICAD en el contexto de OEA. En base a la Declaración de Cartagena, la Declaración de Ixtapa, la Cumbre Ministerial de Londres de 1990 y la Convención de 1988 de las Naciones Unidas, la CICAD reúne un grupo de expertos para preparar un modelo contra el blanqueo de capitales, que propuso la tipificación de este delito en el contexto del tráfico de drogas[40]. Ese "Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos conexos" vio la luz en marzo de 1992 y fue aprobado por la asamblea General de la OEA el 23 de mayo de 1992, en las Bahamas, aunque posteriormente ha sido objeto de modificaciones en 1997 y 1998[41].

2.3. Internacionalización en el ámbito bancario

Hay una vinculación fundamental del lavado de activos con el fenómeno de la globalización, en que se han liberalizado los mercados y existe una nueva movilidad financiera, potenciada por las nuevas tecnologías[42]. Así, es posible decir que "las oportunidades para la acumulación de capital ilegal en conjunto con la nueva movilidad hacen una combinación explosiva"[43].

En esta etapa de internacionalización del lavado de activos, paralelamente al ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes, hay, en el ámbito de la fiscalización bancaria, una preocupación por tener una identificación de los clientes, principalmente con la

[39] Blanco Cordero: *El Delito…*, 161.

[40] Ibídem.

[41] Ibídem, 161 y 162.

[42] Pieth: *Die internationale…*, 38.

[43] Ibídem.

finalidad de evitar el llamado riesgo de concentración[44], que consiste en evitar que gran parte de los préstamos que realiza el banco pertenezcan a un mismo sector financiero. En ese ámbito se implementaron medidas, principalmente voluntarias, para el "*customer due diligence*", con la finalidad de identificar a los clientes[45].

En ese contexto, el "Basel Committee on Banking Supervision"[46], grupo constituido por órganos de fiscalización bancaria de distintos Estados, en su declaración de principios de 1988 muestra preocupación por el mal uso del sistema financiero para la transferencia y depósito de bienes provenientes de actividades criminales, haciendo expresa alusión al lavado de dinero[47]. Se propone que las instituciones de supervisión bancaria creen lineamientos éticos para la dirección de bancos y otras instituciones financieras[48].

2.4 Fusión: Creación del GAFI

Es posible hablar de una "doble finalidad" del paradigma del lavado de activos, toda vez que busca no sólo la lucha contra la delincuencia, sino que busca generar un control sobre los flujos de capitales[49].

Dicho esto, las dos fuentes de preocupación relacionadas con el lavado de activos –el poder del crimen organizado, en especial

[44] Pieth: *Die internationale…*, 42

[45] Ibídem.

[46] Cuyo sitio de internet es http://www.bis.org/bcbs/index.htm (visitado por última vez el 30.08.2014).

[47] Jekewitz: *Nationale…*, 64; Pieth, 42.

[48] Ibídem, 64.

[49] Pieth: *Die interationale…*, 39.

en relación con el tráfico ilícito de estupefacientes, y la necesidad de fiscalización bancaria– se fusionan con la creación, por parte de los Estados miembros del G-7, del GAFI[50] en 1989[51] con lo que comienza la cuarta fase en la lucha contra el blanqueo de capitales[52]. El GAFI es un cuerpo intergubernamental cuyo objeto es "fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, administrativas y operacionales para combatir el lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional"[53].

Las distintas motivaciones de los Estados para establecer el GAFI reflejan también las distintas perspectivas en la lucha contra el lavado de activos. Mientras EE.UU. lo promovía en el contexto de la guerra contra las drogas; Mitterand en Francia pensaba en el control de los paraísos fiscales; y Thatcher en Inglaterra se refería a la guerra contra el crimen organizado, aunque también a temas relacionados con la identificación de clientes[54].

Su funcionamiento se basa principalmente en hacer recomendaciones a los países miembros para el combate del lavado de activos. Así, en 1990 establece 40 recomendaciones que muestran una aproximación integral al problema del lavado de activos, no sólo represivo, sino que también preventivo[55]. Pieth señala que

[50] Página oficial: http://www.fatf-gafi.org/ (consultada por última vez el 30.08.2014).

[51] Pieth: *Die internationale…*, 43.

[52] Blanco Cordero: *El Delito…*, 99.

[53] Según la propia declaración del GAFI, http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/ (consultada por última vez el 04.01.2013).

[54] Pieth: *Die internationale…*, 43.

[55] Blanco Cordero: *El Delito…*, 99.

el GAFI estaría guiado por un principio de "*patchwork*", dado que considera los principios represivos de la Convención de las Naciones Unidas de 1988, que contiene la criminalización del lavado de dinero, la confiscación o comiso de los bienes y la coordinación internacional; pero también elementos preventivos propuestos por miembros específicos, como la obligación de informar transacciones sospechosas del Reino Unido y otras similares relativas al dinero en efectivo, identificación de clientes y solicitud de aclaración de transacciones sospechosas[56].

El GAFI y estas recomendaciones se consolidan con la asunción de las directrices por parte del Parlamento Europeo en 1990 (Convención N° 141) y la Directiva de la Unión Europea de 10 de junio de 1991, la inclusión en el GAFI de los otros miembros de la OCDE en 1993 y la creación de unidades satélite regionales[57], entre las destaca el GAFISUD[58] al cual pertenece Perú.

3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES MÁS RELEVANTES SOBRE EL LAVADO DE ACTIVOS

La Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas[59], una de cuyas misiones es el combate al lavado de activos, identifica a la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 como los principales tratados

[56] Pieth: *Die internationale…*, 43.

[57] Ibídem.

[58] Página oficial: http://www.gafisud.info/ (consultada por última vez el 30.08.2014).

[59] Página oficial: http://www.unodc.org/ (consultada por última vez el 30.08.2014).

internacionales en la materia[60]. A esto le suma la Declaración Política y Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero y la Delincuencia Trasnacional Organizada, ambas declaraciones en un sentido similar al de las convenciones.

Además cabe considerar las influyentes recomendaciones del GAFI recogidas por el GAFISUD en que participa Perú.

Por último, en el marco de la OEA hay que considerar el Reglamento Modelo elaborado por el Grupo de Expertos, así como en el marco europeo hay que considerar las Directivas de la Unión Europea.

3.1. Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988[61]

Como es evidente por su nombre, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes o Convención de Viena de 1988, tiene su foco, no es la lucha contra el lavado de activos, sino que contra el tráfico de drogas. Esta convención continúa con la tendencia represiva de convenciones anteriores[62]. Dentro de ese ámbito, también se establece por primera vez la obligación de tipificar el delito de blanqueo de capitales. Se puede decir que en el contexto de la convención, la lucha contra el lavado de activos tiene tres ejes: penalización,

[60] http://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03s.pdf (consultado el 06.01.2013).

[61] Disponible online en: http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013).

[62] Ambos: *Drogenkontrolle*…, 124 a 134, especialmente 134. Vid. también. Boister: *The International and Comparative Law Quarterly* 50.2, 466.

decomiso y cooperación internacional[63], lo que muestra el enfoque existente en materia de lavado de activos.

En el preámbulo ya se observa la importancia que se le asigna al lavado de activos, refiriéndose a que el tráfico y las actividades relacionadas con el socavan las economías y ponen en peligro la soberanía de los Estados, y que derechamente las fortunas amasadas en el negocio de la droga permiten que organizaciones delictivas transnacionales corromper la administración pública y las actividades comerciales y financieras. Suman a esto la intención de privar al tráfico de su principal incentivo.

En su artículo 3 la Convención impone la obligación de tipificar el delito doloso de blanqueo de capitales y da los contornos básicos de la tipificación (1.) que hoy ha sido adoptada por una mayoría Estados, distinguiendo la conversión y transferencia de bienes producto del tráfico de estupefacientes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o a eludir sus consecuencias jurídicas (b.i), así como la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación destino, etc., de dichos bienes (b.ii) e incluso la adquisición posesión y utilización de dichos bienes (c.i)

En el artículo 1.p se define el "producto" como "[…] los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3", lo que incluye incluso los bienes sustitutivos[64]. Esto se ve refrendado al tratarse el decomiso en el artículo 5.1.a y 5.6, tema al que se le da mucha importancia,

Otro tema relevante en la Convención es la importancia que se le da a la cooperación internacional, donde es posible observar que se pone atención en la utilización del sistema bancario, (artículo 5.3).

[63] Pieth: *Die internationale*…, 43.

[64] Vid. Infra, Capítulo 9.3.1.

En resumen, puede decirse que esta convención exige la tipificación del delito de lavado de activos en relación con el tráfico ilícito de estupefacientes, incluyendo las conductas de conversión o transferencia de bienes provenientes del tráfico, que puede ser para ocultar el origen de los bienes o para evitar que los responsables respondan de sus actos; así como la ocultación o el encubrimiento del origen de dichos bienes o de los bienes mismos. Igualmente establece que hay que sancionar la adquisición, la posesión y la utilización de dichos bienes. Todo esto, incluso, si los bienes provienen sólo de la participación en el ilícito o que tanto el blanqueo como el delito previo no se hayan consumado. Por otra parte, promueve el decomiso de las especies, incluso si son bienes sustitutivos. Por último, promueve la investigación incluso a través de la intervención de operaciones financieras y pasando por sobre el secreto bancario.

3.2 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000[65]

La "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000" o "Convención de Palermo" busca tomar medidas contra la delincuencia organizada. Entre otros elementos, por ejemplo, incluye la obligación de tipificar el cohecho a funcionario público extranjero o internacional (artículo 8).

El artículo 6 del instrumento se refiere, esta vez expresamente, al blanqueo de capitales, describiendo en el número 1 describe las conductas que deben ser consideradas punibles en términos similares a cómo lo hace la Convención de Viena de 1988. De

[65] Disponible online en http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013).

mayor importancia es el número 2 que tiene varios elementos que destacar. En primer lugar, el literal a) muestra una vocación por aplicar el tipo de blanqueo de capitales a la mayor cantidad posible de "delitos determinantes" o delitos previos, estableciéndose por el literal b) un mínimo referido a los "delitos graves", definidos por la Convención como aquellos que conllevan una pena superior a 4 años. Además, también se refiere a los delitos relacionados con la participación en un grupo criminal (art. 5), el cohecho (art. 8) y la obstrucción de la justicia (art. 23). El literal c) incluye la posibilidad de castigar el blanqueo incluso si el hecho previo fue cometido en el extranjero. Por último, el literal e) se refiere al autoblanqueo, en una formulación que parece expresar que sólo excepcionalmente, dependiendo de la naturaleza del Derecho interno, podrá dejarse impune por el lavado de activos al autor del delito previo.

Cabe señalar que este instrumento incluye además en su artículo 7 "medidas para combatir el blanqueo de dinero" entre las que se destacan la reglamentación y supervisión de instituciones financieras y aquellas que normalmente se utilizan para el blanqueo (1.a) y la creación de dependencias de "inteligencia financiera" (1.b), que en Perú corresponde a la UIF.

3.3 Las 40 Recomendaciones[66] del GAFI y el GAFISUD

Ya se hizo referencia a la creación del Grupo de Acción Financiera por parte de los Estados miembros del G-7, que es actualmente el organismo internacional más importante del mundo en la lucha contra el blanqueo de capitales[67]. Particularmente

[66] Disponibles online en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf (consultado el 06.01.2013).

[67] Blanco Cordero: *El Delito…*, 173.

relevantes han resultado para el desarrollo de la lucha contra el blanqueo de capitales sus 40 recomendaciones.

Dichas recomendaciones se establecen poco después de la Convención de Viena de 1988, de modo que todavía se vinculan con los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes (la recomendación 1, de hecho, promueve la ratificación e implementación plena de la Convención de Viena), tanto así que habla de *drug money laundering* (recomendación 4), pero propone extender el catálogo de delitos previos a cualquiera que tenga un vínculo con narcóticos o, como otra posibilidad, tomar un acercamiento alternativo criminalizando el blanqueo de dinero proveniente de todas las ofensas graves (recomendación 5). Desde el punto de vista del tipo penal sólo propone adoptar las recomendaciones de la convención de Viena de 1988 (recomendación 4). Interesante es que ya promueve la responsabilidad penal de las personas jurídicas (recomendación 7). Además de la tipificación penal, se concentra en las aristas de decomiso (recomendación 8) y colaboración internacional.

Por otra parte, es de particular interés que se preocupa del rol de las instituciones financieras en general y no sólo bancos (recomendación 9), Para esto se propone la identificación de clientes, mediante la prohibición de mantener cuentas anónimas (recomendación 12); obtener información sobre la verdadera identidad de sus clientes, especialmente en el caso de la empresas que fijan un domicilio especial para sus negocios (recomendación 13); y la obligación de mantener registro de las transacciones por al menos cinco años (recomendación 14). Además, se proponen medidas relativas a la debida diligencia de las instituciones financieras. Dentro de esto se establece la obligación de poner atención en las operaciones sospechosas (recomendación 15) y sobre cierto monto (recomendación 24), denunciar las operaciones que provengan de hechos delictivos (recomendación 16), prohibición de informar

esto a los clientes (recomendación 17), la obligación de negarse a realizar transacciones sospechosas (recomendación 19) y la obligación de establecer programas de cumplimiento financiero (recomendación 20). Asimismo, se refleja la preocupación por los paraísos fiscales, obligando a las instituciones financieras a poner atención a las operaciones relacionados con ellos (recomendación 21). Esto se ve refrendado con la obligación de controlar los flujos de dinero en las zonas fronterizas (recomendación 23). En el mismo sentido, se promueve una intensa cooperación con las instituciones fiscalizadoras (recomendaciones 26 a 29).

Por último, promueve la cooperación internacional entre autoridades administrativas (recomendaciones 30 a 32) y judiciales (recomendaciones 33 a 40).

Si bien Perú no es miembro del GAFI[68], sí forma parte de su versión sudamericana, el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos o GAFISUD (que a su vez es miembro asociado del GAFI), formado en el año 2000 mediante el memorando de entendimiento de sus Estados miembros[69]. El GAFISUD está formado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, México, Costa Rica y Panamá[70]. Entre sus objetivos señala que está "reconocer y aplicar las 40 recomendaciones del Grupo de acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales y las recomendaciones y medidas que en el futuro adopte el GAFISUD".

---

[68] Lista de países miembros en http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/ (consultado por última vez el 06.01.2013).

[69] Declaración Política y Memorando de entendimiento disponibles en http://www.gafisud.info/documentos/esp/MemorandodeGAFISUDconmodif2006.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013).

[70] Lista de países miembros en http://www.gafisud.info/quienes.php (consultado por última vez el 06.01.2013).

3.4 GAFI 1996, 2003 y 2012 y las IX recomendaciones especiales

Las 40 recomendaciones del GAFI han sufrido varias modificaciones. Ya en 1996 se presenta una nueva versión que principalmente se basa en notas interpretativas[71]. Es de destacar que ya en esta versión de 1996 se extiende el catálogo de delitos previos no sólo a los relacionados con drogas, sino a todos aquellos que sean ofensas graves (recomendación 4), algo que previamente sólo constituía una posibilidad alternativa. Se extiende también el concepto de institución financiera a otras instituciones típicamente no fiscalizadas, como las casas de cambio (recomendación 8) y se extiende la fiscalización a instituciones no financieras, pero que normalmente realizan actividades financieras (recomendación 9), incluidas en el anexo.

El año 2001 se publicaron 9 recomendaciones especiales[72], para extender las 40 recomendaciones originales al ámbito del financiamiento del terrorismo. La segunda de las 9 recomendaciones propone tipificar como delito previo del lavado de activos aquellos relacionados con el terrorismo. Otras recomendaciones se relacionan con el congelamiento y decomiso de activos (recomendación III), el reporte transacciones sospechosas (recomendación IV) y la cooperación internacional (recomendación V).

[71] Disponible online en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201996.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013).

[72] Disponibles online en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Standards%20-%20IX%20Special%20Recommendations%20and%20IN%20rc.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013).

Estas 9 recomendaciones especiales son integradas a las 40 originales en la versión 2003 de las recomendaciones del GAFI[73]. Esta versión del 2003 incrementa de manera importante el detalle de muchas de las recomendaciones, principalmente en lo que se refiere a la identificación y verificación de la identidad de los clientes[74]. En cuanto a los delitos previos (recomendación 1) ya se incluye la posibilidad de que cualquier delito pueda ser delito previo, aunque permite que se haga la conexión con conductas graves de determinadas categorías de delitos, siempre incluyendo aquellas que acarreen una pena superior a un año o seis meses. Asimismo, establece que deberían ser punibles actos que tengan como hecho previo uno cometido en el extranjero y que sólo si pugna con el ordenamiento interno debería proscribirse el autolavado. También considera que de ser posible se debería establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, de no ser posible, civil o administrativa (recomendación. 2.b).

Finalmente, el año 2012 se adoptó una nueva versión[75] que mantiene los principios establecidos en las versiones anteriores, reordenándolos y dándole importancia especial a las notas interpretativas. Su característica más relevante es, en la primera recomendación, la importancia que le da la identificación, evaluación y comprensión estatal del fenómeno del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, aplicando recursos para mitigar

[73] Disponible online en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202003.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013).

[74] Blanco Cordero: *El Delito…*, 169.

[75] disponible online en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (consultado por última vez el 26.11.2014)

estos riesgos. Esto representa un "*risk-based approach (RBA)*", que supone una colocación eficiente de recursos.

3.5 Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos de 1992

En el plano americano, cabe destacar el "Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves", elaborado por el Grupo de Expertos, que fue creado en 1990 por la CICAD de la OEA. Dicho reglamento fue aprobado por la CICAD y la Asamblea General de la OEA en 1992, pero sufrió modificaciones en 1997, 1998 (2), 2002, 2004 y 2005.

Su texto actual obliga a tipificar el delito de lavado de activos en términos muy similares a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 a la que ya se ha hecho referencia. Así el artículo 2 cumple con la misma estructura, donde convertir, transferir o transportar es constitutivo del tipo, pero también lo es adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar los bienes, así como ocultarlos, disimularlos o impedir que se descubra su real naturaleza u origen, ubicación, destino, etc. Además, se tipifica la participación en etapas previas a su ejecución, incluida la "confabulación" para cometerlo. Incluso se considera punible la incitación pública o privada o ayudar a quienes hayan participado en el blanqueo. Es de destacar que se incluye un estándar especial de ignorancia intencional (considerada como dolo eventual) y deber de conocimiento (que es considerado culpa). El número 6 del artículo 2 establece, además, que no es necesario condena por el delito previo y el número 7 incluye la posibilidad del auto lavado. Por último, el número 8 sanciona al que actúe con culpa respecto a algunas de las hipótesis.

En cuanto a la investigación incluye la posibilidad de "desarrollar y utilizar técnicas especiales de investigación, tales como la escucha telefónica, agentes encubiertos, informantes, entrega vigilada […]" (artículo 5), e incluye, además, elementos comunes a los instrumentos anteriores, como el decomiso (artículo 9).

El artículo 13 establece la obligación de crear una unidad para la recopilación, análisis y el intercambio de información.

El artículo 14 establece, tal como lo hace el GAFI, un amplio catálogo de instituciones financieras e instituciones que se asimilan a ellas, las cuales deberán registrarse y ser autorizadas por la autoridad (artículo 15), además de identificar a los clientes y mantener registros por lo menos por cinco años (artículo 16), el cual sólo podrán poner en conocimiento del tribunal o autoridades relacionadas con el lavado de activos o combate del terrorismo (artículo 17). Asimismo, se deberán registrar las transacciones en efectivo (artículo 18) y comunicar las transacciones sospechosas a la autoridad (artículo 19). Además establece la obligación de crear programas de cumplimiento en las instituciones financieras (artículo 21).

En definitiva, es posible sostener que el Reglamento Modelo está en concordancia con los otros instrumentos internacionales, así como con las recomendaciones del GAFI.

3.6 La Unión Europea: Directivas

Parlamento de la Unión Europea y, previamente, el Consejo de las Comunidades Europeas han emitido tres directivas sobre lavado de activos, encontrándose ad portas una cuarta[76],

[76] El texto preliminarmente aprobado disponible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0191+0+DOC+XML+V0//ES (consultado por último vez el 30.08.2014).

en armonía con la versión de 2012 de las recomendaciones del GAFI.

En el origen de la primera de las Directivas[77] de 1991 es donde se ve de forma más potente la influencia de los EE.UU., dado que dicho Estado habría propuesto una legislación según la cual cualquier transacción superior a 10.000 debía ser informada por la institución financiera respectiva, so pena de perderse la licencia. Para evitar que dicha idea se llevara a cabo, la Comunidad Europea habría acordado adoptar la Directiva[78]. Así, no hay una vinculación directa con EE.UU. en términos de la forma que toma la regulación específica, pero sí respecto a la presión para que se adoptara una regulación. La Directiva establecía una definición de lavado de activos, en los términos de la exigencia de tipificación de la Convención de Viena, pero ampliando a discreción de cada Estado el delito previo a cualquiera y no sólo a tráfico de estupefacientes, (art. 1°), señalando en el art. 2 que cada Estado debía asegurarse que dichas conductas estuvieran prohibidas (se consideró que la Comunidad no tenía la facultad de establecer obligaciones de tipificación penal, de modo que se optó por la solución de compromiso de establecer que tenían que estar prohibidas[79]). Además, imponía obligaciones de

[77] Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Disponible online en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0308&from=ES (consultado por última vez el 30.08.2014).

[78] Blanco Cordero: *El Delito…*, 125 y 126.

[79] Mitisilegas y Gilmore: *The EU…*, 136; Blanco Cordero indica que posiblemente haya sido España la que se opuso a que la Comunidad pudiera establecer obligaciones de tipificación, principalmente por temor a que criminalizara las actividades contrarias al medio ambiente de empresas españolas, Blanco Cordero: *El Delito…*, 129 y 130.

identificación de clientes (art. 3), registro de transacciones (art. 4), identificación de transacciones sospechosas (arts. 5 y 7), etc.

En la Segunda Directiva de 2001[80], ya se hace referencia a todos los delitos "graves" como previos al lavado de activos (art. 1°), ampliándose, además, la lista de entidades y personas obligadas a informar, no siendo ya sólo las entidades financieras.

Por último, la tercera Directiva de 2005[81] busca adaptarse a la nueva normativa del GAFI, en especial la referida a Financiamiento del Terrorismo y establece expresamente la obligación de establecer Unidades de Inteligencia Financiera[82]. Es interesante hacer notar que una de sus notas llamativas es que ciertas obligaciones de informar de los abogados, que los Estados podían implementar discrecionalmente, ahora resulta obligatoria. La razón dada para ello es que la provisión facultativa no estaba en concordancia con las recomendaciones del GAFI[83].

[80] Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, disponible online en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0097&from=ES (consultado por última vez el 30.08.2014).

[81] Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, disponible online en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0060&from=ES (consultada por última vez el 30.08.2014).

[82] Vid. Con mayores referencias, Herzog y Achtelik: *Einleitung*, 29 ss.; y Blanco Cordero: *El Delito…*, 125 ss.

[83] Mitsilegas y Gilmore: *International and Comparative Law Quarter*, Vol. 56 N° 1, 2007, 128.

4. ADHERENCIA ESTATAL A LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI: O ESTÁS CON NOSOTROS O CONTRA NOSOTROS

4.1 El alto grado de adherencia y las listas negras, y monitoreo

Tal vez una de las cosas que más sorprende en el ámbito de las medidas contra el lavado de activos en el mundo tiene que ver con el impresionante grado de adherencia a la regulación internacional. Eso implica, a su vez, que existe un alto grado de homogeneización en las legislaciones contra el lavado de activos en el mundo. Como resulta evidente, semejante nivel de adherencia y homogeneización no resulta en absoluto un accidente, sino que tienen que ver especialmente con la relevancia del GAFI.

El GAFI se ha destacado por su proactividad, si bien originalmente se establece en el contexto de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, muy luego, con la emisión de sus 40 medidas, se aleja del punto de vista meramente represivo propio de la Convención de Viena[84]. Ya había, por ejemplo, criticado públicamente la política respecto a esta materia de Seychelles y Turquía[85].

Coherente con esto y en vista de que las meras recomendaciones parecían ser insuficientes[86], el GAFI opta por generar un listado de países no cooperativos el año 2000, conocido también como la lista negra del GAFI[87]. Esto llevó a un proceso que

[84] Sharman: *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008, 640.

[85] Ibídem, 644.

[86] Ibídem.

[87] Todas las referencias posteriores son al Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006-2007: *Eighth NCCT Review*,

duró hasta el año 2006 en que 23 estuvieron "listados". De ellos, quince fueron listados el 2000 (Bahamas, Islas Caimán, Islas Cook, Dominica, Israel, Líbano, Liechtenstein, Islas Marshall, Nauru, Niue, Panamá, Filipinas, Rusia, San Kitts & Nevis y San Vincent) y otros ocho fueron listados el 2001 (Egipto, Guatemala, Hungría, Indonesia, Myanmar, Nigeria, Granada y Ucrania).

Sin embargo, no sólo se opta por poner a los países en la lista, sino que en alguno casos extremos de no cumplimiento se opta por sugerir contramedidas. Este fue el caso de Nauru, que fue objeto de sugerencia de contramedidas entre diciembre de 2001 y octubre de 2004, así como Ucrania que fue objeto de contramedidas sólo durante un breve periodo entre diciembre de 2002 y febrero de 2003.

Dichas contramedidas consistían en:

- "Requerimientos severos para identificar a los clientes y mejorar las advertencias (incluidas advertencias financieras específicas para la jurisdicción) a instituciones financieras para la identificación de los propietarios beneficiarios antes de que se establezca las relaciones comerciales con individuos o compañías de esos países;
- Mecanismos mejorados de reporte o reportes sistemáticos de transacciones financieras en base a que las transacciones financieras con tales países son más probablemente sospechosas;
- Tomar en consideración el hecho de que el banco relevante es de un país no cooperativo cuando se considera

correspondiente al último informe en la materia. Disponible online en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2006%202007%20NCCT%20ENG.pdf (consultado por última vez el 30.08.2014).

la aprobación del establecimiento o de una subsidiaria, rama u oficinas representación de un banco en un país miembro del GAFI;

- Advertir a los sectores de negocios no financieros que llevar adelante transacciones con entidades de países no cooperativos puede conllevar el riego de lavado de activos."[88]

En el caso de los países que mostraban una disposición a mejorar, esto es, en que se solicitaba un plan de implementación, seguían están listados, pero en un estatus de cooperación. Todos los países listados pasaron por este proceso en algún momento.

Finalmente, cuando los países eran deslistados seguían, en la práctica, estando en la lista negra, pero esta vez como países sujetos a monitoreo, el cual podía durar años (por ejemplo, Bahamas) o unos pocos meses (Por ejemplo, Nigeria).

[88] Traducción del autor. El original, en inglés señala:
- "*Stringent requirements for identifying clients and enhancing advisories (including jurisdiction specific financial advisories) to financial institutions for identification of the beneficial owners before business relationships are established with individuals or companies from these countries;*
- *Enhanced relevant reporting mechanisms or systematic reporting of financial transactions on the basis that financial transactions with such countries are more likely to be suspicious;*
- *Taking into account the fact that the relevant bank is from an NCCT, when considering requests for approving the establishment in FATF member countries of subsidiaries or branches or representative offices of banks;*
- *Warning non-financial sector businesses that conducting transactions with entities within the NCCTs might run the risk of money laundering.*"

En octubre de 2006 Myanmar fue último país en salir de la lista, continuándose, eso sí, su monitoreo, siendo a 2007 el único país monitoreado.

La razón por la que sólo se incluyeron países los años 2000 y a principios del 2001 se debe a que el GAFI decidió de hecho descontinuar con la práctica de listar países, debido a la deslegitimación de la que podía ser objeto la institución, en virtud de que se trataría de un pequeño club de países miembros entrometiéndose en la legislación interna de otros países[89].

Actualmente, sin embargo, hay un segundo proceso que se inició en 2007. Éste está a cargo del ICRG y se basa en la revisión de pares. Este nuevo proceso tiene dos diferencias importantes con el anterior:

En primer lugar, el anterior proceso de "listado" seleccionó un grupo de Estados para evaluar en dos momentos, en 2000 y 2001 y posteriormente, como se señaló, no buscó incluir nuevos Estados en el proceso. De este modo, los Estados incluidos originalmente en el proceso fueron los únicos listados y monitoreados. En caso de que un nuevo Estado hubiera llamado la atención del GAFI, no hubiera sido incluido en el proceso. Así, puede decirse que, si bien, al inicio se analizaron 43 Estados para seleccionar los que finalmente fueron listados, era un proceso cerrado concerniente sólo a aquellos países originalmente listados. El ICRG, en cambio, emite periódicamente informes en el que puede incluir nuevos Estados constantemente[90].

[89] Alldridge: *Journal of Law and Society*, vol. 35 N° 4, 2008, 444.

[90] La totalidad de los informes disponibles online en: http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/more/moreabouttheinternationalco-operationreviewgroupicrg.html (consultado por última vez el 30.08.2014).

Por otra parte, el enfoque original del listado se basaba de manera única en la presión de haber sido listado. En ese sentido no era, realmente un proceso cooperativo. El ICRG busca, por otra parte, recomendar medidas específicas a los Estados listados.

A partir de 2009, en especial en consideración a los peligros relacionados con el financiamiento del terrorismo, se busca nuevamente generar listados identificado lo que ahora se llaman jurisdicciones de alto riesgo y jurisdicciones no cooperativas. Así, en Febrero de 2010 se emiten dos documentos que mantienen el espíritu de las listas.

El primero de ellos es la "Declaración Pública" o "Public Statement" que sigue estando expresamente en la línea de las listas negras. Como explica el propio GAFI, este documento identifica:

1. "Jurisdicciones que tienen deficiencias estratégicas en materia de combate al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y a los cuales se les aplican contramedidas.
2. Jurisdicciones que tienen deficiencias estratégicas en materia de combate al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo que no han hecho suficiente progreso en hacerse cargo de dichas deficiencias o no se han comprometido a un plan de acción con el GAFI para enfrentar las deficiencias"[91].

[91] Traducción del autor. El original (citado del sitio web del GAFI, disponible en http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/more/moreabouttheinternationalcooperationreviewgroupicrg.html [consultado por última vez el 30.08.2014]) establece: *This document identifies:*
1. *jurisdictions that have strategic AML/CFT deficiencies and to which counter-measures apply*
2. *Jurisdictions with strategic AML/CFT deficiencies that have not made sufficient progress in addressing the deficiencies or have not committed to an action plan developed with the FATF to address the deficiencies.*

Como puede observarse, esto está en la línea de las clasificaciones del proceso previo. En el caso, sin embargo, de aquellos países a los que se les aplican contramedidas, el foco parece estar hoy en día más bien puesto en evitar el financiamiento del terrorismo. Así, consistentemente desde el 2010 hasta hoy, los únicos países listados en esta categoría son Corea del Norte e Irán, países que no representan precisamente paraísos bancarios, sino –real o presuntamente– amenazas a la seguridad personal de las personas en el mundo. En el caso de Irán, de hecho, la Declaración Pública Actual del GAFI se refiere a una preocupación especial por sus deficiencias en materia de Financiamiento del Terrorismo[92].

En el segundo grupo se encuentran actualmente Argelia, Ecuador, Etiopía, Indonesia, Myanmar, Pakistán, Siria, Turquía y Yemen. Para este grupo no se exigen contramedidas por parte de los Estado miembros del GAFI o de la comunidad bancaria. Sin embargo, se explican, mediante una enumeración, las deficiencias específicas que se observan en cada estado y que no se están resolviendo.

Por otro lado, equivalente al antiguo proceso de monitoreo, se establece la lista de "Mejorando el cumplimiento global de medidas contra el lavado de activos y el terrorismo: proceso en desarrollo" (Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process). En estos casos, hay deficiencias específicas, pero hay un plan de acción acordado con el GAFI y un compromiso del

[92] Public Statement del GAFI de 14.02.2014, disponible en http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/public-statement-feb-2014.html (Consultado por última vez el 29.08.2014).

Estado a un alto nivel político de hacerse cargo de dichas deficiencias. En este momento la lista de Estado en esa situación incluye a Albania, Angola, Argentina, Cuba, Irak, Kenia, Kuwait, Kirguistán, Laos, Mongolia, Namibia, Nepal, Nicaragua, Papúa Nueva Guinea, Sudán, Tayikistán, Tanzania, Uganda y Zimbabue, además de dos jurisdicciones que se considera que no están haciendo progresos suficientes: Afganistán y Camboya[93].

La separación de las dos listas, reduce, por supuesto, el efecto infamante, para los países actualmente cooperativos, pero es indudable que este amplio grupo de Estados siguen estando listados.

4.2. La adopción de medidas contra el lavado de activos como resultado de coacción internacional

El proceso de adopción de una normativa extranjera o internacional para un asunto interno puede ser caracterizada de cuatro formas distintas: reflexión, imitación, coacción y competencia[94]. La reflexión se basa en una discusión a nivel interno –que normalmente será en el órgano legislativo– y que lleva a la conclusión de la necesidad de adoptar una determinada normativa. La imitación se basa en la observación de un problema y la decisión de asumir el trasplante normativo sin estudiar si es conveniente para el caso de la nación en particular. La coacción implica asumir la normativa externa en vista de algún tipo de presión. Finalmente, la competencia implica asumir la normativa

[93] Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process de 14.02.2014, disponible online en http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/fatf-compliance-feb-2014.html (consultado por última vez el 30.08.2014).

[94] Sharman: *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008, 635 y 636.

en virtud de que otros países obtienen ventajas internacionales debido a una normativa similar.

Es difícil frente a un caso concreto determinar qué es exactamente lo que ha llevado a adoptar una determinada normativa y no necesariamente ninguno, a pesar de que al menos la coacción tiene una connotación negativa, es a priori, criticable.

Es posible separar estos fundamentos de la adopción en dos grupos: aquellos que parten de la identificación de un problema que necesita ser regulado y aquellos que ven en la regulación una ventaja o la evitación de un perjuicio irrogado por la comunidad internacional o algún país extranjero.

En ese sentido, reflexión e imitación se basa en la identificación de un problema interno que la legislación nueva ataca de manera inmediata. En cambio, la coacción y la competencia no identifican un problema interno, sino que ven beneficios o evitación de perjuicios que no se relacionan directamente con el hecho que se regula.

Si se observa correctamente, la mayoría de los países que han adoptado una normativa relativa al lavado de activos lo hacen principalmente en ausencia de la identificación de un verdadero problema interno. Esto resulta ser particularmente cierto en aquellos países en vías de desarrollo, en que el lavado de activos no resulta ser un problemas más inmediatos que afrontar.

Así, la adherencia a la regulación internacional sobre lavado de activos se basa más bien en coacción o competencia. Ambos fenómenos representan situaciones similares: en un caso se ve una ventaja competitiva, en el segundo, se ve el riesgo de una medida de presión.

Aplicando esta clasificación de una manera levemente diversa, Sharman, si bien entiende que todos los casos son

de coacción –como se ve en este trabajo–, identifica casos de coacción centralizada y casos en que la presión se produce de manera descentralizada, los cuales los identifica con la imitación y la competencia. En el caso de la competencia se produce por el peligro de una evaluación de riesgo negativa. En el caso de la imitación, se produce por la evaluación positiva que podrían hacer otros Estados. La coacción, por último, la identifica con el establecimiento de una lista negra[95].

Si bien, en esencia es correcto, es también evidente que las formas de presión descentralizadas representan igualmente un efecto colateral de la inclusión de un país en la lista negra y, por tanto, refuerzan el poder propio de la coacción.

Así, en definitiva, no es posible negar que, para una cantidad importante de Estados el proceso de adopción de una regulación contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo no ha sido un proceso plenamente voluntario.

4.3 Análisis costo/beneficio: La legislación anti lavado de activos en países en vías de desarrollo

Lo anterior debe generar alguna preocupación en especial en relación con países en vías de desarrollo. Como observa Sharman en base al estudio de casos de algunos Estados, la regulación según las exigencias internacionales de la prevención del lavado de activos tiene costos sumamente altos para países en vías de desarrollo[96]. Si bien para algunos países un costo de una decena de millones de dólares puede ser un gasto menor dentro del presupuesto, para otros países no lo es. Por otra parte, además del desembolso directo que los países deben hacer, muchas veces

[95] Ibídem, 637.

[96] Ibídem, 643.

también el hecho implica un costo para la economía nacional. En ese sentido, la criminalización misma del hecho, es decir, las medidas penales represivas, no representan el costo fundamental, sino que medidas en el la regulación de la economía y el funcionamiento del sector financiero.

Como ejemplo, se puede señalar que el primer borrador de la legislación contra el blanqueo de capitales de Vanuatu establecía tales estándares –copiados de la normativa de la ONU– que debía reportarse cada depósito hecho por un supermercado de las ganancias del día. O en Mauricio, donde cada persona con una cuenta bancaria tuvo que presentarse personalmente para ser identificado, bajo amenaza de que sus cuentas fueran congeladas, supuestamente generando la protesta del Primer Ministro. O en Barbados, donde cada compañía de seguros y reaseguros debe consultar diariamente una lista negra de nombres y compararla con las de sus clientes[97].

Sin embargo, dentro de una comunidad internacional en que los destinos de los países están interconectados, se podría hablar de un imperativo en la adopción de una legislación contra el lavado de activos (y posiblemente más aún contra el financiamiento del terrorismo). Sin embargo, hay algún grado de acuerdo en términos de que la evidencia de que la legislación contra el lavado de activos tenga algún efecto positivo en prevenir efectivamente el fenómeno no es conclusiva[98]. De hecho, en países que adoptaron de manera temprana las recomendaciones del GAFI, como en Maurcio, Barbados y Vanuatu, no hay evidencia

[97] Ibídem, 642 y 643.

[98] Vid., por ejemplo, Journal of Law and Society, Vol. 35, N° 4, 2008, passim, en especial 446 ss.; también Levi y Reuter: *Crime and Justice* 34, 2006, 294; Sharman: *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008, 641.

de que se hayan hecho decomisos o que existan condenas[99], siendo esas dos de las formas de medir la efectividad según el propio GAFI[100].

4.4 *¿Bis in ídem*? Amplitud y gravedad en las provisiones penales

Desde el punto de vista represivo también es posible hacer algunas observaciones[101]. Si bien algunas legislaciones, como la alemana, no sancionan el autoblanqueo, muchos otros países sí lo hacen. La sanción del autoblanqueo introduce importante distorsiones que se acercan peligrosamente a una vulneración del principio *ne bis in ídem*. Si bien los instrumentos internacionales establecen que un país puede no sancionar el autolavado en caso de que no sea posible en dicho país, por ser contrario a su legislación, el GAFI, como caja de resonancia de los instrumentos internacionales, promueve intensamente que se sancione.

Por otro lado, una crítica común es la formulación excesivamente amplia de los tipos penales. En ese sentido, casi cualquier interacción con el producto de lo obtenido por medio de un ilícito, tiende a ser punible. Esto se debe a que en buena medida las legislaciones internas han tomado la propuesta de incriminación de la convención de Viena y la han incorporado a su legislación de manera no reflexiva. En ese sentido, no está demás preguntarse si en alguna medida el establecimiento de un ámbito de *prohibición* debe ser, en realidad, sólo indiciario

[99] Sharman: *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008, 642.

[100] Como debiera ser evidente, si el foco está en la prevención la baja aplicación de medidas represivas puede implicar una baja en la comisión del hecho como efecto de las medidas preventivas.

[101] Vid. Con mayores referencias Cuéllar: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 93, N° 2/3 (2003), 404 ss.,

del ámbito de *criminalización*. Por supuesto, esta reflexión no tiende a verse reflejada en los ordenamientos.

Por último, en este ámbito, está el alto quantum de las penas. Muchas veces es incluso más alto que el delito previo y eso sirve a los órganos de persecución para forzar acuerdos o medidas cautelares personales[102]. Si bien el quantum de la pena no está establecido, sí se entiende que el delito de lavado de activos debe ser considerado un delito grave.

Todo esto ha llevado a que, ante la evidencia de lo excesivo de la regulación, sea a nivel dogmático que se ha intentado establecer algunos límites. No es posible abordar aquí esta materia[103].

En cualquier caso, hay que hacer presente que la recomendación del GAFI es seguir en esto las Convenciones de Viena y de Palermo a las que ya se ha hecho referencia.

4.5 Constitución, libertades civiles y "soft law". En especial el caso europeo

No hay muchas dudas de que la regulación actual del lavado de dinero cae dentro del grupo de avances en el sentido de una criminalización con intenciones securitarias, que muchas veces entra en pugna con los principios tradicionales del Derecho penal. Esto puede verse reflejado no sólo en materia de la provisión penal misma, sino que en sus aspectos preventivos.

[102] Vid. Winter: *REJ* 19, 2013, passim.

[103] Vid., por ejemplo, García Cavero: *Dos cuestiones*…, passim. también para esta y otras críticas Polaino-Orts: *Normativización*…, passim. De especial interés aquella tesis donde sostiene que lo que se sancione en el lavado de activos es el mero conocimiento.

Si bien el Derecho penal es en general accesorio, los aspectos no propiamente penales de la legislación contra el lavado de activos son, a su vez, accesorios al Derecho penal en general. Esa accesoriedad, además, se ve vinculada con el ámbito más seriamente preocupante hoy en día en materia de protección ciudadana: el crimen organizado y el terrorismo. En ese sentido, parece casi una obviedad que deberá existir una tendencia de vulnerar ciertas normas de nivel constitucional con el afán de lograr una plena prevención del fenómeno.

En el caso europeo esto tiene dos aristas: Por un lado, hay una discusión sobre las competencias de la Unión Europea para establecer ciertas regulaciones, especialmente en lo que se refiere a materia penal y a qué pilar corresponde cada medida[104]. Pero posiblemente aquello que debería despertar mayor preocupación es la posibilidad de la vulneración de ciertas libertades civiles.

Particularmente interesante es, por ejemplo, la situación de los abogados –a la que ya se hizo referencia–, en que la garantía del privilegio de protección de la comunicación con su cliente ha tenido un carácter indubitado, salvo extremas excepciones. Esto se basa en la idea de que es necesario para el cliente poder tener una confianza plena en su asesor legal. En el caso ya de la Tercera Directiva esto se veía minado, principalmente porque el abogado no puede avisar al cliente que puede haber una investigación en su contra y, a lo más, puede sugerirle que deje de realizar la actividad delictiva. Previamente los Estados podían excluir a los abogados de esta prohibición y la obligación sólo existía cuando ya había una investigación en curso y no cuando *pudiera* haber una investigación[105].

[104] Mitsilegas y Gilmore: *International and Comparative Law Quarter,* Vol. 56 N° 1, 2007, *passim*, en especial, 135 ss.

[105] Ibídem, 127 y 128.

Pero otro aspecto también llama la atención y es la llamada "comitología" (*comitology*). Esto significa que "en un número de ocasiones las decisiones en la definición de enmiendas a la Directiva no será tomada por el procedimiento legislativo ordinario bajo el cual fue adoptada la Directiva (una codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo), sino que por un comité liderado por la Comisión y consistente en representantes de los Estados miembros"[106]. La preocupación es una reducción de la intervención parlamentaria en el asunto[107].

Sin embargo, en un nivel anterior y más general, el problema de fondo es que la función parlamentaria ha sido asumida por el "soft law". El soft law, en contraste a la hard law, consiste en regulaciones no jurídicamente vinculante para los Estados, pero que en la práctica tienen una influencia importante. Las recomendaciones del GAFI son el ejemplo más prominente de ello.

Si bien las recomendaciones del GAFI son refrendadas por una instancia legislativa, de modo que no operan directamente, la exigencia de la intervención de una instancia legislativa busca de manera formal impedir la arbitrariedad estatal. Si bien con dicha intervención la proscripción formal de la arbitrariedad se ve impedida, de fondo queda la duda si materialmente es realmente el órgano de representación por excelencia o una instancia supranacional no legitimada internamente la que está legislando.

5. RESUMEN Y CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha intentado mostrar cómo el combate contra el lavado de activos es un fenómeno internacio-

[106] Traducido del inglés por el autor. Mitsilegas y Gilmore: *International and Comparative Law Quarter*, Vol. 56 N° 1, 2007, 129.

[107] Ibídem.

nal que ha sido objeto de un vertiginoso desarrollo, que no está exento de peligros.

Dicho desarrollo comienza en EE.UU., consolidándose en ese país con la Money Laundering Control Act, para luego internacionalizarse en el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes con la llamada Convención de Viena de 1988 que representa el paradigma de la reacción represiva al lavado de activos.

El mismo año 1988 el Basel Committee on Bancking Supervision realiza su declaración de principios que se enfoca en la prevención del lavado de activos en el ámbito financiero, especialmente con medidas como la de identificación de clientes.

El paso, sin embargo, más importante, se da al año siguiente, en 1989, con la creación del Grupo de Acción Financiera o GAFI, conformado por los países miembros del G-7, posteriormente expandido y con creación de grupos regionales. El GAFI emitió 40 recomendaciones que se basan en los siguientes ejes: criminalización del lavado de activo, comiso de las ganancias, cooperación internacional, identificación de clientes y obligación de informar transacciones sospechosas. Con esto se une la vertiente represiva y preventiva de la lucha contra el lavado de activos.

Posteriormente, el cambio más importante ha sido la inclusión de recomendaciones que buscan también combatir el financiamiento del lavado de activos.

La adherencia a nivel mundial, al menos formal, especialmente a las recomendaciones del GAFI es particularmente alta[108].

[108] En el último informe anual del GAFI se señala que entre miembros directos y miembros a través de organizaciones regionales miembros el GAFI tiene a 192 Estados participantes. El hecho de que solo unas pocas de esos países sean objetos de cuestionamiento en las listas del

Esto principalmente se debe una activa participación del GAFI en la escena internacional, mediante la confección de listas y la emisión periódica de declaraciones identificando a Estados no cooperativos o jurisdicciones de alto riesgo, llegando en casos extremos a exigir de los Estados miembros que tomen ciertas medidas contra los Estados "listados".

Así las cosas, es posible señalar que en el caso de muchos países en vías de desarrollo la adopción de medidas contra el lavado de activos es efecto de un proceso de coacción internacional, que no se basa sólo en la necesidad de no ser listado, sino que también en la aprobación de otros países y la evitación de riesgos competitivos al ser evaluado como una jurisdicción riesgosa. A esto se suman los altos costos que puede implicar el establecimiento de un aparataje para prevenir el lavado de activos y la poca evidencia que existe que realmente sea efectivo.

Por otra parte, la implementación de las propuestas internacionales de criminalización del lavado de activos ha implicado la generación de tipos penales sumamente amplios, con penas muy altas y en muchos casos al límite de vulneración del principio *ne bis in idem*.

Por último, incluso en los países que menos presión pueden haber tenido –si bien alguna sí ha existido– para adoptar normativas relativas al blanqueo de capitales, es igualmente posible advertir que muchas veces el afán por reproducir la regulación del GAFI puede pasar por sobre ciertas normas constitucionales, así como vulnerar las libertades públicas de sus ciudadanos. Es

GAFI muestra que, al menos desde el punto de vista de la institución, la adherencia a nivel mundial es alta. A esto se suma que la adhesión a las recomendaciones del GAFI también está dada por organizaciones no gubernamentales o supranacionales. Vid. FATF, Annual Report 2013-2014 (2014), 33 ss.

más, muchas veces la delegación fáctica de los órganos legislativos de sus obligaciones en los órganos internacionales de soft law implican que, en la práctica, si bien no formalmente, se renuncie a la legitimidad de la regulación basada en la deliberación de los órganos competentes de un Estado.

Por supuesto, nada de esto implica dar un definitivo pie atrás en el combate contra el lavado de activos: el lavado de activos es un problema real que debe ser enfrentado no sólo por los Estados, sino que también por la comunidad internacional. Sin embargo, eso no obsta a que un enfoque más adecuado deberá poner atención en las particularidades de cada país y región y debiera realizarse esfuerzos que sean razonables a la luz de las posibilidades de cada Estado.

Bibliografía

- Alldridge, Peter: "Money Laundering and Globalization", en *Journal of Law and Society*, Cardiff University, Vol. 35, N° 4, 2008, 437-463, cit.: Alldridge: *Journal of Law and Society*, vol. 35 N° 4, 2008,
- Ambos, Kai: *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien*, Perú und Bolivien, Freiburg, Max-Planck-Institut, 1993, cit.: Ambos: *Drogenkontrolle*. "Existe una versión española resumida: Control de Drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EEUU y Europa). Bogotá (Colombia) 1998 (Prólogo del Prof. Fernando Velásquez V.)".
- Barton, Stephan: "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche" (§ 261 StGB), en *StV* 3, 1993, 156-163, cit.: Barton: *StV* 3, 1993.
- Basel Committee on Banking Supervision: *International Convergence of Capital* Measurement *and Capital Standards*, 1988, disponible en http://www.bis.org/publ/bcbsc111.pdf (visitado por última vez el 26.11.2014)

- Blanco Cordero, Isidoro: *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3a ed., Navarra, Thompson Reuters - Arazadi, 2012, cit.: Blanco Cordero: *El Delito*.
- Boister, Neil: "Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances by UN Publication (Review)", en *The International and Comparative Law Quarterly* 50.2, 2001, 466-467, cit.: Boister: *The International and Comparative Law Quarterly* 50.2.
- Cuéllar, Mariano-Florentino: "The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 93, N° 2/3 (2003), 311-466, cit.: Cuéllar: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 93, N° 2/3 (2003).
- Declaración de Cartagena de 15 de febrero 1990
- Financial Action Task Force: *Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006-2007: Eighth NCCT Review*, disponible online en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2006%202007%20NCCT%20ENG.pdf (consultado por última vez el 30.08.2014)
- Financial Action Task Force: *FATF IX Special Recommendations*, 2001, Disponibles online en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Standards%20-%20IX%20Special%20Recommendations%20and%20IN%20rc.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013)
- Financial Action Task Force: *Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process*, 14.02.2014, disponible online en http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/fatf-compliance-feb-2014.html(consultado por última vez el 30.08.2014)

- Financial Action Task Force: *Public Statement*, 14.02.2014, disponible en http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskand-non-cooperativejurisdictions/documents/public-statement-feb-2014.html (Consultado por última vez el 29.08.2014)
- Financial Action Task Force: *The FATF Recommendations*, 2012, disponible online en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (consultado por última vez el 26.11.2014)
- Financial Action Task Force: *The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money* Laundering, 1990, Disponibles online en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf (consultado el 06.01.2013)
- Financial Action Task Force: *The Forty Recommendations*, 1996, http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201996.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013)
- Financial Action Task Force: *The Forty Recommendations*, 2003, Disponible online en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202003.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013)
- GAFISUD: *Declaración Política del GAFISUD*, 2000, http://www.gafisud.info/documentos/esp/MemorandodeGAFISUDconmodif2006.pdf (consultado por última vez el 06.01.2013)
- García Cavero, Percy: "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento", en Manuel Abanto Vásquez, José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe (eds.), *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima, Ara Editores, 2012, 416-438, cit.: García Cavero: *Dos cuestiones…*

- Herzog, Felix y Achtelik, Olaf: "Einleitung", en de los mismos (eds.), *Gelwäschegesetz Kommentar*, 2a ed., München, C.G. Beck, 2013, cit.: Herzog y Achtelik: *Einleitung*.
- Jekewitz, Jürgen: „Nationale Maßnahmen der Gelwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung", en Herzog, Felix und Dieter Müllhausen, *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, München, C. H. Beck, 2006, 59-96, cit.: Jekewitz: *Nationale…*
- Levi, M. y Reuter, P.: "Money Laundering", en *Crime and Justice*, Vol 34, 2006, 289-375, cit.: Levi y Reuter: *Crime and Justice* 34, 2006.
- Mende, Boris: „Gledwäschebekämpfung durch nationale Organisationen", en Herzog, Felix y Dieter Mülhausen (eds.), Geldwäschebekäampfung und Gewinnabschöpfung, München, C. H. Beck, 2006, 99-141, cit.: Mende: *Geldwäschebekämpfung…*
- Mitsilegas, Valsamis y Gilmore, Bill: "The EU Legislative Framework Against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards", en *International and Comparative Law Quarter*, Vol. 56 N° 1, 2007,119-140, cit.: Mitsilegas y Gilmore: *International and Comparative Law Quarter*, Vol. 56 N° 1, 2007.
- Morris-Cotterill, Nigel: "Money Laundering", en *Foreign Policy*, 2001, 16-20, cit.: Morris-Cotterill: *Foreign Policy*, 2001.
- Nichols, Lawrence T.: "Social Problems as Landmark Narratives: Bank of Boston, Mass Media and 'Money Laundering'", en *Social Problems* 44.3, 1997, 324-341, Nichols: *Foreign Policy*, 2001.

- Pieth, Mark: „Die internationale Entwicklung der Geldwäsche", en Herzog, Félix und Dieter Mühlhausen (eds.), *Geldwäschebekömpfung und Gewinnabschöpfung*, München, C. H. Beck, 2006, 36-58, cit.: Pieth: *Die internationale…*
- Polaino-Orts, Miguel: "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de parte general", en este mismo volumen, cit.: Polaino-Orts: *Normativización…*
- Robinson, Jeffrey: *The Laundrymen - Inside Money Laundering, The World´s Third Largest Business*, version electronica, 2008, cit.: Robinson: *The Laundrymen…*
- Rotsch, Thomas: „Der ökonomische Täterbegriff", en *ZIS* 7, 2007, 260-265, cit.: Rotsch: *ZIS* 7, 2007.
- Sharman, J. C.: "Power and Discourse in Policy Diffusion: Anti-Money Laundering in Developing States", en *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008, 635-656, cit.: Sharman: *International Studies Quarterly*, Vol. 52 N° 3, 2008.
- Winter, Jaime: "Derecho Penal e Impunidad Empresarial", en *REJ*, Universidad de Chile, N° 19, 2013, 91-125, cit.: Winter: *REJ* 19, 2013.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000
- Decreto Legislativo N° 1106 de 2012 (Perú)

- Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (Perú)
- GwG (Alemania)
- Ley N° 19913, Que crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activo (Chile)
- Ley N° 27.693 que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (Perú)
- Ley Penal Contra el Lavado de Activos N° 27.765 (Perú)
- Money Laundering Control Act, 1986 (EE.UU)
- Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos conexos de 1992
- Sentencia de la Corte de San Miguel, Santiago, Chile, de fecha 07.09.2011, Rol 993-2011
- StGB (Alemania)
- The Currency and Foreign Transactions Reporting Act, 1977 (EE.UU.)

LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DEL DELITO TRIBUTARIO

Dino Carlos Caro Coria

Resumen:

Aunque múltiples legislaciones tipifican el blanqueo de activos que proceden de un delito tributario, en concordancia con los postulados del GAFI y otros organismos internacionales, en esta contribución se defiende que el espacio para la comisión de estas formas de lavado, es bastante reducido. En la medida que no es aceptable la tesis de la contaminación total del patrimonio del defraudador, la dimensión del lavado de activos está condicionada, como en todos los casos de blanqueo, a la identificación segura, con las mínimas garantías probatorias, de los concretos bienes que provienen de un delito anterior. Si a ello se suma que la prescripción del delito tributario y la llamada regularización tributaria dan lugar a la descontaminación del objeto material, entonces el ámbito de estas formas de blanqueo es aún más acotado. Por lo demás, este grupo de delitos proporciona un terreno bastante fértil para interpretaciones estrictas, cuando no restringidas, conforme a la imputación objetiva, como se aprecia por ejemplo en el tratamiento de los casos de mezcla de bienes.

1. INTRODUCCIÓN

La casuística en torno a la relación entre el lavado de activos y el delito tributario es especialmente compleja. Ambos delitos aparecen en ocasiones entremezclados, de modo que puede evidenciarse dos grupos de casos.

En el primero de ellos, el objeto material deriva del lavado de activos y se discute si existe o no la obligación de pagar tributos por las rentas ilícitas generadas por el blanqueo[1]. Por ejemplo, en la Sentencia 649/1996 de 17.12.1996, el Tribunal Supremo español[2] estableció que los procesados, conociendo las actividades relativas al transporte y distribución de droga a la que se venían dedicando personas íntimamente relacionadas con ellos, invirtieron en el mercado los beneficios pecuniarios que dichas personas obtenían con las ilícitas actividades. Para dar apariencia de licitud, efectuaron operaciones de divisas en

---

[1] Vid. Reyna Alfaro: *ADPE* 1, 2011, 97 ss.

[2] Sobre la relación entre delito fiscal y blanqueo de capitales en la jurisprudencia española véase la STC 974/2012 de 5/12/2012, en http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6603543&links=blanqueo&optimize=20130116&publicinterface=true. Sobre las implicancias de esto para el lavado de dinero véase: Ambos: *Defraudación tributaria como hecho previo,* también Bacigalupo: *Delito fiscal y blanqueo*, passim.

la entidad bancaria y se valieron de un complejo societario de propiedad de una empresa constituida para tal efecto en Panamá, en cuyas operaciones insertaron dinero ilícito. Durante los años 1987 y 1988 los procesados tuvieron incrementos patrimoniales por actividades ilícitas, los que fueron ocultados a la hacienda pública. El Tribunal Supremo resolvió condenar a los procesados por el delito de receptación y por delito fiscal.

Dada la amplitud de la línea jurisprudencial marcada por precedentes como el anterior, la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo español, en la Sentencia 113/2005 de 15.09.2005, estableció limitaciones a la posibilidad de imputar un delito tributario en los casos de desbalance patrimonial, imponiendo una regla de persecución subsidiaria. La Sentencia indica que:

> "Esta Sala Casacional ya ha declarado que tales incrementos patrimoniales cuando son consecuencia directa de un delito no pueden servir, a su vez, para formar una omisión tributaria que configure delito fiscal, al menos si no ha existido una posterior transformación en otros activos patrimoniales (…). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados".

En el segundo grupo de casos sucede lo contrario, el delito tributario es el delito precedente o fuente del lavado de activos. Esta posibilidad viene impulsada por los organismos supranacionales que impulsan la prevención y la persecución del blanqueo de capitales, en particular por las Nuevas 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional

(GAFI) de 2012 que incorpora expresamente, como delito determinante los "*delitos fiscales (relacionados con impuestos directos e impuestos indirectos)*"[3], opción que ya ha sido asumida por la legislación de múltiples estados[4], incluyendo el Perú donde la Unidad de Inteligencia Financiera ha emitido de enero de 2007 a junio de 2014 un total de 41 Informes de Inteligencia Financiera por potenciales delitos de lavado de activos derivados de la defraudación tributaria[5] y que involucran un total de US$166'000.000,00.

Como ejemplo tipo, en el sentido que corresponde a la realidad criminológica de varios países, puede citarse el siguiente: X, peruano domiciliado en Perú obligado a pagar el 30% de impuesto a la renta, tiene ganancias ascendentes a US$100.000.00 fruto de una actividad lícita. X deposita o hace que le depositen dicha suma en una cuenta bancaria panameña. El día N nace la obligación tributaria de X, pero éste valiéndose de cualquier artificio fraudulento, por ejemplo la emisión de falsos comprobantes de pago, omite pagar los US$30.000 por concepto de impuesto a la renta.

---

[3] FATF/OECD. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI. Paris 2012, 120. También véase: FATF: *Methodology*, en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/evaluations/Key_documents_en_files/FATFmethodology_en.pdf; (30.11.2014). En relación con la acción del GAFI y la lucha del terrorismo internacional Vid. Durrieu: *Rethinking*, passim, Ehlscheid-Pfeiffer: *Handbuch*, 199, también Holley: *Terrorismusbekämpfung*, passim.

[4] Australia, Finlandia, Alemania, Francia, Grecia, Islandia, Suecia, Portugal, Argentina, España, Italia, Bélgica, Reino Unido, Austria, Brasil, Holanda, vid. Durrieu: *La Ley*, 87, 2013, 2.

[5] Vid. http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/2/jer/esta_transparencia operativa/2014/20140801-BolEst-Junio_2014.pdf

En este caso el delito de lavado de activos no se consuma el día N, cuando habiendo nacido la obligación tributaria y estando dentro del hecho imponible, X omite pagar los US$30.000. X no consuma el delito de lavado de activos con la mera tenencia del dinero ilícito en la cuenta bancaria debido a que la sola posesión forma parte del delito precedente, la defraudación tributaria. La consumación se daría si X realiza transferencias, compras, alquileres, o cualquier otro acto tendente a insertar en el tráfico comercial legal el dinero obtenido ilícitamente, dándole apariencia de legalidad. También habría consumación si la tenencia del dinero en una cuenta extranjera tiene por finalidad encubrir y ocultar la procedencia delictiva del dinero frente a los actos persecutorios de la administración de justicia, por ejemplo a través del depósito del dinero en una cuenta cifrada, desde una cuenta nominativa donde se percibió la renta omitiéndose el pago del tributo fraudulentamente.

Son múltiples los problemas que surgen en torno a este grupo de casos: desde la delimitación del objeto material para efectos de la comisión del delito de lavado de activos hasta el tratamiento de los casos de contaminación y descontaminación de los bienes que conforman la llamada cuota tributaria. En lo que sigue me ocuparé de este grupo de casos, dejando de lado en esta ocasión el interesante problema de la obligación de pagar impuestos por las rentas de fuente ilícita.

2. LA CUOTA TRIBUTARIA COMO OBJETO MATERIAL

En términos generales, el objeto material en el delito de lavado de activos se concreta en los bienes originados en un delito anterior[6]. Esta regla se observa claramente, por ejemplo, en

[6] En la doctrina alemana, véase en relación con el objeto del delito de lavado de dinero y el denominado hecho previo ("Vortat"): Barton: *NStZ* 1993, 159 s.; Bernsmann, *StV*, 47-49; Helmers, *ZStW*, 121, 2009,

los arts. 1, 2, 3 y 10 pf. 2° del D. Leg. 1106 de Perú y en el art. 303.1 del CP argentino que se refiere a "*bienes provenientes de un ilícito penal*"[7]. Ello implica una remisión general a todos los actos delictivos capaces de generar ganancias, entre ellos, los delitos tributarios. Sin embargo, las diferentes modalidades de estos delitos han generado un debate respecto a si el producto del delito tributario puede ser, en todos los casos, objeto material del lavado de activos.

En tal sentido, no existen mayores dudas en considerar, por ejemplo, que en los casos de obtención fraudulenta de devoluciones o de subvenciones[8], lo obtenido puede ser objeto de lavado de activos, en especial porque se produce un traslado de dinero de las arcas públicas al patrimonio del defraudador[9].

La polémica se centra más bien en determinar si la denominada cuota tributaria (esto es, el tributo que se ha dejado de pagar o que el Estado ha dejado de recaudar) puede considerarse como objeto material del lavado de activos, pues en este caso el delito tributario no produce bienes, dinero o activos que no estuvieran ya en poder del defraudador[10].

511-513, Voβ: *Die Tatobjekte.*, 52 s; Altenhain: *Das Anschlußdelikt*, 393 s; Ogbamichael: *Deutsche Geldwäscherecht,* 18; Altenhain-NK: *§261,* 506 Rn 51 s.; Jahn*: §261*; 1623, nm. 15 s; Ruhmannseder: §261, 1817. nm. 7; Degen: *Mitwirkunspflichten der Kreditwirtschaft*, 111; Leip: *Geldwäsche,* 57 s.; Fischer: *StGB*, 1853 s.

[7] Durrieu: *La Ley*, 87, 2013, 4.

[8] Como en el caso del § 261 (1) *in fine* del StGB.

[9] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:15, respecto a los distintos problemas que esto representa en la legislación alemana véase, por ej., Voβ: *Die Tatobjekte.*, 82s.

[10] En concreto sobre este supuesto, Voβ: *Die Tatobjekte.*, 146 s.; Fischer: *StGB*, 1853 s., Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo.*

La cuota defraudada incluye la cantidad de dinero dejada de pagar ante el surgimiento de un hecho imponible, el cual incluye los incrementos patrimoniales no justificados. En estos últimos casos, las legislaciones suelen imponer una carga impositiva.

Según un sector doctrinal la cuota defraudada no puede ser objeto material del delito de lavado. Para ello suele acudirse a cuatro tipos de argumentos:

1. **Falta de objeto material.** Como señala Quintero Olivares, el objeto material del delito de blanqueo corresponde a bienes que el autor obtiene mediante el delito previo, *el autor obtiene algo que no tenía antes del delito*. Pero el dinero de quien no pagó sus impuestos no es dinero *producto* del delito fiscal, de modo que no puede ser objeto del delito de blanqueo[11]. De modo similar, Choclán Montalvo considera que la defraudación tributaria tiene la estructura de un delito de omisión y a su juicio el delito previo en el blanqueo de capitales no puede ser omisivo, porque no puede establecerse una relación causal entre la acción omitida (pagar el tributo) y los bienes ya incorporados al patrimonio del defraudador, la ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por el solo hecho de que no se tribute por ella[12].

2. **Atipicidad de la conducta por violación del principio de *ne bis in ídem*.** El defraudador normalmente hace uso de la cuota tributaria, la convierte, la transfiere o la oculta, de modo que con ello ya estaría cometiendo a la vez lavado de activos. Ello es más patente en aquellos sistemas que sancionan como lavado la simple posesión del bien procedente de un delito (art. 301.1 del CP español, § 261 (2) 2 del StGB[13]) o la mera tenencia (*guarda*, *mantiene en su poder*, art. 2 del D. Leg. 1106 de Perú).

3. Si prescribe el delito fiscal, el defraudador podrá ser perseguido por lavado de activos, en la medida que la mayoría de legislaciones sanciona la simple posesión, tenencia u ocultamiento, que son modalidades de lavado que se cometen de modo permanente. Ello desde luego para quienes consideran que la prescripción del delito previo no descontamina los bienes, postura que he refutado en otra ocasión[14] y sobre la cual se volverá más adelante[15].

4. Desde el punto de vista político criminal se considera que con ello se desnaturaliza el sentido del delito de lavado de activos, pues se convierte en una herramienta más de control y recaudación fiscal.

Estos argumentos sin embargo se oponen al sentido de la legislación penal. En el caso peruano por ejemplo, el art. 10 pf. 2 del D. Leg. 1106 señala de modo expreso como delito fuente los delitos tributarios. El art. 303.1 del CP argentino y el art. 301.1 del CP español se refieren en general a *bienes provenientes de un ilícito penal* y a bienes que *tienen su origen en una actividad*

[11] Quintero Olivares: *Actualidad jurídica Aranzadi* 698, 2006, 5-6.

[12] Choclán Montalvo: *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 37, 2007, 163.

[13] Aunque en el sistema alemán, conforme al § 261 (9) *in fine* no se sanciona al autor del autolavado si es que es punible su participación en el delito precedente.

[14] Caro Coria: *ADPE 2*, 2012, 217.

[15] Sobre la cuestión de la contaminación del patrimonio del autor del delito previo véase Leip/Hardtke: *wistra,* 281 s., y en concreto del patrimonio del defraudador: Voβ: *Die Tatobjekte*, 122 s. También Ambos: *Defraudación tributaria como hecho previo.*

delictiva, expresiones que se remiten de modo amplio a cualquier delito capaz de generar una ganancia ilícita. En el caso de la regulación alemana, si bien se cuenta con un catálogo cerrado de delitos fuente, se incluye de modo expreso determinaos delitos tributarios conforme al § 261 (1) 3, 4 b y 5 pf. 2.

Ahora bien, frente al argumento relativo a que en el delito tributario por defraudación de la cuota correspondiente el autor no recibe nada nuevo y su patrimonio no se ve incrementado se han formulado críticas recurriendo a las teorías de la causalidad. Como señala Blanco Cordero:

> "la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal (…) En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están contaminados"[16], "Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia", "Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva (…) Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo"[17].

Pero desde mi punto de vista, la fundamentación de la cuota tributaria como objeto material del delito de lavado de activos solo puede lograrse mediante el recurso a la imputación

[16] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:21.

[17] Ibid., 01:22.

objetiva. Como he sostenido en otra ocasión, el asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la imputación objetiva. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*[18]. Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende *contaminado* o *manchado* por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un objeto peligroso, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*[19].

Con ello, la cuota tributaria tiene origen delictivo, deriva de la comisión de un delito, sencillamente porque es el resultado material, el tributo dejado de pagar en todo o en parte al Estado, debido al incremento del riesgo que conllevó la conducta fraudulenta. Desde esta perspectiva carece de relevancia toda argumentación naturalística en el sentido de que el autor *no gana nada* o *no recibe nada*, argumentos que no alcanzan a ver que la imputación del origen ilícito no es una tarea descriptiva sino

[18] Vid. ampliamente sobre la peligrosidad *ex-ante* de la conducta, Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, 492 ss.

[19] Caro Coria: *ADPE 2,* 2012, 213-214.

valorativa o normativa[20]. Por ese mismo motivo no se discute que los delitos de apropiación ilícita, peculado, alzamiento de bienes o administración desleal, son delitos fuente del blanqueo de capitales pese a que en tales casos el autor tampoco *recibe nada*.

Decantado lo anterior, el problema central en los casos de lavado de activos derivados del delito tributario es cómo concretar, determinar o individualizar cuáles son los concretos bienes que corresponden al objeto material del delito, lo que es aún más complejo si se tiene en cuenta que por lo general el producto del delito tributario es una suma dineraria, esto es un bien fungible, fácil de mezclar con dinero de fuente lícita.

3. LÍMITES A LA CONTAMINACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEFRAUDADOR

3.1 Temporales

En algunos casos es posible determinar el momento preciso de la consumación del delito tributario que genera los bienes[21]. "El momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se producirá cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria"[22], mientras ello no ocurra todos los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia que recaigan sobre los bienes no podrán considerarse como lavado de activos porque aún no tienen carácter delictivo.

[20] Como se pone de relieve especialmente en las contribuciones de Caro John y Polaino Orts que se incluyen en este libro.

[21] Sobre el momento de la contaminación véase Voβ: *Die Tatobjekte*, 122; también Ambos: *Defraudación tributaria*.

[22] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:24.

En otros casos el acto de liquidación definitiva de la cuota tributaria se realiza mucho después del acaecimiento de estos plazos, por ejemplo, cuando el órgano administrador del tributo realiza investigaciones o fiscalizaciones para determinar si existe o no una cuota defraudada y su cuantía. En todo caso, "hasta que no exista una decisión definitiva sobre la existencia de la cuota defraudada no podrá considerarse que existen bienes susceptibles de ser blanqueados"[23]. Ello incluye el tiempo que pueda tomar la resolución definitiva de todos los actos de impugnación, administrativa o judicial, que pueda llevar adelante el contribuyente[24]. Postular lo contrario implicaría introducir un espacio de arbitrariedad e inseguridad jurídica, porque mientras se tramita la impugnación, lo que evidentemente corresponde al ejercicio legítimo de un derecho, el contribuyente podría en simultáneo ser perseguido tanto por el delito tributario como por blanqueo de capitales en tanto realice actos de transferencia, ocultamiento, etc.

Luego, incluso si se llegase a considerar que mientras dure la impugnación los bienes ya están contaminados, el lavador podría alegar la existencia de error de tipo (art. 14 pf. 1 del CP peruano) porque desconoce el elemento típico *origen delictivo de*

[23] Ibid., 01:25.

[24] En la regulación argentina se establece que la cuota tributaria, para efectos de una persecución penal, se determina en sede administrativa. El art. 18 de la Ley 24.769 señala que "El organismo recaudador, formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria, o resuelta en sede administrativa la impugnación de las actas de determinación de la deuda de los recursos de la seguridad social, aun cuando se encontraren recurridos los actos respectivos.
En aquellos casos en que no corresponda la determinación administrativa de la deuda, se formulará de inmediato la pertinente denuncia, una vez formada la convicción administrativa de la presunta comisión del hecho ilícito".

los bienes, aunque habrá espacio para que se impute dolo eventual por la propia existencia de la impugnación que hace contingente la determinación de la cuota tributaria, o incluso pueda imputarse imprudencia grave en sistemas como el español (art. 301.3 CP español) o el alemán (§ 261 (5) StGB) que prevén su sanción[25].

En todo caso, una vez establecida la cuota tributaria, si el contribuyente decide pagarla haciendo uso de su patrimonio, el acto es atípico porque no se orienta a opacar el origen ilícito de determinados bienes sino a la ejecución o cumplimiento de una obligación de derecho público.

3.2 Individualización de los bienes

Ante las dificultades para determinar que bienes corresponden a la cuota tributaria, se han propuesto tres alternativas en la doctrina[26]:

1. Al no poder individualizarse el bien concreto entonces no es posible la comisión del delito de lavado de activos. Esta opción no es aceptable porque, como ya se explicó, implica dejar de lado que la cuota tributaria es el objeto material del delito de blanqueo.

2. La cuota tributaria da lugar a una deuda por la que el defraudador debe responder con todos sus bienes, es decir que el delito tributario contamina todo el patrimonio del defraudador[27].

[25] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:25-01:26. De modo similar, Martínez-Buján: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 382ss. García Cavero: *Derecho penal económico, Parte general, I*, 533ss.

[26] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:27.

[27] Sobre la contaminación total del patrimonio ("Kontamination des Gesamtvermögens") véase en la doctrina alemana Voβ: *Die Tatobjekte*, 131 s.

Este planteamiento tampoco puede aceptarse porque es contrario a la ley, pues se considerarían como bienes contaminados incluso aquellos que no provienen de un delito previo[28]. La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquéllos de procedencia lícita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena[29] y de Palermo[30]. Conforme a esta regulación de Derecho penal

[28] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:27.

[29] "Artículo 5.- Decomiso (…)
6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.
b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.
c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:
i) el producto.
ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (…).
8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (…)"

[30] "Artículo 12. Decomiso e incautación (…)
3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

internacional, las medidas de coerción reales como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas solo han sido parcialmente implementadas en el derecho peruano[31], debe aceptarse su aplicación directa e inmediata porque conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional[32], y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los arts. 2 y 3 de la

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (…)
7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.
8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (…)"

[31] Vid. en especial el art. 102 pf. 3 del CP peruano, conforme a la modificatoria del art. 1 de la Ley N° 30076.

[32] Novak – Salmón: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos,* 108. San Martín Castro: *Derecho procesal penal,* I, 19.

Ley Fundamental[33]. Evidentemente las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre derechos humanos, pero contemplan reglas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el art. 253 del Código Procesal Penal de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad[34] que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, sólo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

3. La contaminación se extiende únicamente a la cuota tributaria y los bienes que configuran la base imponible. Pero esta interpretación también es contraria a la ley porque considera bienes contaminados a los que no provienen de un delito anterior, esto es los que configuran la base imponible[35].

La posibilidad de perseguir el lavado de activos procedentes del delito tributario exige la identificación de los bienes, lo que a juicio de Blanco Cordero[36] solo será posible de modo seguro en dos situaciones:

[33] Novak – Salmón: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, 123.

[34] Cáceres Julca: *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial*, 39 ss.

[35] Sobre una contaminación parcial del patrimonio ("Teilkontamination") véase en la doctrina alemana Voβ: *Die Tatobjekte,* 124.

[36] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:28.

1. Cuando el objeto material del delito de blanqueo corresponde necesariamente a todo o parte de la cuota tributaria porque la acción típica de blanqueo recae sobre todo el patrimonio del defraudador o una parte importante del mismo. El autor pone este ejemplo:

   "El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda a la Hacienda Pública una cuota tributaria por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito fiscal, pues de acuerdo con el principio in dubio pro reo hay que considerar que los 60 que paga no proceden del delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito fiscal[37]".

   Aunque teóricamente es un ejemplo que guarda coherencia con el punto de partida, no parece ser un ejemplo de tan fácil verificación práctica, dado que por lo general nadie realiza operaciones que ya impliquen la disposición de casi todo su patrimonio de modo que incluya al menos en parte lo dejado de pagar como tributo. La dinámica del lavado de activos generalmente implica múltiples y variadas operaciones, de modo constante y permanente a lo largo del tiempo.

2. En el segundo caso, el objeto material del delito de blanqueo corresponde necesariamente a todo o parte de la cuota tributaria, porque la acción de blanqueo recae sobre la base imponible. Blanco Cordero ejemplifica el caso del modo siguiente:

[37] Ibid, 01:28.

   "Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1.000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que la cuota tributaria que le correspondería pagar fuese de 300. Sólo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1.000, o si se transfieren más de 700, porque entonces una parte de la cuota tributaria contaminada ha sido objeto material del delito de blanqueo"[38].

Estos casos son también teóricamente posibles, aunque no será tan frecuente que el defraudador transfiera o convierta la totalidad o una parte importante de la base imponible, en la medida que, al menos de inicio, lo perseguido será ocultar la existencia de esos bienes a fin de que la autoridad tributaria no los descubra y por ende no pueda imputar, por ejemplo, la existencia de desbalance patrimonial.

Desde esta perspectiva, queda claro que el espacio para la comisión del delito de lavado de activos procedente del delito tributario, es bastante reducido. En la medida que no es aceptable la tesis de la contaminación total del patrimonio del defraudador[39], la dimensión del lavado de activos está condicionada, como en todos los casos de blanqueo, a la identificación segura, con las mínimas garantías probatorias, de los concretos bienes que provienen de un delito anterior[40].

[38] Ibid, 01:29.

[39] Con referencia a los problemas de desproporcionalidad ("Unverhältnismäβigkeit") de la tesis de la contaminación total del patrimonio, véase Voβ: *Die Tatobjekte*, 131, 132.

[40] Sobre la procedencia de los bienes de un delito previo y la referencia general a la causalidad véase: Altenhain-NK: *§261,* 506, nm. 52.

3.3 Tratamiento de los casos de mezcla de bienes

En la casuística sobre lavado de activos son bastante comunes los supuestos de mezcla, esto es la combinación de bienes de origen delictivo con los de fuente lícita, por ejemplo el depósito del dinero producto de un delito anterior en la cuenta de ahorros personal con fuente en negocios legales. En tales casos surge la cuestión en torno a si todo el producto de la mezcla está contaminado, o si toda la mezcla debe reputarse como lícita porque parte de los bienes son de origen legal, o si la contaminación alcanza únicamente a la parte de origen delictivo[41].

Los casos de mezcla, cuando los bienes de fuente ilícita derivan del delito tributario, tiene como punto de partida la identificación de los concretos bienes contaminados con las limitaciones ya expuestas.

Como he defendido anteriormente conforme a criterios de imputación objetiva[42], si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de éstos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje. Quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios sólo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa.

Desde esa perspectiva, si una cuenta bancaria de US$100.000 incluye US$50.000 originados en el fraude fiscal, quien conociendo del origen ilícito transfiere US$80.000, realiza el tipo de blanqueo de capitales porque al menos US$30.000 están contaminados. Acorde con ello, para Blanco Cordero, si alguien ha defraudado por 7.000 € y todo su patrimonio líquido está en una única cuenta por 70.000 € y transfiere a un tercero la suma de 30.000 €, no puede admitirse la tesis según la cual el 10% de lo transferido está contaminado, sólo habrá delito si es que la transferencia supera los 63.000 €. Lo mismo ocurre si los 70.000 € están repartidos en 10 cuentas por igual y la transferencia por 30.000 € proviene de 5 de ellas, en ese caso no tiene porqué presumirse que esas 5 cuentas corresponden precisamente al dinero contaminado, debiendo reputarse ello más bien de las otras 5 cuentas que no se usaron para las transferencias[43].

No es aceptable en cambio la solución que da Blanco Cordero[44] al caso de una cuenta con 200.000 €, de los cuales 100.000 € provienen del delito fiscal, si A y B retiran 100.000 € cada uno entonces, conforme al principio in dubio pro reo, para el autor no se comete lavado de activos porque se presume que cada uno retiró la parte limpia. A mi juicio, más allá de las variantes financieras (cuenta mancomunada o no, retiro a doble firma o no), queda claro que solo el primero, salvo específicos supuestos de coautoría, aunque supiera del origen ilícito, realiza una conducta atípica porque conforme al principio in dubio pro reo, y tratándose de bienes fungibles, no hay razones suficientes para considerar que las primeras sumas de dinero utilizadas son las contaminadas. Del mismo modo, quien realiza el segundo retiro, más allá de si conocía o no del origen ilícito, objetivamente podría realizar la tipicidad de lavado de activos porque

[41] Sobre esto, ampliamente Caro Coria, *ADPE 2*, 2012, 208ss. En la literatura alemana véase Voβ: *Die Tatobjekte*, 129 s.

[42] En adelante, Caro Coria, ibid., 217.

[43] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:30-01:31.

[44] Ibid., 01:30.

su conducta recae sobre el dinero contaminado. En este caso la punición estará condicionada desde luego a un análisis estricto de tipicidad dado que el simple retiro de dinero manchado solo podrá realizar el delito de lavado de activos, en la medida que tengan el sentido por ejemplo de *guardar*, *custodiar* u *ocultar* bienes de origen delictivo.

Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque éste ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apuesta, y quien lava bienes –de origen mixto: legal e ilegal- con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede *ganar* si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. En ese sentido, es ilustrativa la reciente regla del art. 102 pf. 3 del CP peruano, según el cual

> "Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes".

3.4 Descontaminación

Tras la comisión del delito tributario la regulación establece dos casos específicos a través de los cuales la cuota tributaria, el objeto material, puede desaparecer, de modo

que los bienes correspondientes a la cuota tributaria quedan descontaminados[45].

3.4.1 La prescripción del delito tributario

Partiendo como aquí de una concepción material de la prescripción[46], si la conducta de lavado de activos se realiza sobre bienes que podría reputarse emanan de un delito tributario, pero el delito tributario ya ha prescrito al momento de realizarse dicha conducta, estamos ante un caso de ausencia de objeto material[47].

Como he señalado anteriormente[48], la despenalización y la prescripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser "*peligroso*" a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal[49].

No puede por ello admitirse el planteamiento de Blanco Cordero, según el cual:

---

[45] Sobre la cuestión de la descontaminación ("Dekontamination") en la literatura alemana, véase: Voβ: *Die Tatobjekte*, 136 ss.

[46] Pastor: *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, 52. Ragués i Vallès: *La prescripción penal*, 41ss.

[47] Acerca de la cuestión de la descontaminación como consecuencia de la prescripción del delito tributario, aunque advirtiendo que en principio la punibilidad por lavado de dinero no queda excluida por la prescripción del delito previo Voβ: *Die Tatobjekte*, 138.

[48] Caro Coria, *ADPE* 2, 2012, 217.

[49] Meini Méndez: *Sobre la prescripción de la acción penal,* 281, 291.

> "Las causas de extinción de la responsabilidad criminal (entre ellas la prescripción) suponen, precisamente, que con anterioridad ha existido responsabilidad criminal generada por la comisión de un hecho punible, es decir, de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible (…) La existencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal no impide mantener que se ha cometido un hecho típico y antijurídico, con lo que se cumple el requisito exigido por el tipo del blanqueo (…) la prescripción del delito fiscal (…) no descontamina los bienes, que siguen siendo idóneos para el blanqueo de capitales por proceder de una actividad delictiva"[50].

La discrepancia con esta tesis se debe precisamente a su punto de partida, forma parte del estado de la cuestión considerar que la prescripción del delito no implica una renuncia a la presunción de inocencia, de modo que su acaecimiento no permite afirmar que estamos o estuvimos ante un hecho típico, antijurídico y culpable. El problema en estricto es otro y estriba en saber si la prescripción del delito tributario impide que éste pueda ser objeto de investigación y prueba, al menos a nivel del hecho punible (conducta típica y antijurídica), en el proceso por lavado de activos a fin de establecerse si existen bienes de origen delictivo, opción a la que abona la llamada autonomía o independencia del lavado de activos frente al delito fuente o anterior.

Desde mi punto de vista debe negarse esta posibilidad porque una de las consecuencias de la prescripción es impedir que el hecho punible pueda ser nuevamente investigado para efectos punitivos.

[50] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:35.

3.4.2 La regularización tributaria

Legislaciones como la española[51], la argentina[52] y la peruana[53] prevén la llamada regularización tributaria, es decir la

[51] Art. 305.4 del Código Penal: "Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.
La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria".

[52] Art. 16 de la Ley 24.769: "En los casos previstos en los artículos 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada.
La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria".

[53] Artículo 189 párrafo 2 del Código Tributario.- JUSTICIA PENAL
"No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente

posibilidad de evitar la persecución penal por el delito fiscal ya consumado y otros conexos bajo la condición de asumir voluntariamente el pago de la deuda tributaria ante el órgano administrador del tributo[54] [55]. Previsión que en estricto configura un claro caso de discriminación positiva, en la medida que no suele existir un incentivo similar ante otros delitos económicos, ni para los delitos patrimoniales, lo que expresa que la política criminal en materia penal tributaria tiene como principal objetivo lograr que el defraudador regularice el pago ante la agencia tributaria.

Como ha establecido el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema peruana N° 2-2009/CJ-116 de 13.11.09, "El artículo 189° CT (…) incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal" (fundamento 6º). Y "En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad ex post factum sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes-[56]".

En ese sentido, si el autor del delito tributario regulariza el pago de la deuda de acuerdo con la regulación administrativa,

investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia".

[54] Caro Coria – San Martín Castro: *Gaceta Jurídica* 66-B, 1999, 25 ss.

[55] Sobre la problemática del pago posterior ("spätere Bezahlung") de los impuestos defraudados en la literatura alemana y su desincriminación sobre la base de una ausencia de lesión del bien jurídico, véase Voβ: *Die Tatobjekte*, 137 s.

[56] Vid. Fundamento 9°.

entonces quedará exento de responsabilidad penal, produciéndose la descontaminación de los bienes que conforman la cuota tributaria. Al no existir objeto material, dichos bienes no podrán ser objeto de lavado de activos.

El problema, o paradoja como la denomina Blanco Cordero[57], surge más bien cuando la regularización tributaria se realiza luego de que el autor del delito tributario realiza actos de transferencia, ocultamiento u otros propios del blanqueo de capitales. En tales casos el agente no podrá ser perseguido por delito tributario pero podría ser sancionado por lavado de activos, lo que contradice el incentivo previsto para el pago voluntario.

4. AUTONOMÍA DEL LAVADO DE ACTIVOS

La autonomía del delito de lavado de activos viene reconocida en la mayoría de convenciones internacionales, así como en las legislaciones internas y/o la jurisprudencia[58].

En el caso del Perú, fue esbozada primero por el art. 6 pf. 3 de la Ley N° 27765, según el cual "En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria". Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya

[57] Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011, 01:38.

[58] Acerca de la autonomía del lavado de activos en la doctrina alemana véase Altenhain-NK: *§261,* 493, nm. 10 s ; Sobre el debate alemán acerca del bien jurídico protegido en el lavado de dinero véase: Leip: *Geldwäsche,* 44 s; también Voβ: *Die Tatobjekte*, 8 s; Ogbamichael: *Deutsche Geldwäscherecht*, 17, Altenhain-NK: *§261,* 493 nm. 10 s; Fischer: *StGB*, 1850 ss.

acreditado el origen ilícito de los bienes[59], ante lo cual se llegó a proponer, en contra del derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse[60]. Esta interpretación correctiva fue complementada en Perú con los aportes de la doctrina española[61], en el sentido de que no era necesario acreditar todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal[62], lo que ha venido a identificarse como el criterio de la *accesoriedad limitada*[63], la *relación de accesoriedad limitada* entre el delito previo y el

[59] Bramont-Arias: *Actualidad Jurídica* 105, 2002, 64.

[60] Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 308. García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*, II, 505.

[61] En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el art. 300 del CP español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación "se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena". Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

[62] Bramont-Arias Torres: Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, 522. Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 95. García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*, II, 503-504.

[63] Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial,* 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

blanqueo de capitales[64], o la *relación de integración* porque el hecho previo es sólo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo[65]. Aunque como ya se ha mencionado, la relación entre el delito precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema peruana adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido

> "que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado", sin embargo "El delito fuente, (…), es un elemento objetivo del tipo legal (…) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva"[66].

[64] Aránguez Sánchez: *El delito de blanqueo de capitales,* 198.

[65] Arias Holguín: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales* (art. 301 CP español), 314-315, 325 nota 243. En la doctrina alemana, véase sobre las características de la relación del lavado de dinero con el delito previo Altenhain-NK: *§261,* 500, nm. 29 ss; acerca de las dificultades para su prueba: Feigen: *Beweislastumkehr*, 148 s,

[66] Fundamento Jurídico 32º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una suficiente actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que:

> "El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (…); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (…) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal"[67].

Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa suele estar ausente[68]. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del pf. 2º del art. 10 del D. Leg. 1106 conforme al cual "El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso", norma que reproduce casi con exactitud el contenido del pf. 1 del art. 6 de la derogada Ley N° 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el art. 3.3 de la Convención de Viena[69] y del art. 6.2.f de

[67] Fundamento Jurídico 35º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[68] Fundamento Jurídico 33º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[69] "El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

la Convención de Palermo[70] que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria[71]. Así, y volviendo sobre el Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos[72].

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el art. 10 pf. 1 del D. Leg. N° 1106 ha radicalizado la noción de *autonomía* del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que "El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria". Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva

[70] "El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas".

[71] Abel Souto: *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español,* 2005, 102-103, 251.

[72] Fundamento Jurídico 34º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente. En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular[73] y no al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que éste haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos[74] y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma.

En esa línea de ideas, la mínima actividad probatoria exigible debe orientarse a acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo[75]. Ello podrá hacerse dentro del mismo proceso por lavado de activos, bien porque también se investiga una concreta imputación por el delito fiscal o porque

[73] Como sanciona el art. 327 del CP colombiano al incriminar al que "de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva". Vid., Camargo: *El delito de enriquecimiento ilícito.* 43 ss.

[74] Castillo Alva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4, 2009, 341 ss.

[75] Gómez Tomillo: *Comentarios al Código penal,* 1169.

corresponderá acreditar el origen delictivo de los bienes por ser un elemento objetivo del tipo de lavado.

Ahora bien, la regulación argentina y alemana es compatible con la autonomía del delito de lavado de dinero. El art. 303.1 del CP argentino se refiere a bienes provenientes de un *ilícito penal*, expresión que en sentido estricto o restringido implica que en el proceso por lavado de activos no deberá probarse todos los elementos del delito anterior, sino y únicamente aquellos que integran el ilícito penal, es decir la existencia de actos que realizan la tipicidad y antijuricidad[76] del delito fiscal. Asimismo, en la doctrina se ha postulado de modo similar que es suficiente "que quien tiene a su cargo la investigación del caso de lavado sea el encargado de acreditar mediante indicios serios, graves y concordantes la presencia del delito típicamente antijurídico"[77]. De modo similar se pronuncia el art. 261 (1) del StGB alemán que en general se refiere al ocultamiento, etc., de un bien proveniente de un *hecho antijurídico*[78].

5. AUTOLAVADO

También es objeto de debate si corresponde la punición por blanqueo de capitales contra el autor del delito previo, aquí concretamente, el defraudador de tributos. En sistemas como el alemán [art. 261 (9) 2 del StGB[79]] y el austriaco (art. 165.1 del

[76] Cúneo Libarona: *El delito de lavado de dinero*. 43.

[77] Durrieu: *El lavado de dinero en Argentina,* 134.

[78] Sobre el problema del autolavado o autoblanqueo en España véase: Bacigalupo: *Delito fiscal y blanqueo,* passim; Martinez-Arrieta: *Autoblanqueo*, passim.

[79] *"No será sancionado (…) quien resulta punible como consecuencia de su participación en el delito del que preceden los bienes"*. Sobre esto véase, por todos: Altenhain-NK: *§261,* 497, nm. 19.

StGB[80]), en los que la sanción[81] por lavado no alcanza a quien participó en el delito fuente, sólo podrá sancionarse a aquellos (como el abogado o el asesor contable o tributario) que no han intervenido en el delito previo. Lo mismo ocurría en Argentina bajo la regla del art. 278.1°a), introducida por la Ley 25.246, se excluía la autoría cuando el agente había participado en el delito anterior, la conducta de lavado debía recaer sobre "*bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado*" al autor.

El fundamento de esta exclusión es debatido[82]. Aquí compite también el mismo fundamento esgrimido para excluir la punición del autoencubrimiento en diversas legislaciones[83]. Desde esa perspectiva, los actos posteriores de lavado serían solo actos post-ejecutivos, o actos de autoencubrimiento impunes,

> "son actos de ocultamiento, encubrimiento u agotamiento de los bienes y activos obtenidos por el delito anterior"[84], "no cabe sancionar penalmente al autor o partícipe del delito previo por el hecho posterior, toda vez que éste reviste para él la naturaleza de un auto-encubrimiento impune que le blinda de la exigencia de entregarse a la administración

[80] Se sanciona el "ocultar o dificultar el origen de las ventajas patrimoniales provenientes de un delito (…) cometido por otro".

[81] Sobre la regla de la exclusión de la punibilidad del autolavador del 261 inc. 9 del StGB, véase Altenhain-NK: *§261,* 497 Rn 19 s., Joecks-SK: *§ 261,* 589, nm. 7, Fischer: *StGB*, 1866 s, Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo*. Ilustrativo de forma genérica sobre las causas de exclusión de la responsabilidad Roxin: *AT,* §22, nm. 134 s., sobre las causas de exclusión de la pena: El Mismo: *AT,* § 23, nm. 1036 s.

[82] Con referencia al problema de la fundamentación del 261 inc. 9 frase 2, véase Altenhain-NK: *§261*, 497 Rn 19 s, también Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo*.

[83] Sánchez-Ostiz Gutierrez: *El encubrimiento como delito*, 136-140.

[84] Caro John: *Dogmática penal aplicada,* 2010, 189.

> de justicia: la inexigibilidad de otra conducta viene aquí a constituir el fundamento de la impunidad. Estamos así ante auto-encubrimiento real donde la ocultación de los bienes y activos constituyen verdaderos actos inexigibles de evitación de la entrega a las autoridades de la persecución penal (…) no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito entregarse a la justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados por su propio delito para no ser sancionado doblemente (…) En el lavado de activos el autor quebranta así un deber de autoinculpación, esto es: ¡Un deber jurídico inexistente!"[85].

Esta línea de argumentos[86] es a mi juicio relativa, y ello podría explicar el sentido de regulaciones como la española, la peruana o la argentina (tras la Ley 26.683) que actualmente permiten la imposición de la pena de lavado a quien cometió el delito anterior. Y es que la punición del autolavado no puede equiparse a una violación del principio *nemo tenetur*[87]: la norma no impone un deber de autoinculpación ni un deber de entrega de los bienes objeto del delito anterior. La finalidad del tipo de lavado es evitar la circulación o el tráfico de bienes de origen delictivo[88], la norma primaria impone al ciudadano el

[85] Ibid., 192-193. Acerca de la idea de la *mitbestrafte Nachtat* en la doctrina alemana, véase: Murmann: *AT*, 491, nm. 67 s.; Altenhain-NK: *§261,* 497, nm. 21; ("straflose Nachtat") Roxin, AT, B.II, 860, §33, nm. 219 s., Höper: *Die mitbestrafte Vor- und Nachtat,* passim. Respecto a éste tema en relación con el delito fiscal como hecho previo del lavado de dinero véase Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo*.

[86] Seguida de modo general por Polaino Orts en su contribución para este mismo libro,

[87] Sobre el *nemo tenetur* en la doctrina alemana, véase, Bosch: *Nemo tenetur*, passim.

[88] Acerca de los fines del tipo de lavado de dinero en la doctrina alemana, véase Jahn: *§261.,* 1620, nm. 3 s.; Voβ: *Die Tatobjekte*, 6 s., Altenhain:

deber de no realizar actos de tráfico con dichos bienes, lo que se aprecia claramente cuando se sanciona los actos de conversión o transferencia como supuestos de blanqueo de capitales. Desde esa perspectiva la norma primaria no impone un deber de autoinculpación, el mandato penal no es *auto denúnciate, auto incrimínate*, el mandato es *no conviertas ni transfieras bienes de origen delictivo*. Lo mismo cabe decir respecto de los bienes, la norma primaria derivada del tipo de lavado no incluye un mandato de devolución o retorno de los mismos. Es más, si en verdad existiera un mandato de devolución, éste más bien podría deducirse del tipo penal del delito precedente (en el delito fiscal el deber de entregar al Estado la cuota tributaria) y de las normas penales y procesales de persecución penal, como la incautación, el comiso o el embargo, pero no del tipo de lavado.

No obstante lo anterior, en aquellos sistemas como el peruano, el español o el alemán en los que se sanciona el *ocultamiento*, la *posesión* o la mera *tenencia* de los bienes, la punición de los actos de autolavado debe exigir la realización de actos posteriores al delito precedente o, excepcionalmente, una tenencia pero con una tendencia subjetiva especial. Con el ejemplo usado al inicio, si el defraudador recibe en una cuenta todo el dinero que constituye la base imponible, que por ende incluye la cuota tributaria, la simple posesión o tenencia de ese dinero en la cuenta una vez que se ha consumado el delito tributario no equivale aún a la

Anschlußdelikte, 395 s., Altenhain-NK: *§261,* 491, nm. 7 s., latamente Leip: *Geldwäsche*, 39; con referencias genéricas a las denominadas "EG-Geldwäscherichtlinie": Ruhmannseder: §261, 1814. nm. 1; también Degen: *Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft*, 99 s. con una referencia a su trasfondo político-criminal: Fischer: *StGB*, 1781, Ogbamichael: *Deutsche Geldwäscherecht,* 5; y también la obra de Sotiriadis, Georgios: *Entwicklung, passim*; desde un punto de vista criminológico Ackerman: *Geldwäscherei*, 71 y de manera más amplia la obra de Suendorf: *Geldwäsche*, passim

comisión de lavado de activos. Es necesario para ello la realización de actos posteriores, por ejemplo, la transferencia de ese dinero a la cuenta de una empresa off shore en un paraíso fiscal o a una cuenta personal cifrada. La exigencia de ese acto posterior, distinto al delito previo, se funda en la necesidad de evitar un *bis in idem*, en la medida que existan actos diferenciados, no podrá apreciarse la identidad de hecho que es una condición esencial para que el principio de *ne bis in idem* impida la punición múltiple[89], en este caso la que compete al delito anterior y la relativa al delito de lavado. Bajo este enfoque, tampoco en los casos de ocultamiento, posesión o tenencia, la norma primaria del tipo de lavado incluye un mandato de autoincriminación o devolución de los bienes que conforman el objeto material del delito.

[89] Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo.*

Bibliografía

- Abel Souto, Miguel: *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español,* Barcelona: Bosch, 2005, cit.: Abel Souto: *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español,* 2005.
- Ackerman, Jürg-Beat: *Geldwäscherei –Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz,* cit: Ackerman: Geldwäscherei, Zurich: Schultess Polygraphischer, 1992.
- Altenhain, Karsten: "§261", en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Nomos Kommentar*, Nomos, Baden.Baden, T. 3, 4ª ed., 2013, cit.: Altenhain-NK: *§261.*
- Altenhain, Karsten: *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und* Verfallrechts *nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung,* Tübingen: Mohr-Siebeck, 2002, cit.: Altenhain: *Anschlußdelikte.*
- Ambos, Kai: "*La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania*", incluido en este mismo libro, cit.: Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo.*
- Aránguez Sánchez, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales,* Barcelona: Marcial Pons 2000, cit.: Aránguez Sánchez: *El delito de blanqueo de capitales.*

- Arias Holguin, Diana Patricia: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* Madrid: Iustel, 2011, cit.: Arias Holguín: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP).*

- Bacigalupo, Enrique: *Sobre el* concurso *de delito fiscal y blanqueo de dinero,* Madrid, Civitas, 2012, cit: Bacigalupo: *Delito fiscal y blanqueo.*

- Barton, Stephan: "Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des §261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?", en *NStZ* 1993, 4, cit.: Barton: *NStZ* 1993.

- Bernsmann: Geldwäsche (§ 261 StGB) und Vortatkonkretisierung, en: StV, 1/98, 46-51, cit.: Bernsmann, StV.

- Blanco Cordero, Isidoro. "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en RECPC, N° 13-01, Granada, 2011, cit.: Blanco Cordero: *RECPC* 13-01, 2011.

- Bosch, Nikolaus: *Aspekte des nemo-tenetur Prinzips aus verfassungsrechtlicher und* strafprozessualer *Sicht: ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare*, Berlin: Duncker& Humblot, 1998, cit.: Bosch: *Nemo tenetur*.

- Bramont-Arias Torres, Luis Alberto: "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", en: *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: San Marcos, 2003, cit.: Bramont-Arias Torres: Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos.

- Bramont-Arias, Luis Alberto: "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", en *Actualidad* Jurídica, N° 105, Lima, agosto 2002, cit.: Bramont-Arias: *Actualidad Jurídica* 105, 2002.

- Cáceres Julca, Roberto: *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su* aplicación *jurisprudencial,* Lima: Idemsa, 2006, cit.: Cáceres Julca: *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial*.

- Camargo, Pedro Pablo: *El delito de enriquecimiento ilícito*, 4ª ed., Bogotá: Leyer 2002,, cit.: Camargo: *El delito de enriquecimiento ilícito.*

- Caro Coria, Dino Carlos – San Martín Castro, César: "La cancelación de la sanción penal tributaria mediante el pago debido", en *Gaceta Jurídica*, N° 66-B, mayo 1999, cit.: Caro Coria – San Martín Castro: *Gaceta Jurídica* 66-B, 1999.

- Caro Coria, Dino Carlos: "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *ADPE*, N° 2, Lima, 2012, cit.: Caro Coria: *ADPE 2*, 2012.

- Caro Coria, Dino Carlos: *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación,* Lima: Gráfica Horizonte, 1999, cit.: Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*.

- Caro John, José Antonio: "Impunidad del 'autolavado' en el ámbito del delito de lavado de activos", en: *Dogmática penal aplicada*, Lima: Ara, 2010, cit. Caro John: *Dogmática penal aplicada,* 2010.

- Castillo Alva, José Luis: "La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 4, oct 2009, cit.: Castillo Alva: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4, 2009.

- Choclán Montalvo, José Antonio: "¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales", en: *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 37, septiembre de 2007, cit.: Choclán Montalvo: *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 37, 2007.

- Cúneo Libarona, Mariano: *El delito de lavado de dinero,* Buenos Aires, Ad-Hoc 2009, cit.: Cúneo Libarona: *El delito de lavado de dinero.*

- Degen, Andreas: *Gesetzliche Mitwirkunspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und* Terrorismusbekämpfung, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009, cit.: Degen: *Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft*.

- Durrieu, Roberto: *El lavado de dinero en Argentina,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, cit. Durrieu: *El lavado de dinero en Argentina*.

- Durrieu, Roberto: "El delito tributario y el lavado de activos", en *La Ley*, año LXXVII, N° 87, Buenos Aires, 2013, 1-4, cit.: Durrieu: *La Ley*, 87.

- Durrieu, Roberto: *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law.* Towards *a new Global legal order.* Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013, cit.: Durrieu: *Rethinking.*

- Ehlscheid-Pfeiffer: *Handbuch Geldwäscheprävention. Verschleierungstechniken Normen und Institutionen* Länderrisiken, Erick Schmidt, Berlin, 2012, cit.: Ehlscheid-Pfeiffer: *Handbuch*.

- FATF: *Methodology for Assessing. Compliance with the FATF. 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations*, cit.: *Methodology*: Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/evaluations/Key_documents_en_files/FATFmethodology_en.pdf; (fecha de última revisión: 1.11.2014).

- Feigen, Peter: *Die Beweislastumkehr im Strafrecht. Geldwäsche, Vermögenseinziehung,* Hehlehrei *de lege lata et ferenda*, GCA-Verlag, Herdecke, 1998, cit.: Feigen: *Beweislastumkehr.*

- Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 61ª ed., München: C.H. Beck, 2014, cit.: Fischer: *StGB*.

- Gálvez Villegas, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765,* 2ª ed., Lima: Jurista Editores, 2009, cit.: Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*.

- García Cavero, Percy: *Derecho* penal *económico. Parte General*, T. I., 2ª ed, Lima: Grijley 2007, cit.: García Cavero: *Derecho penal* económico. *Parte Especial*, I.

- García Cavero, Percy: Derecho *penal económico. Parte Especial*, T. II. Lima: Grijley 2007, cit.: García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*, II.

- Helmers, Gunnar: "Zum Tatbestand der Geldwäsche (§261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung", en *ZStW*, 121, 2009, cit.: Helmers, *ZStW*, 121, 2009.

- Holley, Gerhard: *Das Recht der internationalen Terrorismusbekämpfung*, Wien: Sramek, 2010, cit.: Holley: *Terrorismusbekämpfung.*

- Höper, Inken: Die *mitbestrafte Vor- und Nachtat*, Kiel: Univ. Diss, 1997, cit.: Höper: *Die mitbestrafte Vor- und Nachtat*.

- Jahn, Matthias: *§261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter* Vermögenswerte, en: Satzger/ Schluckebier/Wid-

maier, Carl Heymanns: *Strafgesetzbuch*, Köln, 2014, 2ª ed., cit.: Jahn: *§261*.

- Joecks, Wolfgang: *Studienkommentar*, Múnchen: Beck, 2012, 10ª ed., cit.Joecks-SK: *§ 261*, cit.: Joecks-SK: *§ 261*.

- Leip, Carsten: *Der Straftatbestand der Geldwäsche: zur Auslegung des §261 StGB*, 2ª ed., Berlin: Berlin-Verl., 1999, cit.: Leip: *Geldwäsche*.

- Leip, Carsten/Hardtke, Frank: *Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand der Geldwäsche unter besonderer Berücksichtigung der Vermengung von Giralgeld*, en wistra, 16, 8, 1997, cit.: Leip/Hardtke: *wistra,* 281.

- Martinez-Arrieta Marquez de Prado, Ignacio: *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, cit.: Martinez-Arrieta: *Autoblanqueo.*

- Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal* económico *y de la empresa. Parte especial,* 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, cit.: Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial.*

- Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general,* 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, cit.: Martínez-Buján: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*,

- Meini Méndez, Iván. "Sobre la prescripción de la acción penal", en *Imputación y responsabilidad penal,* Lima: Ara Editores, 2009, cit.: Meini Méndez: *Sobre la prescripción de la acción penal.*

- Murmann, Uwe, *Grundkurs* Strafrecht*: allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 2ª ed., München: Beck, 2013; cit.: Murmann: *AT.*

- Novak, Fabian – Salmón, Elizabeth: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos,* Lima: PUCP, 2000, cit.: Novak – Salmón: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos.*

- Ogbamichael, Asmerom: *Das* neue *deutsche Geldwäscherecht*, Berlin: De Gruyter, 2011, cit: Ogbamichael: *Deutsche Geldwäscherecht.*

- Pastor, Daniel R: Prescripción *de la persecución y Código Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto 1993, cit.: Pastor: *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal.*

- Quintero Olivares, Gonzalo. "El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo", en *Actualidad jurídica Aranzadi* Nº 698, 2006, cit.: Quintero Olivares: *Actualidad jurídica Aranzadi* 698, 2006.

- Ragués i Vallès, Ramón: *La* prescripción *penal: fundamentos y aplicación*, Barcelona: Atelier, 2004, cit.: Ragués i Vallès: *La prescripción penal.*

- Reyna Alfaro, Luis Miguel: "El delito de defraudación tributaria y las ganancias ilícitas. Una explicación político criminal a una cuestionable praxis jurisprudencial", en *ADPE*, N° 1, Lima, 2011, cit. Reyna Alfaro: *ADPE* 1, 2011.

- Roxin, Claus, *Strafrecht*: *Allgemeiner Teil*, 4ª ed, München: Beck, 2006, cit.: Roxin: *AT.*

- Ruhmannseder, Felix: 261: en "von Heintschell-Heinegg, Bernd (ed.), *Strafgesetzbuch*", München: C.H. Beck:, 2010, cit. Ruhmannseder: §261.

- San Martín Castro, César: *Derecho* procesal *penal,* Vol. I., 2ª ed, Lima: Grijley, 2003, cit. San Martín Castro: *Derecho procesal penal.*

- Sánchez-Ostiz Gutierrez, Pablo: *El* encubrimiento *como delito*, Valencia: Tirant lo Blanch 1998, cit.: Sánchez-Ostiz Gutierrez: *El encubrimiento como delito.*
- Sotiriadis, Georgios: *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche: unter berücksichtigung der jeweiligen kriminalpolitischen Tendenzen,* Berlin: Duncker & Humblot, 2010, cit.: Sotiriadis, Georgios: *Entwicklung.*
- Suendorf, Ulrike: *Geldwäsche: eine kriminologische Untersuchung*, Neuwied: Luchterhand, 2001, cit.: Suendorf: *Geldwäsche.*
- Voβ, Marko: *Die* Tatobjekte *der Geldwäsche*, Carl Heymanns, cit.: Voβ: *Die Tatobjekte.*
- Zaragoza Aguado, Javier Alberto: "Comentario al art. 301 CP", en: Gómez Tomillo, Manuel, *Comentarios al* Código *penal,* Valladolid: Lex Nova, 2010.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

Normas legales e instrumentos internacionales

- Código penal alemán (StGB)
- Código penal argentino
- Código penal austriaco
- Código penal colombiano
- Código penal español
- Código penal peruano
- Código procesal penal peruano
- Código tributario peruano
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Viena

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo
- Decreto legislativo nº 1106 del Perú
- Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación (FATF/OECD).
- Ley nº 24.769 de Argentina
- Ley nº 25.246 de Argentina
- Ley nº 26.683 de Argentina
- Ley nº 27765 del Perú
- Ley nº 30076 del Perú
- Nuevas 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de 2012.
- Recomendaciones del GAFI. Paris 2012

JURISPRUDENCIA

- Acuerdo Plenario de la Corte Suprema peruana Nº 2-2009/CJ-116 de 13.11.09
- Acuerdo Plenario de la Corte Suprema peruana Nº 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.
- Sentencia de la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo español 113/2005 de 15.09.2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España 974/2012 de 5.12.2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español 649/1996 de 17.12.1996.

LOS ABOGADOS ANTE EL LAVADO DE ACTIVOS: RECEPCIÓN DE HONORARIOS SUCIOS Y DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

José Antonio Caro John

Resumen:

El abogado que cobra un honorario por brindar su servicio profesional sabiendo que el dinero que recibe tiene una procedencia ilícita está fuera del alcance de la ley penal contra el lavado de activos porque en dicho contexto su conducta no extralimita los contornos del riesgo permitido, quedando distanciada su conducta tanto de las acciones de "dificultar" la identificación del origen ilícito del bien, como de "dificultar" su incautación y decomiso que, en buena cuenta, definen el sentido típico del comportamiento punible del lavado de activos. Mientras el honorario honre un servicio profesional es indiferente su procedencia, rige una prohibición de regreso con el efecto directo de considerar neutra la conducta profesional. El abogado tampoco tiene un deber de dar aviso a la autoridad sobre el origen ilícito del patrimonio de su cliente en la medida que no es inherente a su estereotipo profesional el denunciar a su propio cliente ni ejercitar acciones de policía. Empero, todo esto no significa que el cobro de honorarios no tenga límite alguno porque tampoco existe un concepto de un "honorario privilegiado del defensor" que rija por igual y de manera irrestricta en toda situación. Estas cuestiones, entre otras más, son analizadas en el presente trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la "lucha eficaz contra el lavado de activos"[1] el legislador nacional ha instituido una regulación notoriamente amplia de las conductas pasibles de ser consideradas típicas de este delito. La amplitud de los elementos típicos y la tendencia a incrementar las penas refleja el objetivo del legislador de extender los alcances del Derecho penal incluso hasta actividades que en otros tiempos era inimaginable que pudieran recibir un tratamiento penal. El grupo de conductas típicas que en la originaria ley penal[2] estaba conformado por los verbos "convertir", "transferir", "adquirir", "utilizar", "guardar", "custodiar", "recibir" u "ocultar" activos de origen delictivo, que en sí mismos recortan considerablemente el campo del riesgo permitido o espacio de libertad de acción de las personas, ha ampliado sus contornos para incluir ahora además a los supuestos de "mantener en su poder", "transportar", "trasladar" "o hacer ingresar o salir del país"[3] tales activos.

---

[1] Este es el título dado por el legislador al D. Leg. 1106, de 19 de abril de 2012, que constituye la ley penal vigente contra el delito de lavado de activos.

[2] Estas conductas estuvieron reguladas en los arts. 1 y 2 de la Ley 27765, que rigió desde el 27 de junio de 2002 hasta su modificación por el D. Leg. 986, de 22 de julio de 2007.

[3] Lo que se puede apreciar en los arts. 2 y 3 del D. Leg. 1106.

Con esta extensión de los alcances del Derecho penal prácticamente nadie está libre de verse involucrado en los supuestos típicos antes mencionados; piénsese, p. ej., en una de las actividades más cotidianas, como el servicio de taxi, donde un taxista "traslada" a un cliente a su lugar de destino que porta una maleta con dinero originado en un acto de corrupción, narcotráfico, etc. Incluso la actual regulación ha incorporado dentro de los alcances de la tipicidad –en el tipo agravado– al "funcionario público" y al "agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil"[4] con un título de imputación de autoría directa como sujetos especiales.

En medio de este panorama, de sin duda imparable reducción de las esferas de libertad de determinadas profesiones u oficios, cabe preguntarnos cuál es la situación de los profesionales que "reciben" honorarios de sus clientes, que puede ser en efectivo, en bienes tangibles, en depósitos en cuenta, u otras modalidades, cuando el dinero se originó en un delito cometido en un momento anterior. La norma penal peruana contra el lavado de activos no prevé este supuesto de manera concreta, por lo que la repuesta a la cuestión tendrá que darse en el plano de la interpretación y la argumentación jurídica. Esto es, si los honorarios deben ser tratados como cualquier bien en general, o si, por el contrario, existen razones para diferenciar su tratamiento del resto de bienes. En el campo administrativo tampoco existe una específica normatividad que regule el cobro de honorarios profesionales vinculado a la prevención de las actividades de lavado de activos; solamente algunas profesiones u oficios, como las de los notarios públicos, fiduciarios, administradores de bienes, martilleros, entre otros, adoptan un tratamiento diferenciado

[4] Inclusive la sanción prevista para todos estos sujetos típicos es de 10 a 20 años de pena privativa de la libertad, como lo prevé el art. 4, primer grupo de agravantes, del D. Leg. 1106.

con la atribución directa de "sujetos obligados" a comunicar a la UIF-Perú del conocimiento que tengan sobre las operaciones sospechosas en que incurran sus clientes o personas con quienes tengan contacto en el ejercicio de sus actividades[5]. Se trata de un deber de comunicación que opera en el campo de lo administrativo, cuya infracción da lugar en todo caso sólo a sanciones administrativas y no penales.

Y ¿en qué situación se encuentra el abogado? En el Perú dicho profesional –con excepción del notario– se mantiene todavía intocable por la norma administrativa y la norma penal de la "lucha eficaz" contra el lavado de activos[6]. En el ámbito

[5] Cuentan al respecto el art. 8 de la Ley 27693 "Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera", de 12 de abril de 2002; también al art. 3 de la Ley 29038 "Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones", de 12 de junio de 2007. En el caso especial del *notario* existe la Resolución S.B.S. N° 5709 "Normas especiales para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los notarios", de 10 de agosto de 2012, que establece propiamente las competencias y sanciones del notario dentro del sistema de prevención de lavados de activos. Asimismo, la Resolución S.B.S. N° 6338-2012 "Registro de empresas y personas que efectúan operaciones financieras o de cambio de moneda, supervisadas en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo por la superintendencia de banca, seguros y AFP, a través de la UIF-Perú", de 21 de agosto de 2012, regula las competencias y sanciones del *cambista* como sujeto obligado a colaborar en la prevención y detección de lavado de activos en su sector. Por último, está la Resolución S.B.S. N° 2249-2013 "Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los agentes de aduana y dueños, consignatarios o consignantes autorizados para operar como despachadores de aduana, de 8 de abril de 2013, que precisa las competencias y sanciones de los "agentes de aduana" y "despachadores de aduana" en la presente materia.

[6] No obstante, todo indica que la creciente tendencia de incluir como "sujetos obligados" a algunos profesionales independientes dentro de

judicial existe el Acuerdo Plenario N° 03-2010 que reconoce el carácter "neutro" o de un "negocio standard" del ejercicio de la abogacía[7]. Pero, al margen de esta puntual mención, el debate en torno al tema empieza[8]. En Alemania la discusión doctrinaria y jurisprudencial es enorme, con interesantes posturas de diferentes matices en el plano argumentativo[9]. Por nuestra parte,

los programas estatales de prevención y detección del lavado de activos, sobre todo a los auditores, contadores, *abogados*, entre otros, terminará forzando al legislador nacional a regular las competencias del abogado en el sistema de prevención y detección de lavado de activos. Puede advertirse mientras tanto que la legislación administrativa ha dotado a los notarios de competencias –y, por consiguiente, sanciones– dentro del sistema de prevención de lavados de activos, de acuerdo a la Resolución S.B.S. N° 5709, tal como se menciona en la nota al pie anterior.
En particular, sobre el panorama europeo véase Coca Vila: *InDret* 4/2013, 3 ss.; Sánchez Stewart: *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero*, 12 ss.; Cobo del Rosal / Zabala López-Gómez: *Blanqueo de capitales*, 48 ss.

[7] Acuerdo Plenario N° 03-2010, fundamento jurídico 26: "el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos".

[8] Importante al respecto son las aportaciones de Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 194 ss., 202 ss.; García Cavero: *Libro Homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, 437 s.; Idem, *Derecho penal económico. Parte Especial,* 523 ss.; Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 165 ss.; Páucar Chappa: *La investigación del delito de lavado de activos*, 44 ss.

[9] Para una panorámica de la situación legislativa y jurisprudencial en Alemania, véase por todos, Fertig: *Grenzen einer Inkriminierung*, 77 ss.; Glaser: *Geldwäsche*, 5 ss.; *NK StGB*-Altenhain: § 261, nm. 124 ss.; *SK StGB*-Hoyer: § 261 nm. 21d ss.; *Müko StGB*-Neuheuser: § 261,

el presente estudio constituye una aproximación al problema desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva y la prohibición de regreso. En este sentido, en anticipo de lo que hemos de desarrollar, se sostiene que el abogado que cobra honorarios "sucios", "maculados" o "malhabidos" –técnicamente: de "origen delictivo"–, está liberado por regla general de responder por el delito de lavado de activos, lo que no significa que el cobro de honorarios no conozca límite alguno porque tampoco existe un concepto de "honorario privilegiado del defensor"[10] que rija irrestrictamente en toda situación.

Forma parte también de las presentes consideraciones la postura que al abogado no le alcanza deber alguno de dar aviso a la autoridad sobre las noticias que tenga de la actividad de lavado de su cliente, pues no le incumbe el deber jurídico positivo de policía de investigar ni denunciar al cliente, sea por regir el deber de reserva profesional, o bien porque el propio sentido típico del delito de omisión de denuncia (art. 407 CP peruano) no lo comprende. Esto es palmario luego de constatar que no es inherente a la función de un abogado el deber denunciar a su propio cliente.

No es posible pasar por alto las diferentes posiciones existentes en la doctrina sobre esta problemática, como alguna –bastante próxima a la aquí defendida– que parte de una "reducción teleológica"[11] del tipo objetivo de lavado de activos: "el fin de protección del § 261 StGB[12]* en verdad no es lesionado por el

nm. 78 ss.; *LK StGB*-Schmidt/Krausse: § 261, nm. 27 s.; Hefendehl: *FS Roxin*, 145 ss.; Müssig: *wistra* 6/2005, 201 ss.; Ambos: *JZ* 2/2002, 70 ss.; Barton: *StV* 3/1993, 156 ss.

[10] Así Otto: *JZ* 9/2001, 440; Fernandez/Heinrich: *ZStW* 126 (2014), 441 ss.

[11] Barton: *StV* 3/1993, 159 ss.

[12]* El § 261 StGB tipifica el delito de lavado de activos.

honorario de un servicio de patrocinio legal", pues "en tanto que el dinero maculado sea empleado sólo con el objetivo de honrar un servicio específico profesional, su aceptación no configura ningún acto típico de lavado"[13]. Tampoco puede dejarse a un lado el argumento por el cual "la asunción libre de un encargo profesional sobre un hecho catalogado como delito no afecta en principio la adecuación del rol sobre el convenio y aceptación de honorarios; el defensor penal no está obligado a investigar sobre las fuentes de ingreso legales o ilegales de su cliente"[14]. Hay un enfoque subjetivo –que más adelante se rechazará rotundamente– en virtud de lo cual la suerte del abogado dependerá del grado de conocimiento que tenga acerca de la procedencia delictiva del dinero que recibe por concepto de honorarios: si obra con el conocimiento propio del "dolo directo"[15] entonces le alcanza la tipicidad del delito de lavado de activos (§ 261 StGB). Otra orientación es seguida por quienes ubican la solución en la antijuricidad[16], en virtud de lo cual "el Estado está facultado para atacar al imputado ciertamente de distintas formas, de allí que semejante ataque no es por regla 'antijurídico'"[17]; se trata de una justificación que se origina en las funciones del proceso penal, así "el interés por el mantenimiento de un proceso penal

[13] Barton: *StV* 3/1993, 162, 163.

[14] Müssig: *wistra* 6/2005, 204; también en una orientación basada en la teoría de la imputación objetiva está Wohlers: *StV* 7/2001, 420 ss., 424.

[15] Matt: *GA* 2002, 145 s., remarcando en la necesidad que la fundamentación de la responsabilidad del abogado debe considerar las reglas de probanza del dolo; también Arzt: *NStZ* 1990, 3 s.; Fertig: *Grenzen einer Inkriminierung*, 113.

[16] Fundamental en esta orientación son Bernsmann: *StV* 1/2000, 40 ss.; y Ambos: *JZ* 2/2002, 70 ss., en especial 82, donde denomina su propia concepción como una "solución subjetivizada de la justificación".

[17] Bernsmann: *StV* 1/2000, 43.

equilibrado según las reglas del Estado de Derecho prevalece sobre el interés en una posible condena del individuo"[18].

Como es natural, los enfoques acabados de bosquejar merecen sin duda un tratamiento más profundo a fin de desentrañar sus fundamentos y limitaciones. No obstante, este cometido es dejado de lado provisionalmente en este lugar porque me obligaría a rebasar la extensión de páginas previstas para la edición que el lector tiene en sus manos. Naturalmente ello no impide que con ocasión del desarrollo de nuestra propia opinión se pueda dialogar con las otras posturas. En la medida que la prohibición de regreso fundamenta la exclusión de la intervención delictiva por expresar la conducta "el sentido objetivo de un contacto social neutro" o por reunir el "significado comunicativo de satisfacer un rol dentro de un contexto social concreto de la acción"[19], se hará hincapié en que el abogado no extralimita el ámbito del riesgo permitido cuando percibe un honorario por sus servicios profesionales. Su conducta no alcanza el tipo objetivo del delito de lavado de activos, solución que rige incluso así tenga conocimiento sobre la procedencia delictiva del dinero. Naturalmente existen matices que pueden hacer variar la solución, pero esto forma parte de lo que se tratará a continuación.

2. UN CASO COMO PUNTO DE PARTIDA

Imaginemos el siguiente caso:

> Un sujeto sometido a investigación por el Ministerio Público por el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de organización criminal (art. 297, inc. 6 CP

[18] Bernsmann: *StV* 1/2000, 45.

[19] Caro John: *Das erlaube Kausieren verbotener Taten*, 13 ss., 203 ss., passim.

peruano) decide salir de su escondite, ubicado en medio de la selva peruana, para ir a Lima a entrevistarse con un prestigioso abogado penalista con la finalidad de encargarle la defensa de su caso. Con tal objetivo, contrata los servicios de un taxista para que lo "traslade" a la capital, se aloja en un hotel cualquiera, almuerza todos los días en uno de los restaurantes de mayor resonancia de la capital en compañía de su novia y varios amigos íntimos, finalmente se entrevista con el abogado penalista, quien, en mérito del contrato respectivo, asume la defensa penal. Por los servicios prestados, todos ellos "reciben" los siguientes montos: el taxista S/. 1,000.00; el hotelero S/. 4,000.00; el dueño del restaurante S/. 3,000.00, el abogado S/. 60,000.00 como anticipo de honorarios, obligándose el cliente a pagar igual monto al concluir la investigación penal. El investigado aprovecha su estadía en Lima para darse un tratamiento profundo de dientes, razón por lo cual, el dentista que lo atendió recibe S/. 10,000.00 por unas endodoncias y limpieza integral practicada a la dentadura. Todos los pagos son hechos en dinero efectivo.

Al provenir el dinero circulante de una persona investigada por narcotráfico, y, teniéndose en cuenta que para la investigación "no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria"[20], cabe plantear la pregunta ¿los actores que cobraron los distintos montos antes mencionados a cambio del *servicio* que prestaron incurren en el delito de lavado de activos?

[20] Art. 10 del D. Leg. 1106.

Nótese que todos ellos "recibieron" dinero de un investigado por narcotráfico. Reformulándose la pregunta de una forma más técnica: ¿Son subsumibles las conductas de los servidores (taxista, hotelero, dueño del restaurante, dentista y abogado penalista) dentro de los alcances del delito de lavado de activos[21]? Una respuesta basada en la pura literalidad de la norma conduciría a afirmar la relevancia típica de las conductas de todas estas personas, en razón que al provenir el dinero recibido de un investigado por narcotráfico es muy alta la probabilidad de su procedencia delictiva (tráfico ilícito de drogas).

Sin embargo, desde una perspectiva material, no circunscrita en puridad a los aspectos formales del tipo penal, podría también argumentarse lo contrario: que el taxista no es responsable penalmente porque sencillamente "cobró" por un servicio prestado. El argumento del hotelero en su defensa sería parecido, que no es asunto suyo con qué dinero paga su cliente el servicio ofrecido. En idéntica situación se encontraría el dueño del restaurante, lo mismo que el dentista. ¿Pero, y el abogado penalista? Una mirada a la regulación extrapenal del lavado de activos, especialmente en el derecho comparado, muestra que la tendencia es hacia un recorte drástico del espacio de libertad de acción de esta profesión[22]. Si bien corresponde a cada sociedad la demarcación de los límites del espacio general de acción, o lo que es lo mismo, del riesgo permitido, dicha demarcación se encuentra influenciada en gran medida por las finalidades preventivas de pronunciado sesgo

[21] En este supuesto los tipos penales en los que recaería la posible subsunción serían están contenidos en los art. 1 (actos de conversión y transferencia), art. 2 (actos de ocultamiento y tenencia) y art. 3 (transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito), todos del D. Leg. 1106.

[22] Véase las referencias sobre este punto hechas en la nota 6.

penal, que alcanza incluso al ámbito de lo administrativo[23]. No cabe duda que en el proceso de diferenciación e institucionalización de los deberes jurídicos en la legislación actual, el taxista, el hotelero, el dueño del restaurante, el dentista, etc., tienen plena libertad de desarrollar sus actividades y de tener contacto con terceros a quienes prestan sus servicios, recibiendo a cambio una contraprestación económica, sin el deber de cumplir tareas de prevención contra el lavado de activos.

La situación de los abogados sin embargo está inmersa en un proceso de cambios luego de constatarse que él personifica a un "órgano de la justicia"[24], motivo por el cual el cobro de sus honorarios tampoco le da una carta abierta para convertir su profesión en una "institución legalizada para lavar activos"[25], lo que plantea la necesidad de interpretar la norma de lavado en una "reducción del tipo penal conforme a la Constitución"[26], para decantarse que tampoco goza de un ilimitado "espacio libre de responsabilidad penal"[27] cuando percibe un honorario de procedencia delictiva.

---

[23] Un panorama completo sobre las finalidades de prevención que orientan las modernas regulaciones penales y administrativas puede verse en Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 137 ss.

[24] Acorde al § 1 de la BRAO: "§1. Posición del abogado en la administración de justicia.- El abogado es un órgano independiente de la administración de justicia".

[25] Este es el pronunciamiento OLG Hamburg, de 6 de enero de 2000, en *wistra* 3/2000, 105-116, concretamente 115.

[26] Pronunciamiento del BVerfG, de 30 de marzo de 2004, en *wistra* 6/2004, 217-227, en concreto 115.

[27] BVerfG: *wistra* 6/2004, 224; así también Kindhäuser: *Strafrecht. Besonderer Teil*, T. II, § 48/18, resaltando que la libertad de ejercicio profesional de la abogacía no puede ser llevada a cabo sin límite alguno, sobre todo en el marco de la lucha contra el crimen organizado, no

3. EL SENTIDO JURÍDICO-PENAL DE LA REPRESIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS

El punto de partida, que incluso opera como lindero demarcador de la interpretación de la presente problemática debe situarse obligatoriamente en el contorno de la norma penal del delito de lavado de activos[28]. En esta norma penal se sintetizan las expectativas de conducta que el ordenamiento jurídico disgrega de la interacción social para darles un tratamiento penal. En el caso peruano, el D. Leg. 1106 apunta como hilo conductor del objetivo antilavado a la imputación típica de la acción "*dificultar* la identificación del origen ilícito" y "*dificultar* su incautación y decomiso", tanto en los actos de "conversión y transferencia"[29], "ocultamiento y tenencia"[30], como en los de "transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional del dinero o títulos valores de origen ilícito"[31]. El tenor de estos ti-

---

obstante, el límite tiene que establecerse en una "interpretación conforme a la Constitución" del parágrafo que penaliza el lavado de activos.

[28] Con acierto destaca Leip: *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 44 que, si tiene un sentido crear normas por el legislador en el ámbito del lavado de activos, es precisamente para la protección de determinados bienes en función de lo cual se ha de configurar e interpretar el tipo penal.

[29] "El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será penado con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa."

[30] "El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será penado con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa."

[31] "El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o título valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con

pos penales delimita un sistema de conceptos a partir del cual la dogmática penal tiene como tarea la interpretación y concreción de los mismos, de manera que pueda distinguirse con la mayor nitidez posible el sentido de relevancia o irrelevancia penal de la conducta punible de lavado.

El D. Leg. 1106 solamente ha venido a engrosar el conjunto de conductas típicas, con un notorio incremento de penas, sin giro alguno, por lo que conserva y prolonga en el espacio y tiempo el sentido jurídico-penal de la persecución de las acciones de lavado de la normativa derogada. En efecto, ya su predecesora, me refiero a la Ley 27765, su Anteproyecto de Reforma[32], como su antecedente más lejano, el D. Leg. 736[33], orientaron y siguen orientando la persecución penal del lavado de activos directamente contra las acciones que impliquen "dificultar" la identificación del origen ilícito del bien, como "dificultar" su incautación y decomiso. Con esto, la normatividad plasma para el derecho nacional el sentido comunicativo de las directivas e instrumentos internacionales que buscan atacar todo acto de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza de origen del bien. Cuentan a este respecto la Directiva 91/308/CEE del Consejo de Europa, de 10 de junio de 1991, la Directiva 2005/60/CE del

la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será penado con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

[32] Anteproyecto de Ley que Modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos, publicado en el diario "El Peruano" el 17 de junio de 2001.

[33] Dictada el 8 de noviembre de 1991, que adicionó los arts. 296-A y 296-B al Código penal de 1991, con la finalidad de criminalizar las conductas de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas.

Parlamento Europeo y del Consejo de Europa (que incorpora al derecho comunitario las Recomendaciones del GAFI), como la Directiva 2006/70/CE de la Comisión de Europa[34], manteniendo todas ellas el espíritu uniforme de combatir el *encubrimiento* del origen del bien. En el caso español, la nueva Ley 10/2010, de 28 de abril de 2010, de "Prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo", aprobada en el Congreso el 2 de julio de 2010, que regula en el art. 301 CP español el delito de lavado de activos, también se constata que en el trasfondo de la lucha contra esta criminalidad se mantiene la idea de reprimir tanto la conducta de "ocultar o encubrir el origen ilícito" del bien, como el "ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos". Mucho más específico ha sido el legislador alemán al regular el delito de lavado de activos (§ 261 StGB) –en mérito de su relación conexa con el encubrimiento real (§257), encubrimiento personal (§§258, 258a) y receptación (§§ 259, 260, 260a)– como un delito contra la administración de justicia[35].

El hecho que la ley penal contra el lavado de activos en el caso peruano no tenga una ubicación sistemática dentro del cuerpo normativo del Código penal, y presente más bien un tratamiento independiente como ley especial, no quita que su estructura siga respondiendo a las pautas de los instrumentos internacionales sobre la materia. En efecto, los elementos típicos recogen las pautas trazadas por la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, que persigue la identi-

[34] Un comentario detallado sobre todas estas directivas puede verse en Vega Sánchez: *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, 23 ss.

[35] Gössel/Dölling: *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 622 ss.; Krey/Hellmann/Heinrich: *Strafrecht. Besonderer Teil.* T. 1: nm. 740 ss., 865.

ficación de los activos para su incautación o decomiso atacando su art. 3, inc. 1, b el "ocultamiento" o "encubrimiento" del origen ilícito de los bienes. De la misma manera, la ley penal peruana hace suya la recomendación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, que coloca igualmente la conducta de "ocultar o disimular" el origen ilícito de los bienes como objeto de punición en su art. 6. No deja de ser relevante mencionar asimismo el "Anteproyecto de Ley que Modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos", de 17 de junio de 2001, que proponía una regulación autónoma del delito de lavado de activos en la Parte Especial como un delito contra la función jurisdiccional, debiéndose introducir a tal efecto dentro del Código penal los arts. 406-A y 406-B[36].

La técnica legislativa de la ley peruana para atacar el lavado de activos revela de esta manera que la persecución penal tiene como meta golpear al máximo la posibilidad del disfrute impune de las ganancias ilegales obtenidas por el autor del delito precedente. Y el sentido dado por el legislador al tipo penal es de arremeter contra el ocultamiento o encubrimiento del activo, desplegando los mecanismos necesarios para descubrir y eliminar los efectos del delito previo. Por esta razón, mediante su punición se pone a la administración de justicia[37] en el centro

[36] Al respecto Prado Saldarriaga: *Lavado de activos y financiación del terrorismo,* 114 ss.

[37] Defiendo esta posición desde tiempo atrás, véase Caro John, *Dogmática penal aplicada,* 197 ss.; aportan argumentos sólidos en esta dirección Caro Coria/Asmat Coello: *Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, 303 s.; nuevamente, Asmat Coello, "Responsabilidad penal de los sujetos obligados por la omisión de comunicación de operaciones sospechosas de acuerdo a la legislación

de la protección, que se ve lesionada por las diversas maniobras empleadas por el lavador de ocultar, encubrir, poner obstáculos y dificultar la identificación de las ganancias ilícitas para que las acciones judiciales encaminadas a su incautación y decomiso no den con ellas. La Ley penal plasma de este modo la pretensión del Estado de descubrir y decomisar los bienes procedentes del delito, bajo la idea que "el dinero sucio pertenece al Estado"[38].

Es manifiesto que en ninguna parte de la configuración típica del delito de lavado de activos se visualiza algún indicio de que el orden económico pueda ocupar el núcleo de la protección. Las consideraciones de cierto sector de la doctrina, de ubicar el orden económico[39] como objeto penalmente protegido en el delito de lavado de activos responden tan solo a una propia teoría acerca de los delitos económicos sustraída por completo de sistemática de la ley penal de la "lucha eficaz" contra el lavado de activos, igualmente de las directivas e instrumentos internaciones, y los antecedentes nacionales de la regulación. Si se cree que el lavado lesiona la economía del país[40], ha de subrayarse que la economía no solamente puede ser afectada por el lavado de activos, sino también por otros delitos, incluso por algunos delitos de sangre, como los ocasionados, p. ej., por el "caso del aceite de Colza"[41],

peruana de lucha contra el lavado de activos", en su contribución al presente libro.

[38] Arzt: *JZ* 1993, 913.

[39] Es el caso de Lampe: *JZ* 1994, 126.

[40] Lampe, ibidem.

[41] Véase al respecto Paredes Castañón/Rodríguez Montañés: *El caso de la Colza*, passim.; la determinación de la causalidad en este caso generó el interés del penalismo alemán, como se puede apreciar en la publicación de los extractos relevantes de la sentencia española –organizada por Ingeborg Puppe y traducida al alemán por Manuel Cancio Meliá–, en *NStZ* 1994, 37 ss.

el "caso Degusa"[42], y también por algunos otros delitos patrimoniales como las estafas millonarias, igualmente por la falsificación de billetes, por los delitos tributarios, etc.

De hecho, no podemos ponernos una venda en los ojos y dejar de reconocer que en determinados casos, pero no en todos, sino en los cometidos especialmente en el marco de la criminalidad organizada y mediante "grandes sumas"[43], las acciones de lavado pueden afectar subsidiariamente al sistema económico, aunque esta subsidiariedad no posee la fuerza suficiente en sí para determinar el objeto de protección. La protección del orden económico es en todo caso una función latente que subyace al castigo del lavado de activos, como de cualquier otro delito: es latente porque con en el castigo del lavado de activos puede que se aviven "determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de variadas características"[44], como la esperanza o el querer salvaguardar el orden económico, pero esta función puede que ocurra y puede que no, de allí que no se le toma en cuenta como el objeto de protección del lavado de activos, donde más bien, con independencia de las cuestiones latentes, la imposición de la pena posibilita manifiestamente la "autocomprobación" de la administración de justicia en su tarea de eliminar los efectos del delito. Es más, muchas acciones de lavado de activos incluso hasta traen beneficios al sistema económico: inversiones en obras de construcción que generan

[42] Un estudio puntual de este caso se encuentra en Tiedemann: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 111-132.

[43] Silva Sánchez: *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero*, 133. Acertadamente reconoce este autor el "efecto anticompetetitivo", que altera los procesos de formación de precios, como el "incremento de poder de las organizaciones criminales" sólo se da cuando el lavado recae sobre "grandes sumas".

[44] Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, 18.

empleos de trabajo, el pago de impuestos al Estado, etc. El orden económico es asimismo un concepto vago para explicar el objeto de protección en la medida que la técnica de tipificación mostrada por el D. Leg. 1106 es la de un delito de lesión, esto es, los verbos típicos de los arts. 1, 2 y 3 atacan directamente las acciones materiales de encubrimiento de un activo ilegítimo, y no una mera potencialidad de lesión. Sobre esta base, si se insiste en que el objeto de lesión es el orden económico, una pericia económica tendría que acompañar entonces obligadamente a la determinación de su lesión. En el caso del taxista arriba anotado, tendría que demostrarse de qué manera la ganancia de S/. 1,000.00 que obtuvo por sus servicios lesionó el orden económico. Como se ve, no basta una mera potencialidad o suposición de afectación, sino de una lesión real, que los partidarios de esta corriente no están en condiciones de responder.

Si como salida del problema se postula más bien que el objeto de protección en el lavado de activos es un bien pluri-ofensivo, resultante de la mezcolanza o sumatoria de la administración de justicia, el orden económico, el bien del delito precedente y cualquier otro, entonces todo interés de protección, incluso de la vida humana, podría pasar a formar parte de esta rara especie compuesta por intereses heterogéneos[45]. En la medida que no

[45] Defiende la tesis de una pluri-ofensividad: Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 211. No obstante los esfuerzos por distanciarse de esta concepción, termina haciéndola suya Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*, 74: "no desconocemos ni nos desvinculamos del criterio pluriofensivo del delito de lavado de activos, que determina la afectación de más de un bien jurídico". Entonces, si la pluri-ofensividad es un concepto tan vago, indeterminado e inabarcable para dar contenido al objeto de protección penal en el delito de lavado de activos, no alcanzo a entender cómo Gálvez Villegas, a la par de defender esta postura, sale a la carga contra el suscrito para endosarme la crítica que mi punto de vista acerca de la prohibición de regreso y las conductas neutrales se inscribe dentro de unas "concepciones [que]

corresponden a una perspectiva funcional sistémica, que deja de lado el criterio de protección del bien jurídico en el Derecho penal y se orienta a la protección de simples expectativas de vigencia y de fidelidad a la norma", agregando que "al desvincularse el análisis dogmático-penal de la teoría de bienes jurídicos, lleva a soluciones poco convincentes desde la perspectiva de la defensa de intereses de la colectividad (y en última instancia también del mismo sistema social)" (p. 195). La exposición de mi distinguido colega tiene evidentemente una alta carga ideológica más que de argumentos de "dogmática-penal de la teoría de los bienes jurídicos" –a la usanza de su propio lenguaje– que lo ciega por completo al apuntarme con unas herramientas que más bien generan un sentido adverso contra él, como un efecto de Boomerang, deshaciendo su propio punto de vista de un solo tajo, por dos razones: 1) Gálvez Villegas otorga a la protección del bien jurídico un valor trascendental de "defensa de intereses de la colectividad (…) y del mismo sistema social". Pero, en esto estamos de acuerdo todos, sin haber distinción entre tirios y troyanos. No entiendo, sin embargo, ¿cómo nuestro ilustre autor podría armonizar este cometido de protección con su propuesta, tan imprecisa como peligrosa, de la flotante en el aire "pluri-ofensividad", como contenido de protección del delito de lavado de activos? Nada impedirá que la reacción penal contra la pluri-ofensividad se convierta en incontrolable, pues, como se remarca en el texto, la misma no conoce límite alguno, todo cabe dentro de ella, tanto los intereses colectivos como los individuales. ¿Acaso quien es sometido a una investigación por lavado de activos no forma parte de la misma "colectividad" y "sistema social" como cualquier otra persona? Precisamente, en esto radica el quid del principio de lesividad, cuyo contenido limitador del *ius puniendi* garantiza una intervención penal sólo ante una efectiva *lesión* de los derechos de la persona y de la sociedad, con independencia que dicha lesión opere técnicamente bajo la forma de un delito de peligro o de un delito de resultado. Lo determinante es que la *lesión* recaiga efectivamente sobre un derecho, y no sobre una ideología, un sentimiento o una política determinada. 2) No es cierto que los bienes jurídicos estén desprotegidos en una concepción funcional del Derecho penal, cual es la suposición de Gálvez Villegas. Nadie niega que la pena esté orientada a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, antes debe precisarse –para evitar la incoherencia discursiva en que él mismo cae– cuál es el contenido del bien jurídico, y, luego, qué función desempeña. a) El contenido está dado por los "derechos" –concretos y no imaginados– de la persona que se lesiona mediante el delito, en virtud de lo cual carece de sentido la intervención penal si no es para garantizar la protección de

existe criterio alguno para restringir el campo de extensión de la pluriofesividad, se incurre nuevamente en el error de inventarse un objeto de protección completamente al margen de la estructura típica de la norma del delito de lavados de activos y de relación jurídica vinculante construida a lo largo de los antecedentes de reforma legal nacional y las directivas e instrumentos internacionales sobre la materia. Nuevamente, tratándose de un delito de lesión, la "pluri"-ofensividad debe ser en todo caso comprobada mediante la lesión de cada uno de los bienes que la conforman, puesto que, de lo contrario, la pura abstracción o creencia de estarse protegiendo "algo", sin saber a ciencia cierta qué contenido tendría ese "algo", terminará convirtiéndose en la razón de la intervención penal sobre las esferas de libertades personales. Salvo que se quiera forzar los límites del objeto de protección del delito de lavado de activos hasta convertir la pluri-ofensividad en una un elemento extraño próximo al "delito de acumulación", sobre el que Silva Sánchez[46] ha advertido con

los derechos de la persona. No es la ontología, ni la lesión fáctica del bien, sino la relación de juridicidad, la dimensión comunicativa del desmedro de un derecho, en vez de su optimización, frente a lo que reacciona el Derecho penal a través de la pena. b) Asimismo, el bien jurídico cumple una función de legitimación social del Derecho penal, concretando en la norma las expectativas consideradas más indispensables para el funcionamiento de la sociedad y evitar así su des-estabilización. En esto se define realmente cuán legítimo o ilegítimo es un Derecho penal. Por esta razón, decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos termina siendo una obviedad, lo determinante es más bien sentar postura y aportar argumentos que esclarezcan acerca de qué contenido tienen los bienes jurídicos y cómo debe llevarse a cabo la técnica legislativa que logre concretar de la manera más adecuada las expectativas sociales de protección en la norma penal.

[46] Silva Sánchez: *La expansión del Derecho penal*, 143 ss., con un análisis interesante y crítico de Kuhlen: ZStW 105 (1993), 687 ss., quien aporta precisamente la categoría denominada "Kumulationsdelikte" (722) o "delitos de acumulación" para el campo de los delitos contra el medio ambiente.

mucho tino acerca del peligro que encierra esta construcción dogmática y político-criminal ya que encamina la intervención penal sobre una conducta que en sí misma no reúne la potencia suficiente para poner en entredicho de una manera real al objeto de protección –como los casos de lavado de escasas cantidades de dinero–, pero que, sin embargo, genera la sensación de estar lesionando algo muy grande. ¿Y por una pura "sensación" de lesión tendría que activarse el poderío de la intervención penal sobre la libertad de acción del ciudadano? ¡De ninguna manera!

Estas cuestiones ponen al descubierto que es mucho más objetivo y seguro inferir el objeto de protección de la propia estructura típica del delito en cuya configuración normativa el legislador ha plasmado el sentido de las directivas e instrumentos internacionales sobre la materia en clara armonía con los antecedentes regulatorios dados en el derecho nacional. Quien "dificulta" la identificación del origen ilícito de un activo lesiona la actividad de los órganos de la administración de justicia orientada a la incautación y decomiso del activo, igualmente con dicha acción se perturba el sistema oficial de persecución e investigación del delito. La administración de justicia se fortalece cuando el activo es identificado, incautado y decomisado. Por lo mismo, el interés de la persecución se dirige a impedir la legitimación de un activo obtenido delictivamente.

En medio de este panorama corresponde abordar ahora la problemática de si la percepción de honorarios por parte de un abogado reúne el sentido vertido en la ley penal de "*dificultar* la identificación del origen ilícito" del activo, así como "*dificultar* su incautación y decomiso", dentro de las modalidades de actos de "conversión y transferencia" (art. 1), de "ocultamiento y tenencia" (art. 2), como de "transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional del dinero o títulos valores de origen ilícito" (art. 3). Es imperioso inquirir a este respecto en el sentido típico

que representa el brindar un patrocinio legal y el pago por dicho servicio profesional. Adelantándonos a lo que hemos de tratar, no cabe duda alguna que, en principio, cobrar un honorario profesional por una defensa penal no reúne el sentido típico de ocultar el origen del activo con que se retribuye el servicio profesional[47].

4. ¿LA RECEPCIÓN DE HONORARIOS SUCIOS CONVIERTE AL ABOGADO EN LAVADOR?

Una respuesta adecuada para resolver la presente cuestión empieza por determinar el sentido que debe reunir la conducta de un abogado a la luz del tipo penal de lavado de activos con la precisión de quiénes son los destinatarios abarcados por el espíritu de la norma y qué función desempeña la abogacía en el contexto de la prevención y represión estatal contra el lavado de activos.

Como punto de partida en esta determinación se ha de precisar que la norma penal subyacente a los tipos penales de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. 1106 tiene por destinatario a todas las personas; pero, como las personas interactúan dentro de la sociedad, no siendo ésta un todo uniforme sino un sistema compuesto por sectores parciales, el cumplimiento de la norma penal deberá tomar en consideración obligatoriamente la heterogeneidad socio-normativa de la *competencia*[48] *de la persona lograda en su proceso de institucionalización*[49]. *Quiere decir, si bien la norma*

[47] En este sentido Ragués y Vallès: *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 158.

[48] Fundamental sobre el tema Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*, 174 ss.

[49] Así Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung,* 17: "la competencia es el concepto jurídico de la realización típica".

del lavado de activos recae sobre todas las personas por igual, sin embargo, el cumplimiento de la misma opera de manera diferenciada, acorde a las competencias personales diseñadas en primer orden por el sector social concreto concernido. A modo de ilustración permítaseme acudir a un ejemplo del homicidio culposo, para regresar inmediato a nuestro tema: la norma penal de este delito (art. 111 CP peruano) reprime a quien "por culpa" mate a otro. El sentido comunicativo de la norma sin embargo no se concreta en la sociedad de modo uniforme. Según el sector social que corresponda, la noción de "culpa" se concretará en función de las competencias delineadas por la normatividad del segmento social parcial: no es lo mismo el deber de cuidado que debe observar el conductor de un vehículo en marcha, que el deber de cuidado de un cirujano en un quirófano. La competencia por una actuación diligente en el caso del primero se rige por la ley de tránsito (norma escrita), mientras que en el caso del segundo, la competencia de cuidado con que deberá proceder al ejecutar una operación quirúrgica se rige por las normas de la lex artis (norma no escrita). Distinto incluso es el caso del empresario constructor, cuya "culpa" deberá determinarse en función de las normas de seguridad laboral en caso que alguno de sus operarios caiga del décimo piso por no haber contado con los implementos de seguridad adecuados. Es evidente que el sentido comunicativo asentado en el trasfondo la norma penal del homicidio culposo deberá tomar en cuenta la heterogeneidad extrapenal de las competencias personales de los diferentes actores. Mejor dicho, hay un solo tipo penal realizado, pero concretado en competencias personales diferentes. Con esto se puntualiza que el elemento que dota a la conducta de un sentido jurídico-penal relevante es la competencia personal. Según cómo el actuante se comporte en la gestión de su esfera personal de libertad, si es del caso para lesionar el derecho de los demás, la configuración de la tipicidad se verá con mayor claridad mediante un examen de la competencia del actor. La

competencia es por tanto "el concepto rector" [50] para explicar una relación jurídica, ella personifica el sentido del deber que toda persona tiene que cumplir en un determinado contexto social para mantener vigente la juridicidad sin extralimitar los contornos del riesgo permitido.

En el caso de la abogacía –ingresamos así de lleno a la cuestión por resolver– tiene que establecerse qué competencias dotan de relación jurídica a esta profesión, de modo que pueda aclararse la relevancia o irrelevancia penal de la conducta de un abogado al cobrar un honorario profesional. El juicio decisivo de valoración a adoptar opera necesariamente en un escenario normativo, completamente ajeno a la fenomenología causal y al mero conocimiento psíquico del abogado sobre la procedencia delictiva del dinero. En tanto que la imputación jurídico-penal no resulta del mero dominio del suceso fáctico, ni tampoco del mero conocimiento psíquico, sino más bien es el resultado de un "proceso normativo"[51], las reglas de ese proceso son generadas por el sistema jurídico mediante un sistema de competencias orientadas a reducir la "complejidad"[52] en que puede caer atrapada la imputación si tuviera que depender únicamente de la pura realización psico-física del hecho por parte del autor. Es decir, si el abogado responde por todo lo que sabe, o por todo lo que causó naturalísticamente, se incrementa la complejidad, y, sin duda, la arbitrariedad, de la función del Derecho penal,

[50] Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 25.

[51] Lesch: *FS Schiller*, 461.

[52] "Complejidad" es aquí comprendida en el sentido de diversidad de elementos que difícilmente podrán alcanzar una unidad por carecer de un componente de conexión entre ellos, véase Luhmann: *Soziale Systeme*, 46 s.

particularmente en el escenario de la prevención y represión del lavado de activos.

El ámbito de competencia del abogado resulta del proceso de institucionalización y diferenciación normativa de esta profesión en la sociedad. La competencia profesional en este caso está integrada de una parte por el sentido comunicativo de la concreta actividad profesional en la sociedad a través de su práctica reiterada y permanente en los contactos interpersonales, y, de otra parte, por la juridización de la actividad profesional en un proceso de diferenciación normativa de las demás profesiones existentes en la sociedad. En esto radica la "fuerza normativa de lo fáctico"[53] en virtud de lo cual la competencia profesional del abogado en el Perú es el resultado de un proceso de institucionalización formado por el sentido comunicativo de la profesión en los contactos sociales y su diferenciación normativa que se infiere de las normas del propio sector concernido (donde destaca el Código de ética del abogado, en virtud de lo cual la abogacía encarna el sentido de profesión liberal), la Constitución (que consagra la defensa como un derecho fundamental), y el Código penal (según cuya regulación la abogacía puede encajar dentro de una fórmula de exención de responsabilidad), como a continuación se muestra.

En el sector profesional concernido el *Código de ética del abogado*[54] *define precisamente la abogacía como "una profesión liberal" (art. 2), que "tiene por fin la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de Derecho, la justicia y el orden social" (art. 3), siendo una "parte esencial de la defensa*

[53] Merten: *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 6.

[54] El actual Código de Ética del Abogado fue promulgado por Resolución de Presidencia de la Junta de Decanos N° 01-2012-JDCAP-P, de 14 de abril de 2012.

del orden democrático a través de su participación en el sistema jurídico del país" (art. 4). La esencia de la profesión radica en que el abogado es un "servidor de la justicia y su deber profesional es defender los derechos de sus patrocinados, honrando la confianza depositada en su labor" (art. 5), con el deber fundamental de "actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe" (art. 6,1). En el trato abogado-cliente, este orden normativo establece que "el abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad" (art. 12). El único límite del patrocino que el Código de ética impone al abogado consiste en el deber de "abstenerse de aceptar patrocinar en aquellas causas en donde haya estado en capacidad de conocer que el fin o los medios propuestos para el patrocinio son ilegales" (art. 19,b). Respecto al cobro de los honorarios rige una libertad de determinación, en virtud de lo cual "el abogado y su cliente establecerán, de mutuo acuerdo y libremente, el importe y modalidad de los honorarios profesionales" (art. 50). En relación a la competencia del abogado patrocinante, la Ley Orgánica del Poder Judicial[55] *precisa que "la abogacía es una función social al servicio de la justicia y el Derecho. Toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el abogado de su libre elección" (art. 284). A la par establece que "son deberes del abogado patrocinante actuar como servidor de la justicia, patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, guardar el secreto profesional y cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente (art. 288,1, 2, 4 y 8). Los derechos del abogado patrocinante consisten en "defender con independencia a quienes se lo soliciten en cualquier etapa del proceso, y concertar libremente sus honorarios profesionales" (art. 289, 1 y 2). Por su*

[55] Dec. Supr. Nº 017-93-JUS, publicado el 3 de junio de 1993.

parte, la Constitución trata la cuestión estableciendo que "toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar, así como a la legítima defensa" (art. 2, 1 y 23). Agrega que "son principios y derechos de la función jurisdiccional: el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona (…) tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste" (art. 139, 14). El *Código penal* aporta una fórmula de exención, en virtud de lo cual "está exento de responsabilidad penal el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" (art. 20,8)

En medio de esta constelación de normas es evidente que la abogacía encarna un conjunto de valores que no pueden ser desconocidos al momento de determinar el juicio de valoración acerca de si le alcanza o no el sentido del tipo penal de lavado de activos por la cobranza de un honorario profesional que tenga como fuente de origen un delito precedente. Sin duda, en la medida que el propio Código de ética del abogado ha determinado que la libertad de patrocinio no es ilimitada, con la restricción que él "debe abstenerse de aceptar patrocinar en aquellas causas en donde haya estado en capacidad de conocer que el fin o los medios propuestos para el patrocinio son ilegales" (art. 19, b), el letrado excederá los límites del riesgo permitido si en el contexto concreto de la acción el ejercicio de la profesión alcanza el sentido de poner su servicio profesional a los unos fines ilegales, sin que, evidentemente, nada impida la pertenencia del lavado al conjunto de tales fines. La Ley Orgánica del Poder Judicial acentúa lo dicho al circunscribir la "función social" de la abogacía al "servicio del Derecho" (art. 284).

De lo anotado se infiere que la única restricción del ejercicio de la abogacía que pudiera alcanzar consecuencias jurídico-penales en el ámbito del lavado de activos radica en lo que el propio

sector profesional fija como deber del abogado el de abstenerse a aceptar patrocinios donde la propia aceptación y posterior ejecución del encargo puede reunir el sentido comunicativo de colocar la profesión al servicio de fines ilegales, en este caso a los fines de "dificultar" la identificación del origen ilícito del activo, o de "dificultar" su incautación y decomiso", como modalidades de los actos de "conversión y transferencia" (art. 1), "ocultamiento y tenencia" (art. 2), y "transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional del dinero o títulos valores de origen ilícito" (art. 3) de la ley contra el lavado de activos. El estereotipo profesional del abogado, caracterizado esencialmente como "servidor de la justicia" y "defensor de los derechos de las personas" pierde su significado de inocuidad jurídico-penal cuando adopta un giro delictivo, lo que se aprecia con más frecuencia en los casos de asesoría jurídica y asunción de gestiones de actividades comerciales como en la compra y venta de bienes inmuebles, en la administración de patrimonios, la apertura de cuentas, etc. Esta situación ha dado lugar a que las modernas legislaciones dirijan la puntería sobre todo al campo de la asesoría asesoría legal del abogado –con más frecuencia en el caso de la asesoría mercantil y societaria– como lugar común para regular de alguna forma los límites que demarcan el ejercicio de esta profesión liberal entre el riesgo permitido y la conducta típica de lavado[56].

No ocurre lo mismo en cambio con el instituto de la defensa penal, en cuya actividad pareciera condensarse el estereotipo

[56] Da cuenta de esta situación Hamacher, *wistra* 4/2012, 37, con la reflexión que a causa de esta situación cobra gran importancia el cumplimiento de los deberes de aseguramiento por parte del abogado que, en buena cuenta, puede ser facilitado mediante una continua vigilancia de la relación comercial con una clara definición y explicación de la clase y fines del negocio. Véase asimismo, Coca Vila: *InDret* 4/2013, 6 ss.

liberador de responsabilidad penal del abogado[57]. En medio de esta cuestión, no nos parece correcto que la fenomenología del ejercicio profesional deba condicionar la solución del problema, pues será más bien el propio contexto social de actuación profesional, llámese de asesoría, llámese de defensa, donde se definirá y esclarecerá si la conducta del abogado extralimita sus competencias diferenciadas por el sistema jurídico.

Con base en los derechos fundamentales al "libre desarrollo y bienestar" y "a la defensa" (arts. 2,1; 2, 23 y 139,14 de la Constitución), así como la exención de responsabilidad cuando el abogado obre en el "ejercicio legítimo de un derecho o un oficio" (art. 20,8 CP peruano), el letrado tiene la garantía de ejercitar sus competencias en libertad, formando parte de ellas el derecho a percibir un honorario, con el único límite de no convertir la percepción en acciones de "dificultar" la identificación del origen ilícito del dinero destinado al pago de honorarios ni tampoco "dificultar" la incautación o decomiso del mismo. El límite demarcador entre mantenerse dentro de la juridicidad o salir fuera de ella, no puede operar, en el lado subjetivo del hecho. En esta línea de pensamiento existen unos pronunciamientos del Tribunal Federal[58] y del Tribunal Constitucional alemán[59], donde señalan por un lado que la "aceptación de dinero maculado como honorario por una defensa penal en conocimiento de su origen configura el § 261,2,1 StGB"[60], y, por otro, que "la aceptación de honorario por un defensor penal es punible como lavado de activos sólo cuando tenga un conocimiento positivo del origen

[57] Wohlers: *StV* 7/2001, 427.

[58] Sentencia del BGH de 4 de julio de 2001, 2 StR 513/00, en BGHSt. 47, 68 ss.

[59] Sentencia del BVerfG de 30 de marzo de 2004, 2 BvR 1520/01, en *wistra* 2004, 217 ss.

[60] BGHSt. 47, 71.

del honorario"[61]. El Tribunal Constitucional no obstante es tibio al sustentar las razones de su decisión, pues al haber puesto el límite demarcador de la licitud del honorario profesional –restringiendo así la libertad de actuación del abogado– en un sentido subjetivo, termina afectando la salvedad que él mismo prevé para no incurrir en una afectación del instituto de la libre elección de la defensa mediante una "prohibición por exceso"[62].

El problema que genera una carga argumentativa en sentido subjetiva es la solución descontextualizada que propone, pues el abogado es considerado no en el estatus que él ostenta, o como es visto socialmente, sino en su humanidad, como un sistema psicofísico que debe responder por todo lo que sabe, por todos los conocimientos especiales que porta –cuando, todo lo contrario, "los conocimientos especiales que puede tener el sujeto no han de tomarse en cuenta"[63]– en una suerte de *relación psíquica* con la norma y no en una *relación normativa* en función de las competencias, en este caso profesionales, diferenciadas por el sistema jurídico. La solución de corte subjetiva es adoptada de un modo preferente por la doctrina dominante a partir de una interpretación del Derecho positivo. Esto se comprueba en el caso alemán, donde los parágrafos 26 y 27 del StGB[64] –de una forma

[61] BVerfG *wistra* 2004, 219.

[62] BVerfG *wistra* 2004, 224.

[63] Villavicencio Terreros: *Derecho penal. Parte general,* 329.

[64] El tenor literal de ambos parágrafos reza del modo siguiente:
"§ 26: Instigación: Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico".
"§ 27: Complicidad: (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico. (2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1".

similar a los arts. 24 y 25 del CP peruano– perfilan en el dolo el requisito configurador de la participación. El enfoque subjetivo más destacado es el emprendido por Roxin, para quien si *a)* un actuante realiza una aportación a un tercero sabiendo que éste la utilizará para cometer un delito, entonces lo aportado deja de ser inocuo o cotidiano para convertirse en una participación punible. Se fundamenta una participación porque la aportación muestra de este modo una *relación de sentido delictiva*[65]. *Pero, la situación cambia b)* si el actuante sólo cuenta con la probabilidad que el autor cometerá un delito, esto es, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor. En este caso, si el conocimiento probable es similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el *principio de confianza*. En virtud de este principio todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una "inclinación reconocible al hecho" del otro no debilite esa suposición[66]. En esta línea argumentativa hay quien considera que los casos donde la procedencia del honorario es cuanto menos "dudosa"[67] para el abogado, éste debe dejar la defensa si no quiere convertirse en responsable de lavado de activos. El derecho de contar con el abogado de confianza está así reducido únicamente para los supuestos en que el honorario es manifiestamente lícito. En tal caso, el sistema judicial no dejaría en desamparo al imputado, quien puede acudir al "abogado de oficio".

Evidentemente, existe un problema metodológico detrás de la teoría subjetiva: la relevancia o irrelevancia penal de una conducta no comienza en el examen de lo que el sujeto sabe, sino en la relación jurídica de la conducta en sentido objetivo, pues, si de

[65] Así Roxin: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. T. II*, 26/224.

[66] Así Roxin: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. T. II*, 26/241.

[67] Reichert: *NStZ* 2000, 317.

antemano un comportamiento no representa alteración alguna del orden social jurídicamente protegido, ni implica la defraudación de las expectativas que el Derecho penal estima esenciales para la convivencia social pacífica, entonces no se altera el espacio del riesgo permitido. Así, carece de toda relevancia e interés indagar el aspecto subjetivo del actuante. Con evidente razón, Jakobs sostiene que "una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena"[68]. Esto significa que el orden de análisis más convincente desde una perspectiva normativa comienza por determinar en primer lugar la tipicidad objetiva, y, sólo una vez superada esta fase de la imputación, es posible pasar al siguiente nivel, para el análisis de la tipicidad subjetiva[69]. Dicho en una forma más sencilla: el juicio de tipicidad comienza con el análisis acerca de si una determinada conducta ha superado los límites de lo socio-jurídico aceptado como riesgo permitido para luego recién pasar a abordar la imputación subjetiva. En el campo de lo objetivo se constata la infracción de un deber derivado del ámbito de competencias del sujeto. La determinación de la imputación jurídico-penal del comportamiento es un asunto que se resuelve en el lado objetivo del hecho. Esto es así porque "es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, es-

[68] Jakobs: *Estudios de Derecho penal*, 302.

[69] Así Feijóo Sánchez: *Imputación objetiva en Derecho penal*, 113 s.

tructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero o a la víctima"[70].

Con lo dicho se quiere destacar que la delimitación de las esferas de libertad de acción de la persona, que para el Derecho penal importa como "delimitación del comportamiento prohibido"[71], o delimitación de esferas de libertad o responsabilidad, no puede ser emprendida en el ámbito de lo subjetivo, sino, y únicamente, en el lado objetivo del tipo, lo que constituye el campo de acción de la teoría de la imputación objetiva[72]. "Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde un punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello al extremo que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería

[70] Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, 53; véase además sobre este aspecto las consideraciones de Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá: *Un nuevo sistema del Derecho penal*, 82 ss.

[71] Frisch: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 84, 411 ss.

[72] Müssig: *wistra* 6/2005, 202; Sánchez-Vera Gómez-Trelles: *Indret* 1/2008, 5 ss.; con buenas razones, basando su argumentación en la adecuación social, en virtud de lo cual se muestra el honorario profesional del abogado como "no merecible de pena", puede verse Ranft: *Jura* 11/2004, 765. En el Perú es muy acertado el enfoque de García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*, 523 ss., al resolver el problema del pago de honorarios profesionales a los abogados en ámbito del tipo objetivo, y, concretamente, mediante el instituto de la prohibición de regreso.

asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares"[73]. Por esta razón, en aplicación de la pauta metodológica acabada de exponer, lo correcto es afirmar que mientras el honorario honre un servicio profesional asumido es indiferente su procedencia, rige así para el abogado una prohibición de regreso con el efecto directo de considerar su conducta *neutra*[74]. En esta línea de argumentación merece destacar la aportación de García Cavero, para quien "la prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito"[75]. Agrega además "no consideramos correcto prescindir o restringir la aplicación de la prohibición de regreso en el ámbito del delito de lavado de activos. No vemos una razón de peso para mantener la vigencia de la prohibición de regreso en conductas relacionadas con el bien jurídico vida y negarla en el caso del lavado de activos"[76].

La Constitución garantiza al abogado ejercitar su profesión como una expresión de autodeterminación personal, de modo que percibir honorarios por la prestación de un servicio profesional no reúne sentido alguno de ocultar el origen de capitales,

[73] Jakobs: *La imputación objetiva*, 19.

[74] Así Caro John, *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, 284 ss. La Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de fecha 23 de julio de 2007 (ponente Rodríguez Tineo), señala respecto a la *conducta neutra* en el Considerando Cuarto que "quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna del alcanzar el nivel de una participación punible".

[75] García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*, 523.

[76] García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*, 524.

no excede el espacio de libertad jurídicamente reconocido al ciudadano como elemento integrante de su "derecho al libre desarrollo y bienestar". En estricto lenguaje jurídico-penal se entiende que la conducta neutra nunca alcanza el nivel ni de la autoría (art. 23 CP peruano), ni de la participación (arts. 24 y 25 CP peruano), en cualesquiera de sus modalidades conocidas. Siempre que esta clase de conducta se desenvuelva sin trastocar el sentido inherente a su configuración cotidiana, "no posee tendencia alguna hacia lo injusto"[77], "no crea peligro alguno desaprobado jurídicamente para el bien jurídico"[78]. Este fue el criterio del Tribunal Superior de Hamburgo al acotar que "un defensor penal que percibe honorarios con valores patrimoniales procurados por su cliente mediante un hecho antijurídico (…) en conocimiento de su origen, en principio no responde penalmente por lavado de activos"[79]. La Corte Suprema peruana también se ha pronunciado en esta línea al establecer como precedente vinculante que "es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios standard o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese

[77] Hassemer: *wistra* 1995, 42.

[78] Löwe-Krahl: w*istra* 1995, 205.

[79] OLG Hamburg, Resolución de 6 de enero de 2000 – 2 Ws 185/99, véase en *wistra 3*/2000, 105.

espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos"[80].

Naturalmente, el carácter neutro del ejercicio de la abogacía en los términos expuestos prevalece también sobre los casos cuando la procedencia del honorario le resulta "dudosa" al abogado. Recuérdese que el alcance de la teoría subjetiva a estos supuestos condujo a argumentar que el abogado debía dejar la defensa y que para el imputado está la defensa de oficio[81]. Sin embargo, esta solución, además de no ser plausible metodológicamente por definir prácticamente el sentido jurídico-penal de la conducta en el campo de lo subjetivo, en los términos acabados de exponer, afecta claramente el instituto del derecho a la libre elección del abogado como componente esencial del derecho fundamental a la defensa de toda persona. La defensa de oficio cumple "sólo una función residual"[82], imaginada para un procesado sin recursos, pero si el inculpado dispone de recursos suficientes, piénsese sobre todo en los casos de patrimonios mixtos, donde sólo existe la sospecha de ilicitud sobre una parte de los bienes ¿por qué entonces el imputado tendría que verse obligado a renunciar a su libertad de libre elección –garantizado por los §§ 137 y 138 del StPO, el art. IX del Título Preliminar del CPP, y el art. 284 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– de su abogado defensor de confianza? En la práctica se dan casos donde el procesado incluso

[80] Acuerdo Plenario N° 03-2010, fundamento jurídico 26.

[81] Reichert: *NStZ* 2000, 317.

[82] Ambos: *JZ* 2/2002,73.

no se deja asesorar ni defender por un solo abogado, sino por un equipo de abogados como estrategia de una defensa exitosa.

Pero, qué duda cabe que el abogado sólo puede disfrutar de este privilegio cuando circunscribe su actividad en estricto a un asesoramiento o una defensa que no extralimite el sentido comunicativo del estereotipo profesional. En la dogmática penal alemana este estereotipo está marcado por constituir el abogado un "órgano de la administración de justicia"[83], en el Perú por representar "la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de Derecho"[84]. Es decir, posee una competencia diferenciada claramente en la juridicidad y no en la ilicitud. Por ello, el panorama cambia cuando da un giro delictivo a su actividad profesional para, p. ej., asesorar al cliente sobre cómo obtener una mayor rentabilidad de los bienes obtenidos, o cómo transferir bienes utilizando testaferros, o acordar honorarios ficticios con la promesa de devolución al cliente, o cómo ocultarlos de manera eficaz a la acción de las autoridades, etc., con lo cual en dichos supuestos decae la prohibición de regreso adquiriendo la conducta un sentido delictivo. Tiene razón García Cavero al plantearse "la pregunta que habrá que hacerse aquí es si el abogado que recibe honorarios con conocimiento cierto o eventual de su origen participa en un circuito orientado a reintroducir el dinero sucio en el tráfico económico legal. La respuesta es negativa, siendo la única excepción en el caso que se simule un honorario con la finalidad de darle apariencia de legalidad a los fondos recibidos como retribución"[85].

[83] BVerfG *wistra* 2004, 224.

[84] Art. 3 del Código de Ética del Abogado.

[85] García Cavero: *Derecho penal económico. PE.*, 526.

En estos supuestos el letrado contribuye directamente con su conducta tanto al mantenimiento de la capacidad económica del autor del delito previo, como a ocultar o alejar esa capacidad económica de las acciones estatales encaminadas a su descubrimiento, incautación y posterior decomiso. Por lo mismo, incurre en un acto de lavado de activos[86]. Vale decir, la adaptación de la conducta del profesional a un contexto delictivo hace perder la naturaleza neutra de su conducta. La conducta del abogado en este supuesto excede los límites del riesgo permitido y alcanza el sentido de un acto de ocultamiento o encubrimiento del dinero convertido en supuesto honorario por el servicio profesional. De este modo, no se "da tregua" a que la abogacía sirva de cortapisa a la "lucha eficaz" emprendida, sobre todo para contrarrestar los impactos negativos que puede ocasionar el ocultar capitales sucios en el sistema social obtenidos mediante un delito precedente.

5. ¿DEBER DE CONFIDENCIALIDAD VS. DEBER DE DENUNCIA DEL ABOGADO?

Como se ha expuesto, el trasfondo de la norma antilavado apunta a atacar el ocultamiento del bien, en una suerte de cerco o arrinconamiento del delincuente para privarlo de toda posibilidad de disfrute de la ganancia ilícita generada por su delito. En este panorama ¿el abogado tiene el deber de cargar sobre sus hombros la responsabilidad de hacer más eficaz la lucha antilavado comunicando a las autoridades sobre las actividades de lavado de su cliente?

El Tribunal Constitucional peruano ha reparado en que "todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender

[86] Ragués y Vallès: *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 158.

la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"; en consecuencia, "en caso de existir indicios de la comisión de un hecho ilícito, tanto las autoridades como cualquier ciudadano de la República están en la obligación de comunicar este hecho ante la autoridad competente, esto es, al Ministerio Público, al que le corresponde actuar conforme a sus atribuciones". Prosigue, "al representante del Ministerio Público le compete realizar las investigaciones necesarias para determinar la probable comisión de un ilícito, conforme a lo dispuesto en los incisos 1) y 5) del artículo 159 de la Constitución"[87].

Sin duda, de lo sentenciado por el máximo tribunal sólo es posible deducir un *deber de peruanidad*, cuyo incumplimiento mostrará a quien no denuncie las noticias que tenga acerca de la comisión de un delito a lo sumo como un "mal peruano", pero, de ninguna manera le generará una responsabilidad penal. Los mandatos constitucionales requieren de una norma de concreción penal para poder ser exigible su cumplimiento que, en el presente caso, no existe. El sistema jurídico ha concretado la competencia general del deber de denuncia circunscribiéndolo en el art. 407 CP peruano[88] únicamente a quien "por su profe-

[87] STC. Exp. N.° 1068-2007-PHC/TC, Caso Artaza Cardoza, fundamentos jurídicos N° 3 y 4.

[88] El texto vigente del art. 407 CP peruano (luego de su modificación por Ley N° 28516, publicada el 23 de mayo de 2005) es el siguiente:
"*Omisión de denuncia*.- El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.
Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.
Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años."

sión o empleo" esté obligado a denunciar las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, con la consecuencia de que quien se ubique fuera de este grupo, mejor dicho, quien no esté comprendido por el sentido jurídico de este deber, no está obligado a cumplirlo. En el caso del abogado, es palpable que el estereotipo socio-normativo que tiene en la sociedad y en el ordenamiento jurídico es de patrocinar, de defender, de asesorar, y no de denunciar a su propio cliente. Consciente de esta realidad, tal parece que el legislador nacional en su emprendida "lucha eficaz" contra el lavado de activos ha considerado que puede lograrse dicho propósito sin necesidad de tener que trastocar el sistema de confianza y confidencialidad que acompaña a la profesión del abogado. En esto radica el "privilegio"[89] del instituto de la libre elección de un abogado. Un paso en sentido contrario sería contraproducente sobre todo para el ciudadano honrado, pero celoso de su intimidad, que se resistirá a ser escrutado e investigado por el profesional a quien deposita toda su confianza en una defensa o asesoramiento legal, generándosele el problema de tener mejor que "recurrir al consejo de zurupetos que no figuren en la lista de sujetos obligados"[90].

La Ley Orgánica del Poder Judicial impone de manera clara al abogado patrocinante el deber[91] de "patrocinar con sujeción a los principios de lealtad (…)" y a "guardar el secreto profesional". El propio gremio fija como un elemento inherente al rol del abogado para con su cliente al deber de "confidencialidad y lealtad"[92]. Ninguna de las regulaciones administrativas dise-

[89] Hamacher, *wistra* 4/12, 137.

[90] Sánchez Stewart: *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero*, 15.

[91] Art. 288, inc. 2 y 4.

[92] Art. 12 del Código de Ética del Abogado.

ñadas en el marco de la prevención y represión del lavado de activos le otorga la condición de "sujeto obligado". El abogado no tiene deber jurídico alguno de informar a la UIF-Perú, por eso, aun cuando pueda sonar crudo, la consecuencia legal de la ausencia de regulación es que el abogado puede hacerse de la vista gorda y cobrar sus honorarios no obstante le sea evidente su procedencia delictiva.

El ejercicio de la abogacía se encuentra al margen de determinados contextos en que el actuante cotidiano tiene un deber subsidiario que cumplir –aquí, el deber de denunciar– (art. 407 CP peruano; § 138 StGB). El ciudadano es tomado como un *colaborador de la administración*[93] que se integra al servicio estatal de protección con el deber de contribuir al aseguramiento de la estabilización del sistema jurídico. A esto se refiere Silva Sánchez con el modelo de gestión estatal de riesgos en un sistema de "prevención técnica descentralizada" de lavado de activos consistente en el deber de todo ciudadano –en una forma de delegación de la competencia estatal– de colaborar, p. ej., mediante la denuncia de operaciones sospechosas, atribuyéndole propiamente "funciones de policía administrativa"[94]. En este contexto el deber de solidaridad muestra con fuerza su función subsidiaria frente a los deberes negativos que se ven respetados mediante la conducta neutra. Pero en el derecho positivo el deber recae actualmente sólo sobre los notarios públicos, fiduciarios, administradores de bienes, martilleros, entre otros, que tienen la

[93] Fundamental al respecto, Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*, 186 ss.

[94] Silva Sánchez: *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero*, 135 s., aunque reconociendo que el alcance de tal función se restringe tan sólo al ámbito administrativo, ante cuya omisión se sanciona administrativamente: "precisamente para hacer frente esa obligación el Notariado ha procedido a crear su Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo" (nota al pie 7).

condición de "sujetos obligados" a comunicar a la UIF-Perú del conocimiento que tengan sobre las operaciones sospechosas en que incurran sus clientes o personas con quienes tengan contacto en el ejercicio de sus actividades[95]. La infracción de este deber de comunicación sólo genera sanciones administrativas, más no penales. Con todo, para que sea posible exigir al abogado el cumplimiento de deberes mínimos de solidaridad –deber denuncia– debe existir cuanto menos un deber jurídico plasmado en una norma jurídica que fije la pauta de conducta en este sentido, que en el Perú de hoy no existe para el abogado. En consecuencia, el deber de confidencialidad que orienta la relación abogado-cliente rige plenamente sin restricción normativa alguna.

[95] Cuentan al respecto el art. 8 de la Ley 27693 "Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera", de 12 de abril de 2002; también al art. 3 de la Ley 29038 "Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones", de 12 de junio de 2007. En el caso especial del *notario* existe la Resolución S.B.S. N° 5709 "Normas especiales para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los notarios", de 10 de agosto de 2012, que establece propiamente las competencias y sanciones del notario dentro del sistema de prevención de lavados de activos. Asimismo, la Resolución S.B.S. N° 6338-2012 "Registro de empresas y personas que efectúan operaciones financieras o de cambio de moneda, supervisadas en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo por la superintendencia de banca, seguros y AFP, a través de la UIF-Perú", de 21 de agosto de 2012, regula las competencias y sanciones del *cambista* como sujeto obligado a colaborar en la prevención y detección de lavado de activos en su sector. Por último, está la Resolución S.B.S. N° 2249-2013 "Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los agentes de aduana y dueños, consignatarios o consignantes autorizados para operar como despachadores de aduana, de 8 de abril de 2013, que precisa las competencias y sanciones de los "agentes de aduana" y "despachadores de aduana" en la presente materia.

Bibliografía

- Altenhain, Karsten: comentario al § 261, en Urs Kindhäuser / Ulfried Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 3, 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, cit.: *NK StGB*-Altenhain: § 261.

- Ambos, Kai: "Annahme 'bemakelten' Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche im Lichte des Völker- und ausländisches Rechts, en *JZ* 2/2002, 70-82, cit.: Ambos: *JZ* 2/2002. Existe una versión traducida al español: La aceptación por el abogado defensor de honorarios « maculados »: lavado de dinero. Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 33. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación Filosofía y Derecho. Bogotá (Colombia) 2004.

- Arzt, Günther: "Geldwäscherei – Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begüstigung, en *NStZ* 1990, 1-6, cit.: Arzt: *NStZ* 1990.

- Arzt, Günther: "Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall", en *JZ* 1993, p. 913-917, cit.: Arzt: *JZ* 1993.

- Barton, Stephan: "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB), en *StV* 3/1993, 156-163, cit.: Barton: *StV* 3/1993.

- Bernsmann, Günther: "Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem

besonderen Rechtfertigungsgrund", en *StV* 1/2000, 40-45, cit.: Bernsmann: *StV* 1/2000.

– Caro Coria, Dino Carlos / Asmat Coello, Diana Marisela: "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en Manuel Abanto Vásquez, José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe (eds.), *Imputación y sistema penal, Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores, 2012, 416-438, cit.: Caro Coria/Asmat Coello: *Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*.

– Caro John, José Antonio: "Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso", en Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, 285-305, cit.: Caro John, *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*.

– Caro John, José Antonio: "Impunidad del 'autolavado' en el ámbito del delito de lavado de activos", en Idem, *Dogmática penal aplicada,* Lima: ARA Editores, 2010, 181-207, cit.: Caro John, *Dogmática penal aplicada*.

– Caro John, José Antonio: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot,* Baden-Baden: Nomos, 2007, cit.: Caro John: *Das erlaube Kausieren verbotener Taten*.

– Cobo del Rosal, Manuel / Zabala López-Gómez: Carlos, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales,* Madrid: CESEJ Editores, 2005, cit.: Cobo del Rosal / Zabala López-Gómez: *Blanqueo de capitales*.

– Coca Vila, Ivó: "El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud* contra *Francia*", en *InDret* 4/2013, 1-28, cit.: Coca Vila: *InDret* 4/2013.

– Feijóo Sánchez, Bernardo: *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima: Grijley, 2002, cit.: Feijóo Sánchez: *Imputación objetiva en Derecho penal*.

– Fernandez, Lovell / Heinrich, Bernd: "Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Honorars nach Südafrikanischem und Deutschen Recht", en *ZStW* 126 (2014), 328-445, cit.: Fernandez/Heinrich: *ZStW* 126 (2014).

– Fertig, Matthias: *Grenzen einer Inkriminierung des Wahlverteidigers wegen Geldwäsche. Ein Beitrag zur praktischen Konkordanz im Strafrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, cit.: Fertig: *Grenzen einer Inkriminierung*.

– Frisch, Wolfgang: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2004, cit.: Frisch: *Comportamiento típico e imputación del resultado*.

– Gálvez Villegas, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos: criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo No. 1106*, Lima: Instituto Pacífico, 2014, cit.: Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*.

- García Cavero, Percy: "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: el delito previo y la cláusula de aislamiento", en Manuel Abanto Vásquez, José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe (eds.), *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores, 2012, 415-438, cit.: García Cavero: *Libro Homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*.

- García Cavero, Percy: *Derecho penal económico. Parte Especial*, T. II., Lima: Grijley, 2007, cit.: García Cavero: *Derecho penal económico. Parte Especial*.

- Glaser, Reinhard: *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme,* München: Utz, 2009, cit.: Glaser: *Geldwäsche*.

- Gössel, Karl Heinz / Dölling, Dieter: *Strafrecht. Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 2a. ed., Heidelberg: C.F.Müller, 2004, cit.: Gössel/Dölling: *Strafrecht. Besonderer Teil 1*.

- Hamacher, Rolfjosef, "Das anwaltliche Berufgeheimnis und die Geldwäsche", en *wistra* 4/2012, 136-141, cit.: Hamacher, *wistra* 4/2012

- Hassemer, Winfried: "Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung", en *wistra* 2, 3/1995, 41-46 y 81-87, cit.: Hassemer: *wistra* 1995.

- Hefendehl, Roland: "Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht missglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? – Die 'Geldwäsche' durch den Strafverteidiger–, en *FS Roxin*, Berlin/New York, 2001, 145-169, cit.: Hefendehl: *FS Roxin*.

- Hoyer, Andreas: comentario al § 261 en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 4, 8a ed., Köln: Carl Heymanns, entrega: abril 2014, cit.: *SK StGB*-Hoyer: § 261.

- Jakobs, Günther: "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en Idem, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas 1997, 293-324, cit.: Jakobs: *Estudios de Derecho penal*.

- Jakobs, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Lima: Editora Jurídica Grijley, 1998, cit.: Jakobs: *La imputación objetiva*.

- Jakobs, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas 1996, cit.: Jakobs: *Sociedad, norma y persona*.

- Jakobs, Günther: *System der strafrechtlichen Zurechnung,* Frankfurt am Main: Klostermann, 2012, cit.: Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*

- Kindhäuser, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte*, 7a ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, cit.: Kindhäuser: *Strafrecht. Besonderer Teil*, T. II.

- Krey, Volker / Hellmann, Uwe/ Heinrich, Manfred: *Strafrecht. Besonderer Teil.* Tomo 1: *Besonderer Teil ohne* Vermögensdelikte, 15a. ed., Sttutgart: Kohlhammer 2012, cit.: Krey/ Hellmann/Heinrich: *Strafrecht. Besonderer Teil.* T. 1.

- Lampe, Ernst Joachim: "Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB), en *JZ* 1994, 123-132, cit.: Lampe: *JZ* 1994.

- Leip, Carsten: *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, Berlin: Spitz, 1995, cit.: Leip: *Der Straftatbestand der Geldwäsche*.

- Lesch, Heiko: "Beihilfe durch 'rollenadäquates' Verhalten?", en *FS Schiller*, Baden-Baden 2014, 448-473, cit.: Lesch: *FS Schiller*.
- Löwe-Krahl, Oliver: "Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden – die tabestandsmässigkeit berufstypischer Handlungen", en *wistra* 6/1995, 201-206, cit.: Löwe-Krahl: w*istra* 1995.
- Luhmann, Niklas: *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, cit.: Luhmann: *Soziale Systeme*.
- Matt, Holger, "Geldwäsche durch Honorarannahme eines Strafverteidigers. Besprechung von BGH, Urteil vom 4.7.2001, S StR 513/00", en *GA* 2002, 135-152, cit.: Matt: *GA* 2002.
- Merten, Detlev: *Rechtsstaat und Gewaltmonopol,* Tübingen: Paul Siebeck, 1975, cit.: Merten: *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*.
- Müssig, Bernd, "Strafverteidiger als 'Organ der Rechtspflege' und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerfG", en *wistra* 6/2005, 201-206, cit.: Müssig: *wistra* 6/2005.
- Neuheuser, Stephan: comentario al § 261 en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 4, 2a ed., München: C.H. Beck, 2012, cit.: *Müko StGB*-Neuheuser: § 261.
- Otto, Harro: "Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens", en *JZ* 9/2001, 436-444, cit.: Otto: *JZ* 9/2001.
- Paredes Castañón, José Manuel / Rodríguez Montañés, Teresa: *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, cit.: Paredes Castañón/Rodríguez Montañés: *El caso de la Colza*.
- Páucar Chappa, Marcial Eloy: *La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y Jurisprudencia*, Lima: ARA Editores, 2013, cit.: Páucar Chappa: *La investigación del delito de lavado de activos*.
- Pawlik, Michael: *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, cit.: Pawlik: *Das Unrecht des Bürgers*.
- Pawlik, Michael: *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin, New York: de Gruyter, 2002, cit.: Pawlik: *Der rechtfertigende Notstand*.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013, cit.: Prado Saldarriaga: *Criminalidad organizada y lavado de activos*.
- Ragués y Vallès, Ramon: "Blanqueo de capitales y negocios standard". Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo", en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003, 127-161, cit.: Ragués y Vallès: *¿Libertad económica o fraudes punibles?*
- Ranft, Otfried: "Verteidigerhonorar und Geldwäsche – die Entscheidung des BVerfG vom 30.3.2004", en *Jura* 11/2004, 759-765, cit.: Ranft: *Jura* 11/2004.
- Reichert, Christoph: "Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 6.1.2000 (Az: 2 WS 185/99), en *NStZ* 2000, 316-318, cit.: Reichert: *NStZ* 2000.

- Roxin, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Tomo II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München: C.H. Beck, 2003, cit.: Roxin: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. T. II.*

- Sánchez Stewart, Nielson: "Abogados y blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel / Sánchez Stewart, Nielson (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, Valencia Tirant lo blanch, 2011, 11-30, cit.: Sánchez Stewart: *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero*

- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: "Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva", en *Indret* 1/2008, 1-36, cit.: Sánchez-Vera Gómez-Trelles: *Indret* 1/2008.

- Schmidt, Wilhelm / Krausse, Juliane: comentario al § 261, en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, T. 8, 12a ed., Berlin, New York: De Gruyter, 2010, cit.: *LK StGB*-Schmidt/Krausse: § 261.

- Silva Sánchez, Jesús-María: "Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel / Sánchez Stewart, Nielson (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, Valencia Tirant lo blanch, 2011,131-137, cit.: Silva Sánchez: *II Congreso sobre prevención y represión del delito de blanqueo de dinero.*

- Silva Sánchez, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2011, cit.: Silva Sánchez: *La expansión del Derecho penal.*

- Tiedemann, Klaus: "Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto. Observaciones sobre el 'caso Degusa'", en Idem, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, cit.: Tiedemann: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.*

- Vega Sánchez, María Victoria: *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Nueva Ley 10/2010 de 28 de abril,* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, cit.: Vega Sánchez: *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.*

- Villavicencio Terreros, Felipe A.: *Derecho penal. Parte general,* Lima: Grijley, 2006, cit.: Villavicencio Terreros: *Derecho penal. Parte general.*

- Wohlers, Wolfgang: "Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit", en *StV* 7/2001, 420-429, cit.: Wohlers: *StV* 7/2001.

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

- Anteproyecto de Ley que Modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos, de 17 de junio de 2001.

- Bundesrechtsanwaltsordnung [BRAO], Ordenanza Federal de la Abogacía

- Código de Ética del Abogado, promulgado por Resolución de Presidencia de la Junta de Decanos N° 01-2012-JDCAP-P, de 14 de abril de 2012.

- Código penal peruano de 1991.

- D. Leg. 1106, de 19 de abril de 2012.

- D. Leg. 986, de 22 de julio de 2007.
- Dec. Supr. Nº 017-93-JUS, de 3 de junio de 1993.
- Ley 27693, de 12 de abril de 2002.
- Ley 27765, de 27 de junio de 2002.
- Ley 29038, de 12 de junio de 2007.
- Resolución S.B.S. N° 2249-2013, de 8 de abril de 2013.
- Resolución S.B.S. N° 5709, de 10 de agosto de 2012.
- Resolución S.B.S. N° 6338-2012, de 21 de agosto de 2012.
- Strafgeseztbuch, Código penal alemán.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010.
- R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente Rodríguez Tineo).
- Sentencia del OLG Hamburg, de 6 de enero de 2000, en *wistra* 3/2000, 105 ss.
- Sentencia del BGH de 4 de julio de 2001, 2 StR 513/00, en *BGHSt*. 47, 68 ss.
- Sentencia del BVerfG de 30 de marzo de 2004, 2 BvR 1520/01, en *wistra* 2004, 217 ss.
- Sentencia del BGH de 4 de julio de 2001, 2 StR 513/00, en *BGHSt*. 47, 68 ss.

NORMATIVIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN EL BLANQUEO DE CAPITALES: CUESTIONES PROBLEMÁTICAS FUNDAMENTALES DE PARTE GENERAL[*]

Miguel Polaino-Orts

[*] El autor agradece la amable invitación a las entidades organizadoras, la cálida recepción a los directores y coordinadores del evento (Prof. Dr. *Dr. h. c.* Kai Ambos, Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria y Prof. Dr. Ezequiel Malarino) y la gentil disposición al diálogo y al debate científico a todos y cada uno de los expositores e intervinientes en las sesiones del Seminario.

Resumen:

En el presente estudio se analiza la técnica incriminatoria de las conductas (dolosas y culposas) de blanqueo de capitales en las legislaciones actuales y se concluye que dicha técnica es intrínsecamente incoherente y dogmáticamente insatisfactoria. Además se diagnostica el exceso de naturalismo de que adolece dicha regulación y se aboga por una normativización integral, que redundaría, en opinión del autor, en un tratamiento más acorde a los principios constitucionales del sistema de Justicia penal.

1. PLANTEAMIENTO

Pues bien, los tiempos han cambiado. Los tiempos en los que los delitos contra la vida eran el centro de la discusión teórico-científica y, sobre todo, el banco de prueba de la Dogmática jurídico-penal han sido superados de manera definitiva. No es que no se cometan, y -consecuentemente- no es que carezcan de relevancia jurídico-penal delitos contra la vida, sino que, por un lado, la cifra de delitos que, cuantitativamente, se comete ya no se refiere, en mayoría, a atentados contra la vida, sino a delitos contra el patrimonio o contra el orden socio-económico; y, por otro, en los códigos penales han aflorado, en una rápida inflación, los tipos penales contra bienes jurídicos difusos o colectivos, de manera que se sancionan ahora proporcionalmente más conductas de peligro que de lesión, y en algunas ocasiones más comportamientos de organización que actos aislados, únicos o directos de acometimiento contra un bien personal. En suma: el paradigma del homicidio como delito de lesión, de autoría única y consumado ha ido dejando pasando, en relevancia criminológica y en discusión dogmática, a los tipo de peligro, de intervención delictiva y de tentativa (o, al menos, de anticipación de la punibilidad a estadios considerablemente alejados del "delito-fin" o de la lesión material).

Así las cosas, el banco de prueba de la Dogmática penal del presente y, especialmente, del futuro (inmediato, y aun a largo plazo) es el Derecho penal económico y empresarial. Este Seminario de hoy, celebrado en la cuna del Derecho penal clásico (esto es: del Derecho penal "de toda la vida": el de delitos de lesión, el de la autoría única, el del delito consumado), es un ejemplo de ello: un grupo de penalistas, de cinco países y de dos continentes, se reúne para discutir sobre una cuestión común, que no es -ciertamente- relativa al delito de homicidio sino a la problemática actualísima del Compliance y del lavado de activos (o, en terminología española: del blanqueo de capitales). Una cuestión, en fin, de Dogmática presente y futura, o -mayor precisión- un banco de prueba inmejorable de la validez de los asertos dogmáticos en la actualidad. Y a eso nos vamos a dedicar en las páginas siguientes: a demostrar si la Dogmática tradicional -una Dogmática surgida en su esencia y en su estructura fundamentales- ya en el S. XIX nos sirve aún hoy en día para seguir fundamentando el Derecho penal del S. XXI.

Todo el Derecho penal ha girado tradicionalmente en torno de los delitos contra la vida, paradigmáticamente del homicidio. "A mata a B": este ejemplo trivial, tan repetido a lo largo de los años en todos los países, ha sido el caso práctico de discusión de todos los problemas enjundiosos de la teoría del delito durante décadas. Cuestiones como la acción y la omisión, la autoría única y la colectiva, la culpabilidad, el dolo y la imprudencia, la tentativa y la consumación… han encontrado siempre un campo extraordinario de aplicación en aquella figura clásica dentro de la tipología delictiva. En suma, ese ejemplo mencionado, ha sido desde largo tiempo, el ejemplo recurrente y prototípico de los delitos de lesión, de autoría única y de delito consumado. Todo lo demás se concebía como una cuestión secundaria o derivada de esa visión dogmática fundamental: así, los delitos de peligro

se hacían derivar de los delitos de lesión, la intervención delictiva (lo que, tradicionalmente, se llamaba autoría y participación) se hacía depender de la autoría única, inmediata o directa, y la tentativa era siempre accesoria a la consumación ("tentativa de delito", se decía -y se dice, aun hoy día- cuando se habla de ese grado "imperfecto" de ejecución delictiva: ¿tentativa de qué delito? Pues lógicamente del delito consumado, erigido en la matriz fundamental de la tipología criminal).

En nuestra exposición trataremos los siguientes puntos: 1) En primer lugar, de una cuestión fundamental, que a su vez dividiremos en dos puntos de discusión, a saber: si aun nos sirve la Dogmática penal "ontológica" y "de siempre" o si requerimos necesariamente una Dogmática penal "normativista" o "de ahora", y además si la teoría del delito tradicional, surgida en esencia en el S. XIX, sigue siendo la base del sistema de Justicia penal aunque sea actualizada a las exigencias actuales, o si -por el contrario- nos hace falta una Dogmática penal de nuevo cuño, introducida *ex novo* en la Ciencia penal del momento presente; 2) En segundo término, nos ocuparemos de algunos problemas relativos a la imputación subjetiva del tipo de blanqueo de capitales, en concreto: la controvertida relación entre el tipo doloso y el tipo culposo o imprudente de ese delito; la problemática del conocimiento como fundamento de la responsabilidad; la cuestión, asimismo controvertida, de la responsabilidad del abogado por lavado de activos; y, finalmente, la problemática de la legitimidad del llamado "autolavado" (o "autoblanqueo") en el seno de la Dogmática penal actual. El trabajo finalizará con unas conclusiones. Entremos, pues, sin más demora, en materia.

2. LA DUDOSA VIABILIDAD DE UNA DOGMÁTICA TRADICIONAL PARA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y EMPRESARIAL

2.1 ¿Una Dogmática penal ontologista o una Dogmática normativista?

La primera cuestión se refiere a los fundamentos de la Dogmática actual. Desde luego, se trata de una cuestión que excede de los límites, relativamente angostos, del delito de blanqueo de capitales. Su relevancia puede extenderse a muchas cuestiones de fondo en la Dogmática penal. Pero es evidente que también en el delito de blanqueo se plantea esta sugerente problemática. A ello vamos a dedicar algunas breves consideraciones.

Durante el S. XIX y XX se desarrollaron, especialmente en Alemania, dos grandes sistemas dogmáticos, que pronto ganaron numerosos adeptos (entre ellos: penalistas de enorme prestigio) y alcanzaron una gran difusión en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales: el sistema causalista y el sistema finalista. Es evidente que ambas construcciones se enfrentaron científicamente en numerosos postulados (de hecho, el finalismo fue formulado por Welzel a partir de 1930 precisamente como crítica al causalismo, entonces tan en boga). Pero también es cierto que ambos sistemas compartían una cuestión en común, que a menudo suele desconocerse, a saber: que ponían el énfasis en un concepto estrella -en uno: la causalidad, en el otro: la finalidad- que compartían una misma naturaleza ontológica, prejurídica, naturalística, en suma: extranormativa. De hecho, ambas construcciones científicas hacían depender la relevancia penal de una conducta, y -en suma- la verificación de la responsabilidad penal de un sujeto de la constatación de ese elemento estrella fundamental (la causalidad, la finalidad), que aglutinaba un conjunto de condicionantes ontológicos que se imbricaban en la red naturalística en que consistía el Derecho penal.

A partir del S. XIX, y hasta bien entrado el S. XX, los más relevantes autores de la época, con independencia de su adscripción causalista o finalista, terminarían exigiendo en sus concepciones la presencia de elementos ontológicos o subjetivos para fundamentar la presencia de los más básicos conceptos o instituciones del Derecho penal. Conceptos como el bien jurídico, la acción, la autoría o la culpabilidad, por poner sólo cuatro ejemplos notorios, ponen a prueba la veracidad de cuanto afirmo. O, en general, el planteamiento de partida de esas Dogmáticas, que fue afianzado por el Finalismo, quien sobre la base de una Dogmática ontológica situó las *estructuras lógico-objetivas* (o *lógico-reales*) en la base misma de su construcción, hasta convertirse en la piedra de toque de la Dogmática penal finalista, encabezada por Welzel[1]. Conforme a esa concepción, se defendía que dichas estructuras ontológicas (singularmente los bienes jurídicos: vida, libertad, honor, etc.), no son creados por el Derecho, sino preexistentes a él: la norma, el legislador, el juez, etc. no crean la vida humana, sino que se limitan a valorar

[1] *Cfr.,* sobre la concepción finalista de las estructuras lógico-objetivas, Stratenwerth: *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, passim; Cerezo Mir: "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", *RGLJ*, julio-agosto 1961, 19 ss; Kolb: *Der Begriff der "Natur der Sache" in der höchsrichterlichen Rechtsprechung*, passim; Kwun: *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der "Natur der Sache" in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch*, passim; Schambeck: *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung,* passim; Kaufmann: *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus*, passim; Dreier: *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, passim;. Poulantzas: *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur,* passim; Garzón Valdés: *Derecho y "Naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo,* tomos I y II (esp., tomo I, p. 47 ss.).

los ataques realizados a tales bienes[2], existiendo de ese modo una *vinculación del legislador y del juez a las estructuras óntico-ontológicas*, una sujeción a la realidad, que debe ser tomada, aceptada y respetada tal como es, tal como está configurada, sin posibilidad de crearla ni de modificarla: únicamente las convierte en objeto de su valoración. Esta vinculatoriedad de los operadores jurídicos a las estructuras lógico-objetivas, esto es, a la realidad tal y como ella se presenta llevó a Welzel a calificar, en alguna ocasión[3], a dichas estructuras como categorías que contenían "verdades eternas".

Pues bien, frente a esa postura tradicional, especialmente a partir de los años 60 del siglo pasado resurge con fuerza una concepción normativizadora de la Dogmática penal. Desde luego, no dejaba de ser paradójico que el causalismo y el finalismo hicieran depender el Derecho penal (como Ciencia del deber ser) de elementos ontológicos (pertenecientes a una disciplina del ser). Para superar las incoherencias y límites estrictos a que se vería sometido el Derecho penal por la "dictadura" de lo ontlógico y lo subjetivo surge con brío posturas normativistas, que dan un giro fundamental a la Dogmática penal. Ese giro es visible en varias construcciones y en numerosos autores, pero quizá en ninguno con mayor claridad que en Jakobs. Éste, desde su postura funcionalista (llamada, a veces, con manifiesta extralimitación lingüística y terminológica: funcionalista *radical*, como si se dijera, pongamos por caso, de alguien que está "radicalmente casado": lo está o no lo está; se es funcionalista o no se es: *tertium non datur*), ha operado un proceso

[2] Welzel: *Der Gerichtsaal,* tomo 103, 1933, 340 s (Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 23 ss.); Id., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 12 ss.).

[3] Así, en la 3ª. edic. de su conocido libro *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit.*

de (re)normativización de los conceptos jurídicos consistente en desdotarlos de un contenido de significado prejurídico y que, en definitiva, conduce a la "quiebra" de la Dogmática penal ontologista[4].

Desde esta postura, conceptos como bien jurídico, acción y omisión, culpabilidad, intervención delictiva, función de la pena, etc. será entendidos en un sentido exclusivamente normativo, obviando plenamente su concepción ontológica o naturalista, reduciéndose todo, en suma, a un problema estrictamente normativo. En suma, sobre la base de la tríada fundamental de Sociedad - norma - persona se desarrolla una sugerente construcción dogmática que resalta conceptos como expectativa, rol, competencia, etc. y que, en definitiva, hace fundamentar el Derecho penal en una institución fundamental: el concepto de imputación, que se erige de ese modo en un criterio básico de mensuración de la responsabilidad penal: el Derecho penal, en suma, no es más que una teoría (y, también, una práctica) de imputación. Cómo deba operar esa imputación lo veremos en el apartado siguiente en el ejemplo del delito de blanqueo de capitales.

2.2. ¿Una teoría del delito nueva o una teoría del delito actualizada?

La segunda cuestión introductoria y fundamental que quiero plantear es la relativa a si la Dogmática penal tradicional en general, o -en particular- la teoría del delito pueden servir de base o de fundamento para el Derecho penal económico o empresarial del S. XXI. Desde luego, y -como queda dicho- la cuestión no es baladí. La Dogmática tradicional presenta esen-

[4] Como reconoce el propio Jakobs ya en el prólogo a la primera edición de su Tratado. Jakobs: *AT,* V.

ciales sujeciones derivadas de su lastre ontologicista. Ello haría prácticamente inaplicables a las nuevas categorías y exigencias del Derecho penal económico ese planteamiento dogmático tradicional. Así las cosas, la diatriba que se plantearía sería si sirve la Dogmática penal o la teoría del delito tradicional siquiera fuera actualizada a las nuevas expectativas sociales, económicas o normativas, o si realmente se requiere una Dogmática de nuevo cuño, construida *ex profeso* o *ad hoc* para esas nuevas exigencias.

Esta cuestión es, desde luego, inmensa, y no pretendo resolverla universalmente aquí ni, muchos menos, exponer todas las aristas y vectores de esa sugerente discusión. Únicamente me limitaré a exponer, telegráficamente, mi postura al respecto: en mi opinión, una actualización de la Dogmática penal o de la teoría del delito tradicional sería enormemente dificultosa, y encontraría, en muchos más ámbitos de los que puedan llevar a imaginarse, dificultades punto menos que insalvables. Piénsese, sin ir más lejos, en la cuestión fundamental de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyo reconocimiento no casa por ninguna parte con el concepto clásico de acción, ni con la concepción tradicional de culpabilidad, ni con la noción mayoritaria de la pena, ni tampoco -lógicamente- con elementos como la finalidad o la causalidad, la autoría y la participación, o el propio concepto de autor. Se requiere, pues, según mi concepción, una nueva Dogmática penal. Y esa es la que ofrece la concepción del Funcionalismo normativo, que parece construida, sin duda, para atender las expectativas actuales del mundo económico y empresarial, que caracterizan la Sociedad moderna. Si ese planteamiento es fructífero lo vamos a ver a continuación, como hemos mencionado, en el ejemplo del delito de blanqueo de capitales.

3. ASPECTOS NATURALISTAS DEL BLANQUEO DE CAPITALES

3.1 ¿Imputación imprudente *versus* imputación dolosa?

Algunos ordenamientos, como el español o el peruano[5], no conocen únicamente un título doloso de imputación subjetiva en el delito de blanqueo de capitales o figuras relacionadas sino también uno imprudente o culposo. Con ello se amplía desmesuradamente el ámbito de apreciación de la figura delictiva, pero al mismo tiempo, y por mor de la imperfecta técnica incriminatoria, se introducen elementos distorsionadores en la configuración de los respectivos tipos delictivos. Veámoslo.

El tipo doloso de blanqueo de capitales se tipifica en el art. 301.1 CP español, que conmina con pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes blanqueados a quien "adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su

[5] No haré en el texto ni me referiré en las notas al pie a la regulación del blanqueo de capitales en los países de nuestro entorno jurídico. Desde luego, la globalización del combate frente al fraude y el lavado de activo ha influido en una cierta homogenización del tratamiento de dicha forma de criminalidad. Las referencias que aquí, ejemplificativamente, referiré a la legislación española o a la peruana, serán, pues, fácilmente transpolables a las regulaciones de otros países. Un detenido estudio de Derecho comparado ofrece, al respecto, Kai Ambos: "Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del «lavado de dinero", 181 ss. También contienen datos de interés, a propósito de la regulación alemana y de la peruana, el trabajo de Manuel Abanto compilado en el presente volumen así como la ponencia de Jaime Winter Etcheberry, titulada "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", publicada asimismo en el presente todo.

origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos".

Por su parte, el art. 301.3 CP español incrimina la modalidad imprudente de blanqueo de capitales, conminando con pena de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo si los hechos de blanqueo "se realizasen por imprudencia grave".

Por su parte, en la legislación peruana también se incrimina, junto a la dolosa, una modalidad de omisión culposa de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas:

Se prevé en el art. 5º. del Decreto Legislativo núm. 1106, de Lucha eficaz contra el Lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, de 19 de abril de 2012, que incrimina al "que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias", conminándolo con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal de ese país.

En el mismo art. 5º, inciso final, se incrimina la modalidad culposa, que presenta una amplia gama de sugerentes cuestiones dogmáticas problemáticas[6]. Conforme a esta regulación,

[6] A algunas de las cuales se refiere, con precisión y acierto, el estudio de Diana Marisela Asmat Coello titulado "Responsabilidad penal de los sujetos obligados por la omisión de comunicación de operaciones sospechosas de acuerdo a la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos", contenido en este mismo libro colectivo.

"(l)a omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal".

Esta doble previsión de un título doloso y de otro culposo de imputación subjetiva plantea, sin duda, problemas de convivencia y de delimitación típica entre ambas modalidades. Tomaré como ejemplo la regulación española, pero sin duda las reflexiones podrán ser transpolables a la legislación comparada, en parte, sin duda, por la cierta homogenización que existe en la regulación internacional de la materia, por mor del especial protagonismo que ha adquirido en las últimas décadas el llamado "*soft law*" en desmedro del "*hard law*"[7], esto es: el Derecho penal surgido desde instancias supranacionales que influye determinativamente en el ordenamiento penal patrio.

Pues bien, un estudio detenido de la técnica legislativa de incriminación de las mencionadas figuras delictivas dolosas y de las culposas o imprudentes indica que el *modus operandi* del legislador ha sido diferente en uno y en otro supuestos, de suerte que la incriminación típica parece operarse de manera divergente en ambos casos: mientras que el injusto del delito doloso de blanqueo se hace girar entorno de un elemento naturalístico (ontológico) como es el conocimiento ("*sabiendo* que éstos tienen su origen en una actividad delictiva"), la modalidad imprudente parece configurarse en términos normativos, en tanto que la referencia a la "imprudencia grave" es entendida expresamente por la doctrina como un referencia tácita al "incumplimiento

[7] Sobre ello, de especial interés, Winter Etcheberry: "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", cit., passim.

de las cautelas y constataciones que, en determinadas circunstancias (identidad de los propietarios, antecedentes conocidos de los mismos, cuantía de la operación, etc.), obligan al sujeto a indagar la verdadera naturaleza de los bienes que administra o con los que negocia"[8]. Se trata, en definitiva, de una remisión al "deber de cuidado" que obliga a determinados sujetos para no implicarse en operaciones mercantiles que pueden ser fruto de delitos, "lo que supone un deber de cuidado, objetivo y subjetivo, jurídicamente exigible a aquellas personas que en virtud de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, están obligadas a cumplir sus mandatos"[9].

Pues bien, la tipificación del delito doloso en términos ontológicos y del tipo imprudente en clave normativa no solo es (intrínsecamente) incoherente sino que resulta (dogmáticamente) incorrecta. Y lo es en varios aspectos:

Primero, porque da la sensación de que dolo e imprudencia son títulos de imputación cualitativamente diferentes, lo cual es incierto desde mi punto de vista. Entre ellos no existe una diferencia cualitativa sino únicamente cuantitativa. Si tradicionalmente se define el delito imprudencia como una "infracción del deber de cuidado", ello no quiere decir en ningún caso que el doloso no consiste en la infracción de un deber jurídico, y -más concretamente- de un deber "de cuidado". Si el ordenamiento jurídico impone al ciudadano un deber de cuidado, éste ha de mantenerse frente a los comportamientos imprudentes (esto es: frente a las conductas de "desidia" o de "descuido"), pero con mayor motivo aun frente a las conductas dolosas (esto es: frente

[8] Martos Núñez: "Lección 12ª: Receptación. Blanqueo de capitales", 210 s.

[9] Martos Núñez: "Lección 12ª: Receptación. Blanqueo de capitales", 211.

a los actos "deliberados" o "inequívocamente delictivos"). En dos palabras: no sólo la imprudente, sino también la dolosa consiste necesariamente en la infracción de un deber, y -particularmente- de un *deber jurídico* "de cuidado" o -mejor dicho, en terminología más actual- de un *deber jurídico positivo*, que obliga al sujeto a una determinada *obligación de hacer* (semejante a las que los civilistas alemanes califican, en su terminología propia, como "*Bringschuld*").

Segundo, porque confunde juridicidad (norma) con ontologismo (conocimiento) y hace depender la existencia del injusto típico de la presencia de un elemento ontológico como es el conocimiento en lugar de vincularlo con la infracción de un deber jurídico, con la defraudación de una expectativa social y con el quebrantamiento de un determinado rol personal. Con ello, eleva erróneamente el conocimiento a categoría jurídica sin pasarlo por el filtro de la expectativa social y sin tamizarlo tampoco con el elemento depurador del deber jurídico. Y con ello, no sólo criminaliza la inteligencia (esto es: *al que más sabe*), sino que invierte el orden lógico y la dinámica secuencial de la responsabilidad penal: lo lógico es que un sujeto esté originariamente obligado a algo (esto es: que un deber forme parte del contenido material de su rol) y que responda penalmente si infringe ese deber y en la medida en que lo infringe, pudiendo y debiendo haberlo cumplido. Ese proceder lógico no se cumple aquí, en este ámbito. Antes bien, en la errática técnica incriminatoria del blanqueo, el deber no existe *a priori*, como *prius lógico* ni como parte integrante del contenido substantivo del rol del sujeto, sino que se añade *a posteriori*, cuando el sujeto ya adquirió el conocimiento en cuestión: por ello, una vez que el sujeto adquiere un conocimiento se ve adicionalmente atrapado por un deber *sui generis* que le genera una responsabilidad automática de la que ya no podrá zafarse de modo alguno.

Tercero, en efecto, el sujeto no está originariamente obligado a nada, pero una vez que *sabe* el origen ilícito del bien adquiere recién una *obligación jurídica* (¡!) que, simultánea y automáticamente, le genera en algunos casos una *responsabilidad penal* inevitable para el mismo. Ello viene condicionado por el empleo en el Código de una serie de verbos típicos, de muy variada significado semántico y de muy distinta secuencia lógica: dos de esos verbos, poseer y utilizar, fueron precisamente introducidos en la reforma española de 2010: de ese modo, si un sujeto posee un determinado caudal de dinero y recién durante su posesión adquiere el conocimiento de su origen ilícito, su delito quedará, desde el punto de vista objetivo, automáticamente consumado, sin que el sujeto tuviera la más mínima posibilidad de evitar siquiera la responsabilidad cumpliendo el deber de denunciar el origen ilícito del mismo o de ponerlo en conocimiento de la autoridad competente. El poseedor ya queda, por el ejercicio de su posesión y por su inoportuno conocimiento, estigmatizado penalmente por mor de un deber que ni conocía previamente, ni existía con anterioridad al conocimiento ni tuvo posibilidad alguna de cumplirlo.

En definitiva, el problema surge recién porque el tipo se configura de manera incorrecta: sobre la base de un elemento ontológico subjetivo (el conocimiento) y no sobre la base de un elemento jurídico objetivo (el deber). Por qué el conocimiento no puede ser base firme de la responsabilidad penal vamos a verlo a continuación.

3.2. ¿El conocimiento con fundamento de responsabilidad penal?

Una segunda cuestión que quiero plantear a propósito del título de imputación subjetiva del blanqueo de capitales es la relativa al conocimiento o, más concretamente, al conocimiento como fundamento de responsabilidad jurídico-penal. Esta cuestión, como otras que se plantean en el presente artículo, no es evidentemente privativa de esa figura de delito. Antes bien, la Dogmática penal conoce desde antiguo y ha estudiado con particular interés tipos delictivos que exigen un determinado presupuesto cognitivo como elemento esencialmente integrante de su contenido de injusto. La doctrina especializada los ha estudiado, dentro de la categoría de los elementos subjetivos del injusto, como una de las tres modalidades de los *delitos de manifestación* o -quizá mejor- de *singular manifestación*, que "se caracterizan por la exigencia de una singular forma de manifestación de la voluntad personal a la que es inherente un determinado *presupuesto subjetivo o intelectual del autor* en el momento de la ejecución de la conducta"[10]. En tanto elementos subjetivos del injusto constituyen presupuestos cognitivos que residen en la psique del autor y colorean de algún modo la realización objetiva del tipo de injusto de que se trate. Así, se citan entre ellos el *conocimiento de la situación de prostitución* de un menor o incapaz en el tipo omisivo de evitación de la conducta prevenida (art. 189.2 del CP español), el *conocimiento de matrimonio* anterior subsistente que requiere el delito de matrimonio ilegal (art. 217 del CP español), la *constancia de causa de nulidad* para la autorización de la celebración de matrimonio (art. 219 del CP español).

Pues bien, lo que se plantea aquí, a propósito de la regulación legislativa, no es sólo que el conocimiento pueda *formar parte* del tipo del injusto sino además si el conocimiento pueda *fundamentar* el contenido de injusto del delito. Recientemente

[10] Polaino Navarrete: *Derecho Penal, PG,* tomo II, vol. I, 542. Ya antes, sobre tal categoría, Id., *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, 296 ss. y, posteriormente, con precisión, Id., *LH Torío*, 881 ss.

un profesor español, Fernando Miró, en un escrito en polémica conmigo[11], se ha referido críticamente a esa cuestión, en referencia a la relación entre imputación y conocimiento, y -mediatamente- a la posibilidad de concebir la persona como un constructo conceptualmente separable de la idea de conocimiento. Miró considera que la configuración objetiva de la imputación determinaría que se dejaran de lado los aspectos subjetivos, o lo que es lo mismo: que la concepción funcionalista habría de partir de la "no toma en consideración del conocimiento del partícipe como presupuesto para la atribución de sentido normativo"[12]. En este contexto, Miró Llinares cita al discípulo peruano de Jakobs, Caro John, al profesor chileno Piña Rochefort (que habla sugerentemente de la "pureza objetiva del rol") y a mí mismo como defensores de la idea de que la infracción del deber, independiente del conocimiento del sujeto, constituye el objeto propio de la imputación. En definitiva, Miró Llinares considera que la concepción funcionalista de imputación no sólo posibilita sino que exige la separación conceptual entre la persona y el conocimiento, o en otras palabras: que exige la atribución de un sentido en el tipo objetivo sin valorar el conocimiento del sujeto. De hecho, para Miró Llinares la posibilidad de un juicio objetivo independiente del conocimiento del sujeto constituye el verdadero "talón de Aquiles" de la teoría de la imputación objetiva[13]. Esta interpretación de la concepción funcionalista es susceptible de ser controvertida y a ello quiero dedicar un par de reflexiones[14].

---

[11] Véase Miró Llinares: "*La imputación penal*".

[12] Miró Llinares: "*La imputación penal*", 30.

[13] Miró Llinares: "*La imputación penal*", 20.

[14] Más ampliamente: Polaino-Orts, "Las cuatro caras de la imputación penal", 55 ss, esp. 67 ss.

Así como el sentido delictivo de una conducta es inseparable del hecho en sí, también la persona -y concretamente: la persona en Derecho, no la persona como sistema psicofísico natural- es inseparable del conocimiento. La persona viene desempeña un rol en el mundo social y el rol es elemento complejo que reúne un aspecto formal o externo (algo así como la identificación externa del rol) y un aspecto material o interno (que es un conjunto de derechos y deberes). Objeto de imputación es la desviación de un rol. Y en el seno del rol se incorporan, como digo, derechos y deberes, y lógicamente nada obsta, sino todo lo contrario, que determinados conocimientos se vean revestidos de la condición de deber. Esos conocimientos normativizados que pierden su condición subjetiva y que se revisten como deber estandarizado u objetivado son también, claro está, objeto idóneo de imputación si debiendo cumplirse, se infringen. Por ello, no es que rechacemos el conocimiento como objeto de imputación, sino que rechazamos el conocimiento en tanto conocimiento (o sea: como elemento puramente cognitivo) mas no el conocimiento estandarizado incorporado al rol y, que por ello, propiamente deja de ser conocimiento para convertirse en algo amparado por el concepto de deber. Ello significa que el conocimiento se "introduce" en el rol perdiendo su carácter de *conocimiento* (*subjetivo*) para convertirse en *deber* (*normativo*). Un ejemplo de ello puede hallarse en el llamado contexto caótico (*chaotischer Kontext*), que yo he preferido denominar situación de *inminencia de riesgo*, como es el ejemplo del ferretero que vende un afilado cuchillo de cocina a un cliente manifie11stamente alterado que solicita el objeto mientras que, en el curso de una pelea, ha conseguido agarrar a su contrincante por el cuello. Y un mal ejemplo de ello lo encontramos en la regulación del blanqueo de capitales.

En esta regulación se exige el conocimiento de una situación (a saber: el origen ilícito de los bienes) cuando no existe previamente un deber jurídico y, sobre todo, cuando se realizan

operaciones perfectamente profesionales, adecuadas a un rol, que son, por tanto, conductas neutrales o estereotipadas carentes de un previo sentido delictivo. Con ello, como expuse anteriormente, se invierte el orden lógico de responsabilización penal y se añaden deberes situados extramuros del rol, que obligan al sujeto de manera contradictoria con el libre ejercicio de su rol, y le sitúan en una posición de vulnerabilidad, despojándole del contenido y del cometido garantista que todo rol social entraña.

La regulación del blanqueo de capitales constituye un (anti) ejemplo paradigmático de cómo no debiera aceptarse el conocimiento en el contenido de injusto de un delito. Desde luego, el conocimiento que interesa al Derecho penal no es el mero conocimiento sino, en todo caso, el *conocimiento normativizado* y *mediado por el deber*. Dicho sea con otras palabras: lo subjetivo que adquiere relevancia penal a efectos de imputación no es propiamente subjetivo sino objetivo, o si se quiere: lo subjetivo objetivizado, y esta objetivización de lo subjetivo conlleva, necesariamente, la *normativización de lo objetivo y lo subjetivo*. Lo que haya de imputarse, ya sea a título de dolo ya de culpa, no es un elemento meramente cognitivo ni volitivo (ninguna subjetividad, en fin) sino el quebrantamiento de una expectativa social amparada por un rol, esto es: la infracción de un deber jurídico. Porque ni el dolo ni la culpa pueden explicarse, en tanto títulos de imputación, como mera suma de elementos de corte subjetivo -volitivo o cognitivo- sino como infracción de un deber (el dolo es, por ejemplo, para el funcionalismo, *deber conocer*, aunque el sujeto, debiendo conocer, no conoce). En este sentido, el conocimiento sólo interesa si es deber y el deber forma parte del rol de la persona: conocimiento, deber, rol y persona son la misma cosa, y -por ello- el conocimiento es inescindible de la persona, y la imputación requiere necesariamente tener en cuenta el conocimiento (es decir, el deber) para poder realizar la imputación (infracción del deber).

La concepción de Miró Llinares en el sentido de que "antes de valorar «lo hecho», es necesario comprobar si tenía control sobre lo que estaba haciendo y si sabía que lo hacía, esto es, si podía hacer lo contrario de lo que sabía que hacía"[15] es manifiestamente erróneo porque se basa en la mera *posibilidad* de conocer, siendo así que lo relevante no es si el sujeto tenía posibilidad o no de conocer sino si tenía el deber o no de conocer, y -en última instancia- si infringió ese deber debiendo y pudiendo cumplirlo. Pero ese deber ni puede establecerse a espaldas del conocimiento (el deber debe ser el *prius lógico*) ni, por supuesto, debe limitar el libre ejercicio del rol neutral por parte de un profesional, como erróneamente se hace en el delito de blanqueo de capitales.

Ese problema se plantea, sin ir más lejos, en el la tipificación del autoblanqueo y en el supuesto del abogado que cobra honorarios *bona fides*, y que resulta estigmatizado con un deber adicional, que se añade a su rol, limitando su libertad y reduciendo sus derechos. Sobre ello, nos referiremos por separado a continuación.

3.3 ¿El autoblanqueo como infracción de un deber?

Una tercera cuestión problemática a propósito del título subjetivo de imputación en el lavado de activos es la relativa al autoblanqueo o autolavado. A ella se han referido por escrito dos ponentes intervinientes en el presente Seminario: los Profesores Caro John y Caro Coria, que además defienden las dos posturas contrapuestas existentes en la doctrinas:

A juicio de Caro John, el autolavado debe ser necesariamente una conducta impune. El fundamento dogmático de dicha impunidad estribaría "en la no exigibilidad de otra conducta"[16] y, en

[15] Miró Llinares: "*La imputación penal*", 47.

[16] Caro John: "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del lavado de activos", 193.

concreto, en la idea de que "sencillamente no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito entregarse a la justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados por su propio delito para no ser sancionado doblemente"[17]. De tal suerte, castigando el autolavado, resulta que "(l)a norma estaría exigiendo así una autoinmolación punible con la siguiente contradicción: el autor del delito previo para no recibir una doble sanción (la segunda por el delito de lavado) estaría obligado en los actos de conversión y transferencia a facilitar a la administración de justicia la identificación del origen del activo generado por su delito, y en los actos de ocultamiento y tenencia a poner al descubierto de la administración de justicia los bienes, efectos y ganancias de su delito"[18]. Por ello, en fin, "(e)n el lavado de activos el autor quebranta así un deber de autoinculpación, esto es: ¡Un deber jurídico inexistente!"[19].

Por su parte, Caro Coria considera "relativa" la línea de pensamiento anterior, y justifica de ese modo "el sentido de regulaciones como la española, la peruana o la argentina (tras la Ley 26.683) que actualmente permiten la imposición de la pena de lavado a quien cometió el delito anterior"[20]. A juicio de Caro Coria, "la punición del autolavado no puede equiparse a una violación del principio *nemo tenetur*, la norma no impone un deber de autoinculpación ni un deber de entrega de los bienes objeto

[17] Caro John: "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del lavado de activos", 193.

[18] Caro John: "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del lavado de activos", 193.

[19] Caro John: "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del lavado de activos", 193.

[20] Caro Coria: "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en este mismo volumen.

del delito anterior"[21] y, por ello, en su opinión, "(l)a finalidad del tipo de lavado es evitar la circulación o el tráfico de bienes de origen delictivo, la norma primaria impone al ciudadano el deber de no realizar actos de tráfico con dichos bienes, lo que se aprecia claramente cuando se sanciona los actos de conversión o transferencia como supuestos de blanqueo de capitales"[22]. En suma, para Caro Coria, "(d)esde esa perspectiva la norma primaria no impone un deber de autoinculpación, el mandato penal no es «*autodenúnciate, auto incrimínate*», el mandato es «*no conviertas ni transfieras bienes de origen delictivo*»"[23] y "(l) o mismo cabe decir respecto de los bienes, la norma primaria derivada del tipo de lavado no incluye un mandato de devolución o retorno de los mismos"[24].

En ambas opiniones contrapuestas se señala, con extraordinaria precisión, los argumentos que se esgrimen en la doctrina para defender la legitimidad del autolavado o la necesidad de su sanción[25]. A mi juicio, y pese a los buenos deseos de Caro Coria de hacer compatible el *nemo tenetur* y la punición del autolavado, lo cierto es que su coexistencia resulta insalvable.

La existencia de un deber de revelar el origen ilícito de los bienes se hace necesariamente a costa de que el sujeto tenga que declarar activamente contra sí mismo. Aquí, el conocimiento so-

[21] Caro Coria: "Lavado de activos provenientes del delito tributario", cit.

[22] Caro Coria: "Lavado de activos provenientes del delito tributario", cit.

[23] Caro Coria: "Lavado de activos provenientes del delito tributario", cit.

[24] Caro Coria: "Lavado de activos provenientes del delito tributario", cit.

[25] En el coloquio que se originó sobre este punto, me puntualizó el Profesor Caro Coria que, en realidad, él no defendía la necesidad de la sanción del autolavado, sino que, más bien, interpretaba la *ratio* de la regulación legislativa. En definitiva, las consideraciones de Caro Coria son, en este punto, más descriptivas que prescriptivas.

bre el origen ilícito de los bienes origina extrañamente un deber adicional de "compliance personal"[26] que, además, es contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que es un derecho fundamental de rango constitucional (art. 24.2 Constitución Española). Ya la mera existencia de ese derecho constitucional sería suficiente motivo para negar la justificación de un deber que atenta contra él. Por ello, no puede establecerse un deber de informar del origen de los bienes sin contradecir la libertad del sujeto. O en otras palabras: no puede imponerse ese deber sin contradecir el principio a no declarar contra sí mismo. En consecuencia, ese deber es incompatible con el *nemo tenetur*, en su doble vertiente de derecho a guardar silencio y de derecho a no autoinculparse.

3.4 ¿Obligaciones "policiales" sobrevenidas?

Finalmente, se plantea la cuestión de la existencia de una suerte de obligaciones "policiales" sobrevenidas a sujetos que ejercen profesionalmente un rol y que puedan serle exigibles en su comportamiento a efectos de verificar su responsabilidad por un delito de blanqueo de capitales. Es, esencialmente, el caso de los abogados que defienden intereses de sus clientes en un asunto judicial, limitándose a ejercer una labor profesional, de formar parte de un Estudio de Abogados, desarrollar la asesoría legal que requieren sus clientes en materia inmobiliaria, tributaria y

[26] Con ello aludo, aunque no desarrollo, al paralelismo que existe entre los deberes de autocontrol en la empresa y esa suerte de autocontrol personal a que me refiero en el texto. Sobre la muy relevante y actual cuestión de los programas de compliance empresarial se ocupan varios de los trabajos expuestos en el presente Seminario. Al momento de redactar estas líneas tengo a la mano, por ejemplo, el sugerente estudio de Reyna Alfaro: "Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados", que se publica en este mismo volumen.

comercial, pero no necesariamente la de conjugar uno de los verbos típicos transidos de un sentido delictivo, como los que se mencionan en la Ley de Activos.

Los abogados en el ejercicio de su función son profesionales que desempeñan una asesoría legal, se identifican socialmente por ser portadores de ese rol determinado: el rol de abogados defensores o acusadores, consultores o gestores. Ese rol trasciende de la propia relación abogado-cliente: se trata de una vinculación que va más allá y trasciende a la propia esencia de la Sociedad. Es decir, el abogado es abogado no solo respecto del cliente, sino cara a la Sociedad en su conjunto. El rol es, pues, un identificador social.

Además de ser un identificador social, el rol de abogado delimita en efecto un ámbito de competencia personal, que no se identifica en absoluto con el ámbito de competencia personal que corresponde a sus clientes, de manera que no pueden identificarse el ámbito de incumbencia y responsabilidad de abogados en el ejercicio de su función profesional con el que hipotéticamente pudiera corresponder a los clientes a los que defienden siendo, como cabe comprender, aún más remota la posibilidad de imputación cuando se pretende imputar a un socio los hechos delictivos eventualmente cometidos por un cliente de otro socio totalmente diferente.

Como afirma Jakobs, en los deberes negativos se pretende impedir que un ámbito de organización se expanda incorrectamente afectando de manera lesiva a otras personas. Por ello, "la relación del sujeto obligado con la víctima potencial se agota en el aspecto negativo: *no* lesionar a nadie mediante la configuración de la propia organización"[27], de manera que "todo aquel

[27] Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 83.

que tenga un estatuto de sujeto libre tiene el deber de mantener su organización de manera privada de daños"[28]. Por su parte, en los deberes positivos, que se reservan para los titulares de un estatus *especial*, el titular del mismo tiene la obligación de garantizar, frente a la colectividad, no sólo que su propia organización no va a resultar lesiva; ha de ocuparse, además, en mantener o fomentar una organización ajena, y -en este sentido, afirma Jakobs- "de construir, junto a la persona beneficiada, «un mundo en común»"[29].

Así sucede, por ejemplo, con el padre respecto de su hijo, frente al cual tiene el deber de alimentarlo y protegerlo, de manera que si no lo hace y el menor muere, el padre responde por homicidio omisivo y no por omisión del deber de socorro. Pero salta a la vista que el rol de abogado no fundamenta en absoluto un deber positivo o de garante respecto del cliente al que sirve profesionalmente. No construye con él un mundo normativo en común, sino todo lo contrario: existen dos mundos jurídicamente diferenciados: el ámbito de competencia personal del cliente y el ámbito de competencia personal del abogado, y cada cual responde, dentro de su ámbito de organización, por el ejercicio correcto de los concretos derechos que les asistan, así como por el cumplimiento exacto y cabal de los correspondientes deberes que les obliguen. En consecuencia: el rol de abogado no fundamenta un rol especial, pues no le obliga deber positivo alguno; únicamente tiene la obligación de cumplir los deberes inherentes a su rol de abogado y si los infringe, responde por ello, pero no responderá penalmente en absoluto si quien los infringe es el propio cliente.

[28] Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 83.

[29] Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 83.

Como resulta evidente, cada rol genera una responsabilidad penal diferente. Por una parte, el rol especial obliga al sujeto a responsabilizarse del resultado material producido en todo el ámbito en el que alcanza el deber positivo. En cambio, el rol común genera una responsabilidad de menor entidad, que abarca exclusivamente al ámbito de la mera actividad. Por ello, en ningún caso podrán imputarse al Abogado las consecuencias lesivas derivadas de la infracción de un deber por parte del cliente: porque se trata de dos ámbitos normativos diferentes, en los que uno de ellos, el abogado, por no ser garante, no tiene incumbencia alguna.

En todo caso, la relevancia penal de una conducta ya no depende de que se constate un elemento ontológico (como la causalidad o la finalidad) sino de un elemento normativo: la infracción de un deber inherente al rol. Para llevar a cabo esa tarea, se han desarrollado cuatro principios o instituciones de imputación objetiva, como son el principio del riesgo permitido/no permitido, el principio imputación a la víctima (también llamado de autopuesta en peligro o actuación a riesgo propio), el principio de confianza y el principio de prohibición de regreso. Éste último constituye, además, una objeción de peso para la imputación al abogado de la infracción del deber de su cliente.

Según un principio general de la imputación, únicamente podrá depurarse responsabilidad penal de un sujeto si existe por parte del mismo infracción de un deber inherente a su rol. *Ergo*, no existirá en ningún caso responsabilidad penal si el sujeto no sólo no infringe su rol, sino que lo cumple. Precisamente por ello, el ejercicio del rol es una garantía para el titular del mismo que blinda su figura al cumplir con las expectativas sociales.

Además, se afirmó que la imputación penal es precisamente lo contrario que el cumplimiento del rol: es la desviación del rol, la infracción del mismo. Pues bien, el principio de prohibición

de prohibición de regreso plantea en la moderna teoría de la imputación objetiva es lo siguiente: ¿puede imputarse a alguien participación en un delito no obstante estar ejerciendo su propio rol social?

En la Jurisprudencia peruana se debatió el conocidísimo caso del taxista, debatido por ilustres penalistas en todo el mundo (Jakobs, Caro John). En ese supuesto se pone de manifiesto el poder garantista del rol, conforme a los casos llamados de prohibición de regreso. Estos supuestos de prohibición de regreso (en alemán: *Regreßverbot*) presentan, pues, la siguiente estructura: un sujeto realiza una conducta en ejercicio de su rol y en ese sentido se dice que su conducta es neutral o estereotipada; pero sucede que otro sujeto emplea esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo. La pregunta que se plantea es, pues: ¿mantiene la conducta de quien ejerce el rol su originario sentido neutral (adecuado al rol, socialmente inocuo) o pierde ese sentido pasando a ser un comportamiento teñido de sentido delictivo? En el caso del taxista mencionado, su conducta ¿es un comportamiento inocuo de transporte de viajeros o es un acto de participación delictiva al transportar delincuentes al lugar de los hechos?

Desde luego, desde el punto de vista causal, la conducta del taxista sería causal respecto del resultado delictivo. Es más: su aporte es imprescindible para la co-configuración del hecho y para que el delito se configure en la forma en que finalmente se ejecutó. Pero ¿realmente ha de resolverse en este caso imputando al portador del rol, que actúa precisamente en ejercicio de su rol cuando aportaron alguna prestación que configuró (o se empleó para configurar) objetivamente un delito? En estos casos, la existencia o no de un delito depende de una infracción objetiva de un deber inherente a un rol. El rol es, siempre, una garantía para quien lo realiza, pero es algo más: es un modo de posibilitar los contactos sociales. Por ello, si al ciudadano que ejerce su rol puede

desposeérsele de la protección que el mismo acarrea por el hecho de que sabía algo o por la circunstancia de que su prestación es aprovechada por otros para cometer un delito entonces se está situando en una posición de gran debilidad a la persona, y se le está desprotegiendo arbitrariamente por el hecho de adecuar su comportamiento a la norma jurídica. Y además: con ello, se está imposibilitando que los contactos sociales se mantengan dentro de un mínimo nivel de estabilidad y de seguridad.

En consecuencia, de un delito en cuestión responden jurídico-penalmente aquellos sujetos quienes configuraron su ámbito de organización de tal manera que infringieron deberes pertenecientes a su rol y determinaron que se produjera una lesión. Pero no responden en cambio (prohibición de regreso) quienes realizan aportes cotidianos o neutrales en ejercicio de su rol ni quienes acceden a determinados conocimientos, no obstante ser dichos aportes configuradores objetivamente de un suceso delictivo.

Quien realiza una conducta neutral o estereotipada, una acción cotidiana, no puede verse perjudicado con una imputación si otra persona infringe sus deberes y configura aprovechándose de esa participación un hecho delictivo. La prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la conducta del titular del rol ha de estar teñida de neutralidad y una conducta es neutral cuando precisamente se realiza en el seno del ejercicio de un rol social, o lo que es lo mismo: una conducta neutral (adecuada a un rol) es aquella que, por definición, carece de sentido delictivo. De ese modo, si alguien, con una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está conminado a controlar los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco a evitarlo, porque excede de su ámbito de competencia.

En dos palabras: el sujeto no responde porque no es garante de lo que el autor haga con su aportación. Sólo así, manteniendo

el efecto liberador y limitador de la imputación en que consiste la prohibición de regreso, puede mantenerse el contacto social dentro de parámetros sociales normales, de manera que, en última instancia, el sujeto que ejerce el rol no responde como partícipe porque obra dentro del riesgo permitido. Esta es la opinión de Caro John[30], quien sostiene que la conducta sigue siendo neutral, con independencia del lado subjetivo del hecho y del concreto contexto caótico, siempre que el sujeto actúe dentro de su rol. Por ello, en el caso de abogados que actúan en el ejercicio de su rol, ese ejercicio de su rol personal siempre excluiría la responsabilidad por garante, sin excepción alguna.

Además, se plantea un problema adicional: el de si se imputan los conocimientos ordinarios o especiales que el sujeto adquiera, no por el ejercicio estereotipado del rol, sino por una fuente especial de conocimiento ajena al mismo. Si únicamente pueden ser objeto de una imputación penal la infracción de aquellos deberes pertenecientes, adquiridos o inherentes a un rol, entonces, consecuentemente, han de quedar fuera de la imputación esos conocimientos especiales excedentes del rol. La explicación es muy clara: sobre ellos, como dice el Profesor Jakobs "no existe deber alguno de adquirirlos o de mantenerlos, es mera subjetividad y nada más".

Es verdad que la legislación penal peruana, como la española, incorpora también un elemento de corte subjetivo (cognitivo), como es el conocimiento o -al menos- la cognoscibilidad del origen ilícito de los bienes en cuestión. Pero incluso este elemento subjetivo tiene que ser contextualizado en un sentido objetivo, de acuerdo con la determinada norma jurídico-penal que sea de aplicación en el caso concreto que nos ocupa:

[30] Caro John: *Das erlaubte kausieren verbotener Taten (Regreßverbot)*, 125 ss.

Primero, porque ese elemento subjetivo (conocimiento) para ser probado, tiene que ser analizado con la lente de signos o elementos exteriores objetivos u objetivados.

Y segundo, porque en un Derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso los elementos subjetivos tienen que ser analizados sobre la base de lo contenido en la norma jurídica. Es ésta la que da el parámetro de la protección penal, pero también el límite de la responsabilidad típica. Por ello, no se puede penalizar el conocimiento inocuo sino sólo el conocimiento normativo, o sea, el deber conocer, aunque el sujeto no conozca.

En resumen: incorporar un deber para el abogado de informa a la administración de justicia de la procedencia ilícita de unos bienes resulta incorrecto desde todo punto dogmático y político-criminal. Esa suerte de obligaciones resulta incompatible con el ejercicio de un rol socialmente aceptado.

4. CONCLUSIONES

Una Dogmática penal (o una Teoría del delito) ontológicamente fundada se muestra inidónea en el mundo actual para resolver los problemas dogmáticos de la actualidad. Antes bien, se requiere una Dogmática fundada normativamente, que resuelva con criterios dogmáticos y normativos los problemas dogmáticos y normativos del Derecho penal.

Para resolver los problemas que se originan en el seno del Derecho penal económico y de la empresa en el S. XX no es suficiente con la actualización de la Teoría del delito sino que se requiere una Dogmática penal al quite de los tiempos: una Dogmática que aporte una Teoría del delito nueva, novedosa, actual y flexible, que valore las expectativas actuales y resuelva los problemas nuevos. La vinculación a estructuras tradicionales no es más que una pérdida (a)científica de tiempo.

Sobre esa base, existen numerosos aspectos naturalistas en la regulación internacional del blanqueo de capitales o del lavado de activos. Se trata, en general, de aspectos que deben ser normativizados, en aras de una solución más plausible y coherente dentro de la Dogmática penal. Dentro de este ámbito se tratan, específicamente, cuestiones como las siguientes:

La errática regulación de la modalidad culposa y de la dolosa del blanqueo de capitales: mientras una (la culposa) parece hacerse depender de cuestiones normativas ("infracción del deber de cuidado") otra (la dolosa) parece vincularse a la presencia de elementos ontológicos como el conocimiento: ello es incorrecto e incoherente. Ambas aluden a problemáticas normativas, de infracción de deber, cualitativamente idénticas y cuantitativamente divergentes.

El conocimiento como elemento subjetivo no pueda ser fundamento de ninguna responsabilidad: el Derecho penal no imputa por lo que uno sabe o no sabe, sino por lo que *debería* saber, aunque no sepa.

El deber que se exige en los delitos de lavado de activos es dogmáticamente insostenible, porque su mera exigencia atenta contra un derecho constitucionalmente exigido: el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, esto es: un derecho fundamental de rango constitucional (art. 24.2 Constitución Española).

Finalmente, el deber de revelar el origen ilícito de unos bienes es insostenible cuando se enfrenta al ejercicio cotidiano de un rol socialmente aceptado, esto es: cuando limita la libertad de actuación de los ciudadanos.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel: Ponencia presentada en el Seminario "*Lavado de activos y Compliance: comparación Perú-Alemania*", organizado por CEDPAL-CEDPE, Gotinga (Alemania), 18 y 19 de septiembre de 2014, publicada en este mismo libro colectivo.
- Ambos, Kai: "Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del «lavado de dinero", p. 181 ss, cit.: Kai Ambos: "Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del «lavado de dinero", "Existe una versión traducida al español en: Abel Souto, Miguel/ Sánchez Stewart, N. (coords.), "II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero", Valencia 2011, p. 181-205.
- Asmat Coello, Diana Marisela: "Responsabilidad penal de los sujetos obligados por la omisión de comunicación de operaciones sospechosas de acuerdo a la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos", Ponencia presentada en el Seminario "Lavado de activos y Compliance: comparación Perú-Alemania", organizado por CEDPAL-CEDPE, Gotinga (Alemania), 18 y 19 de septiembre de 2014, en este mismo volumen, cit.:
- Caro Coria, Carlos: "Lavado de activos provenientes del delito tributario", Ponencia presentada en el Seminario "Lavado

de activos y Compliance: comparación Perú-Alemania", organizado por CEDPAL-CEDPE, Gotinga (Alemania), 18 y 19 de septiembre de 2014, en este mismo volumen.

- Caro John, José Antonio: Das erlaubte kausieren verbotener Taten (Regreßverbot), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, cit.: Caro John: *Das erlaubte kausieren verbotener Taten (Regreßverbot).*

- Caro John, José Antonio: "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del lavado de activos", en Id., Dogmática penal aplicada, Colección: Dogmática penal núm. 4, Ara Editores, Lima, 2010, cit.: Caro John: "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del lavado de activos".

- Cerezo Mir, José: "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto 1961, págs. 19 ss., cit.: Cerezo Mir: "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", *RGLJ*, julio-agosto 1961.

- Dreier, Ralf: Zum Begriff der "Natur der Sache", Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1965, cit.: Dreier: *Zum Begriff der "Natur der Sache".*

- Garzón Valdés, Ernesto: Derecho y "Naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, tomos I y II, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1970 y 1971, cit.: Garzón Valdés: *Derecho y "Naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo,* tomos I y II.

- Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1983, cit.: Jakobs: *AT.*

- Jakobs, Günther: System der strafrechtlichen Zurechnung, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, , cit.: Jakobs: *System der strafrechtlichen Zurechnung.*

- Kaufmann, Arthur: Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1965 (2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, R.v.Deckner & C.F. Müller, Heidelberg, 1982) , cit.: Kaufmann: *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus*

- Kolb, Peter: Der Begriff der "Natur der Sache" in der höchsrichterlichen Rechtsprechung, Dissertation, 1963 (mecanografiada), cit.: Kolb, *Der Begriff der "Natur der Sache" in der höchsrichterlichen Rechtsprechung.*

- Kwun, Yungback: Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der "Natur der Sache" in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch, Dissertation, Universität des Saarlandes, 1963, cit.: Kwun, *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der "Natur der Sache" in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch.*

- Martos Núñez, Juan Antonio: "Lección 12ª: Receptación. Blanqueo de capitales", en Miguel Polaino Navarrete (Director), Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, tomo II, adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 210 ss, cit.: Martos Núñez: "Lección 12ª: Receptación. Blanqueo de capitales".

- Miró Llinares, Fernando: "La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva", en Miró Llinares / Polaino-Orts: La imputación penal a debate. Una confrontación

entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs, Colección: Dogmática penal núm. 1, Ara Editores, Lima, 2010, cit.: Miró Llinares: *"La imputación penal"*.

– Polaino Navarrete, Miguel: Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, nº 13, Sevilla, 1972, cit.: Polaino Navarrete: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español.*

– Polaino Navarrete, Miguel: "Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación en el Código penal de 1995", en Cerezo Mir / Suárez Montes / Beristain Ipiña / Romeo Casabona (Ed.), El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 881 ss. (LH Torío), cit.: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español.*

– Polaino Navarrete, Miguel: Derecho Penal, Parte General, tomo II, Teoría jurídica del delito, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, cit.: *Derecho Penal, PG, tomo II, vol. I*

– Polaino-Orts, Miguel: "Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalistas", en Miró Llinares / Polaino-Orts: La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs, Colección: Dogmática penal núm. 1, Ara Editores, Lima, 2010, p. 55 ss, cit.: Polaino-Orts, "Las cuatro caras de la imputación penal".

– Poulantzas, Nicos Ar.: Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur, Prèface de Michel Villey, Libraire générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et

R. durand-Auzias, 1965, cit.: Poulantzas: *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur.*

– Reyna Alfaro: "Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados", Ponencia presentada en el Seminario "Lavado de activos y Compliance: comparación Perú-Alemania", organizado por CEDPAL-CEDPE, Gotinga (Alemania), 18 y 19 de septiembre de 2014, en este mismo volumen, cit.:

– Schambeck, Herbert: Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Springer Verlag, Wien, 1964, cit.: Schambeck, *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung.*

– Stratenwerth, Günter: Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, cit.: Stratenwerth: *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*.

– Welzel, Hans: "Über Wertungen im Strafrecht. Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. emotional-normativen Logik", Der Gerichtsaal, tomo 103, 1933 (también en Id., Abhanlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1975, p. 23 ss.), cit.: Welzel: *Der Gerichtsaal,* tomo 103, 1933.

– Welzel, Hans: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, 3ª. edic., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, cit. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit1*

– Welzel, Hans: Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4ª. edic., 1961

(El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, versión castellana y notas de José Cerezo Mir, Editorial Ariel, Barcelona, 1964), cit.: *Das neue Bild des Strafrechtssystems.*

– Winter Etcheberry, Jaime: "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", Ponencia presentada en el Seminario "Lavado de activos y Compliance: comparación Perú-Alemania", organizado por CEDPAL-CEDPE, Gotinga (Alemania), 18 y 19 de septiembre de 2014, en este mismo volumen.

LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO HECHO PREVIO DEL LAVADO DE DINERO EN ALEMANIA[*]

Kai Ambos

[*] Articulo basado en la ponencia llevada a cabo por el autor en la Conferencia de la Asociación hispano-germana de Juristas, Bilbao, 1.6.2013. Actualización y traducción por Gustavo Urquizo Videla, estudiante del LL.M y doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen; revisión del autor.

Resumen:

Esta breve contribución analiza los (nuevos) problemas que ha generado la introducción de la defraudación tributaria (§ 370 Ley General Tributaria [*Abgabenordnung*, AO]) cometida profesionalmente o por medio de una banda como un hecho previo del lavado de dinero (§ 261 StGB). En principio, ya el significado mismo de los elementos agravadores de la pena "profesionalmente" o "por medio de una banda" no es suficientemente claro. Además de ello surgen diversas cuestiones relacionadas con la defraudación tributaria como objeto material del lavado de dinero, porque aquí se trata de gastos ahorrados, o sea, objetivamente, de una nada. Esto plantea, entre otras cosas, cuestiones acerca de la causalidad y de la determinación de la parte contaminada del patrimonio. Finalmente se discutirá el problema de la doble sanción por el hecho previo y la regla de exclusión del § 261 párr. 9 StGB.

1. INTRODUCCIÓN

La defraudación tributaria (§ 370 AO) constituye un **hecho previo del lavado de dinero** (¡desde inicios de este milenio!) cuando ella es cometida profesionalmente o por medio de una banda (§ 261 párr. 1, frase 2, Nr. 4 b) así como frase 3 StGB).[1] De la misma manera, también son hechos previos del lavado

---

[1] La parte relevante del § 261 dice lo siguiente:

"(1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. Hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1 son:

1. crímenes
   (...)
   [...]
3. Delitos según el § 373 y según el § 374 párrafo 2 de la AO, también en conexión con el § 12 párr. 1 de la Ley para la ejecución de las organizaciones comunes de mercado y de los pagos directos.
   [...]

"La frase 1 vale en los casos de defraudación tributaria cometida profesionalmente o por medio de una banda según el § 370 de la Ley General Tributaria para los gastos ahorrados y las devoluciones o beneficios tributarios conseguidos por medio de la defraudación tributaria, así como en los casos de la frase 2 nr. 3 también para un objeto, con respecto al cual se ha defraudado tributos".

(Resaltado del autor).

(§ 261 párr. 1 Nr. 3 StGB) los delitos tributarios de contrabando cometido profesionalmente, con violencia o por medio de una banda (§ 373 AO) y de receptación de impuestos cometida profesionalmente o por medio de una banda (§ 374 párr. 2 AO). Sin embargo estos últimos delitos no serán considerados de aquí en adelante.

El lavado de dinero puede fundamentar **restricciones a los derechos fundamentales** (como, por ejemplo, una vigilancia de las telecomunicaciones, de acuerdo con el § 100a II Nr. 1 m) StPO) salvo en los casos en los que resulta aplicable la cláusula de exclusión del § 261 párr. 9, frase 2 StGB[2].

La defraudación tributaria cometida profesionalmente o por medio de una banda que aquí interesa estaba prevista hasta el 1.1.2008 como tipo delictivo autónomo en el § 370a AO y sancionada con una pena de uno hasta diez años. Sin embargo, con la modificación realizada a través de la "Ley para la nueva regulación de la vigilancia de las telecomunicaciones y otras medidas de investigación ocultas y para el reemplazo de la Directiva 2006/24/EG"[3] de 21.12.2007 aquella fue prevista como modalidad agravada de la defraudación tributaria en el § 370 párr. 3 Nr. 1 y 5 AO. El § 370 párr. 1 AO contiene el tipo básico de la defraudación tributaria; por su parte, el mencionado párr. 3 regula los casos especialmente graves de la siguiente manera:

> "…. Un caso especialmente grave existe *por regla general*, cuando el autor:

[2] Cfr. BGHSt 48, 240.

[3] "Gesetz zur Neuregelung der TKÜ u. anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG". Nota del traductor

> 1. Reduce los impuestos u obtiene beneficios tributarios injustificados *a gran escala*,
>
> …
>
> 5. Reduce los impuestos a la venta o al consumo u obtiene beneficios tributarios relacionados con el impuesto a la venta o al consumo, como miembro de una banda vinculada a la comisión frecuente de hechos según el inciso 1"[4].

Las diferencias respecto al antiguo § 370a AO son las siguientes:

- Se trata ahora de una regla de determinación de la pena ("por regla") en lugar de un tipo independiente;
- Se ha suprimido la profesionalidad;
- La comisión por medio de una banda se restringe al impuesto a la venta o al consumo y
- La pena mínima es de seis meses.

La *profesionalidad* todavía sigue siendo mencionada en el § 261 StGB[5] a pesar de que ella ya no constituye una circunstancia agravante. No queda claro cómo debe entenderse esto. La mayoría de autores defiende la idea de restringir la expresión "actuar

[4] ["… Ein besonders schwerer Fall liegt *in der Regel* vor, wenn der Täter:
1. *in großem Ausmaß* Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt,
…
5. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Absatz 1 verbunden hat, *Umsatz- oder Verbrauchssteuern* verkürzt oder nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt"] Resaltado del autor en la versión original y en la traducción al español.

[5] Crít. Bittmann: *wistra*, 2010, 128.

como profesional"[6] a la persecución de una fuente de ingresos con una determinada duración (clásicamente: trabajo negro en su comprensión habitual)[7] o a la defraudación tributaria a gran escala con base en el § 370 párr. 3 frase 2 Nr. 1 AO[8]. Contra esto se critica especialmente su escasa determinación.[9]

Por cierto, ya con anterioridad se había señalado críticamente respecto al § 370a AO que las circunstancias agravantes de la profesionalidad o de la comisión por medio de una banda resultaban demasiado indeterminadas como para garantizar una delimitación segura respecto de los casos simples de defraudación tributaria.[10]

2. LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO OBJETO MATERIAL DEL LAVADO DE DINERO

De acuerdo con el § 261 párr. 1 frase 3 StGB, el lavado de dinero en el sentido de la frase 1 se refiere (para la defraudación tributaria profesional o por medio de una banda que es aquí relevante) a "los *gastos ahorrados* y a las *devoluciones y restituciones de tributos* injustificadas obtenidos por medio de la defraudación tributaria". Por ejemplo: yo no pago impuestos por los honorarios recibidos por una conferencia y obtengo así un ahorro de impuestos (o sea, "gastos ahorrados") por una

[6] Joecks: *wistra*, 2002, 201, 204 s.; BGH *wistra*, 2008, 180, 181 respecto al § 370a AO.

[7] Bittmann: *wistra*, 2010, 129.

[8] Cfr. Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 16; en contra LK-Schmidt/Krause: *§ 261*, nm. 6.

[9] Véase, por ejemplo, Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 267; Harms: *FS Kohlmann*, 2003, 413, 425 s.

[10] Wulf: *wistra*, 2008, 327.

suma ascendente a € 300 (cuota defraudada), o, por otro lado, obtengo una devolución del impuesto a la venta por medio de cuentas ficticias.

A diferencia de los gastos ahorrados la *devolución o reintegro de impuestos* llevan a una ganancia *objetiva* como consecuencia de la declaración tributaria falsa, o sea, ellas resultan de un delito tributario (ver mi ejemplo de arriba). En tal sentido ellas podrían ser consideradas como un objeto idóneo del lavado de dinero incluso si no existiera la explícita mención del párr. 1 frase 3. Esto significa además que respecto a la *devolución o reintegro de impuestos* la regulación es meramente declaratoria[11] y que entonces puedo concentrarme en su aspecto realmente problemático: los gastos ahorrados.

2.1. "Gastos ahorrados"

Aunque el § 261 párr. 1 frase 3 StGB fue introducido con un propósito aclaratorio[12], la regulación, en todo caso la relacionada con los gastos ahorrados, lleva en realidad a una „incertidumbre jurídica".[13] En principio, se renuncia con ello a la concreción o materialización del objeto de la acción –tanto el párr. 1 y párr. 2 del § 261 se refieren a un "objeto"– pues los gastos ahorrados constituyen ya conceptualmente un *nullum*[14] y el valor del dinero defraudado reside en una "*nada objetiva*".[15] De otro lado,

[11] Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 17; LK-Schmidt/Krause: *§ 261*, nm. 13; NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 82.

[12] Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 15.

[13] Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 15.

[14] Dierlamm: *FS Mehle*, 2009, 177, 178; Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 16.

[15] Bittmann: *wistra*, 2010, 129.

una comprensión más amplia del concepto de objeto (todas las cosas, derechos y valores patrimoniales)[16] tampoco puede crear un objeto (un "algo")[17] de una nada.

Precisamente el legislador incluyó los gastos ahorrados porque éstos no son un "objeto normal" del lavado de dinero[18] y como tal no están abarcados realmente por el tipo del lavado de dinero. Si bien tal inclusión de los gastos ahorrados podría servir para incorporar en el ámbito típico del lavado de dinero aquellos otros tipos en los que tal ahorro puede ser una consecuencia del hecho (por ejemplo, los gastos ahorrados como consecuencia de la no construcción de una planta eliminadora de desperdicios para la eliminación de residuos peligrosos para el medio ambiente), sin embargo, esto no es posible pues la mencionada frase 3 se limita a los gastos ahorrados por medio de la defraudación tributaria[19].

Por otra parte, dado que el § 261 párr. 1 frase 3 StGB vincula la surrogación de los tributos solo con los comportamientos del párr. 1 pero no con los del párr. 2, entonces tendría que entenderse que los comportamientos del párr. 2 quedan limitados al "objeto", o sea, que ellos no pueden referirse a gastos ahorrados. Si esto es así, entonces podría asumirse que la defraudación tributaria quedaría excluida como hecho previo del párr. 2. [20] Pero puesto que el propio párr. 2 vincula expresamente sus comportamientos con el "objeto señalado en el párr. 1", al final de cuentas tendrá que entenderse que el párr. 2 incluye a los gastos ahorrados, etc., en su ámbito típico.

[16] LK-Schmidt/Krause: *§ 261*, nm. 10.

[17] Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 270.

[18] Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 268.

[19] Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 269.

[20] En tal sentido Wulf: *wistra*, 2008, 327.

Pero después de todo ¿cómo se puede "ocultar", encubrir o procurar para un tercero, etc., los gastos ahorrados? Aquí surgen diversos problemas. Si, como mencioné anteriormente, los gastos ahorrados constituyen una nada, entonces tampoco se puede encubrir o hacer algo con esta nada.[21] El absurdo lingüístico queda claro cuando se sustituye el término "objeto" en el § 261 párr. 1 frase 1 StGB y en el párr. 2[22] por el de "gastos ahorrados".

1. El que oculta *gastos* que se han *ahorrado* por medio de una *defraudación tributaria cometida profesionalmente* o *a través de una banda*, encubre su origen o frustra o hace peligrar la investigación de su origen, el descubrimiento, el comiso, la confiscación, o el aseguramiento de tales gastos ahorrados, será… sancionado.

2 Del mismo modo será sancionado quien, respecto a los gastos ahorrados en el sentido del párrafo 1,

1. se los procura para sí mismo o para un tercero o

2. los custodia o utiliza para sí o para un tercero, si conocía el origen de los *gastos ahorrados* en el momento en que los obtuvo.[23]

Desde luego esa sustitución infringiría claramente el principio de legalidad, pues ninguna interpretación razonable en el marco del texto de la ley podría transformar un "objeto" en una "nada".[24] De otro lado, si se quiere entender la regulación

[21] Crítico Wulf: *wistra*, 2008, 328 refiriéndose al uso normal del lenguaje; crítico también Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 16; Fischer: *§ 261*, nm. 16c.

[22] Cfr. ya Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 268.

[23] Resaltado del autor.

[24] Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 271.

especial de la frase 3 como una ampliación del lavado de dinero a la "nada" de los gastos ahorrados, seguirán existiendo las mencionadas fricciones con el tipo y su *ratio*.

2.2. ¿Causalidad?

Si uno examina una vez más el tipo de lavado de dinero referido a los gastos ahorrados, entonces resulta que estos tendrán que haberse producido a través de la defraudación tributaria. Esto es quizás aún más claro en la versión original del § 261 StGB: El "objeto" tiene que "provenir" del hecho antijurídico. Por eso el requisito mínimo de causalidad que existe entre el hecho previo (aquí la defraudación tributaria cometida profesionalmente o a través de una banda) y el objeto material del lavado (gastos ahorrados) tiene que enfrentar algunos problemas, pues los gastos ahorrados no son "algo" sino justamente "nada".[25] Aunque se podrá afirmar una relación de causalidad entre la defraudación tributaria cometida por medio del engaño a la autoridad financiera y el correspondiente ahorro de impuestos, sin embargo es difícil comprobar una tal causalidad entre los gastos ahorrados (o sea, una "nada") y un concreto monto dinerario (o sea, un "algo") en el patrimonio del defraudador tributario, incluso por el hecho de que la "causalidad de un algo desde la nada [requiere] consideraciones hipotéticas sobre esto", lo que "habría sucedido si hubiera estado un algo en lugar de una nada"[26]. Ahora bien, si esto se supera a través de la asunción de una (hipotética) cuasi-causalidad o –normativamente – por medio del recurso a la imputación objetiva,[27] queda aún la cuestión de los complejos cursos temporales: ¿cuándo puede

[25] Más detalladamente Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 271 ss.

[26] Samson: *FS Kohlmann*, 2003, 272.

[27] Sobre esto véase Carlos Caro: *Lavado*.

hablarse de gastos ahorrados? ¿En el momento en que se toma el dinero que se tiene que tributar, en el momento de la declaración tributaria (incorrecta), en el momento de la liquidación incorrecta de impuestos, en el momento de la liquidación de impuestos corregida o en el momento del pago posterior de la deuda tributaria?

Por ejemplo: el honorario por una conferencia es, en principio, parte de mi patrimonio. El derecho del Estado a percibir tributos por ello surge recién cuando ha vencido el plazo para la entrega de mi declaración tributaria respecto al año de la conferencia, o sea, recién luego de un año. Entonces la liquidación tributaria que se envía algunos meses después sería incorrecta en cuanto a la declaración de honorarios omitida, o sea por el monto de los impuestos que correspondía por ellos (€ 300 según mi ejemplo). Aunque la liquidación de impuestos es "algo", sin embargo, la no imposición del impuesto en relación con mi honorario es "nada" –justamente no se ha impuesto "nada". Esta "nada"– el efectivo ahorro de impuestos– ocurre ciertamente, pero ya antes de la liquidación, o sea, el punto de partida de la cadena causal a comprobar es "nada". Ahora bien, ¿en qué momento he ahorrado los gastos y donde reside el ahorro? ¿Esto se puede equiparar con el efectivo ahorro de impuestos o los "gastos ahorrados" no requieren más que la comprobación de los gastos que yo no habría efectuado si no hubiera ahorrado la deuda tributaria realmente existente? En el caso que se afirme esto: ¿En qué momento tendría que haberse ahorrado estos gastos?

Esto puede verse de la siguiente manera: la cuestión de la causalidad hace surgir diversos problemas, los cuales consisten en que el punto de partida de la cadena causal es una "nada" y con ello el curso causal depende de numerosas consideraciones hipotéticas.

2.3. ¿Impuestos reducidos como parte del patrimonio total?

La inclusión del no pago de impuestos como hecho previo del lavado de activos invierte la ratio del tipo del lavado de activos, porque con ello queda vinculado a un *patrimonio originalmente legal*, respecto del cual no se tributa[28].

Esto nos lleva al problema central del lavado de activos punible. Por cierto, éste problema también existe respecto a otros hechos previos pero se torna especialmente virulento en relación con la deuda tributaria reducida: las cantidades de dinero defraudadas serán parte del patrimonio total, o sea, el patrimonio legal y el ilegal se mezclarán y en tal sentido la parte ilegal no podrá ser individualizada, o sea, concretizada, de una forma razonable[29]. Si se parte de una contaminación total del patrimonio, entonces la porción legal del patrimonio (en su caso incluso mayor) quedaría incluida en el ámbito de aplicación del § 261 StGB y de esa manera se vulneraría la garantía de la propiedad prevista en el Art. 14 GG.[30] Por eso, desde un punto de vista del estado de derecho solo podría aceptarse en general una aplicación del § 261 si la suma defraudada es pasible de concretización o si constituye ya una considerable porción del patrimonio, o sea, cuando ésta resulta equiparable a la porción legalmente adquirida del patrimonio,[31] pues en cualquiera de

[28] Crítico Fischer: *§ 261*, nm. 16a; también NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 24 ("ruptura del principio del origen").

[29] MüKo-Neuheuser: *§ 261*, nm. 40; NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 83.

[30] Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: *§ 261*, nm. 16; críticamente también Sch/Sch-Stree/Hecker: *§ 261*, nm. 12.

[31] Cfr. Bittmann: *wistra*, 2010, 129; en ese sentido también NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 83 ("… porque el patrimonio total o la parte de éste de donde se ha producido el gasto de un modo demostrable, en general

estos casos podría defenderse la proporcionalidad de un bloqueo del patrimonio total por medio de la tesis de la contaminación.

Así pues el verdadero problema que representa el párr. 2, referido a los delitos tributarios como hecho previo, para el estado de derecho reside en que podría dar lugar a suponer que el pago de una suma dineraria a un tercero constituye en realidad un monto defraudado (los gastos ahorrados). Por ejemplo: Yo defraudo impuestos por un valor de € 1000 y luego pago esos € 1000 a otra persona. Por lo general no se puede fijar con certeza si estos € 1000 provienen de mi patrimonio legal o del patrimonio afectado por la defraudación tributaria, o sea, del patrimonio contaminado. Puesto que una tal diferenciación es prácticamente imposible –se trata de un patrimonio total–, un precepto como el § 261 párr. 2 StGB –para aspirar a un efectivo combate contra el lavado de activos[32]– tiene que impedir la transmisibilidad del patrimonio total, lo que sin embargo plantea insuperables problemas respecto a la protección de la propiedad y al principio de proporcionalidad[33].

Si bien la determinación de las porciones legal e ilegal del patrimonio se basa principalmente en una consideración económica, no existe acuerdo en cómo debe calcularse la mácula, o sea, la contaminación del patrimonio: ¿debe considerare que el patrimonio total está maculado por el monto correspondiente a

o en todo caso en una extensión tal que excede la porción legal del patrimonio obtenida y retenida…") [("… weil das gesamte Vermögen oder der Teil des Vermögens, aus dem nachweislich die Aufwendung erfolgt wäre, insgesamt oder jedenfalls in einem Umfang, die den legal erlangten und einbehaltenen Anteil des Vermögens übersteigt …")].

[32] En ese sentido LK-Schmidt/Krause: *§ 261,* nm. 13.

[33] En ese sentido véase la situación en Perú presentada por Caro Coria: *Lavado* y también García Cavero: *Lavado*, 114 s.

la porción/cuota del patrimonio ilegal? ¿Debe aceptarse entonces una "procedencia" de la parte maculada recién cuando el valor del dinero o de una cosa de la que se dispone excede la porción no maculada del objeto patrimonial (teoría de la contaminación parcial)? ¿Debe asumirse que existe una contaminación total a partir de un determinado valor de la "mácula" (por ejm. 70%)?[34] Por ejemplo: según el primer punto de vista (cuota), en un estado de cuenta de € 10.000 y un monto defraudado de € 2000 estaría contaminado un 20% del patrimonio total y correspondientemente podría considerarse contaminado un 20% del monto dispuesto (por ejm. € 800 para una deducción de € 4000). De acuerdo con el segundo punto de vista tendrían que disponerse más de € 8000, pues recién entonces el monto dispuesto excedería el monto no maculado (€ 8000); si fueran tomados exactamente € 8000 o menos, tendría que darse por sentado de que los bienes no están maculados. De acuerdo con el tercer punto de vista recién podría hablarse de una contaminación total a partir del valor fijado para la maculosidad (por ejemplo el 70%, o sea, € 7000).

Tales posiciones conllevan naturalmente una dosis de arbitrariedad (¿por qué 70% y no 60% u 80% del patrimonio total?) y por lo mismo no permiten aislar satisfactoriamente el monto defraudado del patrimonio del autor [35]. Desde un estricto punto de vista del estado de derecho se tiene que considerar cada acto de lavado o sea, cada uso del patrimonio, por separado y reparar en que la parte legal del patrimonio permanece intacta.[36] Si esto no es posible, porque no se puede

[34] Cfr. MüKo-Neuheuser: § 261, nm. 57 con más referencias; Samson: FS Kohlmann, 276 (cuota).

[35] NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 83.

[36] Ejemplo en Bittmann: *wistra*, 2010, 129 columna derecha.

aislar el monto defraudado, entonces una sanción por lavado de activos infringiría la garantía de la propiedad y el principio de proporcionalidad.[37]

Por otra parte, los defensores de la regulación extraen un paralelo con el comiso del valor sustitutivo (§ 73a StGB).[38] Ciertamente no se puede objetar a esta posición, contrariamente a Samson[39], que dado que no existe un particular al que se hubiera privado de algo no se cumpliría con una de las exigencias del § 73 I 2 StGB, porque aquí el Estado mismo ha sido lesionado y por lo tanto tiene derecho a ser reparado en el sentido del precepto. Por otro lado, los gastos ahorrados también se pueden entender como "algo obtenido" en el sentido del § 73.[40] Sin embargo, a diferencia del comiso, donde el juez puede determinar el valor sustitutivo concretamente de la mano de un objeto que ya no está disponible, esto no es fácilmente posible para el caso de los gastos ahorrados.

3. DOBLE PUNICIÓN POR EL HECHO PREVIO, RELACIÓN.

Si bien antes (hasta el 9.5.1998)[41] tenía que tratarse de un hecho previo de otro, en la actualidad incluso el autor del hecho previo puede ser autor del § 261 StGB –como, por ejemplo, también según el artículo 301 del CP español ("… actividad delictiva,

[37] NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 83.

[38] LK-Schmidt/Krause: *§ 261*, nm. 13.

[39] Samson: FS Kohlmann, 2003, 270; de la misma opinión NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 83 (ambos sin una justificación detallada).

[40] Samson: FS Kohlmann, 2003, 270.

[41] Entrada en vigencia de la "Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada" de 4.5.1998 ["Ges. zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität"].

cometida por él …") y los artículos 1, 2 y 3 del DL 1106 de Perú (que usan la fórmula para la autoría propia de los delitos comunes ["El que…"]) en conexión con el artículo 10 de la misma norma peruana ("También podrá ser considerado autor del delito … quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias")–, con lo cual el no podría en principio evitar la punibilidad por el § 261 StGB. Por tal razón, viene en consideración aquí la cuestión de una doble sanción por el hecho previo y el lavado de dinero: piénsese, por ejemplo, en el traficante de drogas que quiere lavar la ganancia proveniente de la venta de droga o – en nuestro contexto– en el delincuente tributario que quiere invertir los impuestos cuya devolución ha conseguido ilegalmente.

Precisamente, para evitar una doble sanción y, con ello, una infracción del principio jurídico constitucional del *ne bis in idem* (Art. 103 III GG), el § 261 párr. 9, frase 2 StGB[42] excluye la punibilidad por lavado de activos para los ***partícipes* en el hecho previo**[43]**.**

Aquí se debate dogmáticamente si la regulación representa una regla concursal basada en el concepto de un *hecho posterior copenado*[44] o si el § 261 StGB es formalmente subsidiario.[45] Como argumentos a favor de la solución del concurso cuentan

[42] Esta parte de la norma dice: „Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen *Beteiligung an der Vortat* strafbar ist." (resaltado del autor).

[43] BGHSt 48, 240, 245; Fischer: *§ 261*, nm. 18; MüKo-Neuheuser: *§ 261*, nm. 112; Graf/Jäger-Eschelbach: *§ 261* nm. 19.

[44] Así la exposición de motivos, BT-DrS: *13/8651*, 11; del mismo modo LK-Schmidt/Krause: *§ 261*, nm. 50; Sch/Sch-Stree/Hecker: *§ 261,* nm. 7; MüKo-Neuheuser: *§ 261,* nm. 112.

[45] NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 21.

tanto el objetivo del legislador –en principio, la inclusión típica del autor del hecho previo en el ámbito del § 261 StGB, pero la exclusión de su punibilidad, cuando aquél ha participado en el hecho previo[46]– así como el texto de la norma ("no… será sancionado").[47] También apoya una posición tal una comparación con la receptación: o sea, la receptación como hecho posterior copenado, cuando el receptador ha intervenido como partícipe en el hecho previo (¡en caso de que hubiese sido autor, ya estaría típicamente excluido por el § 259 StGB!) Pero en contra de esa solución se encuentra la circunstancia de que los hechos previos y el § 261 StGB poseen distintos objetos de protección.[48] En todo caso el mencionado párr. 9 frase 2 es (también) una *causa personal de exclusión de la pena* pues el autor del delito previo actúa para autofavorecerse (ver el § 257 párr. 3 frase 1 StGB),[49] o sea, para aprovechar lo que ha obtenido con el hecho previo.

Sin embargo, la exclusión personal de la pena a favor del partícipe en el hecho previo deja intacta la *punibilidad de otras personas* por su participación en el § 261 StGB, pues la existencia de una acción típica y antijurídica de lavado de dinero basta ya para satisfacer las exigencias del principio de la accesoriedad limitada.[50] Por consiguiente, sí es punible la participación en el lavado de dinero impune para el autor del hecho previo.[51] Un partícipe solo permanece impune cuando (también) interviene a

[46] BT-DrS 13/8651, 11; NK-Altenhain: *§ 261,* nm. 21.

[47] NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 21.

[48] NK-Altenhain: *§ 261,* nm. 21.

[49] NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 21; también Fischer: *§ 261,* nm. 18.

[50] MüKo-Neuheuser: *§ 261*, nm. 112; Sch/Sch-Stree/Hecker: *§ 261,* nm. 7.

[51] NK-Altenhain: *§ 261*, nm. 21.

favor suyo el párr. 9 frase 2 debido a que él también ha participado en el hecho previo y ya es punible por eso.[52]

Todo esto suena bastante claro, pero el precepto no está de ninguna forma exento de problemas.[53] Puesto que éste se orienta a la "participación" en el hecho previo, entonces la exclusión de la pena alcanza a *toda forma de participación*. Así, por ejemplo, la punibilidad por la comisión *en autoría* del § 261 StGB será desplazada ya por una *complicidad* punible en el hecho previo[54] y esto puede llevar a un solo difícilmente razonable favorecimiento –o sea impunidad– del lavador en casos de aportaciones mínimas a hechos previos que desembocan en considerables lavados de dinero (piénsese, por ejemplo, en una intervención secundaria en un robo con un posterior lavado del botín ascendente a 5 millones de €).

Además de ello, la exclusión de la sanción requiere que la participación en el hecho previo haya sido fijada con certeza[55], pues en el fondo esto no debe llevar a la impunidad sino solo a evitar una doble sanción.[56] El hecho previo no tiene que haberse consumado o agotado.[57] Si existen dudas respecto a la participación en el hecho previo, este puede juzgarse por el § 261 StGB por la vía de la *fijación de la postpendencia (litispendencia)* –para dos hechos consecutivos en el tiempo se

[52] NK-Altenhain: § *261*, nm. 21.

[53] Más detalladamente sobre los problemas Bernsmann: *FS Amelung*, 382 ss.

[54] NK-Altenhain: § *261,* nm. 22.

[55] Fischer: § *261*, nm. 18; MüKo-Neuheuser: § *261,* nm. 112; LK-Schmidt/Krause: § *261,* nm. 7; Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § *261*, nm. 19; NK-Altenhain: § *261*, nm. 23.

[56] NK-Altenhain: § *261*, nm. 23.

[57] BGH NJW 2000, 3725; MüKo-Neuheuser: § *261,* nm. 112; NK-Altenhain: § *261*, nm. 22.

fija solo el último–.[58] Sin embargo esto solo puede proteger al condenado frente a nuevas persecuciones en aquellos casos en los que el hecho previo y el lavado de dinero constituyen el mismo hecho (idem), aunque en un sentido procesal –correspondiente a la comprensión procesal del hecho, dominante en Alemania–.[59] Solo puede partirse con seguridad de ello cuando el hecho previo y el lavado de dinero han sido acusados como un hecho. Pero esto solo sucederá cuando el Ministerio Público tiene una sospecha suficiente excluyente de duda o ya ninguna duda respecto al hecho previo (§§ 170 I, 203 StPO) y por esa razón solo acusa por lavado de dinero. Si falta una sospecha suficiente del hecho, entonces escasamente podrá exigirse al Ministerio Público una acusación para garantizar la prohibición de doble persecución.[60] Por cierto, resulta más realista partir de diferentes hechos procesales por la simple razón de que normalmente existirá un considerable tiempo entre el hecho previo y el lavado de dinero. La prohibición de doble persecución y la objeción de la *cosa juzgada* no limitan la persecución del hecho previo. Ahora bien, si la agencia de persecución considera que –como consecuencia de nuevas pruebas incriminatorias– existe una suficiente sospecha respecto al hecho y que además existe un interés público en la persecución del hecho previo – por ejemplo por su especial relevancia en relación con el lavado del dinero–, entonces son posibles nuevas investigaciones y enjuiciamientos.

Pero aquí se trata en todo caso solo de la punibilidad según el derecho alemán, puesto que una sanción con base en el derecho

[58] Fischer: § *261,* nm. 18; Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § *261,* nm. 19; Sch/Sch-Stree/Hecker: § *261*, nm. 7; LK-Schmidt/Krause: § *261,* nm. 50.

[59] Cfr. también Bernsmann: *FS Amelung*, 387 ss.

[60] Así sin embargo Bernsmann: *FS Amelung*, 389.

extranjero ya no caería dentro del ámbito de la prohibición de doble sanción del Art. 103 III GG.[61]

Finalmente, quisiera decir algo más sobre el argumento del *ne bis in idem* y contra la solución del concurso real del Tribunal Supremo español (TS): el TS considera que el blanqueo de capitales y el delito tributario como delito previo son delitos autónomos. Para el TS es la *relevancia penal de la conducta del partícipe* tanto en el delito previo como en el blanqueo de capitales lo que elimina la posibilidad de que el blanqueo sea absorbido por el delito previo y, lo que por el contrario, habilita la posibilidad de un concurso real de delitos. El TS[62] defiende así un concepto material del hecho señalando que "los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos". Además dice: "(…) se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuridicidad del hecho". O sea, el TS sostiene que el tipo de cada uno de los delitos no contiene todo el contenido del injusto, lo que es lógico desde su posición de aceptar un concurso real. Por lo demás, el TS niega una violación del *ne bis in idem* también por medio de una distinción bastante sofisticada, por no decir confusa, entre los objetos de referencia del delito fiscal y del lavado de dinero: el objeto del delito fiscal sería la base imponible que motiva la

[61] Cfr. también NK-Altenhain: *§ 261,* nm. 22.

[62] Véase al respecto la Sentencia 974/2012 de 5.12.12 (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6603543&links=blanqueo&optimize=20130116&publicinterface=true [última revisión: 20.11.2014]

cuota (liquidación tributaria de un fraude al erario público)[63] mientras que en el blanqueo el objeto sería la ganancia obtenida de ese fraude, o sea, la cuota tributaria concretamente defraudada. Como puede verse toda la argumentación del TS depende de este concepto material del "idem". Sin embargo esta situación cambia si, como en el derecho alemán y europeo[64], se entiende el "idem" como hecho procesal.

[63] Véase STC 974/2012, 162, 163.

[64] Véase con mas detalle Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2014, § 10 nm. 112 ss.

Bibliografía

- Altenhain, Karsten: „§ 261“, en Kindhäuser – Neumann–Paeffgen, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Tomo 3, Nomos, Baden-Baden, 2013, 4° ed., 483-548, cit. NK-Altenhain, § 261.
- Ambos, Kai: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe,* Beck, München, 4ta ed. 2014.
- Bernsmann, Klaus: „Im Zweifel: Geldwäsche? Überlegungen zum Verhältnis von materiellem und Prozess-Recht bei der Geldwäsche (§ 261 StGB)“, en: Martin Böse – Detlev Sternberg-Lieben (ed.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, 381-392, cit. Bernsmann, *FS Amelung.*
- Bittmann, Folker: “Telefonüberwachung im Steuerstrafrecht und Steuerhinterziehung als Vortat der Geldwäsche seit dem 1.1.2008” en *wistra*, n° 4, Heidelberg, 2010, 125-130, cit. Bittmann, *wistra* 2010.
- Caro Coria, Dino Carlos: “Lavado de activos provenientes del delito tributario”, en este libro, cit. Caro Coria: *Lavado.*

- Dierlamm, Alfred: "Geldwäsche und Steuerhinterziehung als Vortat – die Quadratur des Kreises", en Stefan Hiebl – Nils Kassebohm – Hans Lilie (eds.), *Festschrift für Volkmar Mehle: zum 65. Geburtstag am 11.11.2009*, Baden-Baden, Nomos, 2009, 177-181, cit. Dierlamm, FS Mehle 2009.
- Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen,* München: C.H. Beck, 2014, 61° ed., cit. Fischer: § 261.
- Eschelbach, Ralf: § 261, Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäβig erlangter Vermögenswerte (mit § 17 GwG) en: Jürgen Graf – Markus Jäger – Petra Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht: Kommentar.* Beck, München, 2011, 430-460, cit. Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach, § 261.
- García Cavero, Percy: *El delito de lavado de activos,* Jurista, Lima, 2013, cit. García Cavero: *Lavado.*
- Harms, Monika:„§370a AO –Optimierung des steuerstrafrechtlichen Sanktionensystems oder gesetzgeberischer Fehlgriff" en: Hans Joachim Hirsch – Jürgen Wolter – Uwe Brauns, *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt Verlag, 2003, 413-426, cit. Harms, *FS Kohlmann* 2003.
- Joecks, Wolfgang: „Strafvorschriften im Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz" en *wistra*, n° 6, Heidelberg, 2002, 201-205, cit. Joecks, wistra 2002.
- Neuheuser, Stephan: „§ 261" en: Wolfgang, Joecks – Klaus Miebach (Ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 4, C.H.Beck, München, 2012, 2° ed., 1728-1767, cit. MüKo-Neuheuser, § 261.
- Samson, Erich: „Geldwäsche nach Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertzeit von Strafgesetzen" en Hans

Joachim Hirsch – Jürgen Wolter – Uwe Brauns, *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt Verlag, 2003, 263-278, cit. Samson, FS Kohlmann, 2003.

- Schmidt, Wilhelm/Krause, Juliane: „§ 261" en: Heinrich Wilhelm Laufhütte – Ruth Rissing- Van Saan – Klaus Tiedemann (ed.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Tomo 8, De Gruyter, Berlin-New York, 2010, 12° ed., 657-685, cit. LK-Schmidt/Krause, § 261.
- **Stree /Hecker:** „§ 261" en Schönke, Adolf – Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 2014, 29° ed., 2467-2482, cit. Sch/Sch-Stree/Hecker, § 261.
- Wulf, Martin: "Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht- Die Reform der schweren Steuerhinterziehung (§370a AO a.F.) durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung – Flug oder Segen" en *wistra,* n° 9, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008, 321-329, cit. Wulf, wistra 2008.

LAVADO DE ACTIVOS EN URUGUAY: UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA[*]

Pablo Galain Palermo

[*] Agradezco la colaboración de Eduardo Sasson y Sofía Lascano, miembros del Observatorio Latinoamericano en Política Criminal y Reformas Penales (OLAP), http://olap.fder.edu.uy/.

Resumen:

Este artículo ofrece una visión criminológica sobre el fenómeno del lavado de dinero con referencia a la normativa y la jurisprudencia en Uruguay. Se considera como punto de partida la visión sociológica de quienes cuestionan que el lavado de dinero sea, por un lado, una consecuencia necesaria del tráfico de drogas y otras formas identificadas político criminalmente con la criminalidad organizada que moverían cantidades importantes de dinero, potencialmente capaces de poner en peligro el bien jurídico orden socio-económico, y por otro lado, se cuestiona que se trate de un fenómeno propio de personas que operan por fuera del sistema económico-financiero. A la visión crítica en relación al bien jurídico protegido hay que sumar una visión crítica en cuanto a la definición político-criminal de los posibles autores y de su capacidad efectiva de dañar al bien jurídico tutelado. El articulo pretende poner en evidencia la contradicción que existe entre la política criminal internacional que exige en lo normativo que los Estados nacionales se plieguen a la "lucha contra determinados enemigos" y la aplicación que a nivel nacional se hace de esa normativa, que parece estar más próxima a un sistema apegado a una lógica político criminal más amigable.

1. INTRODUCCIÓN

Esta contribución tiene como objetivo un breve análisis criminológico sobre el fenómeno del lavado de activos en relación con el sistema jurídico uruguayo. Para ello el planteamiento del artículo se realiza como forma de responder a una pregunta en particular: ¿Tiene el Uruguay un interés real en perseguir el lavado de activos para la protección del orden socio-económico? Si consideramos como variables explicativas que Uruguay cuenta con un sistema financiero basado en el secreto tributario y bancario que se alimenta de capital off shore y que su ordenamiento jurídico no considera como delito precedente del lavado a la defraudación tributaria, cabe preguntar: ¿Por qué Uruguay colocaría a su ordenamiento jurídico penal en contra de su propia definición como Estado-Nación, obligando a los operadores financieros con deberes y posiciones de garantía propias de un gendarme que recolecta información privada para informar a las haciendas y administraciones de otros Estados, colocando bajo sospecha a sus propios clientes? La única explicación racional a estas interrogantes es que la "sociedad global" está en guerra contra determinados fenómenos (enemigos) y que Uruguay está obligado a colocar sus cañones de guerra de forma amenazante contra su propio territorio (amigos). La imposición que viene en forma de Recomendación (GAFI), Declaración (ONU) y seguimiento posterior por un Comité de Antiterrorismo, deviene obligatoria y su no acatamiento acarrea consecuencias políticas y

económicas en el plano internacional, previa inclusión en "listas negras" o "listados" que clasifican a los países en "colaboradores", "poco colaboradores" o "no colaboradores". Estas listas que recuerdan a viejas polarizaciones del mundo en época de Guerra Fría dividen a los Estados del orbe en "amigos" y "enemigos" y depende de la "voluntad política" de cada Estado el grupo en el que se posiciona y en el que puede llegar a ser clasificado por los controladores del sistema económico-financiero universal.

En Uruguay tradicionalmente el derecho penal es una forma política de ejercicio del poder mediante el control de determinadas personas (generalmente vulnerables) y actividades por medio de la amenaza de graves castigos contra los infractores. La pena, por su parte, se utiliza como una forma de excluir socialmente a determinadas personas por medio del encierro y de la suspensión de varios derechos ciudadanos abusando de la prisión preventiva. La lógica cambia cuando se trata de enfrentar a la criminalidad organizada y cuando el derecho penal se inmiscuye preventivamente en el ámbito económico porque allí ya no asume como objetivo el castigo de los actores individuales sino el decomiso de las ganancias ilícitamente obtenidas. Ello, sin embargo, no quiere decir que aun dentro de un derecho penal para ciudadanos la persecución y los castigos se lleven a cabo con la misma "eficacia" para los delincuentes comunes que contra los delincuentes que cometen delitos económicos.

Según la política criminal para el crimen organizado la pregunta elemental que fundamenta el castigo ya no se formula sobre la base de "quien ha hecho tal cosa" (daño efectivo) sino "si lo que ha acontecido se puede catalogar como delito" (peligro de lesión).[1] Este mismo problema tampoco es ajeno al *common*

[1] Albrecht, Hans-Jörg: *"Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas"*, 259 s.

law, que ve como se abandona paulatinamente el derecho penal construido en el Siglo XIX sobre los postulados de Stuart Mill y el *harm principle*[2] y recobra fuerza en determinadas áreas de la política criminal el *legal moralism*, que ha servido para la prohibición y el castigo de los "vicios" (alcohol, prostitución, homosexualidad, drogas, etc).[3] En el sistema continental gana adeptos el castigo de los peligros y la disminución de la libertad individual, propios de los postulados descriptos por Günter Jakobs de una política criminal de guerra contra determinados enemigos (*Feindstrafrecht*).[4] El derecho penal ya no "dialoga" con ciudadanos incapaces de cumplir con expectativas sociales o normativas sino que se "protege" de fuentes de peligro consideradas una amenaza que legitima la intervención penal en etapas anteriores a la lesión de los bienes jurídicos protegidos.[5] El derecho penal, aun cuando se aplica para ciudadanos se concentra en prevenir el peligro abstracto puramente formal (delitos de peligro abstracto puro) carente de contenido de injusto material (delitos de "pura desobediencia" o "con función puramente organizativa formal")[6] por medio de reacciones

[2] Silverman, Emiliy: *"Concept and systematization of the criminal offense in USA"*, 126.

[3] Von Hirsch, Andrew: "El concepto de bien jurídico y el „principio del daño",38 ss.

[4] Jakobs, Günther: *"Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)"*, 52 s. En el caso de los actos de terrorismo, como se identifica a los mismos con una especie de crimen de guerra obliga a que el derecho también se convierta en un derecho de la guerra. Ver Oehmichen, Anna/Saux, Soledad: *"La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional"*, 648.

[5] Para el caso alemán, Müller, Tim: *"Prävention durch Strafrecht? Terrorismusabwehr und Vorfeldtatbestände"*, 463 ss.

[6] Martínez-Bujan, Carlos: "Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial", 795.

violentas.[7] El derecho penal se construye así sobre infracciones a determinados deberes de conducción funcionarial (o en la vida) y no sobre la protección de bienes jurídicos.[8] En el fondo se trata de criminalizar a la mera infracción administrativa, a los "deberes inherentes a un cargo o función", pero también de trasladar las cargas preventivas de los riesgos inherentes a esos cargos o funciones a los particulares mediante la creación de deberes específicos de actuación.[9] De este modo, la ausencia de una víctima concreta que ha sufrido un daño no impide al sistema (penal) privar al autor de un delito de la ganancia ilícitamente obtenida.[10] La expansión del derecho penal no solo obliga a castigar a las conductas peligrosas que no provocan un daño concreto y/o delitos sin víctimas sino que conlleva a la disminución de garantías, a la celeridad, a la eficacia, a la inversión de la carga de la prueba, a la administrativización y desnaturalización del derecho penal tradicional, entre otras características, trasladando la función de contralor del funcionario estatal a los privados.[11] A los cambios político-criminales

[7] A favor de reprimir las causas de los delitos, Waller, Irvin: *Menos represión. Más seguridad*, 155 ss.

[8] Ver Jakobs, Günter: *La imputación objetiva en Derecho penal*.

[9] El mejor ejemplo son los programas de "compliance" que vienen siendo instalados en las empresas en muchas jurisdicciones nacionales. Estos programas "son concebidos y se basan fundamentalmente en tres pilares: prevención, reconocimiento y reacción". La empresa crea sus propios deberes y reglas de comportamiento que traslada a sus empleados, en una cadena de traslaciones que comienza en el Estado y termina en los trabajadores. Sobre el tema, ampliamente, Engelhart, Marc, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 6.

[10] Kofele-Kale, Ndvia: *Combating Economic Crimes*, 28 ss.

[11] Tiedemann, Klaus: D*erecho Penal Económico*, 82 ss; Silva Sánchez, Jesús: *La expansi6n del Derecho penal*.

también han contribuido el "redescubrimiento de la víctima"[12] y el "reingreso de la reparación dentro del derecho penal",[13] los modelos criminales asociacionistas y corporativos,[14] así como la aplicación de nuevas modalidades punitivas que difuminan las fronteras entre lo penal y lo civil, como el caso del decomiso.[15] El derecho penal se empieza a utilizar para corregir las disfunciones en los flujos económicos, las obligaciones tributarias y el funcionamiento de los mercados,[16] y para ello, el bien jurídico se concentra en la protección de determinadas instituciones (como la institución crediticia).[17] Por imposición de organismos monetarios internacionales[18] el sistema jurídico administrativo y penal se convierten en una herramienta de cooperación internacional para perseguir las ganancias ilícitamente obtenidas, llevando a que la pena de privación de libertad no se considere a priori como la reacción adecuada para estos

[12] Eser, Albin: *"Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*"; ampliamente, Galain Palermo, Pablo: *La reparación del daño a la víctima del delito*.

[13] Zipf, Heinz: *Kriminalpolitik*, 189 ss; ampliamente, Galain Palermo, Pablo: *La reparación*, cit.

[14] Manacorda, Stefano: *"La parábola" de la armonización penal: a propósito de las dinámicas de integración normativa relativa a la organización criminal*", 352.

[15] Pieth, Marc: *"La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio*", 294.

[16] Hay quien se pregunta si incluso podría servir para prevenir las crisis financieras, ver Demetrio, Eduardo: *"El significado político del derecho penal económico*", 11 ss.

[17] Tiedemann, Klaus: *Derecho Penal Económico*, cit, 85.

[18] El Estado neoliberal ve "limitada su soberanía por el poder de las transnacionales o por el de las organizaciones internacionales de las que forma parte e integra". Borja Jiménez, Emiliano, Acerca de lo universal, y lo universal y lo particular del Derecho Penal, 41.

"enemigos" a quienes se los amenaza con "embargos preventivos", "confiscaciones", "incautaciones" y el decomiso de sus ganancias ilegales).[19] De esta forma, el reproche penal se direcciona al daño y el castigo individual pierde sentido como "pérdida" de la libertad individual y se transforma en una mera pérdida económica, como si se tratase de un "negocio" que no ha sido redituable para quien ha intentado una ganancia valorable en dinero por fuera de las "reglas del juego económico". De esta forma, aunque simbólicamente se pretenda dar el mensaje de "lucha contra determinados enemigos" la pena ya no marca con claridad la frontera entre lo administrativo y lo penal.

Como se ha dicho, la comunidad internacional exige la persecución internacional de los dineros evadidos sin que ningún obstáculo nacional (secreto bancario o tributario, ausencia de norma administrativa o penal, exigencia de orden judicial, etc) impida la transferencia de información y el posterior decomiso. De algún modo, cuando los obstáculos existen se produce un conflicto entre el orden internacional y el nacional en tanto la política criminal internacional de lucha contra enemigos (que termina abarcándolo todo y difuminando los límites entre un derecho de guerra y un derecho para tiempos de paz) exige que se trate como enemigos a determinados individuos que no son

[19] Según el art. 2.f de la Convención de ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos de 2004: "Por "embargo preventivo" o "incautación" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente"; y en el Art. 2.g: "Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente". http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf

considerados tales por los Estados nacionales.[20] Este enfrentamiento dialéctico se agrava cuando a nivel nacional tales actores del mundo económico-financiero son considerados incluso ciudadanos respetables. [21]

Esta incómoda situación obedece a que las razones del cambio de paradigma en el tema que nos convoca no se pueden encontrar en el *aggionarmiento* de una política criminal nacional que responde al cambio de las modalidades delictivas a lo largo del tiempo, sino que estas razones son producto de lo que la sociología denomina "colonización" o "aculturación legal". [22] Este fenómeno describe una nueva forma de influencia de los países poderosos en los menos influyentes por medio del uso de la posición dominante en los organismos internacionales y supranacionales para transpolar una necesidad normativa que responde exclusivamente a los intereses de aquellos. La colonización o aculturación legal se lleva a cabo por medio de la construcción de "paradigmas" como "crimen organizado", "finanzas criminales", "narco-economía", "lavado de activos", que son definidos de forma difusa y general para facilitar la adopción de instrumentos y medidas flexibles e invasivas que permiten usar las mismas herramientas de política criminal para combatir

[20] "…las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación"…"de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico". Cancio Meliá, Manuel: *"Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación"*, 168.

[21] Jakobs sostiene que ante los crímenes relacionados con el mundo económico el derecho penal no actúa según la lógica del derecho penal del enemigo, porque todavía no se adapta a las reglas de la economía. Ver Böhm, Maria Laura: *"Políticas de seguridad y neoliberalismo"*, 332.

[22] Fernández Steinko, Armando: *Las pistas falsas del crimen organizado*, 274.

fenómenos tan dispares como el "fraude fiscal", la "corrupción", la "lucha contra las drogas" o la "financiación del terrorismo".

Este nuevo paradigma, entonces, se lleva a cabo como una imposición de lo internacional a lo nacional (Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, Convención sobre Financiación del Terrorismo de 1999, Convención de Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000), con base en ciertas razones procedimentales. Por un lado, porque las sedes nacionales se ven dificultadas en la persecución de estos grupos que actúan de modo trasnacional utilizando diversas jurisdicciones para la comisión de ilícitos que comienzan en una determinada jurisdicción penal pero que surten efectos antijurídicos en otras cercanas o distantes entre sí, y por otro lado, porque estos delitos perjudican a las economías y administraciones de justicia de los países más poderosos (y con mayor incidencia internacional) que sufren la evasión de esos capitales. La "lucha contra las drogas" fue solo el dispositivo amplificador que permitió la elaboración de los estándares internacionales para atacar un fenómeno multiforme como el crimen organizado. De esta forma, la construcción del enemigo es la que ha legitimado la elaboración conjunta de las medidas de cooperación internacional para la recuperación de activos. Una vez definido el enemigo la comunidad internacional escogió -dentro de todas las posibles- a aquellas conductas más lucrativas (por excelencia, el tráfico de drogas), concentrando su atención en las conductas posteriores a esos delitos precedentes mediante las cuales los delincuentes pretendían "reintroducir" sus botines en los flujos legales de la economía. De ahí la lógica que une a determinados delitos precedentes (en un principio, delitos de cierta gravedad) con los procesos posteriores de aseguramiento de las ganancias. En realidad, esa tarea de "lavado", "blanqueo" o "reciclaje" no debe ser considerada como la etapa de agotamiento de un delito

previo, sino como una nueva conducta criminal mediante la cual las resultancias de determinados delitos sirven de objeto material para el castigo de una nueva conducta criminal de "ocultamiento" y "reconversión" del producto de un delito en la economía legal de un determinado sistema, aunque el mismo no tenga relación alguna con el lugar en el que el delito precedente aconteció. Por otra parte, la política criminal internacional también reprocha la conducta de los controladores mediante la sanción administrativa por la falta de diligencia de un sistema económico determinado en los controles administrativos que se exige a nivel internacional o estándar.[23]

En la última década del siglo XX, EE.UU, Canadá, Japón, Alemania, Reino Unido, Italia y Francia dictaron una serie de recomendaciones (*Task Force Report*) para crear un sistema internacional de lucha o combate contra el lavado de dinero, que al día de hoy se constituye como la norma internacional básica a la que se tienen que "someter" los países menos industrializados.[24] En esa lucha los Estados, las empresas de intermediación

[23] Como se exige en los sistemas que aceptan la equiparación entre actos de conspiración, tentativa y consumación o que admiten un sistema unitario de autor o que no diferencian cuestiones penales de las civiles, obligando a las empresas a adoptar medidas de compliance basadas en las obligaciones de denuncia y cooperación según una política de "conocimiento del cliente". Ver Nieto, Adán: *"¿Americanización o europeización del derecho penal económico?"*, 442 s.

[24] Surge del discurso del Secretario General de la Secretaria Nacional Antilavado de Activos de Uruguay Lic. Carlos Díaz: "Pero, además de ello el mundo, a través de las nuevas 40 recomendaciones del GAFI nos pide que demostremos que lo que hacemos lo estamos haciendo bien.- Nos pide que demostremos que hemos hecho correctamente nuestros análisis de riesgos para orientar nuestros recursos eficientemente.- Nos pide que pueda verificarse que hemos cumplido técnicamente con los requisitos necesarios para contar con un sistema eficaz en la lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo".

financiera y las personas dedicadas a determinadas profesiones vinculadas a la gestión, representación e intervención en operaciones con bienes o capitales están obligados a cumplir con determinados deberes que conducen a la actual sospecha de un "posible delincuente" adonde siempre hubo un "potencial cliente". Ahora bien, aunque se pueda llegar a pensar que desde un punto de vista dogmático las cosas también deberían de estar claras, lo cierto es que el castigo de las tareas de "limpieza de rastros" crea la dificultad de diferenciar el nuevo delito (de lavado) de la tradicional conducta post criminal de "ocultamiento" de las pruebas incriminatorias. Por eso, no es descabellado pensar que el sistema penal (internacional) cansado de las dificultades probatorias en materia de delitos transnacionales haya optado por una política criminal que reprocha (injusto) y castiga (pena) las conductas que, justamente, obstaculizan el descubrimiento de las ganancias obtenidas mediante previas acciones delictivas. Pero, ¿hasta dónde esta "inversión", "simplificación", "auxilio" de la carga probatoria mediante la criminalización de las conductas postdelictivas de ocultamiento (y reintroducción) de los bienes ilícitamente obtenidos puede ser considerada en sí misma un delito autónomo?[25]

Apertura del XXVIII Pleno del GAFISUD, Montevideo, 12.12.2013.

[25] En todo caso, se acepta que el derecho penal (económico) asuma como paradigma la lucha contra el enriquecimiento ilícito impidiendo la utilización de lo obtenido de modo ilegal, aunque con ello se posicione en una zona muy próxima al derecho civil. Como propuso Winfried Hassemer, se debería debatir con mayor profundidad sobre la necesidad de contar con un *derecho de intervención* que responda a postulados distintos a las dos ramas jurídicas anteriormente mencionadas. Hassemer, Winfried, "Kenzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", 378 ss.

2. EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL ORDEN JURÍDICO PENAL URUGUAYO

En el sistema jurídico de Uruguay para regular el lavado de activos coexisten leyes penales con la normativa emitida por el BCU. El lavado de dinero ingresa al ordenamiento penal vinculado a la política criminal internacional de la lucha contra las drogas y las formas de financiación del narcotráfico.[26] Por eso, en una primera instancia es legislado en una ley especial relacionada con las sustancias estupefacientes (Ley 17.016 de 22.10.1988 que modificó el Decreto Ley 14.294 de 1974).[27] Posteriormente los delitos precedentes se ampliaron a las formas de corrupción pública (Ley 17.060 de 23.09.2004),[28] aunque años más tarde dicho artículo fue derogado.[29] El 23.05.2001, siguiendo con la política penal expansiva, la Ley 17.343 amplió la lista de delitos precedentes a conductas identificadas como propias del tráfico ilícito y del crimen organizado, a las que se añadió sin coherencia política criminal otras conductas como el proxenetismo o el contrabando,

[26] Ver Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988); Recomendaciones de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas) en el ámbito de la OEA.

[27] Sobre el tema, Adriasola, Gabriel: *"La nueva ley de estupefacientes y lavado de dinero"*, 27 s. Ver Fleitas, Sandra: *"El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos"*, 157.

[28] Artículo 30 – (Blanqueo de dinero) -. El que obstaculizara la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales, a sabiendas de que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del Código Penal, o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses a seis años de penitenciaría" de la Ley Nº 17.060 de fecha 23 de diciembre de 1998.

[29] Artículo 22 Ley 17.835 de 23.09.2004.

generalmente cometidos por individuos no asociados en grupos criminales. Tan solo los delitos de extorsión y secuestro podrían tener una vinculación con la actividad de los grupos criminales organizados, si es que esta era la intención del legislador.[30] Esta ley introduce, sin embargo, como delito precedente a los delitos de terrorismo sin que los mismos hayan sido definidos previa o concomitantemente por el legislador nacional, que en su apuro por cumplir con las obligaciones internacionales olvidó tipificar la conducta que introducía en el orden jurídico como delito precedente del lavado. Es decir, el sistema uruguayo a partir de 2001 creó una situación extraña en la que aumentó la lista de delitos precedentes aun cuando uno de ellos (de la gravedad del terrorismo), no contaba con definición típica. Esta inexplicable situación (en un Estado en el que el terrorismo era un fenómeno considerado ajeno a la realidad uruguaya) recién se regularizó el 23.09.2004 con la Ley 17.835 denominada *Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo* que ofreció una definición de delito terrorista.[31] Esta misma ley, como veremos

[30] Artículo 81 – "Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de la presente ley se aplicarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo, contrabando superior a U$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos" de la Ley Nº 17.343 de fecha 23 de mayo de 2001".

[31] Aunque también aprovechó la situación para incluir en los delitos precedentes de lavado al delito de estafa cometido por "personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central de Uruguay en el ejercicio de sus funciones; y todos los delitos comprendidos en la Ley Nº 17.060, de 23 de diciembre de 1998" (art. 8).

más adelante, tipificó el delito de financiación de terrorismo, tipicidad que se diferencia de la infracción penal del "lavado de activos" que proviene del terrorismo.[32] Esta ley reintroduce los delitos de corrupción como delito precedente de lavado, en cuya lista no se hace mención al tráfico de armas. La incesante ampliación de delitos precedentes siguió con la Ley 18.026 de 25.10.2006 añadiendo a esta lista los crímenes internacionales que se incorporaban por primera vez al orden nacional, tales como genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad.[33]

[32] Esta ley fue reglamentada por el decreto 86/2005 de 24.02.2005, y posteriormente los Arts. 1° y 4° de la Ley 18.494 de 05.06.2009, que sustituyeron varias de la ley anterior. La Ley 18.362 de 06.10.2008 creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado.

[33] Artículo 28 (Lavado de activos y financiación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra) Sustitúyese el artículo 8 de la Ley 17.835, de 23.9.2004, por el siguiente: Artículo 8 Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.74, incorporados por el artículo 5 de la Ley 17.016, de 22.10.98, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, terrorismo, contrabando superior a U$S 20.000 (veinte mil dólares de los EEUU); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, tráfico ilícito de personas, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de sustancias nucleares, tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas, sujetas al control del Banco Central del Uruguay, en el ejercicio de sus funciones, y todos los delitos comprendidos en la ley 17.060 de 23.12.98. En los casos previstos en el presente artículo serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 58 a 67 y 71 a 80 del DL 14.294, de 31.10.1974, incorporadas por el artículo 5 de la L 17.016, de 22.10.1998. Las disposiciones del presente artículo regirán aun cuando el hecho antecedente origen de los bienes,

La Ley 18.494 de 03.06.2009, amplió los delitos antecedentes del lavado de activos, modificó la definición del terrorismo y del delito de financiación del terrorismo y otorgó nuevos poderes de investigación y prevención por medio de la creación de diversos mecanismos y de figuras procesales (agente encubierto, arrepentido, escuchas telefónicas, etc.), consideradas medidas necesarias para el combate al terrorismo y a la criminalidad organizada.

Pese a las constantes ampliaciones de la lista de delitos precedentes, como se puede apreciar, en ninguna de ellas el legislador incluyó a la evasión fiscal, que de esa forma no podría dar lugar a la persecución por lavado de activos.

La otra arista de la política criminal de lucha contra determinado fenómeno (en este caso, el lavado de dinero), es la reglamentación legal y administrativa para intervenir preventiva y reactivamente contra el mismo. La circular del BCU 1.722 de 21.09.2000 creó la UIAF con el objetivo de recibir información y advertir a las autoridades responsables de la investigación y sanción sobre operaciones financieras sospechosas en relación con supuestos delitos relacionados con el lavado de activos y la financiación del terrorismo.[34] La Ley 17.835 dispuso las primeras disposiciones legales preventivas como la adjudicación de potestades fiscalizadoras a la UIAF del BCU y, además, estableció la obligación de denunciar operaciones sospechosas para determinados actores del mundo económico financiero y profesionales liberales. La Ley 17.861 de 15.12.2004 aprobó la Convención de la

productos o instrumentos hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay" de la Ley 18.026.

[34] Sobre la reglamentación para individualizar operaciones sospechosas de lavado de activos, ver Cervini, Raúl: *"Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas"*, 23 ss.

ONU contra la delincuencia organizada de 2000, estableciendo una obligación futura de tipificar algunos delitos y normas procesales para mejorar las técnicas de investigación en ese ámbito tan difuso denominado "crimen organizado". Por último, la ley 18.362 de 06.10.2008, creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado.

El sistema penal uruguayo ha desarrollado un modelo de prevención mixto que involucra tanto a la administración de justicia como a algunos sujetos del sector privado relacionados con determinadas operaciones financieras. En relación a la obligación de informar, la Ley 17.835 impone a determinados sujetos privados[35] el deber de poner en conocimiento de las autoridades competentes (UIAF) las operaciones o transacciones *sospechosas*[36] y las *inusuales*, aquellas que escapan del giro

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

[36] La transacción sospechosa requiere de la presunción de que proviene de una actividad ilícita. Sobre el tema, Caro Coria, Carlos/Reyna, Luis, Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

habitual de ese cliente o que salen de la habitualidad o de los parámetros de normalidad del mercado, aquellas que llamen la atención de los sujetos obligados por la ley a esta actividad de contralor, por ejemplo, por razón de cuantía.[37] La ley traslada la tarea de contralor de la esfera pública a la privada, lo que

[37] ARTÍCULO 1º.- Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay estarán obligadas a informar las transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada. También deben ser informadas las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir el delito de lavado de activos tipificado en los artículos 54 y siguientes del Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974 -incorporados por el artículo 5º de la Ley Nº 17.016, de 22 de octubre de 1998- y de prevenir asimismo el delito tipificado en el artículo 16 de la presente ley. En este último caso, la obligación de informar alcanza incluso a aquellas operaciones que -aun involucrando activos de origen Iícito- se sospeche que están vinculadas a las personas físicas o jurídicas comprendidas en el artículo 16 de la presente ley o destinados a financiar cualquier actividad terrorista. La información deberá comunicarse a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay, en la forma que éste reglamentará. La obligación de informar comprenderá asimismo a: i) las empresas que presten servicios de arrendamiento y custodia de cofres de seguridad, de transporte de valores y de transferencia o envío de fondos; ii) los fiduciarios profesionales y iii) las personas físicas o jurídicas que, en forma profesional, presten desde Uruguay asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad. La supervisión de la actividad de estos sujetos obligados estará a cargo del Banco Central del Uruguay.
El incumplimiento de la obligación de informar determinará la aplicación, según las circunstancias del caso, de las sanciones y medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley Nº 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley Nº 16.327, de 11 de noviembre de 1992 y las modificaciones introducidas por las Leyes Nº 17.523, de 4 de agosto de 2002 y Nº 17.613, de 27 de diciembre de 2002".

puede generar diversos problemas de evaluación en la función de contralor y diversos errores que puedan cometerse en una situación difícil entre el prestador de servicios y sus clientes. El prestador de servicios es colocado por la ley en una situación similar al estado de necesidad en materia penal, en tanto tiene que enfrentarse a la espinosa tarea de ejercer su profesión movido por un afán económico o de lucro en un área sumamente competitiva en la que compite por la captación de los mejores clientes al mismo tiempo que tiene que poner a ese cliente bajo sospecha y ejercer contra él, en el peor de los casos, un acto de delación. La doctrina penal uruguaya entiende que estamos frente a auténticos mandatos de acción para los sujetos y entidades obligadas a deberes de vigilancia que lo colocan como en posición de garante respecto del bien jurídico.[38] En realidad, desde un punto de vista sociológico, estamos ante un sistema de prevención, contralor y represión tan barato como ineficaz, pues obliga a los operadores del sistema, por un lado, a actuar como juez y parte, y por otro, a invadir los espacios privados de sus clientes construyendo una frontera tan peligrosa que ningún operador querrá cruzar.[39] La disyuntiva casi *shakesperiana* obliga a decidir entre "cumplir con un deber con el Estado" o "cumplir con los deseos del cliente", o mejor expresado, a decidir entre ser

[38] Vide Adriasola, Gabriel: *"El lavado de dinero"*, cit, 102.

[39] Hay quien analiza la obligación del escribano en relación a su posición de garante frente al lavado de dinero desde el ámbito de la objeción de conciencia, que operaria como una causa de justificación, aunque en algunos casos podría considerarse incluso como una causa de exculpación en el ámbito de la no necesidad preventiva de reproche y castigo. La causa de inculpabilidad tendría que suponer prácticamente una alienación del sujeto (escribano) que lo sumiera en un estado de no comprender la antijuridicidad de su acto o de quererlo (art. 30 CP uruguayo); mientras que la causa de justificación operaria siguiendo la línea constitucional del cumplimiento de la ley (art. 54 CU y art. 28 CP uruguayo).Ver Montano, Pedro: *"Objeción de conciencia"*.

un buen "agente de contralor" o un buen "operador del sistema económico-financiero". En los hechos la norma construye para los privados una especie de delito de infracción de un deber (típico de los funcionarios públicos) que le exige la cooperación con el sistema público de contralor para el descubrimiento de las riquezas ilegalmente obtenidas y para la protección mediata del orden socioeconómico. Esto es, la ley convierte al operador financiero en un agente de control e investigación del origen de las mismas riquezas que paradojalmente su cliente espera que el operador ponga a buen resguardo.[40]

La misma ley introduce al proceso penal medidas de investigación específicas para estos delitos como la entrega vigilada (art. 4), la vigilancia electrónica (art. 5), el colaborador (art. 6) y el agente encubierto (art. 7). En el art. 8 la ley prevé medidas de protección para víctimas, testigos y otros colaboradores de la Administración de Justicia (peritos). Las sanciones previstas son de penitenciaría (Arts. 54 a 57 Ley 17.016), aunque también se prevén penas pecuniarias (art. 2 Ley 18.494), de prisión y de inhabilitación para funcionarios públicos que violen las medidas de protección de las víctimas, testigos y otros colaboradores de la Administración de Justicia (art. 9 Ley 18.494). La Ley 18.494 establece medidas cautelares que pueden ser dictadas para asegurar la disponibilidad de los bienes sujetos a eventual decomiso" (art. 62). También prevé el decomiso (art. 63) en relación con alguno de los delitos mencionados en la ley.[41] La ley prevé el

[40] Ahora bien: "De modo coherente con el principio societas delinquere non potest que rige en Uruguay, las personas y entidades jurídicas obligadas a las funciones de control y prevención del lavado solo pueden ser sancionadas según el Derecho Administrativo". Ver Galain Palermo, Pablo: *"El delito de blanqueo"*, 258.

[41] 63.2. (Ámbito objetivo). En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos,

denominado decomiso por equivalente, que podría ser considerado como una medida resarcitoria cuando no se han podido recuperar los bienes enumerados en el art. 63.2.[42]

3. EL PROBLEMA DEL BIEN JURÍDICO

En la doctrina penal uruguaya Cervini sostiene que el bien jurídico tutelado es "la preservación del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía, particularmente los de tipo abierto: financieros y bursátiles".[43] Para un concepto funcional el desvalor que justifica el castigo se centra en que el lavado de activos tiene que ser perseguido porque afecta la transparencia operativa de los mecanismos que inciden en la economía.[44] Véase que la cuantificación del daño social ocasionado por este delito es sumamente compleja de determinar

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

[42] 63.3. (Decomiso por equivalente). Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.

[43] Cervini, Rául: *"El lavado de activos como proceso desestabilizador de la economía"*.

[44] Cervini Raúl/ Adriasola Gabriel/ Gomes Luis Flavio: *"Lavado de activos y secreto profesional"*, 110.

y, además, que se castigaría por la conducta en sí misma y no por el resultado, porque consecuencia de las conductas de lavado esa economía podría incluso verse beneficiada con la llegada de nuevos capitales. El crecimiento económico de los países de la comunidad andina es evidente a pesar de las graves sospechas que puedan existir por cuestiones relacionadas con el narcotráfico y el lavado de activos. ¿Cómo se prueba la lesividad al bien jurídico cuando se defiende una posición como esta? Pero, además, si la economía fuera el único bien jurídico tutelado, se podría llegar a castigar a la misma persona que genera la ganancia ilícita y luego se beneficia mediante el lavado de esos activos.[45] Un bien jurídico tan abstracto como la protección del orden socio económico provoca un extraño y contradictorio efecto, porque por un lado -en cuanto a lo discursivo- conduce a una expansión normativa del sistema penal que parece abarcarlo todo, mientras que por otro lado -en la práctica- logra el efecto contrario al pretendido por el legislador porque los jueces rehúsan a castigar por conductas tan alejadas al daño material.[46] En realidad, un bien jurídico colectivo y abstracto como ese solo sirve a la construcción de un sistema simbólico sin aplicación práctica si no se funcionaliza en relación

[45] De la misma opinión Caro John, José: *"Impunidad del "autolavado" en el ámbito del delito de lavado de activos"*, 187 s., 190.

[46] Un sector de la literatura uruguaya, sin embargo, defiende esta posición: "La reducción de las tasas de crecimiento del mercado, la desviación de fondos de la economía real y productiva para ser invertidos en el aparato especulativo - lo que incide directamente en el precio de algunos productos y en los índices de desempleo-, los efectos adversos que produce sobre la recaudación tributaria, la falta de credibilidad en el sistema financiero, son algunas de las consecuencias que provoca el impacto del ingreso de la riqueza sucia en la economía nacional e internacional, constituyendo la prueba más evidente de la afectación del "orden socio - económico" de un estado". Ver Fleitas, Sandra, "El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos", cit, pp. 172 s.

a las personas, como Hassemer ha puesto en evidencia.[47] Por su parte, Adriasola y Chaves se refieren a una conducta pluriofensiva, que lesiona a dos bienes jurídicos fundamentales: por una parte, la administración de justicia (Arts. 56[48] y 57[49] de la Ley 17.016); por otra, el orden socio económico (Arts. 54[50] y 55[51] de la Ley 17.016).[52] El lavado de activos seria, por una parte, una forma autónoma del favorecimiento, en cuanto propende a que el autor asegure el resultado del delito base: todas las fases de este

[47] Por todos Hassemer: *"Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos"*, 26; *"¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?"*, 96.

[48] ARTICULO 56.- El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

[49] ARTICULO 57.- El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la Justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

[50] ARTÍCULO 54.- El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría.

[51] ARTICULO 55.- El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o de delitos conexos, o que sean el producto de tales delitos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría".

[52] Adriasola, Gabriel: *"El lavado de dinero como expresión del crimen organizado"*, 89.

proceso propenden a sustraerle a la Justicia los medios de prueba para verificar aquél, sea cuando la conducta refiere a los bienes, a los efectos o a los instrumentos derivados de ese delito previo.[53] Ahora bien, ¿se tiene que provocar una importante distorsión en el mercado financiero o en el orden socio económico para realizar el tipo penal de lavado de dinero? En un sistema penal como el uruguayo apegado al viejo aforisma *societas delinquere non potest*: ¿Cuántos actores individuales tienen la capacidad de poner potencialmente en riesgo el orden socio económico?

La jurisprudencia uruguaya interpreta que en los casos de lavado estamos ante un atentado contra el orden socio económico, con lo cual, alejada la conducta de la modalidad del encubrimiento, el sujeto del delito base puede ser el mismo del lavado, interpretación que conduce al concurso delitos porque rompe con la lógica de unidad de acción y de finalidad de quien comete un delito y luego quiere asegurar el botín al poner esos bienes a buen resguardo. En mi opinión, "los Arts. 54 y 55 de la Ley 17.016 se distinguen de la lógica del delito de receptación, lo que indicaría que no estamos frente al mismo autor que realizó el tipo penal

[53] "En todos estos casos la administración de justicia queda defraudada, no sólo porque se frustra la actividad dirigida a averiguar la verdad del delito, sino, también, porque lo mismo ocurre con la posibilidad de privar a los agentes, mediante la incautación o la confiscación, del resultado de su conducta. De modo que la administración de justicia no sólo resulta afectada por el proceso de lavado, sino que éste, estructural y funcionalmente, está dirigido a asegurar el resultado del delito con las técnicas más apropiadas para eludir la acción de aquélla. El proceso de lavado es la afectación endémica de la acción de la Justicia". De esta forma, cuanto más defraudada la administración de justicia, mayor éxito tendrá el autor del lavado de dinero; y en cuanto al orden socioeconómico, como el proceso de lavado escapa al control de las leyes, el mismo se desenvuelve conforme a sus propias "leyes" (como sucede con los mercados ilícitos), provocando importantes distorsiones dentro del ámbito socio económico. Chaves, Gastón: *Conferencia*, 12.06.2009.

del delito precedente, porque en la receptación el objeto de protección es el mismo del delito precedente pero el que realiza el tipo penal es otra persona. Además la propia redacción de estos dos artículos indica que el objeto de protección puede ser distinto del orden socio económico (concepto demasiado vago o abstracto), dado que se habla de conversión, no sólo de bienes, sino, además, de instrumentos, lo que parece aludir muy claramente a una ocultación de elementos utilizados para delinquir, y no sólo del producto obtenido por medio de los delitos. Ello refiere claramente a una política criminal de protección concreta de la administración de justicia en su tarea de investigación y no a la protección abstracta del orden socio económico. Por su parte, el art. 56 sigue la lógica del encubrimiento, en el que el objeto de protección del lavado es distinto al del delito precedente, y pretende que el beneficio ilícito obtenido con el delito fuente no ingrese y se diluya en el flujo económico sino que, por el contrario, pueda ser identificado y decomisado. Es decir, de algún modo se quiere prevenir y por eso se castiga la receptación y/o el encubrimiento (real) de los activos obtenidos ilícitamente. Mediante las conductas de lavado se persigue el objetivo de disimular el origen ilícito de la riqueza hasta que se le pueda dar ingreso en el mercado como si fuera lícito; por ello una política criminal coherente que respete principios generales como el *nemo tenetur* (en Uruguay con rango constitucional, en tanto el art. 20 prohíbe cualquier declaración o confesión sobre "hecho propio") no castigaría el "*autolavado*" así como no castiga la *auto-receptación* o el *auto-encubrimiento*, en tanto no existe la obligación de *auto-declarar* en contrario sobre el origen de la riqueza ni tampoco una obligación de cooperar con el esclarecimiento del delito.[54] En opinión de la doctrina mayoritaria en Uruguay el bien jurídico de estas figuras -de forma inmediata- es la administración de justicia y -de forma

[54] Caro John, José: *"Impunidad del "autolavado"*, p. 187 s; Fernández Steinko: *Las pistas falsas*, 95 ss.

mediata- se protegería el orden socioeconómico.[55] Sin embargo, una pregunta que la doctrina uruguaya no responde es: ¿hasta dónde y con qué herramientas puede intervenir el derecho penal para "trazar la frontera" entre el dinero obtenido ilícitamente del obtenido lícitamente valiéndose de la protección de la "economía legal" o del orden socio-económico como bien jurídico?[56] Además, ¿Qué volumen, qué cifra, cuánto daño se necesita para lesionar el orden socio-económico? En realidad, según lo que hemos visto todo indica que la pregunta decisiva no es ¿cuánto? O ¿cómo? sino ¿Quién? puede cumplir con el tipo penal y de ese modo poner en peligro el bien jurídico.

En el sistema penal uruguayo el delito fiscal (la evasión fiscal) no integra el grupo de delitos antecedentes o precedentes del lavado de activos. Ello es celebrado por la doctrina penal nacional[57] y por la sociología;[58] de allí que, por un lado, la lista

[55] Galain Palermo, Pablo: *"El delito de blanqueo de dinero"*, 257 s.

[56] Blanco Cordero, Isidoro: "*El delito de Blanqueo de Capitales*", 288 ss.

[57] "El riesgo de elencar los delitos tributarios dentro de los delitos antecedentes, comporta quebrar con el concepto de delito exclusivamente territorial que tenía el delito tributario". Adriasola, Gabriel: *"Trafico de drogas y lavado de dinero"*, 118. En su crítica a la Ley 17.343 que amplió la lista de delitos precedentes dice Cervini: "Por ello resulta inocultable otro grueso error de la Ley sancionada: incorporar entre los delitos antecedentes al de contrabando de más de US$ 20.000…y tratándose el contrabando de un delito contra la hacienda pública, se está abriendo una peligrosa puerta para la inclusión de los delitos fiscales como figuras antecedentes del blanqueo de capitales, cuando los mismos se vienen excluyendo sistemáticamente de la cooperación internacional en función de su territorialidad", Cervini, Raúl: *"Evolución de la legislación antilavado en el Uruguay"*, 175.

[58] En un mundo en el que más de la mitad de todas las transacciones comerciales no están documentadas fiscalmente se abre la puerta a la arbitrariedad y a la burocratización de las relaciones sociales. Fernández Steinko, Armando: *Las pistas falsas*, 97.

de delitos precedentes no puede ampliarse constantemente a figuras que no revisten gravedad y, por otro lado, haya que limitar las funciones policíacas del Estado a la persecución por lavado cuando existen pistas claras de comisión del delito precedente.

4. ¿CUÁL ES LA ESTRATEGIA POLÍTICO CRIMINAL SOBRE LAVADO DE ACTIVOS EN URUGUAY? ¿QUÉ SE QUIERE PREVENIR? ¿QUÉ Y CÓMO SE CASTIGA? ¿CUÁNTO SE COLABORA CON OTRAS JURISDICCIONES?

"Lavado de dinero", "lavado de activos"; "blanqueo de dinero"; "blanqueo de activos", "blanqueo de bienes", "blanqueo de capitales", "lavado de activos de origen delictivo", "reciclaje de dinero", etc.; son todas formas de denominar el hecho de reintroducir en el mercado legal dinero proveniente de actividades ilícitas precedentes. La influencia del lenguaje inglés *money laundering* ha incidido para que mayormente en América Latina nos refiramos a "lavado de dinero" o simplemente "lavado" cuando queremos tratar esta cuestión.[59] El tema del lavado de dinero está muy vinculado a las actividades ilícitas mediante las que ese dinero es generado, aquello que la doctrina penal denomina: ·delito precedente. Es decir, solo puede haber lavado cuando se quiere "limpiar" el origen ilícito de dinero proveniente de determinadas actividades delictivas establecidas como *numerus clausus* y no en cualquier otro caso. El lavado en sí mismo, no es otra cosa que la reintroducción de los capitales ilícitos provenientes de algunos delitos taxativamente previstos por la ley nacional en la plaza financiera o en el giro comercial legal; y ello implica hablar de un "proceso de lavado", de varias

[59] Jiménez Sanz, Cesar: *El blanqueo de capitales*; Reggiani, Carlos: *"Lavado de activos"*.

acciones de ocultamiento y de falsificación de la procedencia de determinados bienes o activos.[60]

El elemento subjetivo requerido por la ley es el dolo, que según la parte general del sistema penal uruguayo abarca tanto la modalidad directa como eventual (art. 18 CP uruguayo). Recientemente, el 08.10.2013 la jurisprudencia dictó el primer auto de procesamiento que dio inicio a un juicio penal por un caso de asistencia a actividades de narcotráfico relacionadas con el lavado de dinero, llevadas a cabo con dolo eventual.[61] En

[60] Como dice Gastón Chaves: "como toda falsificación, tiende a la genuinidad, o, mejor dicho, a que se tenga lo inauténtico por genuino o, en otras palabras, lo ilegal por legítimo. Pero, del mismo modo que el falsificador, por más acabada y perfecta que sea su obra, nunca logrará que su falsificación se transforme en genuina, tampoco podrá el lavador coronar su tarea con el crisma de la legitimidad. Esta última quedará siempre por fuera del proceso de lavado; es una perpetua tendencia que vuelve al proceso de lavado mismo en una **suerte de gerundio sin término**, dentro del cual la Justicia siempre tendrá la posibilidad y la oportunidad de intervenir, cualquiera sea la etapa del proceso de lavado en que ello ocurra: así, puede ser en la etapa de colocación (esto es, de transformación de las grandes cantidades de dinero de baja denominación, producto del tráfico ilícito, en billetes de mayor numeración), en la de conversión (etapa que supone un número relativamente importante de operaciones de transferencia, con el fin de desvanecer los rastros de procedencia ilícita de los bienes), como en la de integración (esto es, aquella en que los bienes ingresan a la economía formal, con apariencia de haber sido lícitamente habidos)." Ver nota de pie 52.

[61] Se trata de dos profesionales liberales (un escribano y un contador público) que fueron contactados por extranjeros de nacionalidad española que pretendían comprar un yate con dinero en efectivo. El notario solicitó entonces ayuda de un contable propietario de una casa de cambio para que proceda a "bancarizar" los activos para brindar mayor "seguridad" a la parte vendedora en cuanto a la procedencia del dinero. El titular de la casa de cambio emitió un cheque por un valor inferior (U$S 141.000, conservando el excedente de tan solo U$SS 13.000 como remuneración) que fue depositado en un banco

esta causa la investigación se inicia por asistencia a actividades preparatorias del narcotráfico porque con el yate adquirido (por medio del proceso de lavado) los compradores fueron apresados con un cargamento de cocaína. De este modo, aunque se recurra dialécticamente a los deberes relacionados con la prevención del lavado, se aprecia que para la justicia uruguaya no se trata de un caso por incumplimiento de los deberes relacionados con el principio de sospecha de personas obligadas a reportar operaciones posiblemente vinculadas con el narcotráfico (delito precedente) ni por un delito de lavado, sino que la justicia se concentra y se contenta con la investigación del delito precedente.[62] Desde un

de plaza en la cuenta de la parte vendedora. Según la justicia penal esta operación "debió despertar por lo menos y como mínimo dada su condición de profesional del derecho, de escribano público y como obligado de reportar operaciones de carácter sospechosos (sic) a la UIAF, el Esc. … debió representarse al menos que podría tratarse de una operación de carácter ilícito no obstante lo cual decidió continuar con la gestión de la misma supuestamente para la obtención de sus honorarios profesionales ya que no surge de autos un beneficio extra". En cuanto al contador se dijo que "estuvo motivado en la obtención de un lucro como en el caso lo constituyó la diferencia entre la suma de dinero depositada de 154 mil dólares y el valor del cheque emitido por 142 mil dólares americanos…La participación de ambos indagados se establecerá a título de dolo eventual conforme lo establece el art. 18 CP, ya que dada su condición de profesionales universitarios y obligados a reportar operaciones sospechosas, dada su condición de escribano y dada su condición de operador de una casa de cambio, conforme lo establece la Ley 18494, no solo no reportaron la operación a la UIAF como hubiera correspondido sino que aun previendo que podía tratarse de una actividad ilícita decidieron continuar con sus gestiones en procura de sus beneficios económicos". Auto de Procesamiento de 08.10.2013, Juzgado Especial contra el Crimen Organizado de 1º Turno.

[62] De este modo, para la estadística judicial estamos ante un caso relacionado y clasificado como un delito preparatorio de narcotráfico, que en el caso concreto fue un acto posterior al lavado (en el supuesto caso que el dinero utilizado para la compra del yate hubiera tenido

punto de vista argumental y de doctrina penal, es fundamental para la imputación subjetiva por dolo eventual que el sujeto obligado por la norma haya actuado en contra del bien jurídico tutelado (¿Cuál de ellos?) y cumplido con el tipo penal, siempre y cuando haya podido saber o prever el origen ilícito del dinero o de los activos que se pretenden "lavar". Sin embargo, la procedencia del dinero con el que el yate fue adquirido no interesa a la administración de justicia de Uruguay, sino que lo que importa es que la conducta de los sujetos encargados de reportar operaciones sospechosas favoreció la compra de un bien con el que se intentó tiempo después cometer un delito de tráfico de drogas. Al parecer no hay un razonamiento teleológico de prevención de un determinado fenómeno (lavado de dinero) sino meramente causal o de causa-efecto, por el que no se reprocha la ausencia de reporte de una conducta de lavado sino que por causa de esa omisión tuvo lugar un posterior delito de narcotráfico. De este modo vemos que la argumentación judicial es tan confusa como la propia normativa penal en la materia, que parece colocar al lavado de dinero como un medio y no como un fin. Un caso como este nos permite plantear las siguientes preguntas: ¿Qué importancia tiene para la política criminal uruguaya la represión y prevención del lavado de activos y cuan funcional resulta para el castigo de otras conductas delictivas? ¿Es posible que la carencia de condenas por lavado de activos se deba a su subsunción dentro de las causas de los delitos precedentes o posteriores?

La intervención del sistema penal para el "combate" de este problema con alcance internacional requiere de una estrecha

procedencia ilícita), perdiendo todo rastro de las conductas de lavado de dinero que se terminan diluyendo dentro de la causa correspondiente a un delito posterior al lavado. Por lo tanto, toda la cuestión judicial se concentra en delitos vinculados con el narcotráfico, que es el único fenómeno que se vuelve visible como conducta criminal.

colaboración judicial, que no es justamente la característica primordial del sistema judicial uruguayo, generalmente receloso y reticente a colaborar con la justicia de otros países cuando se trata de solicitudes concretas relacionadas con el sistema tributario y bancario. El lavado requiere de transacciones financieras de singular magnitud, operadas desde distintas plazas (generalmente transnacionales), para dificultar la prueba de los titulares de los activos o de los denominados "beneficiarios finales". Quienes lavan dinero utilizan instituciones intermediarias legales o del giro comercial, que arrojan como resultado que la certeza de la prueba sea muy difícil de conseguir mediante la utilización del proceso penal y de los agentes de la administración de justicia, aun cuando existan en dicha jurisdicción tribunales especializados en el "combate al crimen organizado". De este modo, es imposible seguir pistas concretas sin una colaboración internacional eficiente. Ahora bien, más allá de los problemas relacionados con la obtención de la prueba a nivel nacional, la pregunta que hay que responder es: ¿si las leyes especiales creadas para prevenir y reprimir el lavado son efectivas ante un fenómeno que tiene características internacionales? O si, por el contrario, nos encontramos ante normas que operan y tienen validez principalmente en un ámbito meramente simbólico.

Según la política criminal los autores de conductas de lavado de dinero que pueden afectar el ámbito socio económico son aquellos que forman parte de la denominada "Criminalidad Organizada", que según los organismos internacionales de contralor mueven cifras millonarias de capitales ilícitos. Esta visión reduccionista alimentada también por el Banco Internacional de Pagos de Basilea[63] favorece a la política de "guerra" y permite

[63] Circular Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering (BIS 988).

construir la imagen del "enemigo" fuera del sistema financiero, como si se tratara de un *outsider* del que el sistema se tiene que proteger.[64] Los organismos de contralor que dictan las recomendaciones generales de tipificación legitiman la lógica criminal del lavado en base a la peligrosidad de los potenciales actores de las conductas vinculadas al proceso de lavado y en base a las grandes sumas ilícitas que son vertidas en el flujo económico legal con capacidad de modificar el sistema socio económico. Pero como ha demostrado la criminología ni todos esos actores pertenecen a lo que se denomina "criminalidad organizada"[65] ni tampoco las cifras consideradas como *ganancias millonarias* tienen sustento científico.[66] Es verdad que el proceso de lavado puede llegar a insertarse en contextos de macrocriminalidad (por ejemplo, un profesional que se encargue de la ocultación reiterada y sistemática de bienes a través de maniobras contables o jurídicas para una gran organización criminal internacional) y de esta forma afectar el orden socio económico, una vez sumadas todas las pequeñas contribuciones (teoría de la acumulación delictiva).[67] Pero también puede haber situaciones cotidianas, como bien dice Chaves y suena más racional, "en que la contribución de un sujeto a los actos de lavado sea de algún modo marginal (como ocurre en los

[64] Fernández Steinko, Armando: *"Blanqueo, narcotráfico y desregulación financiera"*, 249 ss.

[65] Paoli, Letizia: *"The paradoxes of organized crime"*, 51-97; Fijnaut, Cyrille/Paoli, Letizia, (eds.), Organised Crime in Europe; Militello, Vincenzo/ Arnold, Jörg/ Paoli, Letizia (eds.), Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen.

[66] Ver Fernández Steinko, Armando: *"Blanqueo, narcotráfico y desregulación financiera"*, 248 ss.

[67] Ver Hefendehl, Roland: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 192 ss; criticamente, Garcia Palominos, Gonzalo: *Die Funktionseinheitsstörung als Grundstein des Insiderstrafrechts*, 392 ss.

casos de los arts. 56 y 57 del DL 14.294 en la redacción de la Ley 17.106), donde aparece como discutible la afectación a este bien pero, en todo caso, sí se mantiene la relevancia de la conducta con respecto a la Administración de Justicia".[68] Esto quiere decir que cuando no se produce una única conducta millonaria de lavado burlando todos los controles del sistema financiero, sino que se acumulan sistemáticas conductas de ocultación utilizando a operadores del sistema financiero, no solo estamos ante situaciones en las que pueden ser responsabilizados por lavado los *enemigos* del sistema sino también los *operadores del sistema*, y de este modo, el delito de lavado va tomando distancia de su origen como proceso vinculado a un delito precedente que legitima la punición de los que contribuyen mediante aportes a sus operaciones ilícitas. En ese sentido, la lógica de lucha o guerra contra un delincuente peligroso (terrorista, *outsiders*, derecho penal para enemigos) quedaría reducida a las conductas de lavado capaces de afectar el orden socio económico, aunque en la práctica esa afectación concreta sea de difícil comprobación. Para las otras conductas que lesionarían el bien jurídico "administración de justicia" podría aplicarse la lógica del derecho penal para ciudadanos, porque es una conducta que puede ser cometida por *insiders* que en lugar de actuar como "colaboradores" del sistema de prevención administrativa asisten o colaboran con dolo directo o eventual en las prácticas de lavado. De esta forma, la política criminal que se esconde detrás del lavado de activos es una política bipolar que puede llegar a lesionar los principios de igualdad y de proporcionalidad al momento de su aplicación, en tanto puede aplicarse como una política que difiere en tanto la persona del autor, aquello que se denomina desde antaño como *derecho penal de autor*. Pero también esta bipolaridad

[68] Ver nota de pie 52.

normativa que pone su énfasis en los autores (y no en los actos) indica que el sistema judicial tendrá que decidir si se apega a la política criminal internacional de combate a los *enemigos*, y, además, decidir si amplía esa misma lucha al combate de los *amigos*. Pero una ampliación de este tipo rompería con la lógica política criminal que ubica al enemigo fuera del sistema (financiero) de contralor y del cumplimiento de posiciones de garantía. Una decisión de la administración de la justicia de esta naturaleza tiene consecuencias inmediatas y mediatas que influirán en la vida política y económica nacional. En el caso uruguayo, que considera el secreto tributario y bancario como una cuestión del orden público nacional e internacional, y que asienta su razón de ser en la fortaleza de su sistema financiero y bancario, las decisiones judiciales se convierten prácticamente en una cuestión de Estado.[69] El tema en cuestión, es de extrema sensibilidad para el Uruguay que se enfrenta a una disyuntiva peligrosa entre el cumplimiento de las obligaciones político criminales internacionales reflejadas en su ordenamiento jurídico (ámbito legislativo) y la interpretación político criminal a seguir al momento de la aplicación nacional de las mismas (ámbito judicial).

En el plano teórico, Uruguay fue considerado por algunos autores como un país de tránsito en materia del tráfico de drogas y un "paraíso de lavado de dinero"[70] y, en el plano político, ha

[69] Ver Adriasola, Gabriel: *"El lavado de dinero del narcotráfico y la responsabilidad de las entidades financieras"*, 22 s.

[70] Malamud Goti, Jaime: *Humo y Espejos*, 148, nota 12. Para el lavado del dinero se utilizan transferencias electrónicas, sociedades offshore (también casas bancarias, de cambio de moneda, financieras, etc), valores negociables, bienes y servicios (transacciones dentro del mundo del futbol, la construcción, sector inmobiliario, etc), juegos de azar (casinos estatales y privados, apuestas, etc) y ciberlavado. La plaza financiera y

sido observado en varias oportunidades por diversos organismos internacionales supervisores de intereses financieros de las grandes potencias, como la OCDE y el GAFI. El lobby de países vecinos, principalmente en los últimos años de Argentina,[71] ha logrado incluir a Uruguay en determinadas "listas" que obligan al país a "flexibilizar" su sistema de intercambio de información bancaria y tributaria. Esta flexibilización, no obstante, no es tarea sencilla porque Uruguay ha incluido el secretismo bancario y tributario en el orden público nacional e internacional, aquello que lo define como nación frente a sus pares.[72] Este no es un tema menor cuando la afectación al *orden público nacional* es la causa más frecuente que aduce el ordenamiento jurídico uruguayo para rechazar las solicitudes de cooperación judicial

bancaria del Uruguay -basada en el secreto bancario y tributario-, el mundo del fútbol (en una sociedad generadora de grandes talentos), balnearios exclusivos de reconocido nivel mundial (como Punta del Este), son todos focos de riesgo para la utilización del Uruguay para la reintroducción del dinero en el giro comercial, porque permiten el traspaso de grandes cantidades de dinero para devolver al mercado legal dinero proveniente de determinadas actividades ilegales. En los días en que se escribe este trabajo la prensa informa que solo Pablo Escobar habría lavado en Uruguay unos 1.200 millones de dólares. http://www.elobservador.com.uy/noticia/292381/la-familia-del-pablo-escobar-visitaba-colonia-para-renovar-visa/, visitado el 21.11.2014.

[71] El problema es que Uruguay recibe grandes flujos de dinero de origen ilícito de civiles y de funcionarios públicos de aquel país. Algunos casos "bajo sospecha" de lavado con repercusiones en Uruguay involucran a altas autoridades del gobierno argentino http://www.elpais.com.uy/mundo/entrevista-periodista-investigacion-argentino-alconada.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=%22Solo%20el%20tres%20por%20ciento%20de%20casos%20de%20corrupci%C3%B3n%20son%20procesados%22&utm_content=17082014&utm_campaign=Resumen%20Matutino

[72] Sobre este tema hace hincapié Cervini, Raúl: *"Lavado de activos e individualización de actividades sospechosas"*, 50 ss.

internacional.[73] Surge de la Ley 17016 que legisla el tema de la "lucha contra los estupefacientes" que "las solicitudes de cooperación penal internacional podrán ser rechazadas por los Tribunales nacionales encargados de su diligenciamiento, cuando concluyan que las mismas afectan en forma grave, concreta y manifiesta el orden público, así como la seguridad u otros intereses esenciales de la República" (art. 77.4). Pero las razones de denegación de cooperación también se asientan en el *orden público internacional*: siempre que se pueda afectar "en forma grave, concreta y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica".[74] Dentro de este orden público nacional e internacional se incluye el secreto bancario y tributario, que solo pueden ser relevados en casos concretos (art. 25 Decreto-Ley 15.322 y art. 47 Código Tributario). Estas limitaciones impiden al BCU, a la administración tributaria y de justicia intercambiar información con administraciones extranjeras, salvo en las situaciones expresamente autorizadas por ley nacional.[75] Para la doctrina penal uruguaya la ley nacional tiene primacía frente

[73] Ver Sentencia de 02.12.2013 emitida por la Jueza Adriana de los Santos del Juzgado Letrado de 1ª. Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado, en una solicitud argentina de cooperación para el diligenciamiento de determinadas medidas sobre: 1) la Asociación Uruguaya de Fútbol y/o los Clubes de Fútbol involucrados respecto de la inscripción (fichaje) y transferencia de diversos jugadores argentinos, etc., así como normativa aplicable a los clubes, nómina del plantel profesional y operaciones que pudieren haber llevado adelante, etc.; y 2) la Dirección General Impositiva referente a normativa aplicable, clase de tributos, obligados, grado de cumplimiento, etc".

[74] Declaración de la delegación uruguaya en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979.

[75] Sobre el tema, Adriasola, Gabriel: *"El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición"*, 16.

a cualquier compromiso internacional asumido por Uruguay.[76] Cuando se defiende esta posición no parece importar tanto la lucha contra determinados fenómenos (narcotráfico, lavado, financiación del terrorismo) como el derecho del Uruguay a recibir inversión extranjera.[77] En esa línea de pensamiento se habla de la "seguridad de la plaza financiera" para captar inversión extranjera como valor superior,[78] aunque para algunos internacionalistas, ello pueda ser armonizado buscando un "punto de equilibrio" entre los compromisos internacionales de cooperación y los intereses nacionales.[79] Es claro que el sigilo bancario y tributario es parte de la esencia nacional, sobre lo que se asienta la identidad del Uruguay, lo que pone al país en una incómoda situación en relación a sus obligaciones internacionales en un mundo globalizado que limita la libertad de decisión nacional por medio de órganos supranacionales de contralor y vigilancia de políticas internacionales que pueden colisionar con los intereses particulares. Esta defensa que hace el Uruguay a su derecho autónomo de definir su identidad nacional en base a un sistema tributario, financiero y económico determinado lo pone en una encrucijada con las "imposiciones" que provienen de un selecto grupo de países industrializados[80] que "controlan" los flujos económicos a nivel mundial y que

[76] Cairoli, Milton, La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición, 55; críticamente, Galain Palermo, Pablo: *"Uruguay"*, 522 ss.

[77] Adriasola, Gabriel: *"El delito tributario"*, 20.

[78] Cairoli, Milton: *La cooperación penal internacional*, 53 ss.

[79] Operti, Didier: *El secreto bancario y actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal*, 73.

[80] Puede utilizarse para definir a estos países el concepto del "norte global" desarrollado por Boaventura Santos. Ver Boaventura Sousa: *"Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes"*.

"cobijan" en su territorio (incluyendo a los países pertenecientes a su "common world", sus ex colonias o países satélites) también a regímenes de secreto y de banca off shore que se nutre de capitales generados en el extranjero. El problema que en principio parece ser de derecho público y de política internacional, tarde o temprano se traslada al orden jurídico penal interno, cuando las convenciones y recomendaciones (impositivas) internacionales se convierten en leyes especiales que engrosan el sistema penal. Es a partir de ese momento que incluso en sistemas apegados a la persecución obligatoria de todas las conductas con apariencia delictiva como el uruguayo, la selectividad de la política criminal juega un papel preponderante para, por una parte, "adaptar" las normas penales al sistema jurídico (constitucional) nacional y, por otra parte, para seleccionar qué delitos y qué delincuentes serán perseguidos.

En esta cuestión, sin embargo, el Uruguay no goza de libertad de decisión porque la presión política internacional es constante. A fines de 2014 tuvo lugar en Berlín el Foro global de transparencia e intercambio de datos con propósitos fiscales, ámbito promovido por la OCDE en su lucha contra la evasión fiscal. Allí Uruguay se vio una vez más "arrinconado" por objetivos políticos de terceras naciones al punto de prometer una flexibilización casi total de su secreto bancario y de combate al lavado de activos. En los últimos tiempos Uruguay ha firmado decenas de tratados bilaterales de intercambio de información tributaria y de levantamiento del secreto bancario, para escapar de la lista de país no colaborador en la que fue "ubicado" en 2009. Para 2017 Uruguay promete a los países firmantes del acuerdo de Berlín entregar información tributaria sin necesidad de una orden judicial[81]

[81] Ver Semanario Búsqueda, 06.11.2014, 23.

que permita, por ejemplo, levantar el secreto bancario, lo que en los hechos sería la estacada final para el secretismo y obligaría a redefinir la declaración de orden público nacional e internacional.

El tema no es sencillo desde un punto de vista político, tal como recientemente, en la apertura de la reunión del Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas llevada a cabo en Uruguay, puso de manifiesto el Presidente José Mujica, para quien los EEUU imparten normas a nivel mundial que ellos no cumplen, porque cuando Uruguay aplica los controles exigidos internacionalmente "el dinero se va para Miami". Mujica reveló que "un empresario importante del río de la Plata" le brindó detalles sobre "la probable plata que se hubiera colocado en Uruguay, escapando de la Argentina, pero que fue a colocar a Miami, porque en nuestro país hicimos lo que teníamos que hacer" (sic).[82] Según denuncia Mujica, de un modo cuasi perverso, quien más presiona internacionalmente no es quien mejor cumple con las prerrogativas que a otros se imponen.

5. LA PRAXIS JUDICIAL

Las siguientes tablas reflejan con datos provenientes de la praxis judicial uruguaya muchos de los argumentos expresados en este trabajo:

[82] http://www.lr21.com.uy/politica/1196264-mujica-destaca-que-uruguay-es-un-pais-derecho-que-evita-el-ingreso-de-dinero-sucio

Tabla 1
TOTAL CAUSAS PENALES Y CONDENAS EN JUZGADOS LETRADOS PENALES DE PRIMERA INSTANCIA DE MONTEVIDEO Y DE LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN CRIMEN ORGANIZADO[83]

AÑO	Total de causas	Total procesa-mientos	Total condenas	Total causas crimen organizado	Total procesos infracciona-les crimen organizado	Total condenas crimen organizado	Total delitos de lavado	Total delitos de financiación terrorismo
2009	9455	4016	4368	425	57	14	#	#
2010	9196	3623	4408	452	119	26	#	#
2011	9027	3553	4350	510	54	35	#	#
2012	8468	3626	4166	408	41	28	#	#

#: NO ARROJA INFORMACIÓN ESPECÍFICA SOBRE EL DATO

Tabla 2
CANTIDAD DE PROCESAMIENTOS POR EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN EL AÑO:

AÑO	PROCESOS INICIADOS	AÑO	PROCESOS INICIADOS
2005	10	2010	32
2006	26	2011	31
2007	16	2012	47
2008	37	2013	69
2009	44	TOTAL	312

Tabla 3
Cantidad de condenados por el delito de Lavado de Activos según Ley y artículo por año:

Ley	Art.	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
14.294	54	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0
14.294	55	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14.294	56	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14.294	57	0	0	0	0	0	0	0	3	4	0
17.016	5	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0
17.016	57	1	1	6	2	0	0	3	0	0	0
TOTAL CONDENAS: 22											

[83] http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/si/anuario2009.pdf; http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/si/anuario2010.pdf; http://www.poderjudicial.gub.uy/images/

6. CONCLUSIONES

1. La normativa nacional tipifica el lavado de activos a través de diversos artículos que protegen tanto al orden socio-económico (Arts. 54 y 55 Ley 17.016) como a la administración de justicia (art. 56 y 57 Ley 17.016).

2. La praxis judicial uruguaya se concentra en la persecución y recuperación de activos que principalmente provienen del narcotráfico. Como surge de los datos ofrecidos, en los hechos, los juicios penales se realizan -principalmente- para la condena del delito precedente. El lavado de dinero se difumina como conducta criminal y no consta en los datos empíricos, como si se tratara de un fenómeno invisible o inexistente.

3. La realidad del mundo económico financiero uruguayo parece indicar que más que ante enemigos del sistema estamos frente a sujetos funcionales a los designios de la economía nacional y de su plaza bancaria. La poca cantidad de reportes de "sospecha" y el escaso número de sanciones por parte del BCU apoyan este razonamiento.[84]

stories/anuario/Anuario/anuario_2011.pdf; http://www.poderjudicial.gub.uy/images/institucional/estadisticas/anuario_2012.pdf.

[84] Se habla para el 2013 de 275 reportes de sospecha, 105 solicitudes de información o asesoramiento recibidas de las autoridades judiciales. El intercambio de información con unidades de inteligencia financiera del exterior asciende a 65 (47 recibidos y 18 enviados). En el período la UIAF puso 9 casos en conocimiento de la justicia penal competente y en uno de ellos se dispuso la inmovilización previa de fondos por U$S 100.000, actuando en función de las facultades establecidas por el artículo 6 de la Ley 17.835 de 23 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la Ley 18.494 de 5 de junio de 2009.
Ver http://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/UIAF/Memoria%20UIAF%202013.pdf http://www.bcu.gub.uy/Estadisticas-e-Indicadores/

4. El gran problema al que se enfrenta el Estado uruguayo y su sistema administrativo (en mucho menor medida su sistema jurídico penal) en cuanto al fenómeno del lavado de activos está relacionado con su sistema tributario y bancario (financiero) basado en el sigilo y con las fortalezas de su sistema financiero como "sitio seguro para invertir".[85] La situación política actual se puede denominar como de "inestabilidad" o de "cambio", lo que puede provocar "intranquilidad" en los "inversores" y en los operadores financieros. El problema no solo se agrava porque las cargas de vigilancia se trasladan a todo un sector de operadores del ámbito financiero y profesional sino porque esta normativa generada en el ámbito supranacional convierte al Uruguay en una plaza financiera insegura e inhóspita para el capital extranjero.

Paginas/Default.aspx, http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/reportan-mas-operaciones-posible-lavado.html

[85] La condición de "sitio seguro para invertir" no se condice con la "obligación" que tienen los operadores del sistema de "sospechar", "reportar", "denunciar", "perseguir", "dar a conocer", "informar", "levantar el secreto", "invadir la privacidad", etc.

Bibliografía

- Adriasola, Gabriel: "La nueva ley de estupefacientes y lavado de dinero. Análisis de la Ley Nº 17.016 de 22 de octubre de 1998, Del foro, Montevideo, 1999, cit.: Adriasola, Gabriel: *"La nueva ley de estupefacientes y lavado de dinero"*
- Adriasola, Gabriel: "El lavado de dinero como expresión del crimen organizado. Perspectivas de prevención y represión desde el sector público y privado", Langón (Dr) Derecho Penal Económico. Ponencias del Curso de Postgrado 2008, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, cit.: Adriasola, Gabriel: *"El lavado de dinero como expresión del crimen organizado"*
- Adriasola, Gabriel: "El lavado de dinero del narcotráfico y la responsabilidad de las entidades financieras", Secreto Bancario en el Uruguay, 2ª. Ed, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, cit.: Adriasola, Gabriel: *"El lavado de dinero del narcotráfico y la responsabilidad de las entidades financieras"*
- Adriasola, Gabriel: "El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición", LJU, 126, doctrina 9, versión internet, cit.: Adriasola, Gabriel: "El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición".

- Albrecht, Hans-Jörg: "Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas", en AAVV., Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología, UNED, Madrid, 2001, cit.: Albrecht, Hans-Jörg: *"Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas"*.
- Blanco Cordero, Isidoro: El delito de Blanqueo de Capitales", 2ª. Ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, cit.: Blanco Cordero, Isidoro: *"El delito de Blanqueo de Capitales"*.
- Boaventura Sousa: "Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes", http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext#back1, visitado el 10.09.2014, cit.: Boaventura Sousa: *"Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes"*.
- Böhm, Maria Laura: "Políticas de seguridad y neoliberalismo", Fernández Steinko, Armando (Ed), Delincuencia, finanzas y globalización, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2013, cit.: Böhm, Maria Laura: *"Políticas de seguridad y neoliberalismo"*.
- Borja Jiménez, Emiliano: Acerca de lo universal, y lo universal y lo particular del Derecho Penal, Tirant lo Blanch, 2012, cit.: Borja Jiménez, Emiliano: *Acerca de lo universal, y lo universal y lo particular del Derecho Penal*.
- Cairoli, Milton: La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición, FCU, Montevideo, 2000, cit.: Cairoli, Milton: *La cooperación penal internacional*.
- Cancio Meliá, Manuel: "Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación", en Derecho penal de excepción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, cit.: Cancio Meliá, Manuel: *"Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación"*.

- Caro Coria, Carlos/Reyna, Luis: Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Lima, 2013, cit.: Caro Coria, Carlos/Reyna, Luis: *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*
- Caro John, José: "Impunidad del "autolavado" en el ámbito del delito de lavado de activos", en Dogmática Penal Aplicada, Ara, Lima, 2010, cit.: Caro John, José: "Impunidad del "autolavado" en el ámbito del delito de lavado de activos".
- Cervini, Raúl: "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas", en Cervini, Raúl/Adriasola, Gabriel/Gomes, Luis, Lavado de activos y secreto profesional, Carlos Álvarez Ed, Montevideo, 2002, cit.: Cervini, Raúl: *"Lavado de activos e individualización de actividades sospechosas"*.
- Cervini, Rául: "El lavado de activos como proceso desestabilizador de la economía", VI Encuentro Nacional sobre Prevención del lavado de activos y Financiación del Terrorismo, Buenos Aires 29.04.2010, cit.: Cervini, Rául: *"El lavado de activos como proceso desestabilizador de la economía"*.
- Chaves, Gastón: Conferencia dictada en la ciudad de Rivera en Congreso de Derecho Penal organizado por el ex Instituto Universitario de Punta del Este, 12.06.2009, cit.: Chaves, Gastón: *Conferencia*.
- Demetrio, Eduardo: "El significado político del derecho penal económico", en Demetrio, Eduardo (Director)/ Maroto, Manuel (Coord.) Crisis Financiera y Derecho Penal. Buenos Aires: B de f, 2014, cit.: Demetrio, Eduardo: *"El significado político del derecho penal económico"*.

- Engelhart, Marc: Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, Duncker&Humblot, Berlin, 2010, cit.: Engelhart, Marc: *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*.
- Eser, Albin: "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, cit.: Eser, Albin: *"Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal"*.
- Fernández Steinko, Armando: Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional, Catarata, Madrid, 2008, cit.: Fernández Steinko, Armando: *Las pistas falsas*.
- Fernández Steinko, Armando: "Blanqueo, narcotráfico y desregulación financiera", Fernández Steinko, Armando (Ed), Delincuencia, finanzas y globalización, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2013, cit.: Fernández Steinko, Armando: "Blanqueo, narcotráfico y desregulación financiera".
- Fijnaut, Cyrille/Paoli, Letizia, (eds.), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond. Springer, Dordrecht 2004, cit.: Fijnaut, Cyrille/ Paoli, Letizia, (eds.): *Organised Crime in Europe*; Militello, Vincenzo/ Arnold, Jörg/ Paoli, Letizia (eds.), Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen.
- Fleitas, Sandra: "El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya", Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año 8, 16, 2009, cit.: Fleitas, Sandra: *"El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos"*.

- Galain Palermo, Pablo: La reparación del daño a la víctima del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, cit.: Galain Palermo, Pablo: *La reparación del daño a la víctima del delito*.
- Galain Palermo, Pablo: "El delito de blanqueo de dinero", Revista Penal 28, Julio 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, cit.: Galain Palermo, Pablo: *"El delito de blanqueo"*.
- Galain Palermo, Pablo: "Uruguay", Ambos et al (eds), Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, cit.: Galain Palermo, Pablo: *"Uruguay"*.
- Garcia Palominos, Gonzalo: Die Funktionseinheitsstörung als Grundstein des Insiderstrafrechts: Zurechnungsstruktur und Unrechtsbegründung bei Informationsdelikten im deutschen und chilenischen Kapitalmarktrecht, 2014, http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9502/pdf/Promotion_Final_2014_am_finalsten.pdf, cit.: Garcia Palominos, Gonzalo: *Die Funktionseinheitsstörung als Grundstein des Insiderstrafrechts*.
- Hassemer, Winfried: "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 10, 1992, cit.: Hassemer, Winfried: *"Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts"*.
- Hassemer, Winfried: "Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos", trad. Larrauri, en Bustos Ramírez (Dr), Pena y Estado. Función simbólica de la pena, Cono Sur, Santiago, 1995, cit.: Hassemer, Winfried: *"Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos"*.
- Hassemer, Winfried: "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en Hefendehl, Roland (Ed), La

teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007: cit.: Hassemer, Winfried: *"¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?"*

- Hefendehl, Roland: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn, 2002, cit.: Hefendehl, Roland: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*.

- Jakobs, Günther: "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", Eser et al (Hrgs), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendenwende. Rückbesinnung und Ausblick, Beck, Berlin, 2000, cit.: Jakobs, Günther: *"Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)"*.

- Jakobs, Günter: La imputación objetiva en Derecho penal, Civitas, Madrid, 1996; Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Civitas, Madrid, 1996, cit.: Jakobs, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal*.

- Jiménez Sanz, Cesar: El blanqueo de capitales, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2009, http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2009/cjs/, cit.: Jiménez Sanz, Cesar: *El blanqueo de capitales*.

- Kofele-Kale, Ndvia: Combating Economic Crimes. Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment, Routledge, London/New York, 2012, cit.: Kofele-Kale, Ndvia: *Combating Economic Crimes*.

- Malamud Goti, Jaime: Humo y Espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas, del Puerto, Buenos Aires, 1994, cit.: Malamud Goti, Jaime: *Humo y Espejos*.

- Manacorda, Stefano: "La parábola" de la armonización penal: a propósito de las dinámicas de integración normativa relativa a la organización criminal", Delmas-Marty, Mireille/Pieht, Mark/Sieber, Ulrich (Drs), Los caminos de la armonización penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, cit.: Manacorda, Stefano: *"La parábola" de la armonización penal: a propósito de las dinámicas de integración normativa relativa a la organización criminal"*.

- Martínez-Bujan, Carlos: "Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial", Muñoz Conde et al (Dir), Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, cit.: Martínez-Bujan, Carlos: *"Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial"*.

- Militello, Vincenzo/ Arnold, Jörg/ Paoli, Letizia (eds.): Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien, Freiburg, 2000, cit.: Militello, Vincenzo/ Arnold, Jörg/ Paoli, Letizia (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*.

- Montano, Pedro: "Objeción de conciencia", http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/montano_objecion-de-conciencia.pdf. , cit.: Montano, Pedro: *"Objeción de conciencia"*.

- Müller, Tim: "Prävention durch Strafrecht? Terrorismusabwehr und Vorfeldtatbestände", Yenisey, Feridun/Sieber, Ulrich (eds), Criminal Law in the Global Risk Society. German-Turkish Colloquium in Honour of Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Vol. 11, 2009, cit.: Müller, Tim: *"Prävention durch Strafrecht? Terrorismusabwehr und Vorfeldtatbestände"*.

- Nieto, Adán: "¿Americanización o europeización del derecho penal económico?", Delmas-Marty, Mireille/Pieht, Mark/Sieber, Ulrich (Drs), Los caminos de la armonización penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, cit.: Nieto, Adán: *"¿Americanización o europeización del derecho penal económico?"*
- Oehmichen, Anna/Saux, Soledad: "La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional", Manacorda, Steffano/Nieto, Adán (Drs), Criminal Law between War and Peace. Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions, Ediciones Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2009, cit.: Oehmichen, Anna/Saux, Soledad: *"La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional"*.
- Operti, Didier: El secreto bancario y actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal, Montevideo, 1995, cit.: Operti, Didier: *El secreto bancario y actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal.*
- Paoli, Letizia: "The paradoxes of organized crime", Crime Law & Social Change, 37, 2002, cit.: Paoli, Letizia: *"The paradoxes of organized crime"*.
- Pieth, Marc: "La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio", Delmas-Marty, Mireille/Pieht, Mark/Sieber, Ulrich (Drs), Los caminos de la armonización penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, cit.: Pieth, Marc: *"La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio"*.
- Reggiani, Carlos: "Lavado de activos", http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._303__lavado_de_activos.pdf. , cit.: Reggiani, Carlos: *"Lavado de activos"*.

- Silva Sánchez, Jesús: La expansi6n del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999, cit.: Silva Sánchez, Jesús: *La expansi6n del Derecho penal.*
- Silverman, Emiliy: "Concept and systematization of the criminal offense in USA", en Sieber et al (eds), National Criminal Law in a Comparative Legal Context, vol. 3.1, Duncker&Humblot, Berlin, 2011, cit.: Silverman, Emiliy: *"Concept and systematization of the criminal offense in USA"*.
- Tiedemann, Klaus: Derecho Penal Económico. Introducción y Parte General, Grijley, Lima, 2009, cit.: Tiedemann, Klaus: D*erecho Penal Económico.*
- von Hirsch, Andrew: "El concepto de bien jurídico y el „principio del daño", en Hefendehl, Roland (Ed), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007, cit.: von Hirsch, Andrew: *"El concepto de bien jurídico y el „principio del daño""*
- Waller, Irvin: Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia, Ubijus, 2007, cit.: Waller, Irvin: *Menos represión. Más seguridad*.
- Zipf, Heinz: Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Auflage,Müller, Heidelberg, 1980, cit.: Zipf, Heinz: *Kriminalpolitik*.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALEMANIA-PERÚ Y EEUU

Andy Carrión / Gustavo Urquizo

Resumen:

El presente artículo tiene como objetivo realizar un breve acercamiento comparado a los regímenes de responsabilidad penal del denominado oficial de cumplimiento en Perú, Alemania y EEUU y, desde allí, ofrecer una propuesta de solución sobre la base del deber originario de contención de los riesgos penales derivados de la propia actividad empresarial que corresponde a los directivos y de la posición misma que ocupa el oficial de cumplimiento en la estructura prototípica empresarial. Estos dos fundamentos permitirían afirmar (al menos en Alemania y Perú) que el oficial de cumplimiento puede ser responsabilizado penalmente como consecuencia de la infracción del deber de garante del que es portador. Asimismo, se hace una breve referencia a las consecuencias de la incorporación del oficial de cumplimiento para la configuración interna de ese deber originario de evitación de riesgos penales propio de los titulares de las empresas y a las relaciones que se entablan entre éste y los nuevos deberes surgidos para el oficial de cumplimiento.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal del denominado oficial de cumplimiento, directamente vinculada con la de los directivos de la empresa, ha recibido en los últimos años una considerable atención por parte de la doctrina penal[1]. Esto tiene su explicación en la creciente internacionalización e influencia de los programas de cumplimiento[2]. En este breve artículo nos proponemos hacer una revisión comparativa de los regímenes de responsabilidad penal del oficial de cumplimiento (especialmente en el ámbito del lavado de activos) en Alemania, Perú y EEUU.

Luego de ello debe quedar claro que para la definición de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento resulta decisiva la previa definición de su *posición* dentro de la organización empresarial (asumida además aquí solo como un prototipo). Sin embargo la ausencia de una explícita regulación legal vinculante de las funciones del oficial de cumplimiento en la estructura empresarial[3] (como en Alemania, por ejemplo) no impide la

---

[1] Véase por ejemplo, Engelhart, Marc: *Sanktionierung…*, 45 s; Sieber: *FS Tiedemann*, 449 s.

[2] Véase: latamente Konu: *Garantenstellung…*, 22.

[3] Evidentemente la discusión acerca de la responsabilidad del encargado del área de cumplimiento depende de la estructura en la

deducción de su responsabilidad penal. Pero por otro lado, tampoco la previsión de un tipo penal explícitamente aplicable al oficial de cumplimiento (como en Perú, por ejemplo), basta para resolver satisfactoriamente la cuestión de su responsabilidad penal.

Por último, la forma en la que el encargado del área de cumplimiento asume una posición relevante en la empresa (y sus correspondientes deberes) también puede leerse como una manifestación concreta (pero, al mismo tiempo, derivada) del *risk management* al que la dirección de la empresa está vinculado y, por lo tanto, cuenta como una justificación de la posición de garante (y los correspondientes deberes) del oficial de cumplimiento. Precisamente la infracción de su deber de administrar ese determinado ámbito del riesgo hace que sea posible fundamentar su responsabilidad penal por los delitos que se producen como consecuencia de ello.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN ALEMANIA

La cuestión de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento permanece en Alemania como un debate abierto[4]. De un lado, no existe un tipo específico que prevea explícitamente una sanción penal para el oficial de cumplimiento[5]. De otro lado, tampoco existe una regulación detallada y al mismo tiempo

que éste se inserta. Aquí se discute únicamente las posibilidades de su responsabilidad penal en el ámbito de una empresa económico tradicional.

[4] Dannecker/Dannecker: *JZ 2010*, 981; Ransiek: *AG 2010*, 147; Rönnau/Schneider: *ZIP 2010*, 53; Rotsch: *ZStW, 2013*, 481; Schwarz: *wistra*, 2012, 13; Kraft/Winkler: *CCZ 2009*, 29.

[5] Como sucede en el caso peruano con el artículo 5 del DL N° 1106. Sobre esto véase *infra* el punto 2.1.a. de este artículo.

legalmente vinculante de sus funciones[6]. Si bien con esto no quiere decirse que una previsión de las funciones del oficial de cumplimiento basta para superar la cuestión de su responsabilidad penal (sino apenas el de su responsabilidad en el ámbito laboral) bien puede asumirse esto como una toma de posición temprana de que una definición del ámbito de competencias del oficial de cumplimiento sirve como necesario punto de partida para abordar esa cuestión. La demarcación de su ámbito de actuación en el marco de la estructura empresarial constituye entonces la base sobre la cual puede comprenderse su posición, los deberes que surgen de ella, la relevancia de su intervención y, recién entonces, la definición dogmática de su responsabilidad penal.

Frente a ello, el debate en la literatura alemana ha cobrado un nuevo énfasis a raíz de una muy discutida sentencia del BGH, en la que la 5° Sala Penal manifestó en un *obiter dictum* que el *compliance-officer* tiene "por lo regular un deber de garante jurídico-penal en el sentido del § 13 párr. 1 StGB para la evitación de delitos de los empleados de la empresa"[7] relacionados con la actividad empresarial. El BGH no hizo referencia a los fundamentos dogmáticos que llevaron a esa conclusión y, por eso, esto ha sido interpretado más bien como una invitación al debate dogmático[8]. En todo caso, esa declaración ha encontrado una fuerte resistencia crítica en la doctrina alemana[9].

[6] Konu: *Garantenstellung…*, 24, 25.

[7] El BGH sostiene respecto al oficial de cumplimiento: „Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.". BGH 5 StR 394/08, 17.7.2009.

[8] Rotsch: FS *Imme Roxin*, 485.

[9] Cfr. por todos, Dannecker/Dannecker: *JZ 2010*, 983 ss.

1.1. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento con base en su posición de garante

1.1.1. Cuestiones generales. Posición y funciones del oficial de cumplimiento

En tanto en Alemania no existe un delito específico que establezca la responsabilidad del oficial de cumplimiento[10], la cuestión reside aquí en determinar si –siguiendo el planteamiento del BGH- éste puede ser responsabilizado penalmente con base en su posición de garante, esto es, si se encuentra jurídico-penalmente obligado a evitar que se cometan delitos desde la empresa.

Como ya hemos dicho, para esto resulta decisivo determinar cuál es la posición (y, entonces, el ámbito de competencia) del encargado del área de cumplimiento. El oficial de cumplimiento es usualmente incorporado por la dirección de la empresa y se le imponen diversas obligaciones. La determinación de éstas obligaciones la realizan la empresa y el trabajador en el marco de ciertos límites jurídico-laborales. Se trata aquí de la demarcación de una barrera a la libre determinación de la que en principio gozan empresa y trabajador a la hora de precisar las tareas que éste último asume. Entre las más importantes tareas asignadas al ámbito del oficial de cumplimiento se encuentran la *vigilancia* del cumplimiento de las prescripciones legales así como la evitación de delitos, lo que resulta razonable desde la perspectiva de la necesidad de coordinación de tareas propia de una persona colectiva.

Sin embargo, con la determinación de estas tareas no se dice nada aún acerca de una correspondiente posición de garante del oficial de cumplimiento, pues no toda contravención de un deber

[10] Lo que vale también para la problemática peruana a excepción del lavado de activos, aunque con matices, sobre esto véase *infra*.

jurídico laboral representa un delito, sino a lo sumo una infracción de índole laboral (que solo alcanza relevancia penal por la vía del contacto con ámbitos de riesgo de producción de delitos). Pero sin duda esto es útil al momento de delimitar el "espacio de juego" que posee el oficial de cumplimiento en la estructura empresarial y su correspondiente responsabilidad penal como contrapartida de su intervención relevante para los riesgos penales.

1.1.2. Sobre la posición de garante de la dirección de la empresa

Para fundamentar una posición de garante del oficial de cumplimiento es necesario remontarse a la posición de garante de la dirección de la empresa. Tanto la jurisprudencia[11] como la doctrina dominante[12] alemana han reconocido un deber de garante de evitar la comisión de delitos por parte de la dirección de la empresa. Sin embargo, tal deber no surge en nuestra opinión debido al dominio o al poder directivo sobre los trabajadores, sino únicamente porque la organización de una empresa obliga a su dirección a no dejar que las fuentes de peligro se materialicen en un daño, más allá de si los peligros provienen de cosas o personas.

1.1.3. Posición de garante del oficial de cumplimiento

1.1.3.1. Delegación y deberes del oficial de cumplimiento

El mencionado deber de garante originario del directivo resulta fundamental porque en él reside la matriz del deber derivado del oficial de cumplimiento. La derivación de tal deber

[11] RGSt 24, 252 (254 s.); 33, 261 ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 ss.), 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 s.); 37, 106 (123 s.); BGHSt 54, 44 ss.

[12] Cfr. por todos, Kindhäuser: *Strafrecht AT*, 2013, 36/63.

se fundamenta y legitima en la asunción libre de su posición relevante dentro de la estructura empresarial.

La intervención del oficial de cumplimiento genera una transformación en la configuración interna del deber general de evitar delitos. El surgimiento de los deberes concretos derivados correspondientes al oficial de cumplimiento desplaza el ámbito de los deberes concretos originarios del directivo. Ese desplazamiento vale al mismo tiempo como una reconfiguración de los deberes concretos del directivo, en tanto, hace de los deberes concretos del oficial de cumplimiento su objeto de referencia.

Dicho de otro modo, deber originario y deber derivado confluyen por medio de sus correspondientes deberes concretos en el marco del deber general de evitar delitos y, por lo tanto, reconfiguran el ámbito interno de éste último deber sin otro criterio de adecuación que su limitación recíproca. La determinación de la confluencia de esos deberes (originario y derivado) viene en consideración, sobre todo, para la definición de las cuotas de responsabilidad por la infracción de ese deber general de evitar delitos. Esto puede entenderse mejor si se observa la forma en la que esos deberes se readecuan como consecuencia de la incorporación del oficial de cumplimiento en la estructura empresarial. Así, por ejemplo, el *deber de conocimiento* (originario) del directivo da lugar y se complementa con el *deber de información* (derivado) del oficial de cumplimiento mientras que el *deber de supervisión* (originario) del directivo da lugar y se complementa con un *deber de vigilancia* (derivado) del oficial de cumplimiento.

La limitación recíproca de los deberes concretos permite a su vez la diferenciación entre los ámbitos de actuación de los directivos y del oficial de cumplimiento: por ejemplo, el *deber de supervisión* originario de los directivos y el *deber de vigilancia* del oficial de cumplimiento. Esto, sin embargo, como se verá

más adelante, no impide que el directivo pueda responder por el incumplimiento del deber concreto por parte del oficial de cumplimiento.

1.1.3.2. Observaciones críticas contra una posición de garante del oficial de cumplimiento

Como principal argumento contra una tal posición de garante del oficial de cumplimiento se afirma que éste no posee poder directivo. En tanto este poder de dirección es visto como condición necesaria para el dominio suficiente de la fuente de peligro[13], no cabe duda de que en el fondo de esa crítica se encuentra la teoría del dominio del hecho. Ésta crítica no es correcta. Pues si se parte de que solo el dominio sobre las fuentes de peligro fundamentaría una posición de garante, entonces también debería negarse la propia posición de garante del empresario porque ya solo la circunstancia de que en las empresas altamente complejas no existe en todos los casos un poder de mando del "hombre de atrás" sobre las cosas como sobre las personas llevaría a la disolución de la obligación de tener que evitar algo. Además, el déficit objetivo del poder de actuación de un órgano de dirección para la dirección y control de una sección descentralizada de la empresa muestra por otro lado que no se puede fundamentar la "alta" responsabilidad con base en circunstancias fácticas.

Como consecuencia de ello llega a ser injustificada la crítica de que al oficial de cumplimiento no puede corresponder una posición de garante debido a su falta de competencia para decidir y ordenar[14]. Las tareas que este asume, entre otras, informar al directivo de la empresa sobre las concretas (y eventuales)

[13] Berndt: *SvT 2009*, 689.

[14] Weber: *Der Betriebsbeauftragte*, 240.

infracciones jurídicas[15], fundamentan las opciones de decisión, que luego hacen posible al directorio la toma de contramedidas. De esa forma, el oficial de cumplimiento asume una parte del deber de vigilancia del titular de la empresa[16].

Las obligaciones del encargado del área de cumplimiento son entonces derivadas de la obligación general del titular de la empresa de la evitación de peligros. De esto resulta que la posición de garante no se agota en el derecho de mando y decisión, pues al lado de éste puede haber también otros factores decisivos en la evitación de delitos.[17]

Contra la responsabilidad del oficial de cumplimiento también se objeta que el suministro de información no basta para la fundamentación de una posición de garante porque con esto el oficial de cumplimiento no está en la posibilidad de contener los peligros a través de su propia actuación[18].

Esta argumentación puede sin embargo cuestionarse. La aceptación de una posición de garante no depende de si el autor puede evitar o no un resultado a través de su propio comportamiento. Pues de esa forma se confunde el contenido de la antinormatividad con el contenido de la infracción de un deber. Para la determinación de la antinormatividad de la omisión no importa si fue posible para el autor llevar a cabo el comportamiento requerido de forma abstracta-general o concreta-individual. La evitabilidad es un criterio de la imputación del injusto como infracción del deber pero no tiene ninguna relevancia para la determinación de la antinormatividad. No se puede por eso

[15] Schünemann: *Unternehmenskriminalität*, 62 ss.

[16] Rönnau/Schneider: *ZIP 2010*, 58.

[17] Böse: *NStZ 2003*, 640

[18] Cfr. Schwarz: *wistra*, 13 ss.

descartar, por ejemplo, desde el inicio una posición de garante del padre impedido físico respecto a la salvación de su hijo que amenaza con ahogarse, sólo por el hecho de que no pueda impedir el resultado por medio de una propia actuación. Esto más bien es una cuestión de imputación.[19]

En la doctrina también se rechaza una posición de garante del oficial de cumplimiento por la vía de una vinculación de sus deberes respecto a la empresa lo que al mismo tiempo impediría fundamentar un deber de garante frente a terceros[20]. Aquí está fuera de dudas que un deber de garante de ese tipo frente a terceros incumbe al titular de la empresa. La transmisión a un encargado no tiene la capacidad de cambiar el carácter de ese deber, lo cual significa que a través de la asunción de una actividad el oficial de cumplimiento también puede asumir los deberes de la empresa en una determinada área frente a terceros[21].

1.2. Concurrencia de responsabilidad penal del directivo y del oficial de cumplimiento

El nombramiento de un oficial de cumplimiento a través de una suficiente *diligentia in delegando* no lleva sin embargo a una delegación liberadora de responsabilidad, pues el deber originario permanece para la dirección de la empresa. La admisión de una posición de garante del oficial de cumplimiento solo significa que un trabajador también queda vinculado al deber de vigilancia y que él tiene que responsabilizarse por no haber cumplido con (las tareas propias de) ese deber.

[19] Véase Vogel: *Norm und Pflicht*, 122 ss.

[20] Sobre esta posición véase Schwarz, *wistra*, 16.

[21] Böse:*NStZ 2003*, 636.

La responsabilidad no es pasible de una delegación plena de modo que uno quede "liberado" de responsabilidad. Luego, el titular de la empresa también es garante en el caso en el que el oficial de cumplimiento no haya cumplido con su deber. Si al titular de la empresa no le fue posible evitar el delito porque el oficial de cumplimiento no le informó del delito relacionado con la actividad empresarial, entonces esta cuestión debe solucionarse en el ámbito de la imputación.

Más allá de ello, el cumplimiento del deber concreto del oficial de cumplimiento presupone el cumplimiento del deber concreto del directivo, de modo que a éste (el directivo) le correspondería una especie de *deber de garante* respecto *al deber de garante* de otro (el oficial de cumplimiento), o sea, un deber de preparar el campo de acción del deber del oficial de cumplimiento que, entonces, también se transforma en su objeto de referencia. Por eso, puede decirse que la incorporación del oficial de cumplimiento hace surgir otros deberes para la dirección, por ejemplo: el *deber de comunicación* con la oficina de cumplimiento o su *deber de buena elección* de los encargados de dicho programa. Esto explica así mismo por qué la infracción de estos deberes concretos (que da lugar a la materialización de un ulterior resultado lesivo) se deja definir en un nivel más general como la infracción misma del deber general de evitar delitos.

Pero, al mismo tiempo ese deber de garante "mediato" del directivo marca también el límite de su responsabilidad penal. Pues en aquellos casos en los que la infracción del deber de garantía del oficial de cumplimiento se infringe por causa de una actuación no imputable al directivo, éste no podrá responder penalmente. Se trata aquí de la infracción tanto de ese deber "mediato" como de su deber general "residual", siempre por la vía de la no ejecución o ejecución defectuosa de las tareas concretas correspondientes a ellos. Esto sucede, por ejemplo, cuando

el directivo ha actuado conforme a sus deberes concretos de *supervisión, conocimiento,* o, cualquier otro correspondiente a su deber de adecuada organización.

En el derecho alemán esto puede extraerse de lo dispuesto en el § 130 OWiG que señala lo siguiente[22]:

> "(1) Quien como **titular de un negocio o una empresa** omite **dolosa o imprudentemente** las medidas de vigilancia necesarias para evitar en el negocio o la empresa infracciones contra los deberes que le conciernen y cuya lesión está amenazada con pena o multa, actúa ilegalmente si se comete una tal infracción y esto hubiera sido evitado o considerablemente dificultado a través de una necesaria vigilancia. También pertenecen a las medidas de vigilancia necesarias el nombramiento, la elección cuidadosa y la supervisión del personal de vigilancia".

3. RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN EL PERÚ

La cuestión de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento constituye un tema poco debatido en Perú[23]. Sin embargo, a diferencia de la regulación alemana y norteamericana, en la

[22] Ver texto original: [„(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen."]. Resaltado de los autores.

[23] Sobre el tema más general del deber de compliance, véase *Salcedo Machado*: "El *deber de compliance…*", 11 ss.

legislación peruana existe una disposición específica, en concreto el artículo 5 del DL 1106, en la que se prevé una sanción penal para el oficial de cumplimiento, aunque reducido al ámbito del lavado de activos.

3.1. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas del artículo 5 del D. Leg. 1106

3.1.1. Estructura e interpretación del tipo penal

El *delito de omisión de comunicar operaciones sospechosas* estaba ya previsto, con similar estructura típica, en el artículo 4 de la Ley 27765. En esta nueva versión del artículo 5 del D. Leg. 1106 se ha incrementado su marco punitivo y se lo define en los siguientes términos:

> "El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido (...)
>
> La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con…".

El tipo constituye una norma penal en blanco que, por lo tanto, necesita del recurso a la específica reglamentación extrapenal, en donde debe buscarse la definición más precisa de algunos de sus elementos.

De ese modo, si bien la referencia genérica del precepto al incumplimiento de *obligaciones funcionales* o *profesionales* basta para entender que se trata de un delito de omisión simple, esto ya no es suficiente para determinar concretamente a los potenciales

autores del tipo. Esto, más bien, debe extraerse de la regulación administrativa que prevé quién tiene el deber de informar a las autoridades competentes. Por supuesto, también allí debe buscarse lo que hay que entender por *transacciones* u *operaciones sospechosas*. Los principales aspectos a completar en esta norma se dejan definir por medio de las siguientes preguntas: i) ¿Quiénes pueden ser autores del delito?, ii) ¿Qué debe entenderse por *transacciones* u *operaciones sospechosas*?

La primera cuestión debe resolverse recurriendo al art. 25, lit. n) Res. SBS 838-2008[24], donde se señala que una de las tareas concretas del oficial de cumplimiento en el ámbito de la prevención del lavado de activos es la elaboración y notificación de los ROS a la UIF-Perú "…en representación de la empresa"[25]. La previsión de esa tarea concreta para el oficial de cumplimiento cuenta además, en conexión con el artículo 8 de la Ley la Ley 27693[26] (donde se consigna a los titulares de diversas personas jurídicas como los sujetos obligados a informar) como cláusula legal específica del ámbito de derivación del deber originario de informar propio de la dirección a "favor" del oficial de cumplimiento.

Desde la perspectiva de la atribución de responsabilidad penal por la infracción de ese deber: en tanto el oficial de cumplimiento es quien representa a la empresa para esa tarea, de lo cual se deduce que él es el obligado de informar a la autoridad competente de las operaciones sospechosas que detecta y, por consiguiente, que él es el responsable penalmente en el sentido

[24] Res. SBS 838-2008, modificada por la Res. SBS 11695-2008.

[25] El resaltado es nuestro. En un sentido similar García Cavero: *Lavado*, 181.

[26] Modificado por la Ley 28009 y la Ley 28306.

del artículo 5 del D. Leg. 1106 por la omisión del cumplimiento del deber de información.

De otro lado, con respecto a la segunda cuestión aquí planteada debe recurrirse al artículo 11 de la Ley 27693, donde se define las *operaciones* o *transacciones sospechosas* (distintas de las *operaciones inusuales*[27]*). Allí se señala que son tales, "aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un* **fundamento económico o lícito aparente**[28]".

El oficial de cumplimiento debe identificar e informar de tales operaciones a la UIF través de los ROS. Mientras que el incumplimiento doloso del deber de informar da lugar al tipo previsto en el primer párrafo del artículo 5 del D. Leg. 1106, también una infracción culposa de esa obligación tiene prevista una sanción en la legislación peruana a través del segundo párrafo del mismo precepto. La determinación de cuándo se configura este último caso requiere que se eche mano de los requisitos del delito imprudente en general.

3.1.2. ¿Responsabilidad sobreviniente del oficial de cumplimiento por lavado de activos?

Con esto sin embargo sigue planteándose la cuestión de si el delito de omisión simple del artículo 5 del D. Leg. 1106 agota en todos los casos la responsabilidad del oficial de cumplimiento. Piénsese en el siguiente ejemplo: el oficial de cumplimiento "A" que intencionalmente omite reportar a la UIF-Perú determina-

[27] También definidas en el artículo 11 de la Ley 27693.

[28] El resaltado es nuestro.

das operaciones sospechosas con el propósito de ayudar a que el comerciante "C" mantenga en su poder el dinero proveniente de actos de lavado.

En principio el oficial de cumplimiento sería responsable aquí por el primer párrafo del artículo 5 del D. Leg. 1106 (*omisión dolosa de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas*). Pero adicionalmente surge la pregunta de si acaso puede también corresponderle a él responsabilidad penal por el acto mismo de lavado, en concreto, por el hecho de que "C" mantenga en su poder bienes de procedencia ilegal, previsto por el artículo 2 del D. Leg. 1106[29].

Dicho de otro modo, la cuestión radica en saber si el oficial de cumplimiento puede ser considerado partícipe en el delito de "C". De otro lado, para que mínimamente le sea imputada a "A" una intervención en grado de complicidad en el sentido del artículo 25 del CP peruano[30] se requiere que "A" hubiera prestado dolosamente un auxilio decisivo para la realización del hecho punible, o sea, para perpetrar el tipo del artículo 2 del D. Leg. 1106. En este caso: que la intervención de "A" haya podido ayudar a "C" a mantener en su poder los bienes ilícitos. Puesto que el reporte de las *operaciones sospechosas* que debía realizar "A" hubiera permitido a la UIF conocer y denunciar al Ministerio Público la probable existencia de un acto de lavado de activos, el incumplimiento de su deber de

[29] "El que… **mantiene en su poder** dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido (…)". El resaltado es nuestro.

[30] Artículo 25 del CP peruano: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

información (por parte de "A") ayuda de forma decisiva a que el lavador mantenga en su poder los bienes de procedencia ilícita. De ello puede deducirse que la actuación del oficial de cumplimiento bien podría constituir parte integrante del más amplio acto de lavado del artículo 2 del D. Leg. 1106, siempre, claro está, que su intervención cumpla con las exigencias subjetivas de la complicidad.

Pero con ello nada se dice aún sobre si la responsabilidad por haber intervenido en el delito de lavado de activos concurre con su primaria responsabilidad por el delito de omisión del artículo 5 del D. Leg. 1106. En nuestra opinión la situación plantea solo un concurso aparente a resolverse acudiendo al *principio de consunción*. De acuerdo con éste, solo debería entonces sancionarse a "A" como cómplice en el delito de lavado previsto por el artículo 2 del D. Leg. 1106 considerando que la infracción de su deber de informar (constitutiva del delito previsto en el artículo 5 del D. Leg. 1106) vale como aporte delictivo en el delito de "C" (que a su vez consiste en mantener en su poder los bienes de origen ilegal).

El delito de omisión de informar del oficial de cumplimiento debería ceder entonces frente al lavado de activos en todos los casos en los que la omisión del deber puede ya considerarse como un aporte en el acto de lavado en el sentido del artículo 25 del CP peruano. Sin embargo, en tanto los ámbitos subjetivos de la complicidad (en conexión con el acto de lavado) y del delito del primer párrafo del artículo 5 del D. Leg. 1106 difieren, deberá afirmarse la responsabilidad del oficial de cumplimiento por este último delito cuando subjetivamente se haya limitado a actuar contra el reporte de las operaciones sospechosas. En todo caso, este ejemplo sirve para mostrar que tampoco la previsión de un delito específico resuelve satisfactoriamente (al menos para esas constelaciones) la cuestión de la responsabilidad penal del

oficial de cumplimiento pues aquí incluso resulta más adecuado recurrir directamente al tipo del lavado de activos.

3.1.3. Concurrencia de responsabilidad penal del directivo y del oficial de cumplimiento

Finalmente, en el derecho peruano la responsabilidad del oficial de cumplimiento no impide la concurrencia de responsabilidad penal de los directivos[31]. Dicha responsabilidad podría estar relacionada: i) con el incumplimiento del deber de informar de las transacciones u operaciones sospechosas, o, ii) con el acto de lavado mismo, sobre la base de su deber de implementar un sistema de compliance para evitar que la empresa sea utilizada con fines de blanqueo de capitales[32].

La primera cuestión es, sin embargo, discutible. Pues el hecho de que el directivo obstaculice el reporte de las transacciones u operaciones sospechosas (del oficial de cumplimiento), podría dar lugar a la objeción de que en tanto el directivo no es el sujeto concretamente obligado a informar, entonces no podría incurrir en el delito del artículo 5 del DL 1006. Sin embargo, contra ello también podría sostenerse que el directivo mantiene en su poder el deber (genérico) de informar y que, por lo tanto, sí puede imputársele el mencionado tipo penal.

Sobre la segunda cuestión, menos problemática por cierto, basta recurrir a los deberes originarios de evitar que los riesgos derivados de la actividad empresarial se concreten en delitos que corresponden a los directivos.

---

[31] Véase al respecto García Cavero: *Criminal compliance*. 99 ss.

[32] Véase al respecto Salcedo Machado: "*Responsabilidad penal de los órganos de gobierno…*" , 151 ss.

4. RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN ESTADOS UNIDOS

Al menos desde el caso *In Re Caremark*[33], la jurisprudencia norteamericana ha reconocido la responsabilidad de los directivos por la omisión de la incorporación de un sistema preventivo al interior de la empresa. Con ello, el establecimiento de una estructura de control interno y el fomento de su fiabilidad en la minimización de los riesgos derivados de la actividad empresarial ya no serán meramente potestativos, sino que se constituirán en deberes jurisprudencialmente asegurados.

Por otro lado, y no obstante poseer una larga tradición en torno a la regulación de los programas de cumplimiento, la tradición jurídica norteamericana no explicita la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por el delito de lavado de activos, tal como lo hace el ordenamiento jurídico peruano. Su normativa obliga a la instauración de un encargado del sistema preventivo en las empresas y delimita las funciones que éste debe desempeñar, sin que ello implique su responsabilidad penal por la omisión en el desenvolvimiento de las tareas asignadas, ya que en primer lugar quien está jurídicamente obligado a vigilar y organizarse en el cumplimiento de las normas son los directivos y la propia empresa.

En sentido estricto, el cargo y título de oficial de cumplimiento referido al delito en análisis se debe a la *USA Patriot Act* de Estados Unidos de 2001, cuyo artículo 352 regula los programas de cumplimiento antilavado de dinero en los siguientes términos:

[33] In Re Caremark International Inc. Derivate Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

> **"Artículo 352.**
>
> (...)
>
> (1) En general. A fin de protegerse contra el lavado de dinero a través de las entidades financieras, cada entidad financiera deberá establecer programas anti-lavado de dinero, incluyendo como mínimo:
>
> (A) el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos;
>
> (B) la designación de un "compliance officer";
>
> (C) un programa permanente de capacitación para el personal; y
>
> (D) una función de auditoría independiente para someter dichos programas a prueba.
>
> (...)[34]"

Para el derecho norteamericano la organización en *compliance* es un asunto de los directivos y de la propia persona jurídica. Por tal motivo la *Federal Sentencing Guidelines*[35],

[34] Texto original: ["(1) In General. In order to guard against money laundering through financial institutions,, each financial institution shall establish anti-money laundering programs, including at a minimum-
(A) the development of internal policies, procedures, and controls;
(B) the designation of a compliance officer;
(C) an ongoing employee training program; and
(D) an independent audit function to test programs.
(…)"]

[35] Pese a que el año 2004 la *Supreme Court* en *United States v. Booker* declaró inconstitucional en parte la FSG por incompatibilizar su naturaleza vinculante con la 6° Enmienda (*right to a jury trial*), su importancia trascendió a esta decisión jurisprudencial debido fundamentalmente, por un lado, a la ausencia en el sistema jurídico norteamericano de un marco legal alternativo de medición general de penas y, por otro lado, a la falta de una clara línea jurisprudencial que la sustituya. En razón de ello, su importancia jurídica fue reconocida

principal norma complementaria de la regulación de los diversos aspectos de los programas de cumplimiento y elaborada con base en la filosofía del "carrot and stick"[36], configura un sistema de graduación proporcional de la pena vinculado la efectividad de dicho programa. Con ello se otorga al juez la posibilidad de reducir sustancialmente la pena cuando al momento de cometido el ilícito se demuestre la disposición de un programa de cumplimiento efectivo al interior de la empresa y, contrariamente, el endurecimiento de la pena cuando se haya omitido su implementación.

La importancia de la *Federal Sentencing Guidelines* radica en primer lugar en la clarificación de la responsabilidad de los directivos, a quienes vincula de forma amplia y directa en el seguimiento del programa preventivo, obligando a éstos a mantenerse "informados" sobre el programa de ética y cumplimiento, incluido los riesgos particulares de la empresa y las medidas incorporadas para combatir dichos riesgos, debiéndose encargar "proactivamente" de evaluar, monitorear y gerenciar el programa.[37]

En segundo lugar, la norma determina que el *"high-level personnel"* se asegure de que la organización empresarial disponga de un programa de cumplimiento efectivo, cuya responsabilidad operacional diaria recaerá sobre un *"chief ethics officer"*, quien, a su vez, deberá contar con recursos suficientes, la autoridad

incluso en la segunda parte (*remedy*) de la propia sentencia *Booker*, donde el tribunal otorgó la cualidad de "*advisory*" a la FSG a fin de seguir manteniendo su aplicabilidad.

[36] Hess/MacWhorter/Fort: 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), 729; Fiorelli: 39 Wake Forest L. Rev. (2004), 565.

[37] United States Sentencing Guidelines Manual § 8B2.1(b)(2) (2004); detalladamente Hess/McWhorter/Fort: 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), 741.

apropiada y acceso directo a los órganos de gobierno corporativo[38]. Que la normativa explicite ese tipo de obligaciones, demuestra la importancia de que la organización en *compliance* deba comenzar por las altas esferas decisionales de la empresa para garantizar su efectividad.

Tal es así la concentración de la responsabilidad penal en los directivos y en la empresa sobre el funcionamiento del programa de cumplimiento, que en caso el oficial de cumplimiento no reporte las operaciones sospechosas exigidas normativamente por la Ley del Secreto Bancario, serán aquellos quienes asuman la responsabilidad penal, de ser el caso, por este defecto organizacional. Dicha consecuencia jurídica se ampara en el hecho de que la norma acabada de mencionar no explicita al oficial de cumplimiento como el competente exclusivo para dicha labor. Ello no implica que no se puedan derivar responsabilidades civiles. De hecho, la reglamentación de la Ley de Secreto Bancario de 1996 incluye al oficial de cumplimiento como componente de la obligación general de información del sistema financiero.

5. CONCLUSIONES

Ya evaluadas las posibilidades de responsabilidad penal del oficial de cumplimiento puede concluirse lo siguiente:

1. La jurisprudencia peruana no se ha pronunciado aun explícitamente sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. La jurisprudencia alemana, por su parte, se ha pronunciado –aunque solo parcialmente- señalando que el oficial de cumplimiento tiene una posición de garante y que, por lo tanto, podría tener responsabilidad

[38] United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (oct. 7, 2003), 60 s.

penal por los delitos cometidos desde la empresa. En los Estados Unidos existen hasta la fecha tan sólo tres pronunciamientos jurisprudenciales referidos al sistema de cumplimiento en general y sin vinculación al delito de lavado de activos.

2. La doctrina peruana no ha realizado un debate significativo del tema, pero los pocos autores que lo han abordado sostienen que el oficial de cumplimiento puede tener competencia penal por los delitos cometidos desde la empresa. Por su parte, la doctrina alemana se ha pronunciado mayoritariamente contra el *obiter dictum* del BGH, criticando el hecho de que el oficial de cumplimiento tenga una posición de garante. Dicha crítica se sostiene fundamentalmente en el hecho de que el oficial de cumplimiento no tiene poder directivo. En la doctrina estadounidense el tratamiento de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, a diferencia de la responsabildad civil y administrativa, ha pasado casi inadvertido. La discusión se ha concentrado más bien en la responsabilidad de la propia empresa y de los directivos en tanto no se disponga de un efectivo programa de cumplimiento.

3. La legislación peruana regula parcialmente las funciones del oficial de cumplimiento. El artículo 25 de la Resolución SBS 838-2008 prevé cuáles son sus funciones en el ámbito del lavado de activos. De hecho la legislación penal peruana prevé en el artículo 5 del D. Leg. 1106 un delito específico a través del cual sanciona la omisión dolosa y culposa del deber de informar sobre transacciones u operaciones sospechosas correspondientes al oficial de cumplimiento. En la legislación alemana las funciones del oficial de cumplimiento no se encuentran reguladas

detalladamente de una forma vinculante y tampoco existe un delito que sancione explícitamente el incumplimiento de sus deberes. Su responsabilidad en el derecho penal alemán puede derivarse a partir del reconocimiento de su posición de garante (asumida voluntariamente) sobre una determinada área de la actividad de la empresa que fundamenta su deber de informar. En la medida que el incumplimiento de ese deber puede dar lugar a la comisión de delitos, el oficial de cumplimiento puede responder por ellos. En la legislación norteamericana, de los diversos instrumentos normativos, la *Federal Sentencing Guidelines* es la que más específicamente aborda las tareas que debe realizar el oficial de cumplimiento, sin que de su quebrantamiento se deriven consecuencias penales para éste, sino más bien para el empresario y la empresa.

4. En el derecho peruano la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento no excluye la de los directivos de la empresa. Estos pueden hacerse responsables por el delito cometido desde la empresa si su actuación tiene influencia sobre la infracción de ese deber de informar del oficial de cumplimiento que da lugar al delito (aunque no por el delito previsto en el artículo 5 del D. Leg. 1106). En todo caso, la base para deducir la responsabilidad de los directivos es su deber originario. Las mismas consideraciones valen para el derecho alemán, donde el artículo 130 de la OWiG permite deducir que los titulares del negocio son responsables por los riesgos derivados de la actividad empresarial. En el derecho estadounidense, a raíz de la teoría de la responsabilidad vicarial, se hace responsable en primer lugar a la propia empresa, y si no se han cumplido los deberes de vigilancia adecuada, al empresario.

Bibliografía

- Berndt, Markus: Strafrechtliche Garantenpflicht eines „Compliance-Officers". Comentario. En: Strafverteidiger, 2009, cit.: Berndt: *SvT 2009*.
- Böse, Martin: Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2003, cit.: Böse: *NStZ 2003*.
- Dannecker, Gerhard/ Dannecker, Christoph: „Die Verteilung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen". En: *Juristen Zeitung*, 2010, cit.: Dannecker/Dannecker: *JZ 2010*.
- Engelhart, Marc: *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende* Analyse *des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1° Ed., Freiburg 2010, cit.: Engelhart, Marc: *Sanktionierung…*
- Fiorelli, Paul E.: "Will U.S. Sentencing Commission Amendments Encourage A Nee Ethical Culture Within Organizations?" En: 39 *Wake Forest Law Review* (2004), cit.: Fiorelli: *39 Wake Forest L. Rev. (2004)*.

- García Cavero, Percy: *Criminal compliance*. Palestra, Lima, 2014, cit.: García Cavero: *Criminal compliance*.
- El mismo: *El delito de lavado de activos*, Jurista, Lima, 2013, cit.: García Cavero: *Lavado*.
- Hess, David/McWhorter, Robert S./Fort, Timothy L. "The 2004 Amendments to the Federal Sentencing Guidelines and Their Implicit Call for a Symbiotic Integration of Business Ethics", En: 11 *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* (2005-2006), cit.: Hess/MacWhorter/Fort: *11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006)*.
- Kindhäuser, Urs: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. ed. Baden-Baden 2013, cit.: Kindhäuser: *Strafrecht AT*.
- Konu, Metin, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers: zugleich ein Beitrag zu den Rahenbedingungen einer Compliance-Organisation*, Berlin, Duncker-Humblot, 2014, cit.: Konu: Garantenstellung…
- Kraft, Oliver/Winkler, Klaus: Zur Garantenstellung des Compliance-Officers – Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?. En: Corporate Compliance Zeitschrift, 2009, cit.: Kraft/Winkler: *CCZ 2009*.
- Rönnau, Thomas/Schneider, Frédéric: Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant. En: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2010, cit.: Rönnau/Schneider: *ZIP 2010*.
- Rotsch, Thomas: „Compliance", En: Achenbach/Ransiek. *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3 ed. München 2011.
- Rotsch, Thomas: Compliance und Strafrecht- Fragen, Bedeutung und Perspektiven. Bemerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance". En: Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 2013, cit.: ; Rotsch: *ZStW, 2013*.

- Rotsch, Thomas: Wider die Garantenpflicht der Compliance-Beauftragten. En: Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag, 2012, cit.: Rotsch: FS *Imme Roxin*.
- Salcedo Machado, Rocío del Pilar, "El *deber de compliance* en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano"; en: *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terorrismo*. Caro Coria, Dino Carlos/Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.) Lima, Cedpe, 2013, cit.: *Salcedo Machado*: "El *deber de compliance…*".
- La Misma, "La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financieras en la comisión del tipo base de lavado de activos. Notas sobre la responsabilidad penal del Directorio y Gerencia General por el incumplimiento de los deberes de debida diligencia institucional"; en: *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terorrismo*. Caro Coria, Dino Carlos/Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.) Lima, Cedpe, 2013, cit.: Salcedo Machado: "*Responsabilidad penal de los órganos de gobierno…*"
- Ransiek, Andreas: Zur Verantwortung des Compliance Officers. En: Aktiengesellschaft, 2010, cit.: Ransiek: *AG 2010*.
- Sieber, Ulrich: „Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht". En: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, editado por Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel, Tonio Walter, Köln, München 2008, cit.: Sieber: *FS Tiedemann*.
- Schwarz; Alexandra. „Die strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten", En. *wistra,* 2012, cit.: Schwarz: *wistra*, 2012, 13.

SOBRE EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA DE LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

Diana Marisela Asmat Coello

Resumen:

Actualmente somos testigos de continuas modificaciones en los sistemas internos de prevención y detección del lavado de activos; surgiendo la duda sobre si estas modificaciones responden a un adecuado sistema de complementariedad del Derecho penal y el Derecho administrativo o se limitan a obedecer al afán por no perder paso frente a la dinámica internacional en la materia, sin una estrategia a largo plazo. En el presente trabajo se analizará si la incorporación del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas en la legislación penal peruana -delito que actualmente se encuentra previsto y sancionado en el art. 5 del D. Leg. 1106 denominado "De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado" publicado el 19 de abril del 2012- responde a una estrategia coherente de prevención del lavado de activos, o si se trata de una reacción improvisada más, frente a los índices de criminalidad y avances de la legislación comparada.

1. INTRODUCCIÓN

La política criminal internacional en materia de lavado de activos se ha ido centrando cada vez más en medidas de carácter preventivo y en la persecución del patrimonio de las organizaciones criminales[1], optando por la puesta en práctica de fórmulas de acción coordinadas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador a través de la llamada doble vía de punición; involucrando al mismo tiempo, cada vez más, a sujetos o entidades privadas, especialmente del sector financiero. Esto último, en la medida que resulta de gravitante utilidad estratégica y táctica, la oportuna localización e intervención de los activos de origen ilícito, especialmente en el momento de su colocación en las entidades financieras; siendo imprescindible contar con la colaboración de los funcionarios y profesionales de dichas entidades. Y es que tanto para el delincuente lavador como para el buen cliente, las instituciones financieras resultan ser las instituciones más idóneas y seguras para la realización de todo tipo de negocio u operación.

Conforme al diseño de la doble vía, la aplicación de un adecuado sistema administrativo de prevención debería limitar

---

[1] Como señala Meter Lilley, la "gran mayoría de los actos ilegales son realizados para alcanzar una cosa: dinero. Si el dinero es generado por un acto ilícito no tiene uso a menos que la causa que le dio origen a estos fondos pueda ser disfrazada o preferentemente borrada". Meter Lilley: *Dirty Dealing,* 1.

sustancialmente el empleo del Derecho penal a los casos de verdadera afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos que merecen protección penal, sirviendo con ello al cumplimiento del principio de intervención mínima. Del mismo modo, si bien el vertiginoso desarrollo de la economía y la tecnología constituyen un reto permanente de adaptación de las normas de control a las nuevas realidades, es de esperarse que éstas ocurran, en el contexto de una estrategia coherente, respetando los principios del Estado de Derecho.

Ahora bien, indudablemente las comunicaciones procedentes de las instituciones financieras tienen gran importancia, fundamentalmente por la gran experiencia de que goza el personal que desarrolla sus actividades profesionales en tal sector[2]. Sin las comunicaciones del personal del sector financiero, las autoridades tendrían que depender con mucha frecuencia de las noticias procedentes de los medios de comunicación o de las autoridades extranjeras de cooperación internacional, con las grandes demoras de tiempo que ello conlleva[3]. De esta manera, no se pondrá en cuestión la importancia de dichas comunicaciones, sino la utilización del Derecho penal en un ámbito que podría ser propio del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos: la responsabilidad por omitir comunicar operaciones sospechosas.

2. CONCEPTO DE LAVADO DE ACTIVOS

Es mayoritariamente admitido que el lavado de activos tiene por objetivo principal ocultar, esconder, disfrazar a fin de

[2] Blanco Cordero: *Responsabilidad penal de los empleados de banca,* 16.

[3] Ackermann, J.B., Geldwäscherei-Money Laundering, citado por Blanco Cordero: *Responsabilidad penal de los empleados de banca*, 16.

impedir que se conozca algo, ya sea: (i) el origen ilícito de los bienes o la fuente de los bienes generados mediante la comisión de hechos delictivos, (ii) el titular de los bienes de origen delictivo o (iii) los bienes que tienen origen delictivo.[4] El resultado final pretendido con el proceso de lavado consiste en conferir a los bienes una apariencia de legalidad, lo que permite a sus titulares utilizarlos en las actividades comerciales normales sin despertar sospechas en cuanto a su origen, proporcionándoles además la posibilidad de ofrecer una explicación sobre la titularidad, control o posesión de los mismos en el marco de la economía legal. Y es que, en definitiva, carece de utilidad para el lavador conseguir la ocultación de los bienes si no puede disponer de ellos. Ello implica una serie de actuaciones realizadas hasta conseguir el resultado perseguido por los lavadores, a fin de poder disfrutar de los bienes sin despertar sospechas sobre su origen.

Así pues, el lavado de activos es un proceso y no un hecho puntual mediante el cual los bienes de origen ilícito pasan de inmediato a tener una apariencia de legalidad. Como señala Fa-

[4] Vid. Blanco Cordero: *El delito de blanqueo*, 90. Asimismo, los investigadores estadounidenses Chang y Herscowitz entienden por lavado de activos "el proceso por el cual se oculta la existencia, el origen y la inversión de ingresos ilegales, y se encubren para que parezcan legales". Vid. Chang y Herscowitz: *Money laundering*, 499. Para el italiano Colombo blanqueo es "la actividad directamente orientada a dificultar la posibilidad de reconocer el origen ilícito de los bienes o cualquier otra utilidad económica", por tanto, considera que la esencia radica en la separación del bien de su propia proveniencia. Vid. Colombo: *Riciclaggio.* 17. El profesor mexicano Castañeda Jiménez considera que el blanqueo "es un fenómeno antisocial de carácter patrimonial que implica el ocultamiento de la ruta documentaría que conecta ingresos de dinero o bienes a una persona o grupo con el propósito de evadir el pago de impuestos, evitar el ser procesado por algún delito o eludir cualquier confiscación de dinero o bienes de origen ilegal". Vid. Castañeda Jiménez: *Aspectos socioeconómicos del lavado,* 61

bián Caparrós, es un proceso cuyo fin es difícil determinar ya que siempre cabe realizar una nueva operación que distancie aún más el bien de su ilícita procedencia[5]. Conforme la riqueza sea progresivamente distanciada de su efectiva procedencia, mejor será el resultado de la regularización y mayor la consistencia de esa apariencia de legalidad.[6]

En consecuencia, el lavado de activos se trata de un proceso –siempre perfeccionable- dirigido a integrar en el sistema económico legal, activos de origen ilícito con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita; y con ello, entorpece la acción de la justicia al dificultar (i) la identificación de la conducta criminal previa, (ii) la identificación del responsable de la misma y (iii) la incautación y decomiso de las ganancias ilícitas.

3. EL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS

El delincuente dedicado al lavado actúa de la misma manera que un cliente financiero normal; siendo que el lavador exitoso será aquel que se identifique y cuente con tal apariencia y cobertura. Conforme a ello, la regla del proceso exitoso de lavado de activos será la de simular lo mejor posible una operación legal hasta que sea casi imposible distinguir una operación legítima de otra ilegítima.[7] Es así que, la decisión político criminal de intensificar la lucha contra la criminalidad organizada no se ha quedado en el plano puramente penal de tipificar el delito de lavado de activos de proveniencia ilícita, sino que también ha motivado el desarrollo de un sistema de control administrativo

[5] Fabián Caparros: *El delito de blanqueo*, 11.

[6] En el mismo sentido, Callegari: *Lavado de dinero*, 54.

[7] Prado Saldarriaga: *El delito de omisión de reporte,* 247.

en el sector predilecto y predominante para la realización de las operaciones de lavado de dinero del crimen organizado: el aparato financiero.

La funcionalidad actual obliga al sistema financiero a dinamizar sus operaciones y servicios en un espacio global, diversificando sus mercados y productos. Este factor coyuntural resulta ser, por la complejidad de sus circuitos de tránsito, idóneo para la actividad criminal de las organizaciones dedicadas al lavado de activos. Como señala Blanco Cordero, los servicios de carácter financiero están a disposición de cualquiera que los necesite, y entre los más necesitados se encuentran aquellos que pretenden beneficiarse de las ganancias obtenidas de actividades criminales.[8]

En ese entendido, resulta de vital importancia contar con la colaboración de las entidades financieras, de sus funcionarios y empleados a los fines de que puedan hacer frente de una forma eficaz al crecimiento de actividades criminales y sus relaciones con el mundo financiero.[9] A las instituciones financieras se les presentan dos opciones: i) o asumen la función de auxiliar a los órganos de detección y persecución del lavado de activos, o ii) se convierten en factores contributivos de la realización de dicho delito.[10] De lo que se trata es (i) impedir con la implementación de diversas medidas preventivas, que el sistema financiero sea un instrumento para el lavado de dinero de procedencia ilícita, (ii) que en caso de producirse, las instituciones contribuyan a su detección, y (iii) si lo han favorecido a través de actuaciones indebidas, reciban las sanciones correspondientes.

[8] Blanco Cordero: *Responsabilidad penal de los empleados de banca,* 1.

[9] Lamas Puccio: *Transacciones financieras sospechosas*, 57.

[10] García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 172.

3.1. Obligación de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

Como hemos venido advirtiendo, se ha acrecentado cada vez más la necesidad del sistema de prevención y detección del lavado de activos de contar con la colaboración de los privados, imponiéndoles mayores obligaciones y conminando su incumplimiento u omisión con severas sanciones de índole administrativa, e incluso penal.

Precisamente, en la legislación peruana se contempla, entre otras, la obligación de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) las operaciones o transacciones sospechosas que se detecten en el curso de las actividades. La ley 27693, ley que crea la UIF, establece en su art. 11.1 que "los Sujetos Obligados a informar deben comunicar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que detecten en el curso de sus actividades, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contado desde la fecha en que éstas han sido detectadas".

Las transacciones sospechosas han sido definidas en el art. 11.3 del mismo cuerpo normativo y se señala que son aquéllas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente.

En el art. 11.2 del reglamento de la ley, d. sup. 018-2006-JUS, se agrega como criterio para determinar el carácter sospechoso de una operación, la información con que cuenta el sujeto obligado a informar sobre su cliente, por lo que resulta necesario identificar adecuadamente al cliente.

De otro lado, la ley 27693 define las transacciones inusuales como aquellas cuya cuantía, características y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente. En art. 11.5 del reglamento de la ley se señala adicionalmente que, los sujetos obligados a informar deben poner especial atención a todas las operaciones realizadas o que se pretendan realizar, que por sus características particulares no guardan relación con la actividad económica del cliente o se salen de los parámetros de normalidad vigentes en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente.

De esta manera, las empresas se encuentran obligadas a comunicar a la UIF las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar que sean consideradas como sospechosas; debiéndose advertir que no existe una obligación de comunicar situaciones o circunstancias sospechosas a no ser que de ellas se pueda derivar el carácter sospechoso de la operación.[11]

Respecto de los sujetos obligados, se trata de personas que pertenecen a un sector sensible y propicio para la comisión del lavado de activos, el sector financiero, al encontrarse en contacto directo con los clientes, y quienes muchas veces se enfrentan a operaciones inusuales solicitadas por clientes sospechosos; por lo que les corresponde a ellos, en el ámbito interno de organización de la entidad financiera, la activación del proceso de comunicación a las autoridades mediante la propia presentación de una comunicación interna.

[11] Así, Werner, Geldwasche in der Kreditwirtschaft, citado por García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 178

Uno de los elementos más importantes de un sistema integral para la prevención del lavado de activos de cualquier entidad financiera o sujeto obligado, lo constituye la designación de un funcionario encargado de promover la adopción de los procedimientos específicos de prevención, su actualización y su conformidad con las exigencias legales. Dicha persona normalmente recibe el nombre de „Oficial de Cumplimiento", „Gerente de control normativo" o „Funcionario de Cumplimiento", en términos generales es el ejecutivo responsable de institucionalizar la cultura de cumplimiento y prevención del lavado de dinero en la entidad financiera para la cual labora.

En ese sentido, en el art. 20 del reglamento de la ley Nº 27693 se establece que el oficial de cumplimiento es el funcionario designado por cada uno de los sujetos obligados a informar a dedicación exclusiva y es el responsable, junto con el directorio y el gerente general de los sujetos obligados a informar, de vigilar el cumplimiento del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento de terrorismo.

Ante la existencia de una transacción que tenga características de una operación sospechosa por presentarse "señales de alerta" que evidencien una posible operación de lavado de activos, el oficial de cumplimiento, una vez culminadas sus investigaciones y calificado la operación como sospechosa, tendrá la obligación de remitir un Reporte de Operación Sospechosa (ROS) a la UIF-Perú en el plazo legal establecido. Si no lo hiciera, incurrirá en una infracción administrativa considerada como "infracción grave", pero esta omisión puede dar lugar a responsabilidad penal[12] de acuerdo a lo previsto en el art. 5° del D. Leg. N° 1106.

[12] Ampliamente, Ugaz Sánchez-Moreno: *Prevención de lavado de activos,* 236.

La regulación antes descrita no establece casos de abstención de la ejecución de transacciones calificadas de sospechosas. En parte, la ausencia de este deber de abstención resulta favorable a la investigación por lavado de activos, pues la persona objeto de sospecha no toma conocimiento de esta situación y, por tanto, no emprende eventualmente actos de perturbación de la investigación.[13]

3.2. Tratamiento de la omisión del reporte de operaciones sospechosas

En la actualidad podemos encontrar hasta tres variantes normativas orientadas a regular la relevancia y el tratamiento penal o administrativo que le correspondería aplicar a la omisión de reportar operaciones sospechosas por parte de los sujetos obligados[14]. Veamos:

Para un primer grupo, la mera conducta omisiva del reporte o de la aplicación de controles antilavado deben estar criminalizadas y sancionadas de manera especial y autónoma. Esto es, se debe configurar para ello un tipo penal de omisión propia. Esta posición ha sido adoptada en países como Perú (art. 5 del D. Leg. 1106), Colombia (art. 235 Código penal), Suiza (art. 305 Código penal) o Eslovenia (ley sobre prevención del blanqueo de dinero).

Un segundo grupo, en cambio, rechaza la configuración de tipos penales particulares y opta más bien por tratar a la omisión del reporte de transacciones sospechosas como un delito de lavado de activos realizable por omisión impropia. Es decir, conectándolo con los resultados de los tipos penales de conversión,

[13] Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado,* 80

[14] Ampliamente, Prado Saldarriaga: *El delito de omisión de reporte,* 260.

transferencia u ocultamiento. En relación a ello, se prevén dos situaciones: i) que el agente se limite a omitir la comunicación y ello posibilite el ocultamiento de la acción lavadora o ii) que además de la omisión del reporte, el propio agente ejecute la transacción sospechosa de conversión o transferencia. Entre los países que siguen esta modalidad reguladora se encuentra España (art. 301 Código penal).

Finalmente un tercer grupo aplica un modelo legislativo que renuncia a la calificación penal de la omisión de reporte, considerándola como una infracción administrativa, susceptible de sanciones de igual naturaleza. Esta tendencia es la asumida por Brasil (art. 12 de la ley 9.613 de 3 de marzo de 1998).

Los países que han preferido criminalizar de manera específica la omisión de controles o de la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas han decidido mayoritariamente configurar los delitos solo como estructuras dolosas. No obstante también coexiste una posición minoritaria que promueve agregar la tipificación culposa de tales conductas omisivas. Este es el caso de la legislación de Costa Rica que sanciona penalmente al propietario, directivo, administrador, o empleado de las entidades financieras supervisadas, así como el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización que, por culpa en el ejercicio de sus funciones apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales del narcotráfico. (art. 73 de la ley N° 7786). Como se analizará más adelante, también es el caso de la legislación peruana, que ha tipificado en el art. 5 del D. Leg. 1106 el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones en su modalidad dolosa y culposa.

4. TRATAMIENTO DE LA OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La regulación administrativa sobre prevención y detección de lavado de activos requiere, para tener mayor eficacia, contemplar la posibilidad de imponer sanciones administrativas. En el caso de los órganos de supervisión que cuenten con facultad reglamentaria sobre sus supervisados, estas mismas instituciones se encargan de establecer las infracciones administrativas y las imponen en el marco de sus funciones de supervisión. Es así como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) ha previsto en el anexo 1 del Reglamento de infracciones administrativas de las empresas a las que supervisa, aquellas que están referidas al incumplimiento de la normativa de prevención y detección del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (SBS Resolución N° 816-2005). Se señala que constituye infracción grave: "No comunicar las operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú), conforme a las normas vigentes sobre prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, lo que comprende, entre otros aspectos, el presentar información y/o documentación incompleta a la UIF-Perú".

Del mismo modo la Superintendencia de Mercado y Valores, ha aprobado para el ámbito de las empresas supervisadas las Normas para la prevención del Lavado de Activos y/o Financiamiento del terrorismo (Resolución N° 087-2006-EF de 1 de diciembre de 2006) las que incorporan además al Reglamento de Sanciones, diversas infracciones referidas al cumplimiento de la normativa sobre lavado de activos (Anexo XIX).

En otros ámbitos se están dando también pasos decisivos para reglamentar la potestad sancionatoria, como es el caso del

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo respecto de empresas que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas.

5. LA OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS COMO ILÍCITO PENAL

La participación en un delito de lavado de activos por parte de los funcionarios o profesionales que colaboran en el sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos de instituciones financieras, obligados a comunicar operaciones o transacciones sospechosas, es, fundamentalmente, una cuestión de información. Es el conocimiento especial de determinadas actividades comerciales, vínculos comerciales, operaciones o transacciones complejas, lo que determina que el agente calificado de la institución asuma un deber especial frente a la existencia de un peligro. Se constituye en garante de los bienes jurídicos involucrados, del sistema antilavado y de su efectividad práctica[15].

Precisamente una muestra de que el ordenamiento jurídico peruano exige un deber especial a los sujetos obligados de cara a la persecución y prevención del delito de lavado de activos, lo constituye el delito de omisión de reporte de transacciones y operaciones sospechosas sancionado por el art. 5 del D. Leg. 1106. Este tipo penal recoge la idea de que determinados funcionarios y profesionales de instituciones financieras ostentan una posición de garante frente a los posibles actos de conversión, transferencia, ocultamiento, etc.; de bienes de procedencia delictiva que puedan ser generados por los clientes de los sujetos obligados. Sin embargo, la persecución penal de los órganos de colaboración no se agota en la posibilidad de

[15] Prado Saldarriaga: *Lavado de Activos,* 173.

imputar un delito de omisión propia como el previsto en el referido art. 5, pudiéndose imputar al mismo sujeto, el delito de lavado de activos en comisión por omisión. Es importante diferenciar ambos supuestos:

i) En el caso del delito de lavado de activos en comisión por omisión, el agente calificado, dolosamente debe omitir la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas para, con ello, voluntariamente facilitar el lavado de activos cuya ejecución conoce o puede inferir que se está materializando. De acuerdo este supuesto, la conducta omisiva del funcionario o empleado constituiría por sí misma un delito de lavado de activos, que podría ser sancionado conforme a lo previsto en los arts. 1, 2 y 3 de la ley penal contra el lavado de activos de acuerdo a la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos.

ii) En el caso del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas previsto en el art. 5, se sanciona un incumplimiento administrativo: no comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubieren sido detectadas. No es necesario que se verifique que dichas operaciones sospechosas se tratan de verdaderas operaciones de lavado de activos.

En lo que sigue analizaremos ambas formas de responsabilidad penal: la realización de un delito de lavado de activos en comisión por omisión (de conformidad con los arts. 1, 2 y 3 de la ley penal contra el lavado de activos) y la realización del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas (de conformidad con el art. 5 de la referida ley).

5.1. El delito de lavado de activos en comisión por omisión

En este acápite se analizará la responsabilidad penal del funcionario o profesional que reúne los siguientes requisitos:

(i) Tiene la condición de sujeto obligado, de conformidad con la legislación de prevención y detección del delito de lavado de activos

(ii) Conoce o presume que los activos que constituyen objeto de la transacción u operación sospechosa son de procedencia delictiva

(iii) Omite comunicar a la autoridad competente el carácter sospechoso de la operación, facilitando la configuración del delito de lavado de activos (o incluso ejecutándola).

Si hay una institución a cuyo desarrollo el Derecho penal económico está prestando un impulso decisivo, es la doctrina de las posiciones de garante sobre todo en el ámbito de la criminalidad de la empresa.[16] Al respecto, la doctrina discute si la normativa administrativa que obliga a la comunicación de las operaciones sospechosas[17] fundamenta un deber de garantía de los empleados y directivos de las entidades financieras[18].

[16] Silva Sánchez: *Teoría del delito,* 55.

[17] En la legislación española estos deberes se hayan en el art. 3.4.a) Ley y art. 7 Reglamento

[18] Así, un sector de la doctrina alemana, con base en la teoría de las funciones iniciada por Armin Kaufmann fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Desde esta perspectiva, las obligaciones impuestas por la Ley de blanqueo no fundamentan una posición de garante respecto de los empleados y directivos, sino que este deber de garantía se deriva de alguno de los criterios materiales elaborados por

Incluso se discute doctrinalmente si de la obligación de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para conocer, prevenir e impedir el lavado de activos se deriva una posición de garante penal.[19] Sobre este punto consideramos que la posición de garante no deriva sin más de la existencia de obligaciones jurídicas existentes en la normativa extrapenal, lo que resulta ya del rechazo de la teoría formal del deber jurídico; sino que en la situación concreta debe existir una asunción específica de evitar el resultado.

Veamos, la obligación de comunicación tiene una doble función: (i) sirve tanto para facilitar la persecución penal, como, con carácter preventivo, (ii) para la evitación del proceso de lavado de activos. Pero además, estas obligaciones establecidas legalmente en el ámbito administrativo se sustentan, como ya se ha referido, en el especial conocimiento, en la información que ostentan determinadas personas. La contribución al lavado de activos o su evitación por parte de los órganos de colaboración es, fundamentalmente, una cuestión de información. Es a partir de esta información que se asumen una serie de obligaciones especiales, las mismas que abarcan un conjunto de actos que no solo están destinados a vigilar el cumplimiento del sistema para reportar operaciones sospechosas; sino que en el caso concreto los sujetos obligados asumen específicamente la función de evitar cualquier contribución que facilite, promueva o ejecute una operación de lavado de activos. Los sujetos obligados, en suma, asumen en el caso concreto el deber de evitar la ejecución de transacciones y operaciones sospechosas en curso.

aquella teoría. Kaufmann, A., Die Dogmatik der UnteHassungsdeBkte, Gottingen, 1959 citado por Blanco Cordero: *Responsabilidad penal de los empleados de banca,* 127.

[19] Ampliamente Cfr. Blanco Cordero: *Responsabilidad penal de los empleados de banca,* 125.

Así pues, cuando el sujeto obligado omite comunicar la detección de operaciones o transacciones sospechosas de lavado, conociendo el carácter ilícito de los activos que se pretenden blanquear y facilita la configuración del lavado, no cabe duda que estamos frente a un verdadero delito de lavado de activos, que se sancionará de conformidad con los art. s 1,2 o 3 del D. Leg. 1106 (tipo base de lavado de activos).

En el caso de la legislación peruana, el deber de comunicar la detección de operaciones o transacciones sospechosas ha sido consignado como un deber exclusivo de los oficiales de cumplimiento, razón por la que no existen dificultades para determinar de modo individual qué funcionario o profesional ostenta la posición de garantía y que responderá penalmente en comisión por omisión.

En legislaciones donde no se indique expresamente quién ostenta individualmente la posición de garante la solución está en el criterio de la "posición de garante en virtud de la aceptación". Entra en juego en tales casos el mecanismo de la "delegación/asunción" de competencias y son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitan los concretos riesgos que han de controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentan la presencia de un delito de comisión por omisión. Ello sucede, a juicio de la doctrina española, en el caso de la obligación de comunicación de las operaciones sospechosas que impone la normativa relativa al blanqueo, pues se trata de una obligación referida al negocio que no tiene un carácter personalísimo, sino que consideraciones prácticas exigen que el empresario delegue en los empleados.

A partir de lo anterior, se puede concluir que las conductas de lavado se encuentran previstas en los arts. 1,2 o 3 del D. Leg. 1106, donde se describen situaciones que ponen en peligro la persecución penal de los autores del delito previo, la identificación del origen de los activos ilícitos y la incautación y decomiso de las ganancias. De acuerdo a ello, respecto de la omisión de comunicación de las operaciones sospechosas detectadas por los sujetos obligados que constituyen operaciones de lavado; operaciones que los funcionarios o profesionales obligados ejecutan o permiten que se ejecuten, también se encuentra comprendida como un delito de lavado de activos en comisión por omisión. En consecuencia, las conductas relacionadas con el delito de lavado de activos de mayor dañosidad social ya se encuentran recogidas en la legislación penal del ordenamiento peruano.

5.2 El delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas

Esta figura delictiva se castigaba anteriormente en el art. 4 de la Ley 27765[20],ley penal contra el lavado de activos. Actualmente se encuentra previsto en el art. 5 del D. Leg. 1106, De lucha

[20] El delito de Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas se encontraba previsto en el artículo 4 de la Ley 27765 del siguiente modo: "El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36 del Código Penal".
La fuente legal de esta disposición fue el artículo 4 del texto Sustitutorio Concordado de junio de 2002 de la Ley penal contra el lavado de dinero de mayo de 2002. En el borrador de dicha norma se establecía una fórmula más genérica: "El que estando obligado a ello omite comunicar a la autoridad las transacciones u operaciones donde se evidencia o sospecha la realización de actividades de lavado de dinero será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa".

eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado del siguiente modo:

> "**Art. 5º.-** Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas
>
> El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del art. 36º del Código Penal.
>
> La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del art. 36º del Código Penal."

Hasta antes de la ley 27765, la conducta omisiva se configuraba como una infracción administrativa para el sector de la intermediación financiera[21]. De ahí que la advertencia formulada por el art. 379°, inciso 3 de la ley N° 26702 (Ley general del sistema bancario, financiero y de seguros), en el sentido de que "incurren en responsabilidad penal los empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados de empresas del sistema financiero que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los art. s 375

[21] Cfr. Resolución N° 310-98 SBS, N° 22 del Anexo I: Infracciones y sanciones aplicables al Grupo A.

(identificación de clientes y mantenimiento de registros) y 378 (comunicación de transacciones sospechosas), o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados arts." resultaba en principio inocua, toda vez que no definía propiamente el tipo penal y la sanción penal concreta aplicable.

En todo caso, a partir de esta norma sólo se podía realizar una imputación por los delitos de falsedad documental (arts. 427 y 428 del Código penal peruano) o de omisión de denuncia (art. 407 del Código penal peruano).[22]

La tipificación de esta conducta omisiva responde a los estándares de criminalización propuestos en instrumentos regionales, como el art. 20 inciso 3 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA. En el Derecho penal latinoamericano encontramos una disposición similar en el Código penal de Colombiano en su art. 325-A que prevé y sanciona el delito de omisión de reportes del siguiente modo:

> "Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Se exceptúan de lo dispuesto en el presente art. quienes tengan el carácter de miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de

[22] En ese sentido Prado Saldarriaga: *El delito de omisión de reporte*, 268. Asimismo Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos,* 147.

ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el art. 325 del presente capítulo".

Retomando lo establecido hasta el momento, responderá por el delito de lavado de activos en comisión por omisión, el agente calificado que tiene conocimiento del origen ilícito de los activos y omite la comunicación de la operación o transacción sospechosa para con ello facilitar el lavado de activos, cuya ejecución (propia o de tercero) conoce o puede inferir que se está materializando.

5.2.1 Bien jurídico protegido en el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas

Como ya se ha señalado, en el delito objeto de análisis, la detección y el deber de comunicación recae sobre operaciones sospechosas, no necesariamente sobre verdaderas operaciones de lavado. En consecuencia, la conducta típica está constituida por el incumplimiento de un deber positivo específico de comunicación –de operaciones sospechosas- sin requerirse un nexo de contrariedad de dicho deber con un aumento o creación de riesgo penalmente relevante para la administración de justicia, menos aún algún resultado de lesión o de peligro.

A efectos de imputación penal, bastará con que el sujeto jurídicamente obligado a comunicar una operación o transacción sospechosa detectada, no cumpla con ponerla en conocimiento de la autoridad correspondiente en el plazo legalmente establecido de treinta días.[23]

No cabe duda de que se trata de un delito de mera desobediencia en el que se sanciona un mero cumplimiento de un deber administrativo y lo que se protege –y resulta discutible- no

[23] Vid. García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 149.

es la administración de justicia, sino el correcto funcionamiento del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos. El objeto de tutela penal se relaciona exclusivamente con el ordenamiento regulador de medidas preventivas contra el lavado de activos, siendo este sistema normativo el que dispone la obligación de reporte y el que va a ser defraudado por el agente.

5.2.2 Sujeto activo

El círculo de autores se haya restringido a los funcionarios o profesionales obligados por la normativa del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos. Esto es, el tipo penal parte de la base de una obligación impuesta a determinadas de personas de comunicar operaciones o transacciones sospechosas de lavado de activos a los órganos de supervisión o a la UIF, lo que se desprende del elemento típico que establece que el autor comete el delito "incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales". Se trata de un delito especial que requiere del autor la calidad de obligado a informar con base en la normativa de prevención y detección de actos de lavado de activos.

El autor del delito no puede ser cualquiera, sino solamente aquel que tiene la obligación legal, por su posición funcional o profesional, de comunicar al organismo correspondiente la realización de operaciones o transacciones sospechosas. Son autores ya que el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo los considera como agentes propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación les impone deberes específicos, un deber o posición de garante.

Como ya se ha indicado, las instituciones financieras reúnen la exigencia típica para poder ser autores del delito, en la medida que están incorporadas en la lista de sujetos obligados a

comunicar. Así pues, el deber recaerá en gran parte sobre personas jurídicas. En la medida que en el Perú no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni su capacidad para delinquir, se han elaborado cláusulas de transferencia de la condición de *intraneus* a sujetos que, en principio, serían *extranei* con respecto a la correspondiente figura de delito.[24] Así pues, cuando el deber recae sobre una persona jurídica, se puede recurrir al art. 27 del Código penal para responsabilizar penalmente a su representante mediante la cláusula "el actuar en lugar de otro", en la medida que éste haya realizado el tipo penal.

Sin embargo, atendiendo a la regulación específica en el ámbito financiero, es al oficial de cumplimiento a quien le corresponde elaborar y notificar el ROS a la UIF-Perú en representación de la empresa. De esta manera, el representante de la empresa a estos efectos no será el gerente general de la institución financiera, sino el oficial de cumplimiento[25]. El gerente general solo responderá si impide que el oficial de cumplimiento cumpla con hacer el reporte al haber interrumpido un proceso causal salvador[26].

En el caso que el gerente simplemente es consciente del incumplimiento del deber de comunicación por parte del oficial de cumplimiento y no hace nada frente a ello, tampoco ha de responder[27] ya que sus funciones dentro de la empresa no le

[24] Silva Sánchez: *Teoría del delito,* 58

[25] Caro Jhon: *Dogmática Penal Aplicada,* 174.

[26] Sobre la interrupción de los cursos causales salvadores, Gunther Jakobs: *Derecho penal,* 234-235.

[27] García Cavero en cambio sostiene que en esa situación el gerente general debe responder porque si bien la gestión de tal función ha sido asignada al oficial de cumplimiento, el gerente mantiene un deber de control y de intervención cuyo incumplimiento lo hará responsable penalmente por la omisión del deber de comunicar que originalmente

obligan a desplegar tal comportamiento al encontrarse en el ámbito específico del oficial de cumplimiento. De acuerdo a ello, el resultado producido no le es imputable, porque la evitación del mismo no entraba en su ámbito de responsabilidad y con ello, el tema de los grados de conocimiento para atribuir responsabilidad penal por este delito pasan a un segundo plano.

5.2.3 Conducta típica

El tipo penal se configura con la omisión de comunicar a la autoridad competente las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado conforme a las leyes y normas reglamentarias. Tiene un presupuesto fáctico necesario para la configuración del delito: la detección de las transacciones u operaciones sospechosas conforme a la normativa sobre prevención o detección del lavado de activos. Esto quiere decir que, si la operación sospechosa no se detecta, aun por defectos del sistema de prevención atribuibles a sujeto obligado a comunicar, no se podrá configurar el delito. Desde esta perspectiva, no se podrá sancionar la falta de detección de la operación sospechosa, sino su no comunicación una vez detectada.

Como ya se ha indicado, se trata de un delito de peligro abstracto de mera actividad en la medida que para que el delito se configure bastará con que el sujeto jurídicamente obligado a comunicar una operación o transacción sospechosa detectada, no cumpla con ponerla en conocimiento de la autoridad correspondiente en el plazo legal de treinta días. Tratándose de un delito de peligro abstracto, se conformará con la constatación de la peligrosidad de la conducta, no requiriendo una comprobación de afectación potencial que se materialice en el bien jurídico

le corresponde a su representada. Vid. García Cavero: *El delito de lavado de activos*, 182.

ni una manifestación concreta del mismo. En consecuencia, un juicio ex post sería, a efectos de subsunción absolutamente irrelevante[28]. La norma sanciona pues, un mero incumplimiento de un deber administrativamente impuesto, que –tomando en consideración que no busca proteger el funcionamiento de la administración de justicia, sino el correcto funcionamiento del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos- debería quedar en el plano administrativo y no recurrir al Derecho penal.

A pesar de que el tipo penal está formulado como un comportamiento omisivo, se trata de un incumplimiento de un deber de comunicar, incumplimiento que empíricamente puede realizarse tanto por el medio de una acción comisiva como por medio de una acción omisiva. Así, si el obligado a comunicar no informa nada a la UIF, habrá omitido; y si informa de forma inexacta o imprecisa, habrá actuado, pero igualmente incumplido con el deber de comunicar la existencia de una operación sospechosa.

Respecto de las operaciones o transacciones que deben ser comunicadas, el tipo penal circunscribe este deber a aquellas que son sospechosas; mientras que la normativa del sistema de prevención que regula el deber de comunicar hace referencia a operaciones sospechosas e inusuales (art. 11 de la ley de creación de la UIF). En ese sentido, el delito se configura únicamente respecto del incumplimiento del deber de informar las operaciones sospechosas y no las inusuales.

[28] Terradillos Basoco, a fin de dar legitimidad a los delitos de peligro abstracto, aclara que un juicio "ex ante" en los delitos de peligro abstracto no se debe identificar con una valoración estadística efectuada por el legislador, sino que deberías tratarse de una valoración de peligrosidad realizada por el juzgador. Terradillos Basoco: *Peligro Abstracto*, 799.

El tipo penal que analizamos es además un tipo en blanco ya que nos remite a la legislación sobre prevención o detección del lavado de activos,[29] Esta remisión no solo se hace a la Ley de creación de la UIF, sino también al reglamento de esta ley y a las normas complementarias que la UIF en coordinación con los órganos de supervisión, haya aprobado en los sectores específicos correspondientes. Esa normativa específica es la que permite determinar qué operación sospechosa detectada debe comunicarse bajo amenaza penal en caso de incumplimiento. Ciertamente, resultaba necesaria dicha remisión al ser insuficiente la elaboración de un listado de operaciones sospechosas, pues el lavado de activos se caracteriza por su carácter dinámico, sus técnicas cambian constantemente, con lo que un catálogo incluido en el tipo penal quedaría inmediatamente anticuado.

En países como en Alemania, la ley no establece una definición legal de lo que se ha de entender por sospecha de lavado, ni realiza un catálogo de circunstancias que pueden fundamentar la sospecha. Se ha renunciado a una enumeración ejemplificativa de hechos que fundamentan la sospecha a causa de las numerosas técnicas de blanqueo existentes y de su rápido cambio.

De lo anterior se desprende que si la detección se hizo con parámetros ajenos a los establecidos en la regulación administrativa o al margen del sistema de prevención incorporado en el sujeto obligado a comunicar, la falta de comunicación de esa dirección no dará lugar al delito previsto en el art. 5 de la ley contra el

[29] Los autores indican que un catálogo de operaciones sospechosas no sólo sería incompleto y en poco tiempo quedaría superado, sino que habría sido también contraproducente, pues los potenciales blanqueadores se orientarían mediante este catálogo y podrían practicar las técnicas de blanqueo no recogidas en él. Ampliamente Blanco Cordero: Isidoro, *Responsabilidad penal de los empleados de banca,* 151.

lavado de activos. Solamente las operaciones sospechosas que se hayan detectado en el marco de la normativa administrativa de prevención y detección de los procesos de lavado de activos podrán dar lugar a una responsabilidad penal si es que el agente omite comunicarlas a los organismos competentes.

5.2.4 El tipo subjetivo del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas

El Derecho penal económico – empresarial es de los ámbitos en los que mayor aplicación ha tenido la teoría de la imputación objetiva, pero es innegable que la fundamentación del injusto penal económico también se lleva a cabo argumentando la existencia de una imputación subjetiva, generalmente de dolo, dado que son pocos los delitos económicos o realizados en el seno de la empresa que se imputan a título imprudente.[30] Sin duda, la imputación subjetiva es un tema actual sobre todo en el ámbito del lavado de activos, discutiéndose principalmente: i) la creación o transformación de tipos penales dolosos a imprudentes, y ii) la minimización de la importancia de la voluntad hacia el protagonismo absoluto del conocimiento del hecho injusto en comportamientos dolosos; cuestión que tiene que ver con la irrupción de la doctrina de la *willfull blindness* procedente de la jurisprudencia americana, que aporta la idea de que la total indiferencia hacia el conocimiento de algo puede equipararse valorativamente a conocerlo. [31]

En relación al delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, nos interesa sobre todo la primera discusión. Y es que frente a la dificultad que enfrenta el

[30] Miró Linares: *Derecho penal económico-empresarial,* 255.

[31] Ragués i Valles: *La doctrina de la ignorancia*, 290 ss.

sistema de justicia para demostrar que el sujeto activo conoció el origen delictivo de los bienes reciclados en los delitos dolosos, se puede reaccionar de dos modos: (i) ofrecer a los operadores el instrumental jurídico necesario para investigar los hechos y esclarecer qué ocurrió realmente o (ii) crear tipos subjetivamente aligerados, menos exigentes, que permitan castigar actos de blanqueo respecto de los cuales no se requiera probar que el agente tuvo noticia, directa o eventual, del origen delictivo de los bienes.[32]

La incorporación de tipos imprudentes, que en principio tenían una estructura dolosa, se trata -como señala Fabian Caparrós siguiendo a Lampe- de un invento criminalístico que no abarca realmente una hipótesis de blanqueo imprudente, sino en realidad, casos no plenamente probados de realización dolosa; de un tipo de recogida que pone en grave riesgo el principio constitucional de presunción de inocencia. [33] De acuerdo a ello, la tipificación penal del lavado imprudente evitaría situar al juez ante la disyuntiva de castigar a título de dolo aquellos supuestos en los que no quepa probar un conocimiento cierto de la ilícita procedencia de los bienes o bien dejarlos sin castigar, ofreciéndose un instrumento legal para evitar la impunidad. [34]

[32] Fabián Caparrós: *Oportunidad Político- Criminal,* 377

[33] Ibid. 379

[34] En relación con el delito de blanqueo de capitales imprudente recogido en el Código penal español, Fabián Caparrós sostiene que esta argumentación puede enfrentarse en la práctica a una consecuencia paradójica: ante la incertidumbre de saber si el artículo 301.3 contiene un tipo común o especial, cabe la posibilidad de que la acusación opere por la vía simplificada de promover la imputación contra un particular por un delito de blanqueo imprudente, renunciando a una posible condena por dolo y que finalmente se absuelva –en cumplimiento del principio acusatorio- por estimar que se trata de una figura especial. Fabián Caparrós: Oportunidad Político- Criminal, 379.

El análisis del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, que a nivel objetivo ya implica una distorsión de la aplicación del derecho penal a ámbitos que corresponden al derecho administrativo; nos mostrará que a nivel subjetivo constituye un diseño que pretende imponerse ante las dificultades de la prueba y la presunción de inocencia, sin importar el resquebrajamiento de las instituciones dogmáticas.

En el primer párrafo del tipo penal que analizamos se requiere del dolo, el agente debe omitir realizar la comunicación dolosamente. Esto es, el sujeto obligado conoce de su condición funcional o profesional y de la presencia de una operación o transacción sospechosa que debe reportar, por tanto, el error sobre la situación generadora del deber hará atípica la conducta. El dolo del sujeto se agota en la voluntad omisiva del reporte ya que el tipo no ha incorporado elementos subjetivos especiales que aludan a fines específicos, cosa que sí hizo en los arts. 1, 2 y 3 al tipificar los actos de conversión y transferencia; ocultamiento y tenencia; y transporte y traslado como delitos de tendencia interna trascendente, requiriendo como elemento subjetivo especial, que el autor actúe con la finalidad de evitar la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso.

El delito de omisión de comunicar transacciones sospechosas se limita a los casos en los que el conocimiento del autor se reduce al carácter sospechoso de la transacción u operación que detecta. Esto es importante a fin de diferenciar este supuesto de aquel otro donde el agente calificado dolosamente omite la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, para con ello, voluntariamente facilitar el lavado de activos cuya ejecución conoce o puede inferir que se está materializando; situación que ya hemos analizado en el apartado anterior y que constituye un delito de lavado de activos en comisión por omisión. Así pues, en el art. 5 del D. Leg. 1106 se sanciona el incumplimiento de un

deber de comunicación sin ni siquiera tener en consideración si la información era relevante para la detección de una operación de lavado de activos.

En el segundo párrafo se incluye y criminaliza el delito de omisión de reporte de operaciones o transacciones sospechosas imprudente. El tipo objetivo es el mismo, variando solamente la exigencia de conocimiento.

En el supuesto de la omisión culposa, podría pensase que el obligado a comunicar no conoce el carácter sospechoso de la operación en la que interviene, pero que debería haberlos conocido si hubiese seguido los parámetros administrativamente establecidos o los manuales de prevención incorporados a las organizaciones que pertenece. Sin embargo, dado que el tipo objetivo, es el mismo que se aplica para la omisión dolosa, también en la actuación culposa el agente debe haber detectado la operación sospechosa. Seguidamente, la culpa solamente podrá estar referida a la existencia de un sistema inapropiado para hacer llegar a la UIF los reportes de operaciones sospechosas.

Asimismo, quedarán al margen de lo punible los casos en los que la detección no se llegó a producir (i) porque no se incorporó a la organización un sistema de prevención o detección del lavado de activos, (ii) por no haberlo implementado adecuadamente o (iii) por no haber sido ejecutado como debería; en estos casos no será de aplicación el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas, los sujetos responderán únicamente de acuerdo a la normativa administrativa sancionadora.

La modalidad culposa del delito de lavado de activos resulta del todo incongruente con la estructura misma de los delitos imprudentes en los que se exige un resultado de lesión o de peligro, pero siempre un resultado. Sin embargo, en el delito que venimos

examinando estamos frente a un caso de peligro abstracto, peor aún, frente a un caso de peligro abstracto respecto de un incumplimiento del sistema administrativo de prevención y detección del delito de lavado de activos. Como bien señala Muñoz Conde las conductas imprudentes sólo son castigadas, por imperativo del principio de intervención mínima del Derecho penal, en la medida en que producen determinados resultados. El des valor de la acción (la conducta imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, sino que es preciso, además, que se conecte con el des valor del resultado (la producción de un resultado prohibido).[35]

Si el delito que venimos analizando en su modalidad dolosa ya manifestaba problemas de una ampliación excesiva del Derecho penal a ámbitos que corresponden al Derecho administrativo sancionador, queda claro que su forma imprudente es merecedora de una valoración negativa y que debe ser criticada desde su estructura técnico jurídica como desde la óptica de los límites del *ius puniendi*, en especial, en relación con el principio de intervención mínima.

[35] Muñoz Conde: *Teoría general del delito,* 88. En igual sentido Mir Puig respecto de los delitos imprudentes, que la infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Sobre este asunto Luzón Peña precisa que la exigencia de consumación, en su caso con producción del resultado en los delitos imprudente responde probablemente, por una parte, a que, si no se produce el resultado consumativo, generalmente no hay tanta alarma social ante una conducta no dolosa, sino sólo imprudente y por ello no es suficientemente grave como para considerarla penalmente antijurídica, y por otra parte, a que cabe pensar que, si la actuación imprudente finalmente no produce completo el hecho típico, ello es una prueba generalmente de que la conducta no era tan peligrosa o de que el peligro estaba controlado (o sea, que se desvirtúa el inicial indicio de desvalor de la acción) Luzón Peña: *Curso de Derecho penal,* 512.

En el marco de los países democráticos, la protección de bienes jurídicos colectivos respecto de ataques culposos es infrecuente. En lo que se refiere a los actos de lavado de activos imprudente, algunos autores han observado que su castigo solo será admisible en tanto se trate de hechos de especial relevancia en relación con la condición profesional de sus autores. Esta situación se ha venido discutiendo respecto del art. 301.3 del CP español que contempla el delito de blanqueo de capitales imprudente, en el que, al no poderse afirmar categóricamente que este restrinja su ámbito de aplicación a lo sujetos relacionados obligados relacionados con la Ley 10/2010, parece indicar que el blanqueo culposo carece de fundamento material necesario para ser constitutivo de una infracción penal, tachándose de simbólico y contrario a la orientación o directamente inconstitucional. [36]

La modalidad culposa del delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas, al igual que el tipo imprudente de blanqueo de capitales del CP español parece responder a un utilitarismo contrario a las garantías propias contrarias de un Estado democrático de derecho. Estos delitos no pretenden sancionar a quien opera con unos bienes cuyo origen delictivo no comunicó, debiendo hacerlo; o no conoció, debiendo haberlo hecho. Estos delitos pretenden garantizar el castigo del sospechoso respecto del cual no se pudo demostrar la preexistencia del conocimiento por deficiencias a nivel procesal.

Por su parte, Callegari descarta la posibilidad de la tipificación del lavado de activos imprudente aplicable a los empleados de instituciones financieras señalando que dicho hecho puede falsear la actividad económica, en particular la actuación de los intermediarios financieros en los mercados de crédito, pues

[36] Fabián Caparrós: *Oportunidad Político- Criminal*, 378

las transacciones de blanqueo no se diferencian externamente de las legales ya que el dinero no muestra la forma por la que fue adquirido, *pecúnia non olet*.[37] De acuerdo a este autor en las operaciones bancarias es difícil descubrir una operación de blanqueo, porque se camufla entre la inmensidad de movimientos de capital legal que se realiza diariamente, lo que permite una apariencia legal a dichas operaciones. Además, existe una serie de técnicas de blanqueo de dinero que se modifican continuamente, lo que permite que no sea detectable este delito. La observación de CALLEGARI es del todo apropiada, sin embargo, no es de aplicación en la legislación peruana ya que, como hemos advertido, el delito de omisión de comunicación de operaciones contiene un deber de comunicar operaciones que hayan sido detectadas y no respecto de aquellas que no lo fueron pese a existir tal obligación.

6. CONCLUSIONES

Los principios del Derecho penal establecen que el mismo solo debe intervenir para proteger bienes jurídicos penalmente relevantes. En la medida que dicha intervención punitiva restringe esferas de libertad, y siendo que mediante la pena se priva o condiciona el ejercicio de derechos fundamentales, esta intervención constituye el último de los recursos que el Estado tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. El debate más importante de los últimos tiempos precisamente reside en cómo conciliar el principio de intervención mínima en materia penal con una eficaz protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos socioeconómicos que se nos presentan como una realidad del Estado Social, con la aparición de nuevas formas

[37] Callegari: *Participación (sancionable?),* 12.

de crimininalidad compleja, organizada, empresarial, propios de una Sociedad cada vez más complejizada, donde proliferan los riesgos para bienes jurídicos fundamentales, la criminalidad es transnacional, y con el hecho de que el Derecho penal haya asumido el papel de primer instrumento de tutela de los derechos ciudadanos.

De esta manera, el principio de intervención mínima demanda que el Derecho penal actúe exclusivamente cuando para la protección de los bienes jurídicos merecedores de ella, se han puesto en práctica y resultaron insuficientes medidas organizativas propias de otras ramas del ordenamiento jurídico no represivas, como las laborales, administrativas, mercantiles, etc. Sin embargo, la tutela penal no busca sancionar todos los ataques, sino que se limita a los más graves y peligrosos, tras la realización de una distinción entre la gravedad de los distintos resultados para el bien jurídico, que comprende desde su puesta en peligro hasta su lesión efectiva[38].

No obstante, gran parte de la doctrina señala que en la actualidad los legisladores de todo el mundo tienen la tendencia a generar nuevos bienes jurídicos penales, a flexibilizar las reglas de imputación, a relativizar los principios político criminales de garantía y ampliar los espacios de riesgos jurídicos penalmente relevantes, tendencia que se ha denominado "expansión del Derecho penal". Asimismo se advierte que la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se ha ido atenuando, verificándose en la actualidad un desembarco en el Derecho penal de comportamientos que por su naturaleza parecen ser propios del Derecho administrativo sancionador. Así, a partir de una revisión de nuestras legislaciones penales

[38] Berdugo Gómez De La Torre: *Curso de Derecho penal,* 72 y 73.

podemos advertir que muchos ilícitos se verifican con el solo quebrantamiento de la normativa administrativa.

De lo revisado hasta ahora se puede concluir lo siguiente:

Cuando el sujeto obligado omite comunicar la detección de operaciones o transacciones sospechosas de lavado, conociendo el carácter ilícito de los activos que se pretenden blanquear y facilita la configuración del lavado, no cabe duda que estamos frente a un verdadero delito de lavado de activos, que como hemos señalado, se sancionará de conformidad con los arts. 1,2 o 3 del D. Leg. 1106.

El delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas, conducta prevista en el art. 5 del D. Leg. 1106, sanciona el incumplimiento de un deber de comunicación sin tener en consideración si la información era relevante para la detección de una operación de lavado de activos, penalizándose una conducta que constituye una mera infracción administrativa.

El Derecho administrativo sancionador es además un Derecho que no exige ni la lesión efectiva -ni siquiera un peligro concreto- del bien jurídico, pudiéndose apreciar que la presencia del mismo es absolutamente secundaria. Este panorama es insostenible para la imputación de responsabilidad penal de un Derecho penal de protección de bienes jurídicos, donde desempeñan un papel fundamental los principios del Derecho penal constitucional. Seguidamente, no se puede sostener una imputación penal en la que no se coloca en peligro o se lesiona un bien jurídico penalmente relevante, sino únicamente un objeto de protección de índole administrativa, como lo es el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos.

Ley italiana N° 231: "Pueden ser adoptados –los programas de cumplimiento- sobre la base de códigos de comportamiento redactados por asociaciones representativas de los entes, que garanticen las exigencias señaladas, comunicados al Ministerio de Justicia, el que, de acuerdo con los Ministerios competentes, podrá formular observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir los delitos".

Ley chilena N° 20393: "4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

La mera desobediencia a las obligaciones impuestas por el sistema administrativo de prevención de lavado de activos que no constituyen verdaderas operaciones de lavado, son conductas que carecen de relevancia penal y constituyen a lo mucho infracciones administrativas que deben ser controladas y sancionadas en este ámbito.

De esta manera, una vez evaluado el art. 5 del D. Leg. 1106, la mejor medida a adoptar es su supresión, dejando que el derecho administrativo cumpla su función preventiva del lavado de activos[39]. Ciertamente, no es coherente con los principios de proporcionalidad y mínima intervención del Derecho penal imponer una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (omisión dolosa) por el simple hecho de incumplir mandatos de índole administrativa, sin siquiera exigir que el sujeto obligado tenga conocimiento del carácter ilícito de los activos, así como la intención de facilitar el proceso de lavado.

[39] En sentido similar se pronuncia Fabián Caparrós respecto del delito 325-A del Código penal colombiano, que tipifica y sanciona el delito de omisión de reportes. Vid. Fabián Caparrós: *Los tipos de omisión,* 63.

Bibliografía

- Abel Souto, Miguel: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: Especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- Aliaga Méndez, Juan Antonio: *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales adaptada a la Ley 10/2010*, Madrid: La Ley, 2010.
- Aller Maisonnave, Germán: *Criminalidad del poder Económico Ciencia y praxis*, Bdef, Buenos Aires, 2011, 507 p. cit.:
- Álvarez Pastor, Daniel: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.
- Álvarez-Sala Walther, Juan: *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Madrid: Consejo General del Notariado, 2004.
- Aránguez Sánchez, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- Arias Holguín, Diana Patricia: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid: Iustel, 2011 cit.:

- Arroyo Zapatero, Luis y De Vicente Martínez, Rosario: *Derecho Penal Económico,* Barcelona: Códigos Ariel, 2001.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: *Curso de derecho penal. Parte General,* Barcelona: Ediciones experiencia, 2010 cit.: Berdugo Gómez De La Torre: *Curso de Derecho penal*.
- Blanco Cordero, Isidoro: *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales,* Granada: Comares, 1999, cit.: Blanco Cordero: Isidoro, *Responsabilidad penal de los empleados de banca*.
- Blanco Cordero, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra: Aranzadi, 2002 cit.: Blanco Cordero: *El delito de blanqueo*.
- Calderón Cerezo, Ángel y Saavedra Ruiz, Juan: *Delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid: La Ley, 2008.
- Callegari, André Luís: *Lavado de dinero: (blanqueo de capitales): una perspectiva entre los derechos mexicano, español y brasileño,* Azcapotzalco: Flores, 2010, cit.: Callegari: *Lavado de dinero*.
- Callegari, André Luis: Participación (sancionable?) de agentes financieros en el delito del blanqueo de dinero, inédito, cit.: Callegari: *Participación (sancionable?).*
- Cano Castaño, Miguel Antonio: *Auditoria forense en la investigación criminal del lavado de dinero y* activos. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2004.
- Caro Coria, Dino Carlos: "Sobre el tipo base de lavado de activos" en*: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (ADPE) N° 2/2012.
- Caro John, José Antonio: *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara Editores, 2010, cit.: *Dogmática Penal Aplicada*.

- Castañeda Jiménez, Héctor: *Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, cit.: Castañeda Jiménez: *Aspectos socioeconómicos del lavado*.
- Chang, Aileen y Herscowitz, Andrew: "Money laundering", en: *American criminal law review*, 1995, cit.: Chang y Herscowitz: *Money laundering*.
- Colombo, Gherardo: *Riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, milano: Giuffrè, 1990, cit.: Colombo: *Riciclaggio*.
- Demetrio Crespo, Eduardo: *Responsabilidad por omisión del empresario*, Madrid: Iustel, 2009, cit.:
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio: *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid: Dykinson, 1999, cit.:
- Durrieu, Roberto: *El Lavado de Dinero en la Argentina. Análisis Dogmático y Político-Criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y Financiamiento del Terrorismo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, cit.:
- Fabián Caparrós, Eduardo: "Los tipos de omisión en el marco de la regulación penal del lavado de activos", en: Derecho penal contemporáneo, revista internacional, Bogotá: Legis, 2013, cit.: Fabián Caparrós: *Los tipos de omisión*.
- Fabián Caparrós, Eduardo: "Oportunidad político- criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales", en: Estudios sobre la corrupción una reflexión hispano brasileña, Bechara: Centro de estudios brasileños de la Universidad de Salamanca, 2013, cit.: Fabián Caparrós: *Oportunidad Político- Criminal*.

- Fabián Caparros: *El delito de blanqueo de* capitales, Madrid: Colex, 1998, cit.: Fabián Caparros: *El delito de blanqueo*.
- Galvez Villegas, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales*, Lima: Jurista editores, 2009, cit.: Gálvez Villegas: *El delito de lavado de activos*.
- García Cavero, Percy: *El delito de* lavado *de activos*, Lima: Jurista editores, 2013, cit.: García Cavero: *El delito de lavado de activos*.
- Gunther Jakobs: Derecho *penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación,* Madrid: Marcial Pons, 1997, cit.: Gunther Jakobs: *Derecho penal*.
- Lamas Puccio, Luis: *Transacciones financieras sospechosas*, Lima: Banco Continental, 2000, cit.: Lamas Puccio: *Transacciones financieras sospechosas*.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal, parte general* I, Madrid: Editorial Universitas, 2004, cit.: Luzón Peña: *Curso de Derecho penal*.
- Meter Lilley: *Dirty dealing, the untold truth about money laundering, international crime and terrorism*, kogan page limited, 2003, cit.: Meter Lilley: *Dirty Dealing*.
- Miró Linares, Fernando, "*derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del tribunal supremo*", en: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid: La Ley, 2013, cit.: Miró Linares: *Derecho penal económico-empresarial*.
- Muñoz Conde, Francisco: *Teoría general del delito,* Valencia: Tirant lo blanch, 2007, cit.: Muñoz Conde: *Teoría general del delito*.

- Páucar Chappa, Marcial: *La* investigación *del delito de lavado de activos, tipologías jurisprudencia*, Lima: Ara editores, 2013, cit.: Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado*.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto: "El delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas", en: *El derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Lima. Ara Editores, 2011, cit.: Prado Saldarriaga: *El delito de omisión de reporte*.
- Prado Saldarriaga, Víctor, Lavado *de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley, 2007.
- Ragués i Vallés, Ramón, "La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico empresarial" en: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, La Ley, 2013, cit.: Ragués I Valles: *La doctrina de la ignorancia*.
- Silva Sánchez, Jesús-María: Teoría *del delito y derecho penal económico-empresarial*, Madrid: La Ley, 2013, cit.: Silva Sánchez: *Teoría del delito*.
- Terradillos Basoco, Juan: "Peligro abstracto y garantías penales en el nuevo derecho penal español" En: *Estudios penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, Navarra: Aranzadi, 2001, cit.: Terradillos Basoco: *Peligro abstracto*.
- Ugaz Sánchez-Moreno, José, "*Prevención de lavado de activos*" en: *El derecho penal económico cuestiones fundamentales y temas actuales*, Lima: Ara editores, cit.: Ugaz Sánchez-Moreno: *Prevención de lavado de activos*.

IMPLEMENTACIÓN DE LOS *COMPLIANCE PROGRAMS* Y SUS EFECTOS DE EXCLUSIÓN O ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

Luis Miguel Reyna Alfaro

Resumen:

El cumplimiento normativo (compliance) constituye un tópico de innegable actualidad. Su traslado inicial desde el *bussiness ethics* hacia el derecho corporativo y luego hacia el derecho penal determina la necesidad de reconocer su capacidad de rendimiento. En ese contexto y ante la inminente incorporación de la RPPJ en el Perú, corresponde examinar la utilidad y viabilidad del uso de los programas de cumplimiento normativo. En nuestro análisis procuramos proponer una valoración inicial de la significación jurídico penal de la implementación de programas de cumplimiento de cara a la posible fundamentación criminológica de su utilización, una arista escasamente reconocida en nuestros países de conocida tradición antiempírica.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La singular actualidad que vienen teniendo dentro de la dogmática penal los denominados *programas de cumplimiento normativo* o *compliance programs* se viene observando especialmente, aunque no exclusivamente, en relación a la *marcha triunfal* de la RPPJ[1] y la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

En efecto, en la medida que los SPLAFT se dirigen hacia los *sujetos obligados*[2] y estos son, en su mayoría aunque no

---

[1] Expresión que Schünemann utiliza en relación al impacto del procedimiento penal norteamericano en el mundo (Schünemann: *¿Crisis del procedimiento penal?*, 288 ss.). Es sintomático que precisamente en el ámbito ahora examinado se haga referencia a la *americanización* de la discusión (así, Nieto: *El programa,* 468 ss.) o se sostenga que la RPPJ es un escenario donde se refleja el acercamiento entre el derecho penal europeo continental y norteamericano (así, Hefendehl: *La responsabilidad,* 419).
Es de advertir que la implementación de programas de cumplimiento normativo tiene también efectos en la delimitación de los espacios de responsabilidad individual, al establecer las competencias de cada actor dentro de la estructura empresarial, lo que tiene efectos a nivel de la imputación normativa del comportamiento. Dicho ámbito de trascendencia de los programas de cumplimiento no será examinado en esta oportunidad.

[2] Expresión que alude a los *sujetos obligados a informar* a la UIF- Perú la información referida en la Ley N° 27693, indicados en el artículo 3° de la Ley N° 29038.

exclusivamente, *personas jurídicas*, es lógico que se aborden los efectos de la implementación de *compliance programs* sobre la responsabilidad (penal o sui generis, según se asuma) de la persona jurídica. Por otra parte, no puede obviarse el hecho que la idea del *compliance* ha sido desarrollada con mayor extensión y detalle en el contexto del SPLAFT.

El análisis que se realizará en torno a los efectos de la implementación de programas de cumplimiento normativo tendrá sustento en los aportes de la criminología que es precisamente uno de los espacios menos explorados por la doctrina jurídica que ha examinado el tema de la RPPJ y su fundamentación.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. PRESENTE Y FUTURO EN EL DERECHO PENAL PERUANO

El CP peruano descarta la RPPJ. Esto porque las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el estatuto punitivo nacional son de corte claramente individual. En ese sentido, la base normativa para dicha afirmación se ubica en el artículo 11 del CP peruano ("Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley) que reconoce como presupuesto del hecho punible la existencia de una *acción jurídico penalmente relevante*[3].

Esta afirmación –la de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas- tiene consenso en la doctrina peruana dominante[4].

[3] En esa misma línea de ideas: Gracia: *La cuestión,* 223; Rodríguez: *Hacia*, 277; Terradillos: *Derecho penal,* 45; Villavicencio: *Derecho penal*, 268; Hurtado- Meini: *Las personas*, 83; Meini: *La responsabilidad,* 109 s.; Reyna: *Panorama,* 78 ss.; Reyna: *Manual,* 117; Urtecho: *Criminalidad*, 70; Montoya: *Responsabilidad,* 29 s.; Balcarce- Cesano: *Reflexiones,* 187-189; Cesano: *Problemas,* 276.

[4] Sosteniendo también que la legislación penal peruana recusa la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Tiedemann: *Corporate criminal liability*, 13; Villavicencio: *Derecho penal*, 268; Bramont: *Derecho penal peruano,* 539; Peña: *Tratado,* 698; García Rada: *Sociedad,* 9.

Sin embargo, esta circunstancia no constituye un obstáculo para examinar la capacidad de rendimiento del *compliance* corporativo como un tópico trascendente en la configuración de un hipotético sistema de RPPJ que debería coexistir con el de responsabilidad penal individual[5]. Esto en base a la inminencia de la incorporación de la RPPJ en la legislación penal peruana.

Respecto al primero de los aspectos, es necesario reconocer que el contexto legislativo comparado ha modificado su estructura de forma sustancial en las dos últimas décadas. La consolidada distinción en el tratamiento de la RPPJ entre los países de *common law* y aquellos de raigambre europeo continental en virtud del cual, salvo excepciones, en los primeros la RPPJ era admitida, en los otros la RPPJ era rechazada, ha perdido sustancia en años recientes[6].

En efecto, pese al predominio del sector de la doctrina penal que recusaba la idea de la RPPJ, diversos países han venido reconociendo legislativamente la responsabilidad penal directa de la persona jurídica[7]. Paradigmáticas y significativas resultan las reformas penales producidas en sendos países de habla hispana: España (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio); Chile (Ley N°

[5] Destacan la necesidad de estructurar un sistema de imputación penal propio para las personas jurídicas: Bajo- Bacigalupo: *Derecho,* 133 ss.; en la doctrina latinoamericana: Baigun: *La responsabilidad*, 32 ss.; Righi: *Los delitos,* 140 ss.

[6] En ese sentido Righi: *Los delitos*, 123 s.; sobre los argumentos en contra y a favor de la RPPJ, véase Martínez- Buján: *Derecho,* 533-553.

[7] Esta tendencia responde al predominio de consideraciones pragmáticas asociadas a las dificultades reveladas por la doctrina en torno a las dificultades de sancionar a la persona natural en el contexto de la criminalidad empresarial; así en: Bacigalupo: *Compliance*, 79.

20393, del 25 de noviembre de 2009); Colombia (Ley 1474 del 2011); Ecuador (Código Orgánico Integral Penal, artículo 49) y Venezuela (Ley Penal del Ambiente, del 02 de mayo de 2012) [8].

Pues bien, aunque el alcance de las reformas penales a través de los cuales se ha incorporado la RPPJ ha sido en algunos países limitado –en la medida que solo comprende ciertas tipologías delictivas específicas- en todos los casos se ha comprendido el lavado de activos como uno de aquellos delitos en los cuales se puede sancionar directamente a la persona jurídica (como ocurre en Chile y Ecuador).

A la *marcha triunfal* de la RPPJ en el mundo, se agregan cuatro circunstancias que determinan la inminencia de su incorporación en la legislación peruana.

La primera de estas circunstancias guarda relación con la *tendencia a la importación de leyes penales*[9]. Nuestra legislación penal se ha caracterizado por su tendencia a trasladar, irreflexivamente en la mayoría de casos, los contenidos legislativos provenientes de otros países. No es necesario insistir en este punto, pero la influencia de la legislación penal italiana, alemana, española e incluso norteamericana ha marcado el curso

[8] Véase, en ese sentido, las referencias hechas en Bacigalupo: *Compliance*, 63/95, a los desarrollos de la legislación danesa, francesa, eslovena, inglesa y el Corpus Juris europeo, que dan cuenta del estado de las cosas en Europa, y el vaticinio de que esta será una "realidad generalizada tarde o temprano en el Derecho penal europeo continental y probablemente también en el derecho penal latinoamericano". Un examen del derecho comparado en torno a este tema puede verse, entre otros, en: Tiedemann: *Corporate criminal liability*, 13; Tiedemann: *Responsabilidad,* 199 ss.; Engelhart: *Corporate criminal liability*, 56; Zugaldía: *La responsabilidad criminal*, 30-32; De Miguel: *La responsabilidad penal*, 419.

[9] Hurtado: *La ley,* passim.

de las modificaciones sufridas en el CP peruano. En relación con este último punto resulta relevante el posible impacto que la incorporación de la RPPJ en España podría tener en nuestra legislación, dada la tradicional referencia a la legislación y dogmática penal españolas[10].

La segunda de las circunstancias tiene que ver con el *especial interés y atención que el blanqueo de capitales viene teniendo desde una perspectiva político criminal*. Nótese el activismo no solo en el ámbito de la legislación penal, sino también en el ámbito de la legislación administrativa en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo[11] [12] y que tiene, como punto de origen, diversos instrumentos internacionales que han generado un impacto directo en la legislación interna[13].

La tercera circunstancia identificada está vinculada a la adopción por parte del Estado peruano de una serie de compromisos internacionales que suponen, implícita o explícitamente, la necesidad de adaptar la legislación penal nacional en línea a la incorporación de la RPPJ. En ese sentido, conviene recordar que el Proyecto de Ley N° 2225/2012-CR[14] señala como referente la

[10] Curiosamente, en un hecho que revela el escaso nivel científico de la propuesta legislativa, el Proyecto de Ley N° 2225/2012-CR omite hacer referencia dentro de sus referentes de Derecho comparado a la reforma del CP español.

[11] Sobre la regulación del SPLAFT en el Perú, Salcedo: *El deber,* 13 ss.; García Cavero: *El delito,* 46 ss.

[12] Destacando la relación entre el *compliance* y la lucha contra el lavado de activos; en Alemania, Sieber: *Programas de compliance*, 66; en España, Faraldo: *La prevención,* 27 ss.; en Perú, García Cavero: *Compliance,* 41 ss.

[13] Dando cuenta del mencionado impacto Ambos: *La internacionalización del Derecho penal,* 181.

[14] Propuesta por el Congresista de la República José Antonio Urquizo Maggia.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas[15], la Convención Interamericana contra la Corrupción[16], la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional[17], el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica y la incorporación al Comité de Inversión y al Centro de Desarrollo del OCDE[18].

Finalmente, no debe soslayarse el efecto simbólico- expresivo que, sin duda, tiene en la colectividad la incorporación de respuestas legislativas ante la *criminalidad de los poderosos*. Dentro de esas medidas la punibilidad de las personas jurídicas constituye una de las herramientas más significativas en la medida que *comunica* a la colectividad la intención del Estado de hacer frente a la criminalidad económica.

3. EL COMPLIANCE

3.1. Antecedentes

Los *compliance programs* son herramientas del denominado "*compliance*". Ambos conceptos deben su irrupción a los contenidos de las *Federal Sentencing Guidelines*[19], *circunstancia que*

[15] Adoptada por el Perú el 19 de diciembre de 1988 y en vigor desde el 14 de abril de 1992.

[16] Adoptada por el Perú el 28 de marzo de 1996 y en vigor desde el 3 de julio de 1997.

[17] Adoptada por el Perú el 14 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 28 de setiembre de 2003.

[18] Incorporando criterios asociados al desarrollo económico y su impacto en la legislación penal peruana: Mazuelos: *La responsabilidad penal,* 301.

[19] Tiedemann: *El derecho comparado,* 37; Engelhart: *Corporate criminal liability*, 64.

constituye, además, un referente constante en los desarrollos de la legislación y la doctrina de nuestros países.

El compliance tiene antecedentes en la incorporación de la idea del *good corporate citizenship* (buen ciudadano corporativo) y que, conforme alude Laufer, tendría su génesis normativa en la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana de 1977[20]. A fines de la década de los setenta, se plantearon en Norteamérica una serie de propuestas de reforma legislativa orientadas al *corporate governance***.** Un punto de quiebre, sin embargo, lo constituyó el primer borrador de los "*Principles of corporate governance and structure: Analysis and recommendations*" elaborado por el *American Law Institute* en 1982 y que generó un impacto significativo en la comunidad empresarial norteamericana que veía cómo un grupo de profesores de Derecho establecía estándares legales para la gestión de la empresas[21].

El paso siguiente en la evolución norteamericana viene conformado por la implementación de la *Sentencing Commission* establecida por la *Sentencing Reform Act* de 1984 y que introdujo los lineamientos para establecer responsabilidad penal de las empresas en un contexto en el que las condenas impuestas en sus contras sufrían de una notoria ausencia de uniformidad[22]. El enfoque de las *guidelines* se orientó a establecer las pautas de una *organizational due diligence* (diligencia debida organizacional).

Otro paso trascendente se produjo a través de la *Blue Ribbon Commission on Defense Managment* en 1986. La denominada *Packard Commision* instaurada para investigar una serie de fraudes en el sector defensa, propuso en su reporte final la necesidad de

[20] Laufer: *Corporate bodies,* 30.

[21] Laufer: *Corporate bodies,* 31.

[22] Laufer: *Corporate bodies*, 31.

insistir en el autogobierno corporativo, comprometiendo a los integrantes de la industria a implementar códigos de conducta. Esta Comisión no cambió las reglas impuestas por las *guidelines* sino que las reforzó[23].

El impacto de las *guidelines* sobre las personas jurídicas llevó a estas a plantear una fuerte oposición –planteada a modo de lobby empresarial- lo que derivó en la incorporación de una serie de circunstancias atenuantes de la RPPJ que son expresión evidente de lo que entendemos hoy como *compliance*. En efecto, las *guidelines* ponen a consideración una serie de factores que tienen efectos atenuantes de la RPPJ: (i) El delito se produjo sin el conocimiento de quien ejerce control sobre la organización; (ii) el delito se produjo a pesar de existir un significativo programa de cumplimiento; (iii) La empresa reportó pronta y voluntariamente el delito; (iv) La empresa, luego de descubierto el delito, tomo medidas razonables para remediar el daño, disciplinar a los responsables y evitar la reincidencia[24].

Se introdujo de ese modo una estrategia de *carrot and stick* (zanahoria y palo): Las sanciones contra las personas jurídicas se incrementaron y, seguidamente, se optó por introducir criterios de cumplimientos normativos como factores definitorios de la intensidad de la sanción. En ese contexto, las *guidelines* introdujeron criterios para establecer la medida de la culpabilidad teniendo como factores: (i) el nivel de involucramiento o tolerancia de la empresa en la actividad criminal concreta; (ii) antecedentes; (iii) record de infracciones; (iv) intención de obstruir la actividad de la justicia (v) mantenimiento de un programa de *compliance*

[23] Laufer: *Corporate bodies*, 32.

[24] Laufer: *Corporate bodies*, 33 s.

efectivo; y, (vi) la voluntad de autoreportar, cooperar y aceptar la responsabilidad[25].

A partir de las *guidelines* las empresas pretenden estar *in compliance with the Guidelines* con lo cual comienza a reconocerse la relación del concepto de *compliance* con el de *due diligence* en la medida que el objetivo de las *sentencing guidelines* es delimitar el *due diligence* como pauta de comportamiento empresarial que impone obligaciones éticas y legales a las empresas y sus agentes[26].

Posteriormente la *Sarbanes Oxley* en 2002, tras el escándalo Enron, se dirigió a enfrentar las debilidades de los sistemas internos de control y la ausencia de independencia de los órganos de control corporativo del directorio, a través del reforzamiento de los deberes de revelación de información por parte de las empresas[27].

Finalmente, las modificaciones a las *sentencing guidelines* del 2004 han tenido por propósito introducir pautas dirigidas hacia las empresas, las entidades regulatorias, a la Fiscalía y a los Tribunales de los criterios para reconocer cuando nos encontramos ante un *effective compliance program*. Estos cambios se han dirigido esencialmente a reconocer: (i) la importancia, en términos preventivos, de que las empresas promuevan una cultura organizacional orientada al cumplimiento de la ley; (ii) que la implementación de una organización orientada al *due diligence* requiere de la intervención de componentes de los niveles superiores de la empresa que se involucren en los programas de cumplimiento normativo; (iii) que las organizaciones empresa-

[25] Laufer: *Corporate bodies*, 34.

[26] Laufer: *Corporate bodies*, 35.

[27] Laufer: *Corporate bodies*, 39.

riales realicen esfuerzos razonables para no incorporar dentro de sus estructuras trascendentes a quienes conozcan o deban saber que tienen antecedentes de infracciones a la ley u otras conductas inconsistentes con los contenidos de los programas de cumplimiento[28].

3.2. Contenido del *compliance*

El *compliance*, no obstante, parte del reconocimiento de que la criminalidad de empresa se produce en un contexto tan variado como variados son los rubros en que esta se desarrolla. Esta circunstancia provoca la coexistencia de subsistemas normativos que pretenden la prevención de los diversos riesgos empresariales. Desde esa perspectiva, por citar un ejemplo bastante común, tendremos que las empresas que se dedican a la actividad minera deben involucrarse con los subsistemas normativos destinados a prevenir los riesgos medioambientales (Ley General del Ambiente), riesgos contra la salud y seguridad de los trabajadores (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), riesgos de desvío de los insumos y productos químicos fiscalizados para el tráfico de drogas (Ley de control de insumos químicos y productos fiscalizados), riesgos de corrupción (CP) etc. Esto ha llevado –como indica Bacigalupo[29]- a que la idea tradicional de *riesgo del negocio de la empresa* haya variado y se deje de entender solamente como *riesgo económico* (posibilidades de competencia exitosa en el mercado) y se incorpore en esa idea del *riesgo de responsabilidades normativas*. Precisamente, la forma de evitar que los riesgos de responsabilidad normativa adquieran realidad es mediante el *cumplimiento de la ley*.

[28] Laufer: *Corporate bodies*, 65.

[29] Bacigalupo: *Compliance,* 22.

Lo antes indicado no debe llevar al error de reducir el sentido del *compliance* a la idea de que *en el ejercicio de su actividad las empresas deben ajustarse al Derecho*[30]. *El compliance* trasciende a esa noción básica haciendo referencia –como se aprecia- a todo un conjunto de medidas de organización empresarial destinadas a prevenir la aparición de riesgos jurídicamente relevantes orientando la actuación de los miembros de la empresa a favor del cumplimiento de la juridicidad[31].

3.3. *Compliance y cultura empresarial*

El *compliance* tiene su enfoque central en la organización empresarial que debe ser construida en el contexto de una *cultura* empresarial[32] orientada al cumplimiento de las normas jurídicas mediante la imposición de valores, códigos, reglas y procedimientos intraempresariales orientados a la prevención de la criminalidad así como su revelación y efectiva sanción[33]. Surge aquí una simbiosis natural entre los contenidos de la *ética*

[30] Deficiencia en que incurre Engelhart: *Corporate criminal liability,* 61 y que es correctamente advertida por Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?,* 54. La idea del *cumplimiento de la ley* es, además, consustancial a la propia idea del *contrato social* conforme señala Green: *Lying,* 115 s.

[31] Bacigalupo: *Compliance,* 30; Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 54 s.; Montaner: *La estandarización*, 143. Debe, sin embargo, reconocerse un cierto grado de imprecisión conceptual en torno a los alcances del *compliance* y su contenido. Sobre este aspecto, Sieber destaca los alcances de una investigación realizada en el 2001 en torno al concepto del *corporate governance* y la falta de consenso dentro de un grupo de empresas alemanas respecto al contenido del *compliance*; al respecto: Sieber: *Programas de compliance*, 67.

[32] Al respecto Gómez- Jara: *Tratado,* 114; Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 56; Montaner: *La estandarización*, 148.

[33] Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 55; Sieber: *Programas de compliance*, 70.

de los negocios (*Business Ethics*) y los de la responsabilidad social, con los contenidos del *compliance*[34].

Esta cultura se manifiesta fundamentalmente a través del comportamiento de los funcionarios u órganos a cargo de la *gestión* o *management* empresarial así como de los encargados de la vigilancia y que tiene por efecto predisponer a los diversos actores del conglomerado empresarial a actuar en concordancia con los postulados normativos[35] incluso en contraposición de los fines consustanciales a la actividad empresarial (obtención de valor para los accionistas)[36].

Para ello, el *compliance* empresarial introduce, por un lado, *sistemas internos de comunicación* que permitan el conocimiento, a diversos niveles de la estructura empresarial (*bottom up* y *top down*), de información asociada a los riesgos cuya prevención se pretende; y, por otro lado, estructura *sistemas de supervisión y sanción* que permitan identificar los factores de riesgo, que establezca medidas orientadas a mitigar y eliminarlos, y que establezcan mecanismos sancionatorios oportunos y eficaces para dar respuesta a los casos en los que los riesgos empresariales no hayan sido contenidos[37].

[34] Bacigalupo: *Compliance,* 63; Engelhart: *Corporate criminal liability*, 66; Nieto: *Problemas fundamentales*, 25. Aunque algunos autores (Carbonell: *Responsabilidad penal de personas jurídicas,* 13) cuestionen la incorporación de matices éticos en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de advertir que la asunción de componentes de los *Business Ethics* se fundamenta en términos de prevención y protección de bienes jurídicos y no en términos de confirmación o fidelidad al Derecho (como propone García Cavero: *Criminal compliance,* 22 s.).

[35] Montaner: *La estandarización*, 148.

[36] Bacigalupo: *Compliance*, 33.

[37] Bacigalupo: *Compliance*, 100; Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 58-60.

En este punto, no obstante, es importante dejar en claro que el propósito del *compliance* no es el de evitar que se produzcan riesgos derivados de la actividad de empresa, sino que estos no superen los márgenes tolerados socialmente[38].

3.4. Los *compliance programs*

Los *compliance programs* constituyen instrumentos orientados a lograr el objetivo del *compliance* empresarial. Los *compliance programs* (o, en español, *programas de cumplimiento*) son cuerpos normativos empresariales a través del cuales se implementan y regulan los sistemas internos de gestión de riesgos, incorporando procedimientos destinados a dicho fin[39].

Como es evidente, en la medida que el objeto de los programas de cumplimiento es el de gestionar adecuadamente los riesgos de la empresa, es necesario que existan mecanismos destinados a identificar y tasar los riesgos más significativos de la empresa, la idea del *conocimiento del negocio* resulta fundamental en la medida que este llevará a determinar cuáles son las medidas necesarias para contener los riesgos del negocio[40].

Su significación, además de estar vinculada a la incorporación de pautas preventivas y sancionatorias, está asociada a la estructura de la organización empresarial y en la delimitación de las funciones y competencias que corresponde a cada uno de los agentes dentro la empresa[41]. De ese modo, los *compliance programs* evitarán los estados de *organizada irresponsabilidad*

[38] Lascuraín: *Compliance*, 125.

[39] Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 60.

[40] Examinando la variada normativa asociada a la valoración del riesgo en materia de corrupción: Aiolfi: *Mitigating the risks*, 126 s.

[41] Montaner: *La estandarización*, 148.

de todos[42] a los que la doctrina hace referencia para denunciar los efectos, en términos de impunidad, de la estructuración empresarial compleja.

Ahora, un dato trascendente de cara al análisis de la capacidad de rendimiento de los *compliance programs* en un sistema de imputación penal (o cuasi penal) de las personas jurídicas es el reconocer, como señala Ivo Coca Vila, que no existe un modelo de programa de cumplimiento de validez general[43]. En ese sentido, el antes acotado *conocimiento del negocio* resultará un factor trascendente para reconocer la efectividad del programa de cumplimiento corporativo como mecanismo idóneo de control de riesgos. Este elemento permitirá distinguir los *programas de cumplimiento meramente estéticos o cosméticos* (*window-dressing compliance programs)* de aquellos que si cumplen con su finalidad y, por tanto, revelan un afán cierto y real por parte de la persona jurídica de contener los riesgos derivados de sus actividades. No es de extrañar que, en el objetivo de lograr esa distinción, ciertas legislaciones, como la italiana y la chilena[44], hayan impuesto la necesidad de acreditación de los programas de cumplimiento.

[42] Schünemann: *Delincuencia empresarial,* 24. Precisamente el fenómeno de *organizada irresponsabilidad de todos* ha sido uno de los factores que han llevado a la introducción en España de un modelo de RPPJ; así Silva: *La responsabilidad penal,* 18; cercano, aludiendo a la difusión de responsabilidad en el ámbito de la criminalidad económica, Green: *Lying*, 26.

[43] Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 61.

[44] a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad. b) *Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.* c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal" (artículo 4°).
Sobre esta última: Matus: *La certificación,* 145.

El propósito de esta exigencia se relaciona con la necesidad de evitar que los *compliance programs* sean utilizados indiscriminada e indebidamente como *escudos protectores de la RPPJ*[45]. Esa circunstancia, por cierto, fue antes advertida en los Estados Unidos de Norteamérica en el que, tras la abrupta irrupción de una suerte de mercado de *compliance programs,* las empresas no dudaban en intervenir como adquirientes en la medida que de ese modo se sometían a menor escrutinio y control y por lo tanto a menor responsabilidad, con lo que el negocio resultaba más que favorable[46].

4. LA SIGNIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL CONTEXTO DE LA RPPJ

En aquellos países donde se ha incorporado la RPPJ se han venido incorporando cláusulas legislativas que proporcionan significación a la introducción efectiva de programas de cumplimiento normativo, sea de cara a la posible atenuación de

[45] Schünemann: *La responsabilidad de las empresas,* 154.

[46] Laufer: *Corporate bodies*, 101.

responsabilidad penal de la empresa, sea de cara a la exclusión de responsabilidad de los mismos[47].

Esta cuestión cobra especial interés en el contexto de la discusión española respecto a los alcances del artículo 31 bis del CP español. Este dispositivo, reconoce efectos atenuantes de la RPPJ cuando la persona jurídica haya implementado, previo al inicio del juicio oral, de "*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*". Esta cláusula plantea una serie de cuestiones problemáticas que conviene identificar y que tienen que ver con las limitaciones que establece el mencionado artículo 31 bis del CP español al restringir la aplicación de la atenuante a los casos en que la implementación de los programas de cumplimiento normativo sea realizada "*con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales*".

La primera cuestión trascendente asociada al contenido del mencionado artículo 31bis del CP español tiene que ver con los efectos de la implementación de programas de cumplimiento normativo antes de la realización del hecho punible objeto de procesamiento penal.

En efecto, en la medida que el texto legal establece efectos de atenuación de RPPJ a los casos de implementación de *com-*

[47] Este tipo de cláusulas se observan en el CP suizo (artículo 102.2° introducido por Ley de 13 de diciembre de 2002) en la que se hace referencia a la omisión de "medidas organizativas", la legislación penal italiana (Decreto Legislativo 231) que alude a los "criterios de organización del ente", e incluso en la japonesa; al respecto: Bacigalupo: *Compliance*, 102; Sieber: Programas de *compliance,* 64. Examina dicha exigencia en relación al caso chileno: Matus: *Presente y futuro*, 308 s.

pliance programs con posterioridad a la comisión del delito[48], se discute si es posible proponer efectos eximentes de RPPJ en aquellos casos en los que los programas de cumplimiento normativo fueron implementados antes de la comisión del delito.

Esta posición, por cierto, parece tener cada vez mayores niveles de aceptación en la medida que existe una predisposición de la doctrina por relacionar la RPPJ con el *compliance* y se observan esbozos de estructuración de una teoría del delito de las personas jurídicas en las que el *compliance* se propone como elemento delimitador del injusto o como el factor determinante de la culpabilidad de la persona jurídica[49].

Sobre esto último, es notoria la vinculación –al menos parcial- al *modelo de culpabilidad empresarial por defectos de organización* que propician que no haya sido posible generar una cultura empresarial[50] que permita implementar los *debidos controles* dentro de los diversos niveles de la empresa y que sirva como contención eficaz de la criminalidad económica[51]. Una posición de este tipo tiene en el caso español sustento normativo debido a la referencia hecha en el párrafo segundo del

[48] La que funcionaría, según indica Bacigalupo: *Compliance*, 111, como una modalidad de compensación parcial de la culpabilidad de la empresa.

[49] Una visión general se aprecia en Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*, 63. Haciendo referencia a la fundamentación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en la infracción de los deberes organizativos de la empresa: Sieber: *Programas de compliance*, 88 s. ("El cumplimiento de las medidas apropiadas de *compliance* se vuelve así en un criterio jurídico central que decide sobre la imputación del delito a la empresa").

[50] En esta línea, Gómez- Jara: *Tratado*, 172.

[51] Bacigalupo: *Compliance*, 99; similares Zugaldía: *La responsabilidad criminal,* 97; Engelhart: *Corporate criminal liability*, 62.

apartado 1 del artículo 31 bis del CP español de que el delito se haya cometido "por no haberse ejercido sobre ellos –los agentes de la persona jurídica- el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso"[52].

La imposición de una pena contra la persona jurídica se encontrará plenamente justificada -desde esta visión de la culpabilidad de empresa- no solo cuando la persona jurídica carece de un sistema de prevención de riesgos sino cuando habiendo sido adoptado no se ha implementado suficientemente. La vigencia efectiva del programa de cumplimiento, como indica Gómez-Jara, "simboliza una disposición jurídica determina, una cultura de cumplimiento de la legalidad. Dicha cultura representa el compromiso férreo de una persona jurídica de ser miembro responsable de nuestra sociedad, o, expresado de otra manera, el compromiso de cumplir con las obligaciones derivadas de ser un buen ciudadano corporativo"[53].

5. VALIDACIÓN CRIMINOLÓGICA DEL *COMPLIANCE* COMO SENDERO HACIA EL CUAL PODRÍA EVOLUCIONAR LA DOGMÁTICA DE LA RPPJ

La capacidad de rendimiento del *compliance* como categoría trascendente en la determinación de la RPPJ puede tener, asimismo, justificación empírica a partir de los desarrollos provenientes de la criminología que han destacado la trascendencia de la subcultura empresarial y los objetivos de la empresa en el ámbito del *corporate crime*.

[52] Silva: *La responsabilidad penal,* 31 (entrelíneas nuestro).

[53] Gómez- Jara: *Tratado*, 175. Sobre esta cuestión nos remitimos a lo indicado en líneas anteriores respecto a los programas de cumplimiento *cosméticos*.

En efecto, tal como reconoce Sally S. Simpson[54], la actuación de los agentes corporativos (directores, gerentes, administradores, etc.) se desarrolla tomando en consideración los objetivos de la empresa (mantener ganancias, administrar un mercado incierto, reducir costos fijos, eliminar la competencia) que llevan a que las empresas contaminen el medio ambiente, incurran en fraudes financieros, reduzcan las condiciones de seguridad de sus trabajadores, comercialicen productos defectuosos[55]; en ese contexto, la actuación de los agentes de las empresas se encuentran apoyadas por las normas operacionales y su subcultura organizacional[56].

Esta autora ha reconocido cómo es que las percepciones sobre las necesidades de la organización empresarial tienen impacto –acreditado empíricamente- sobre las decisiones delictivas de los agentes corporativos y en las que las necesidades individuales de los empleados de la empresa tienen muy poca significación[57]. Y es que, como señalan Rosenfeld y Messner la economía promueve ciertos valores e impone ciertas pautas de actuación que debilitan la regulación institucional[58].

[54] Simpson: *Corporate crime*, 7. No debe soslayarse la importancia de los datos propuestos por Edwin Sutherland en su obra fundamental *White collar crime* en la que describe el modo en que tres empresas *American Smelting and Refining Company, Unites States Rubber Company* y *The Pittsburg Coal Company* subsistieron por décadas incurriendo en infracciones a la libre competencia y detalla cómo es que su finalidad económica –dominar el mercado- guió las diversas decisiones de sus agentes; véase Sutherland: *Delito de cuello blanco,* 33-62.

[55] Como sostiene Nelken: *White collar,* 744, en el *business environment* el objetivo es mantener e incrementar las ganancias incluso en las circunstancias más difíciles.

[56] Similares Brodowski- Espinoza de los Monteros- Tiedemann: *Regulating,* 3.

[57] Simpson: *Corporate crimes*, 7 s.

[58] Rosenfeld- Messner: *Crime,* 63.

Los *corporate crimes* ocurren por tanto dentro de un contexto organizacional específico. Aunque la empresa es un todo orgánico[59], existen dentro de sus diversas unidades una serie de culturas y subculturas en cuyo ámbito se produce la socialización de los agentes corporativos influenciada, como es evidente, por los objetivos empresariales[60].

Precisamente por esa razón Simpson reconoce que los efectos de prevención intimidatoria en el contexto empresarial se encuentran condicionados por cómo los agentes corporativos experimentan y expresan los imperativos morales de su ambiente laboral y por cómo las necesidades organizacionales son formuladas e introducidas en las decisiones gerenciales[61].

Ello lleva a reconocer que la cultura y organización empresarial generen una *mente grupal* (*group mind*)[62] a la que los agentes corporativos se amoldan lo que determina que *reaccionen en automático,* siguiendo sus predisposiciones, sus códigos de conducta, las estructuras de poder, sus reglas de organización y sus protocolos[63]. Estas circunstancias llevan a que autores como

[59] Obsérvese aquí la relación existente entre esta idea –la de la existencia de una *cultura empresarial* –con la *teoría organicista de la persona jurídica* de Gierke que se sostiene en la idea de que la persona jurídica es un *organismo social* y que es objetivo del derecho *ordenar y penetrar su estructura interna y su vida interior*; sobre el contenido de dicha teoría: Bacigalupo: *Compliance*, 84 s.

[60] Palmer: *Organizational wrongdoing*, 07. Similar, Sieber: *Programas de compliance*, 96; Montaner: *La estandarización*, 148; Malamud: *Política Criminal,* passim; Baigun: *La responsabilidad*, 45.

[61] Simpson: *Corporate crimes*, 09; similar Engelhart: *Corporate criminal liability,* 66.

[62] Mentovich- Cerf: *A psychological perspective*, 37.

[63] Palmer: *Organizational wrongdoing*, 15; similar Malamud: *Política criminal*, passim; Feijoo: *Sobre,* 261 ss. Esta idea resulta cercana

Palmer sostengan que los agentes corporativos, en el contexto de las estructuras empresariales, actúan *mindless*, en automático[64].

En ese orden de ideas, una cultura empresarial estructurada en la obtención de réditos económicos condicionará a sus agentes a que ignoren los contextos normativos y de rigor de la ley. El interés por obtener réditos económicos en los agentes de la empresa le llevarán a utilizar cualquier medio que consideren útil sin importar su sentido ético, moral o legal[65].

Pero el impacto de la organización y estructura empresarial sobre los agentes corporativos van incluso más allá de la simple influencia asociada a los objetivos de la empresa, sino que se relaciona a la ocasional ambigüedad de la actuación empresarial en la que los discursos internos –incremento del valor- son completamente opuestos a los discursos externos –cumplimiento de la ley. No extraña, en ese contexto, que David Nelken haya calificado a los *managers* como una especie de *animales camaleónicos* alimentados por la ambigüedad moral y la falta de certeza organizacional[66]. Con esta idea se destaca precisamente cómo es que la falta de políticas y códigos empresariales definidos afecta el sentido de las actividades de los agentes corporativos.

Los efectos de esta ambigüedad de las políticas y códigos empresariales se hacen más intensos en escenarios como los

a la de *actitud criminal colectiva* sostenida por Schünemann: *Las prescripciones,* 514; Hurtado- Meini: *Las personas*, 77.

[64] Palmer: *Organizational wrongdoing*, 16.

[65] No resulta complicado, en este punto, reconoce la influencia del pensamiento de Merton y la teoría de la anomia; al respecto Rosenfeld-Messner: *Crime,* 64.

[66] Nelken: *White collar,* 742. La ambiguedad moral hace –señala Nelken citando a Punch- que todo sea *too messy not to say dirty* (*muy desordenado por no decir sucio).*

regulatorios económicos en los que existe cierta dicotomía respecto al carácter efectivamente ilegal de ciertas conductas. En el ámbito de la actividad empresarial es ciertamente dificultoso reconocer con claridad las fronteras entre un comportamiento agresivo pero lícito de aquél que supera dichas barreras[67].

El proceso de toma de decisiones en el entorno empresarial opera, vistas así las cosas, de forma completamente distinta a cómo este opera cuando la toma de decisión se realiza individualmente[68]. No extraña que Palmer reconozca que no se trata sólo de examinar las *bad apples* sino de observar también los *bad barrels*[69].

Los hallazgos de la criminología y la sociología en este ámbito, sin embargo, van más allá. En efecto, no es que la organización empresarial sólo tenga impacto en el *corporate crime* a través de la influencia que la cultura empresarial tiene en el proceso de toma de decisiones corporativas, sino que su impacto

[67] En ese sentido Green: *Lying,* 45; en la doctrina peruana, Lamas: *Derecho,* 123. Un ejemplo especialmente significativo de la ausencia de claridad respecto al sentido antijurídico de ciertos comportamientos se aprecia respecto al *insider trading* que es visto por muchos académicos como un comportamiento que hace que el mercado se haga más eficiente; así Green: *Lying,* 236 ss.; sobre esta cuestión, Reyna: *El abuso,* 27 s.

[68] De hecho, esta autora norteamericana destaca la escasa trascendencia de la amenaza de la pena en la prevención del *corporate crime* y el mayor impacto que tienen las consecuencias económico reputacionales en la persona jurídica, dado que las empresas se encuentran orientadas hacia el futuro y eso provoca su preocupación por los efectos reputacionales que acarrea la comisión de un delito; al respecto Simpson: *Corporate crimes,* 52

[69] Palmer: *Organizational wrongdoing*, 7.

se manifiesta en términos causales: La organización empresarial facilita y contribuye con la realización del delito[70].

6. CONCLUSIONES

A través del presente trabajo se ha pretendido introducir ciertos matices novedosos en la ya bastante prolífica discusión respecto a la capacidad de rendimiento del *compliance* como criterio determinante de la RPPJ. Es precisamente la introducción de estos matices la que evitará que el *compliance* se transforme en una simple *buzz word*, en un concepto de moda que, al final de cuentas, carezca de contenido real[71].

En ese contexto, el *compliance* y los programas de cumplimiento normativo constituyen mecanismos orientados a instrumentalizar una *cultura corporativa* en el que el cumplimiento de la ley constituya un valor que se impregna en los diversos componentes de la estructura empresarial. El efecto preventivo del *compliance* se puede reconocer a partir de los hallazgos de la criminología que permite advertir cómo es que *la cultura empresarial* impacta en las personas naturales que interactúan dentro de la estructura empresarial.

Este dato –impacto preventivo de la *cultura de cumplimiento* – constituye un dato empírico que podría servir para fundamentar propuestas orientadas a conceder efectos atenuantes o eximentes de responsabilidad penal a la implementación efectiva de programas de cumplimiento.

[70] Simpson: *Corporate crimes*, 54.

[71] Riesgo advertido por Rotsch: *Criminal,* 3.

Bibliografía

- Aiolfi, Gemma: "Mitigating the risks of corruption through collective action", en Brodowski, Dominik - Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel - Tiedemann, Klaus- Vogel, Joachim (eds.), *Regulating corporate criminal liability,* Springer, 2014, cit.: Aiolfi: *Mitigating the risks*.

- Ambos, Kai: "La internacionalización del Derecho penal: El ejemplo del 'lavado de activos´", en Abel Souto, Miguel - Sánchez Steward, Nelson (Eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, 2011, cit.: Ambos: *La internacionalización del Derecho penal,* p. 181-205.

- Bacigalupo Zapater, Enrique: *Compliance y Derecho penal,* Navarra: Aranzadi, 2011, cit.: Bacigalupo: *Compliance*.

- Bajo Fernández, Miguel- Bacigalupo Saggese, Silvina: *Derecho penal económico,* Madrid, CEURA, 2001, cit.: Bajo- Bacigalupo: *Derecho*.

- Baigun, David: *La* responsabilidad *penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires: Depalma, 2000, cit.: Baigun: *La responsabilidad*.

- Balcarce, Fabián – Cesano, José Daniel: "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la re-

pública argentina", en Balcarce, Fabián (director), *Derecho penal económico. Parte General,* tomo 1, Mediterránea, 2003, cit.: Balcarce- Cesano: *Reflexiones*.

- Bramont Arias, Luis: *Derecho penal peruano (visión histórica),* Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, 2004, cit.: Bramont: *Derecho penal peruano*.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos: "Responsabilidad penal de personas jurídicas: Reflexiones en torno a su 'dogmática' y al sistema de la reforma de 2010", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 101, Madrid, 2010, cit.: Carbonell: *Responsabilidad penal de personas jurídicas*.
- Cesano, José Daniel: "Problemas de responsabilidad de la empresa", en López Mesa, Marcelo- Cesano, José Daniel, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles,* Depalma, 2000, cit.: Cesano: *Problemas*.
- Coca Vila, Ivo: "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en Silva Sánchez, Jesús María (director), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas,* Atelier, 2013, cit.: Coca: *¿Programas de cumplimiento (…)?*
- De Miguel, Iñigo: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un estudio desde la perspectiva de la política criminal a partir de la modificación del Código Penal español", en Romeo Casabona, Carlos María- Flores Mendoza, Fátima (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica,* Comares, 2012, cit.: De Miguel: *La responsabilidad penal*.
- Engelhart, Marc: "Corporate criminal liability from a comparative perspective", en Brodowski, Dominik- Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel- Tiedemann, Klaus- Vogel, Joachim (Eds.), *Regulating corporate criminal liability,* Springer, 2014, cit.: Engelhart: *Corporate criminal liability*.

- Faraldo Cabana, Patricia: "La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ¿Es conveniente dar un tratamiento similar a dos fenómenos distintos", en Caro Coria, Dino Carlos – Reyna Alfaro, Luis Miguel (directores), *Compliance y prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo,* CEDPE, 2013, cit.: Faraldo: *La prevención*.
- Feijoo Sánchez, Bernardo: "Sobre el fundamento de las sanciones penales para las personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho penal peruano", en García Cavero, Percy (Director), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes,* Lima: Ara, 2002, cit.: Feijoo: *Sobre*.
- García Cavero, Percy: *Criminal compliance,* Lima: Palestra, 2014, cit.: García Cavero: *Criminal compliance*.
- García Rada, Domingo: *Sociedad anónima y delito,* Lima, 1972, cit.: García Rada: *Sociedad*.
- Gómez- Jara Diez, Carlos: "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Bajo Fernández, Miguel- Feijoo Sánchez, Bernardo- Gómez Jara Diez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Madrid: Civitas/ Thomson Reuters, 2012, cit.: García Cavero: *Compliance*.
- Gracia Martín, Luis: "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en Francisco, Heydegger-Atahuaman, Jhuliana (coords.), *Derecho penal económico y de la empresa,* Idemsa, 2013, cit.: Gracia: *La cuestión*.

- Green, Stuart P.: Lying, *cheating and stealing. A moral theory of white collar crime,* New York: Oxford University Press, 2006, cit.: Green: *Lying*.
- Hefendehl, Roland: "La responsabilidad penal corporativa", en Reyna Alfaro, Luis (Coord.), *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa,* Ara, 2005, cit.: Hefendehl: *La responsabilidad*.
- Hurtado Pozo, Jose- Meini Méndez, Iván: "Las personas jurídicas frente al Derecho Penal peruano", en Hurtado Pozo, José- Del Rosal Blasco, Bernardo- Simons Vallejo, Rafael (coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Una perspectiva comparada,* Tirant lo Blanch, 2001, cit.: Hurtado- Meini: *Las personas*.
- Hurtado Pozo, José: *La ley* importada, Lima: Cedys, 1979, cit.: Hurtado: *La ley*.
- Lascuraín, Juan Antonio: "*Compliance,* debido control y unos refrescos", en Arroyo Zapatero, Luis - Nieto Martín, Adán (directores), *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, cit.: Lascuraín: *Compliance*.
- Laufer, William S.: Corporate *bodies and guilty minds. The failure of corporate criminal liability,* Chicago: The University of Chicago Press, 2006, cit.: Laufer: *Corporate bodies*.
- Malamud Goti, Jaime: *Política criminal de la empresa,* Buenos Aires: Hammurabi, 1983, cit.: Malamud: *Política Criminal*.
- Martínez- Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, cit.: Martínez- Buján: *Derecho*.
- Matus Acuña, Jean: "La certificación de los programas de cumplimiento"; en Arroyo Zapatero, Luis - Nieto Martín, Adán (Directores), *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, cit.: Matus: *La certificación*.

- Matus Acuña, Jean: "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", en el mismo, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo,* Editorial Jurídica de Chile, 2011, cit.: Matus: *Presente y futuro*.
- Mazuelos Coello, Julio: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aplicación al caso peruano desde una perspectiva político criminal", en Prado Saldarriaga, Víctor (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos,* Idemsa, 2013, cit.: Mazuelos: *La responsabilidad penal*.
- Meini Méndez, Iván: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, cit.: Meini: *La responsabilidad*.
- Mentovich, Avital & Cerf, Moran: "A psychological perspective on punishing corporate entities", en: Brodowski, Dominik- Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel- Tiedemann, Klaus- Vogel, Joachim (Eds.), *Regulating corporate criminal liability,* Springer, 2014, cit.: Mentovich- Cerf: *A psychological perspective*.
- Montaner Fernández, Raquel: "La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídico penales", en Silva Sánchez, Jesús María (director), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas,* Atelier, 2013, cit.: Montaner: *La estandarización*.
- Montoya Manfredi, Ulises: *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, Lima: Imprenta de la Univer-

sidad Nacional Mayor de San Marcos, 1975, cit.: Montoya: *Responsabilidad*.

- Nelken, David: "White collar and corporate crime", en Maguire, Mike- Morgan, Rod- Reiner, Robert, *The Oxford Handbook of Criminology,* cuarta edición, Oxford University Press, 2007, cit.: Nelken: *White collar.*

- Nieto Martín, Adán: "El programa político criminal del *corporate goverment (*Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)", en Baigun, David - García Rivas, Nicolás (Directores), *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur,* Ediar, 2006, cit.: Nieto: *El programa*.

- Palmer, Donald: Normal *organizational wrongdoing. A critical analysis of theories of misconduct in and by organizations,* New York: Oxford University Press, 2012, cit.: Palmer: *Organizational wrongdoing.*

- Peña Cabrera, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* Lima: Grijley, 1999, cit.: Peña: *Tratado*.

- Reyna Alfaro, Luis Miguel: "Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* N° 68, Lima, 2009, cit.: Reyna: *Panorama*.

- Reyna Alfaro, Luis Miguel: *Manual de Derecho penal económico y de la empresa,* Lima: Gaceta Jurídica, 2002, cit.: Reyna: *Manual*.

- Reyna Alfaro, Luis Miguel: "El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", en Ruiz Rodríguez, Luis Ramón – Reyna Alfaro, Luis Miguel (coordinadores), *La regulación penal del mercado de valores (Estudio de Derecho peruano y español),* Jurídica Portocarrero, 2001, cit.: Reyna: *El abuso*.

- Righi, Esteban: *Los delitos económicos,* Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, cit.: Righi: *Los delitos*.

- Rodríguez Mourullo, Gonzalo: "Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", en el mismo, *Estudios de derecho penal económico,* Civitas, 2009, cit.: Rodríguez: *Hacia*.

- Rosenfeld, Richard - Messner, Steven: *Crime and the economy,* Londres: Sage, 2013, cit.: Rosenfeld- Messner: *Crime*.

- Rotsch, Thomas: "Criminal Compliance", en *Indret. Revista para el análisis del derecho,* < http://www.indret.com/pdf/876a.pdf> (10.11.14), cit.: Rotsch: *Criminal*.

- Salcedo Machado, Rocío del Pilar: "El deber de *compliance* en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano", en Caro Coria, Dino Carlos – Reyna Alfaro, Luis Miguel (directores), *Compliance y prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo,* CEDPE, 2013, cit.: Salcedo: *El deber*.

- Schünemann, Bernd: "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea", traducción de Mariana Sacher, en Bajo Fernández, Miguel (director), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, cit.: Schünemann: *La responsabilidad de las empresas*.

- Schünemann, Bernd: Delincuencia *empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* traducción de Beatríz Spinola y Margarita Valle, Buenos Aires: Fabián Di Placido, 2004, cit.: Schünemann: *Delincuencia empresarial*.

- Schünemann, Bernd: "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?", traducción de Silvina Bacigalupo- Lourdes Baza, en el mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del Milenio,* Tecnos, 2002, cit.: Schünemann: *¿Crisis del procedimiento penal?*

- Schünemann, Bernd: "Las prescripciones sobre la autoría en la Ley Boliviana sobre la base de las modificaciones al Código penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad penal de los porganos de la empresa ¿Un modelo para latinoamérica?", traducción de Mariana Sacher, en Reyna Alfaro, Luis (Coord.), *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa,* Ara, 2005, cit.: Schünemann: *Las prescripciones*.

- Sieber, Ulrich: "Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", traducción de Manuel Abanto, en Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, cit.: Sieber: *Programas de compliance*.

- Silva Sánchez, Jesús María: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español", en Silva Sánchez, Jesús María (Director), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas,* Atelier, 2013, cit.: Silva: *La responsabilidad penal*.

- Simpson, Sally. Corporate *crime, law and social control*, New York: Cambridge University Press, 2002, cit.: Simpson: *Corporate crime*.

- Sutherland, Edwin H.: *El delito de* cuello *blanco,* traducción de Laura Belloqui, Buenos Aires: BdeF, 2009, cit.: Sutherland: *Delito de cuello blanco*.

- Terradillos Basoco, Juan: Derecho *penal de la empresa,* Madrid: Trotta, 1995, cit.: Terradillos: *Derecho penal*.

- Tiedemann, Klaus: "Corporate criminal liability as a third track", en Brodowski, Dominik - Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel- Tiedemann, Klaus- Vogel, Joachim (Eds.), *Regulating corporate criminal liability,* Springer, 2014, cit.: Tiedemann: *Corporate criminal liability*.

- Tiedemann, Klaus: "El derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico", en Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (directores), *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, cit.: Tiedemann: *El derecho comparado*.

- Tiedemann, Klaus: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en el mismo, *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental,* Idemsa, 1999, cit.: Tiedemann: *Responsabilidad*.

- Urtecho Benites, Santos: *Criminalidad* de *empresa,* Lima: Forum, 2006, cit.: Urtecho: *Criminalidad*.

- Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho *Penal. Parte General,* Lima: Grijley, 2006, cit.: Villavicencio: *Derecho penal*.

- Zugaldía Espinar, José Miguel: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, cit.: Zugaldía: *La responsabilidad criminal*.

LOS AUTORES

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional y Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, http://cedpal.uni-goettingen.de/ juez del Tribunal provincial (Landgericht) de Göttingen, actualmente delegado al Tribunal superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig, Alemania.

MANUEL ABANTO VÁSQUEZ

Profesor de Derecho penal, consultor e investigador libre, radicado en Alemania.

DIANA MARISELA ASMAT COELLO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Doctoranda de la Universidad de Salamanca (España).Miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com)

DINO CARLOS CARO CORIA

Dino Carlos Caro Coria. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Socio Fundador y Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com) y Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Alemania).

ANDY CARRIÓN ZENTENO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster (LL.M.) por la universidad de Bonn y doctorando en la misma casa de estudios

PABLO GALAIN PALERMO

Doctor Europeo en Derecho.

Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Seccion Criminologia, Freiburg-Alemania. Becario Post-Doctoral Marie Curie (2014-2017). Director del Observatorio Latinoamericano para la Politica Criminal y las Reformas Penales.

MIGUEL POLAINO ORTS

Doctor en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Sevilla, Magister iuris comparativi por la Universidad de Bonn, donde fue Becario DAAD/La Caixa. En la actualidad es Profesor Titular acreditado de Derecho penal en la Universidad de Sevilla-España.

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctorando por la Universidad de Granada (España). Experto Universitario de Criminología por la UNED (España). Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE).

GUSTAVO URQUIZO VIDELA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudiante de LL.M y doctorado en la Georg-August Universität. Becario del DAAD.

JAIME WINTER ETCHEBERRY

Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente becario DAAD y estudiante de doctorado de la Justus-Liebig-Universität Gießen.

Este libro se terminó de imprimir en Lima,
en los talleres gráficos de Jurista Editores,
en el mes de abril de 2015.

CEDPE

CENTRO DE ESTUDIOS

de Derecho Penal Económico y de la Empresa

CEDPAL

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN

ISBN: 978-612-4184-59-8

9 786124 184598