

EL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL PERÚ

Dr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA, Catedrático de Derecho Penal.

1. ORIGENES DE LA CRIMINALIZACION INTERNACIONAL

La decisión de tipificar y sancionar el delito de lavado de dinero tuvo su origen en el proceso de replanteamiento de la política internacional antidroga, que se inició hacia finales de 1984 y que concluyó en la suscripción en diciembre de 1988 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Este documento internacional delineó las nuevas estrategias que deberían aplicarse frente al tráfico ilícito y al consumo indebido de drogas fiscalizadas, en todos los países vinculados al Sistema de la ONU.

Dado que la elaboración y aprobación de la nueva Convención tiene lugar en la ciudad de Viena, se le conoce también como “La Convención de Viena”. Si algo diferencia a esta Convención de sus predecesoras de 1961 y 1971, es que se trata de un instrumento que define medidas exclusivamente de política penal. Vale decir, su articulado propone acciones que se vinculan únicamente con decisiones de criminalización primaria y secundaria. Esto es, con la definición, procesamiento y sanción de delitos vinculados al narcotráfico.

Justamente, una de las principales innovaciones que introduce la Convención de Viena, fue la criminalización del lavado de dinero proveniente o derivado del tráfico ilícito de drogas, como un delito autónomo, con tipificación y penas específicas.

La explicación de esta decisión político-criminal, fue que siendo el narcotráfico una actividad económica de corte y estructura empresarial, sólo sería posible controlarlo mediante mecanismos que afectasen su capacidad de financiamiento y reinversión. Es decir, neutralizarlo o limitando la movilidad y utilización de los capitales de la organización ilegal. Si una empresa no tiene dinero, ni puede obtenerlo, sencillamente no podrá mantener su proceso productivo, su presencia en el mercado, sus redes de comercialización, su personal calificado, etc., y. por ende, colapsará y se agotará económicamente. Esa era, pues, la intención que perseguía la Convención de Viena y para lo cual proponía las siguientes medidas normativas:

- a. La criminalización específica, como delito autónomo, de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes y capitales vinculados o derivados del tráfico ilícito de drogas. Y también la sanción particular y complementaria de las formas de participación o de ejecución imperfecta de tales actos.
- b. La estructuración de mecanismos y procedimientos para la detección y fiscalización de las operaciones realizadas a través del sistema de intermediación financiera, que resulten susceptibles de materializar actos de lavado de dinero.
- c. La promoción y consolidación de un espacio internacional común de represión del lavado de dinero, a través de medidas de cooperación judicial o asistencia mutua en materia penal, entre los órganos competentes de los países suscriptores de la Convención.
- d. La ampliación y modernización de las disposiciones y técnicas operativas para la inmovilización inmediata y el decomiso de capitales y bienes de procedencia u origen ilegal.
- e. La flexibilización del secreto bancario, así como la inversión de la carga de la prueba, para la investigación criminalístico-financiera de los actos de lavado de dinero.

Todos los desarrollos normativos regionales, subregionales y nacionales, que en torno al delito de lavado de dinero contempla y muestra actualmente el derecho penal comparado, reproducen legislativamente las orientaciones contenidas en la Convención de Viena.

2. CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y MANIFESTACIONES DEL LAVADO DE DINERO

2.1. CONCEPTO

Con las expresiones lavado de dinero, blanqueo de dinero, reciclaje de dinero o legalización de capitales, se suele identificar en el derecho penal contemporáneo a un mismo fenómeno delictivo, que se vincula con actos dirigidos a otorgar una apariencia legal y legítima a los bienes y ganancias que se originan o derivan de una actividad ilegal punible, como lo es el narcotráfico.

Ahora bien, el dinero ilegal se “lava” en atención a los problemas contables, tributarios y criminalísticos que para los traficantes de drogas, genera el hecho de tener que realizar todas sus operaciones de comercio de sustancias fiscalizadas en dinero en efectivo, que, por lo demás, casi siempre se materializa en moneda de baja denominación. Las drogas, no pueden pagarse a través de títulos valores o tarjetas de crédito que obligarían al traficante a registrar su identidad y ubicación. Pero el hecho de la venta en efectivo le produce el problema de cómo explicar la procedencia de sus ganancias y su repentina fortuna o mejora económica. En consecuencia, pues, para que dichas ganancias o bienes de procedencia ilegal, puedan salir al mercado y registrarse económica y tributariamente, se requiere realizar diferentes operaciones y transacciones que les vaya otorgando legalidad aparente y formal. Ese proceso es lo que se conoce como lavado de dinero.

Concretamente, podemos definir como lavado de dinero a un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas.

2.2. CARACTERISTICAS

Lo que identifica, de manera especial, a estas operaciones de sustitución y legalización de bienes y capitales, a la vez que les asegura la configuración de una sólida apariencia de legitimidad, se relaciona con dos aspectos. Uno, referido al modus operandi que emplea el agente; y el otro, en función de los vínculos entre el agente del lavado y el origen ilegal del dinero que se lava.

La primera característica del lavado es que los actos que lo materializan se ejecutan observando siempre todas las formalidades y procedimientos usuales y regularmente exigidos por cualquier negocio jurídico o financiero. Y la segunda de las características mencionadas, implica que en los actos de lavado sólo intervienen como autores personas ajenas, totalmente, a los actos generadores del capital o bienes ilegales. Vale decir, el agente no debe estar directa ni indirectamente vinculado con la ejecución de los delitos de tráfico ilícito de drogas que propiciaron el capital ilegal.

2.3. FUNCION

A partir pues de estos conceptos y características podemos señalar que la función del lavado de dinero no es otra que la de propiciar e implementar mecanismos económicos o financieros que permitan que los ingresos provenientes de una actividad ilegal, como lo es el narcotráfico, sean absorbidos y mimetizados en movimientos de intermediación financiera o de contabilidad general por el Producto Nacional Bruto. O, en términos menos complejos, que las ganancias de la droga pasen a ser exponentes de capital legítimo, cotizables y debidamente registrados.

Otros autores que han estudiado este delito también aluden a conceptos funcionales similares al expuesto, y que resultan primordiales para poder identificar y entender la dinámica de los actos que configuran legalización de capitales. Así, por ejemplo, DIEGO GOMEZ señala que: “Por blanqueo de dinero debe entenderse aquella operación a través de la cual el dinero siempre ilícito (procedente de un delito grave) es ocultado, sustituido y restituido a los circuitos legales, de tal forma que puede incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiere obtenido de forma lícita” (Cfr. Diego J. Gómez Iniesta. Medidas Internacionales contra el Blanqueo de Dinero y su Reflejo en el Derecho Español, en Luis Arroyo Zapatero - Klaus Tiedemann. Estudios de Derecho Económico. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. Cuenca, 1994, p. 141)

Asimismo, algunas agencias de Control Penal han adoptado nociones semejantes y que se reproducen en sus directivas o políticas institucionales. Este es el caso, en el Perú, del Manual

Operativo de Investigación y Diligencias Especiales del Ministerio Público. En él se precisa que constituyen lavado de dinero: Las “actividades que tienen por finalidad darle apariencia lícita a los dineros que se derivan del tráfico ilícito de drogas”.

2.4. MODUS OPERANDI

Los expertos de FOPAC-INTERPOL, esto es de la División de Investigación de Fondos Provenientes de Actividades Criminales, coinciden, al igual que otros especialistas, en señalar que el modus operandi del lavado de dinero, tiene lugar, fundamentalmente, mediante las siguientes acciones:

- a. La adquisición de bienes de consumo de fácil comercialización como inmuebles, automóviles, joyas, obras de arte, etc.
- b. La exportación subrepticia e ilegal del dinero sucio y su depósito en cuentas cifradas, secretas e innominadas, principalmente en los denominados “Países Refugio o Países Financieros”. Es decir, países en los cuales se flexibiliza al máximo el ingreso de divisas del extranjero y se radicaliza, también al máximo, la normatividad sobre secreto bancario y tributario.
- c. El financiamiento de empresas vinculadas al ámbito de los servicios, y que por la propia naturaleza de su giro comercial requieren de liquidez y de una constante disponibilidad de dinero en efectivo, como son los casos de intercambio de moneda, los casinos, las agencias de viaje, los hostales, los restaurantes, los servicios de gasolina, las compañías de seguros, etc. Es de anotar que en el Perú, según las investigaciones realizadas, se ha verificado que este es el modo de lavado predominante.
- d. La conversión del dinero ilegal, a través de organizaciones financieras locales, en medios de pago cómodos como los cheques de gerencia, los cheques de viajero, los bonos de caja, las tarjetas de crédito, o su depósito en cuentas corrientes múltiples pero con baja cobertura de fondos.

Pero al margen de lo expuesto, el lavado de dinero es sobre todo un proceso continuo en el cual se pueden distinguir tres etapas secuenciales. Esta percepción del delito que analizamos, como un proceso dinámico y complejo de actos, tiene una relevancia importante para ubicar, luego, los alcances de la tipicidad penal del ilícito. En efecto cada una de las etapas que a continuación vamos a describir se vinculan a su vez con cada una de las conductas, con las que la ley penal suele tipificar el delito de lavado de dinero.

Las etapas del proceso del lavado de dinero son las siguientes:

- a. En primer lugar se encuentra la etapa de colocación. Ella involucra el estudio previo que debe hacer el agente del lavado, del sistema financiero, a fin de distinguir las agencias de intermediación financiera que resultan más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes. Para, luego depositar en aquellas el dinero sucio y obtener instrumentos de pago como chequeras, tarjetas de crédito, cheques de gerencia, etc.
- b. La segunda fase del proceso de lavado de dinero corresponde a la etapa de intercalación. Como su nombre nos lo indica, en esta etapa el agente del lavado intercala sucesivas operaciones financieras o comerciales utilizando los instrumentos de pago que recibió del sistema financiero en la etapa anterior de colocación. Con ellos la mayoría de veces, el agente va a adquirir inmuebles, vehículos, yates de lujo, piedras preciosas, oro, etc. Y luego estos bienes van a ser revendidos a terceros incluso por debajo de su precio, pero con una particular exigencia, que no sean pagados en dinero en efectivo, sino a través de cheques o mediante permuta con acciones u otro tipo de bienes. También en etapa de intercalación tienen lugar rápidas y sucesivas transferencias electrónicas del dinero colocado, de un país a otro, pero siempre con la intermediación de agencias bancarias. Es de precisar que en esta fase las operaciones se realizan de modo veloz, dinámico, variado y sucesivo.
- c. Finalmente, concluye el ciclo del lavado con la denominada etapa de la integración. Ella tiene lugar con la inserción del dinero ya “lavado” por las etapas precedentes, en nuevas entidades

financieras o su repatriación del extranjero. Para, seguidamente, ser invertido en empresas legítimas, reales o simuladas, pero que están dotadas de sus correspondientes registros contables y tributarios, lo cual hará que el capital originariamente ilegal pueda expresar ahora una legitimidad ostensible y verificable frente a cualquier medio o procedimiento de control contable o tributario convencionales.

Según los especialistas de la Federación Bancaria Europea, posición que por lo demás coincide con la opinión de los expertos de la Interpol y de las Agencias Norteamericanas de Control de Drogas, solamente en la primera fase o etapa de colocación es posible detectar y descubrir “eficazmente” un acto de lavado de dinero. Esto es, si el dinero ilegal logra penetrar el sistema financiero, resulta poco probable identificar, luego, con certeza, la procedencia ilícita de los bienes o capitales involucrados. Ello se debe, fundamentalmente, como ya se anotó, al hecho de que durante la etapa de intercalación las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema rapidez y variedad.

3. VOLUMEN DEL LAVADO Y EFICACIA DEL CONTROL

Ahora bien, para tener una somera idea de lo que representa el lavado de dinero como actividad económica ilegal, lo cual, a su vez nos permitirá reconocer los grados de eficacia que registra el Sistema Penal frente a dicho delito, cabría mencionar las siguientes estimaciones correspondientes al último lustro.

Según los estudios existentes, se estima que el volumen anual de dinero ilegal que se lava a nivel mundial se sitúa alrededor de los CUATROCIENTOS MIL MILLONES DE DOLARES. Lo cual, obviamente, aparece como un dato crítico que denuncia la escasa eficacia y oportunidad de las estrategias penales para el control de los actos de legalización de capitales. Cabe anotar, sin embargo, que el porcentaje del volumen de dinero que es objeto de lavado varía notoriamente, de país a país, en función, sobretodo, de la posición que se ocupe dentro del denominado “ciclo de la droga”. Vale decir, que los registros de lavado son distintos en los países que se vinculan con la producción de drogas; con el tránsito de las mismas; o con el consumo de las sustancias adictivas. Naturalmente en los países vinculados al consumo se realiza mayor porcentaje de lavado de dinero. En ese sentido, por ejemplo, se estima que en países típicamente productores de materia prima o de manufactura primaria como el Perú, el registro de lavado de dinero suele ser mínimo, calculándose en un promedio anual de 450 a 500 millones de dólares. En cambio, en los países de tránsito y de consumo relativo como España la cifra del lavado de dinero llega a alcanzar los 5,000 millones de dólares. Por su parte, Colombia, que es un país ligado al refinamiento y distribución de drogas, así como a la gestión del narcotráfico internacional, alcanza un promedio anual mayor de lavado de dinero y que bordea los 10,000 millones de dólares. Finalmente, en los Estados Unidos de Norteamérica, país que se constituye en un centro de consumo masivo de drogas, se estima que la legalización del dinero ilegal es del orden de los 300,000 millones de dólares por año.

4. TIPIFICACION Y TECNICA LEGISLATIVA

Para la tipificación del proceso del lavado de dinero en la ley penal, el legislador ha desarrollado una técnica legislativa que procura relacionar las diferentes etapas del lavado con conductas concretas, que permitan identificar la tipicidad de tales etapas y de las acciones que en ellas tienen lugar. Al respecto, los tipos penales suelen referirse a cuatro conductas típicas, de naturaleza predominantemente de comisión, y que son las siguientes:

- a. Los actos de conversión de bienes y capitales y que corresponden a las conductas relativas a la etapa de colocación.**
- b. Los actos de transferencia de bienes y capitales, que involucran los supuestos vinculados a la etapa de intercalación.**
- c. Los actos de ocultamiento y tenencia de bienes y capitales, con los que se alude a las formas de la etapa de integración.**

Es de señalar que las características del lavado de dinero, sobretodo su dinámica y modus operandi, han promovido que en muchos países como España o Italia se le asimile a una forma de receptación impropia o sustitutiva. De allí que se ubique sistemáticamente al lavado de dinero junto al delito de receptación patrimonial. Ello ocurre con el artículo 301º del Código Penal Español de 1995, que reproduce el texto del artículo 301º del Proyecto de 1994; y con los artículos 648º bis y 648º ter del Código Penal Italiano vigente.

Ahora bien, otros países como el caso del Perú y Francia optan, siguiendo las recomendaciones de la Convención de Viena, por considerar al lavado de dinero como un delito específico pero relacionado exclusivamente con el narcotráfico, de modo que se le incluye sistemáticamente dentro del capítulo que sus códigos dedican al delito de tráfico ilícito de drogas. Así aparece en los artículos 296ºA y 296ºB del Código Penal Peruano de 1991 y en el artículo 222-38 del Código Penal Francés de 1992.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el delito de lavado de dinero suele tipificarse como una infracción dolosa. Y es frecuente que el legislador opte por admitir, de modo expreso o implícito, la posibilidad del dolo eventual. Esto se aprecia, por ejemplo, en el caso del artículo 25º de la Ley Argentina 23.737 de 1989 que trata del delito de tráfico de drogas y en el artículo 305º bis del Código Penal Suizo.

Cabe anotar, sin embargo, que algunos países han optado también por incluir una estructura culposa, para sancionar los procesos de lavado que tienen lugar por una falta de diligencia en la verificación o realización de operaciones financieras o comerciales. Esta posibilidad culposa se observa en el inciso quinto del artículo 261º del Código Penal Alemán.

5. LEGISLACION INTERNACIONAL

El marco normativo internacional que sirve de fundamento y modelo para la tipificación, sanción y prevención de los actos de lavado de dinero, es a la fecha bastante amplio. El se encuentra compuesto primordialmente por acuerdos internacionales de alcance mundial, regional o bilateral. Sin embargo, también son de considerar otros instrumentos de carácter no estatal, que han surgido al interior de corporaciones internacionales como las Federaciones o Asociaciones Bancarias mundiales o regionales.

Debemos señalar que en todos estos documentos se definen, de modo paralelo o integrado, disposiciones que aluden a la tipificación y sanción del delito; a las medidas preventivas y de control que deben aplicarse en el sistema de intermediación financiera para evitar la contaminación de sus agencias con dinero de procedencia ilegal. En España, por ejemplo, actualmente se refieren a este tipo de medidas la Ley Nº 19/1993 del 28 de diciembre de 1993 y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 925/1995 del 9 de junio de 1995.

También se trata en los documentos internacionales de mecanismos de asistencia mutua en el ámbito policial y judicial, para facilitar una cobertura transnacional en la persecución y represión de los actos de lavado. Y, por último, en ellos se abordan, igualmente, aspectos controvertidos como la inversión de la carga de la prueba, la flexibilización del secreto bancario o de la reserva tributaria; así como del tratamiento que cabe aplicar al tercero de buena fe y a las personas jurídicas que resulten involucrados en actos de lavado de dinero ilegal.

Entre los principales instrumentos internacionales para la prevención y control del lavado de dinero, podemos citar a los siguientes:

- a. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.
- b. La Declaración de Principios de Basilea sobre Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para Blanquear Fondos de Origen Criminal, del Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria del Grupo de los 10, en 1988.

- c. El Informe y Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Dinero - GAFI de 1990.
- d. La Convención Europea sobre Blanqueo, Seguimiento, Secuestro y Decomiso del Producto del Crimen, de 1990.
- e. La Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a la Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para el Blanqueo de Capitales de 1991.
- f. El Reglamento Modelo Americano de la Organización de Estados Americanos sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, de 1992.
- g. Las Bases para la Convención Hemisférica Interamericana contra el Lavado y Transferencia de Activos de Origen Ilícito, de la Organización de Estados Americanos, de 1995.

Para concluir, debemos señalar que en el presente la tendencia internacional como nacional, es a criminalizar el lavado de dinero ilegal procedente o derivado de cualquier actividad delictiva, y no exclusivamente del narcotráfico como planteó inicialmente la Convención de Viena. La presencia de muchas formas de criminalidad que producen ganancias ilícitas como el tráfico de armas, el cohecho internacional, el proxenetismo, etc., hacen que se justifique dicha posición. Por lo demás la Convención Europea de 1990 y las Bases para la Convención Hemisférica Americana de 1995 ya han optado por tal criterio.

Entre los derechos nacionales que siguen esta tendencia cabe citar el texto del artículo 400° del Código Penal Mexicano incorporado por Decreto del 13 de Mayo de 1996, y el numeral 274 A del Código Penal Colombiano introducido en 1997. El Código Penal Español de 1995 asume una posición similar, tal como se aprecia en el primer párrafo del artículo 301°, y en el cual se criminaliza todo acto de lavado de capitales provenientes de un "delito grave".

6. EL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN LA LEGISLACION PERUANA

6.1. EVOLUCION LEGISLATIVA

Al aprobarse en diciembre de 1988 la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Perú ingresaba a una etapa decisiva del proceso de reforma y sustitución del Código Penal de 1924. Por aquél entonces, además, el delito de tráfico ilícito de drogas estaba tipificado en una legislación especial promulgada con el Decreto Ley 22095 de 1978, y que había sido objeto de sucesivas enmiendas, destacando por su importancia para la descripción de las figuras delictivas la modificación introducida con el Decreto Legislativo 122 en 1981 (Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. El Tráfico de Drogas en el Perú: Enfoque Político Social. Cultural Cuzco. Lima, 1988, p. 394 y ss; Marcial Rubio Correa. Legislación Peruana sobre Drogas a partir de 1920 CEDRO. Lima 1988, p. 28 yss.).

Ahora bien, debido a que la legislación nacional sobre control de drogas se adscribía a los postulados del denominado modelo psicosocial de intervención (Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Comentarios al Código Penal de 1991. Ed. Alternativas. Lima, 1992, p. 131 y ss.), y al hecho político que la Convención de Viena se hallaba aún pendiente de aprobación en el Parlamento, los proyectos del Código Penal de 1990 y de enero de 1991, así como el nuevo Código Penal promulgado en abril de 1991 no incorporaron en su articulado disposiciones referidas a la criminalización del lavado de dinero (Cfr. Arts. 290° a 297° del Proyecto de Código Penal de 1991 [publicado como separata especial en el Diario El Peruano, edición del 20 de enero de 1991]; Arts. 296° a 303° del texto original del Código Penal de 1991 promulgado por Decreto Legislativo 635 del 8 de abril de 1991).

Con relación al Código Penal de 1991, cabría, también, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a. El Código Penal del 91 al integrar en su catálogo de delitos al tráfico ilícito de drogas, optó por trasladar las hipótesis típicas previstas en el Capítulo V del Decreto Ley 22095, cuyos supuestos - como se ha mencionado- habían sido en lo esencial modificados por el Decreto Legislativo 122.
- b. La única modificación que en materia de los delitos de tráfico ilícito de drogas hizo el legislador del 91, estuvo circunscrita al tipo básico del delito (Art. 296º). Y para ello se recepcionó los contenidos del artículo 344º del Código Penal Español, modificado por la Reforma de Urgencia de 1983.

Por consiguiente, pues, las fuentes legales seguidas por el Código Penal eran anteriores a la Convención de Viena, razón por la cual la omisión de la criminalización del lavado de dinero era desde esa perspectiva explicable.

Sin embargo, hechos posteriores a la vigencia del nuevo Código Penal fueron creando las condiciones adecuadas para la incorporación del delito de lavado de dinero al derecho nacional. Al respecto, cabe señalar como relevantes los compromisos de interdicción que asumió el Estado Peruano con los Estados Unidos de Norteamérica, a través de un Convenio Bilateral aprobado por Decreto Supremo 100-01-PCM, en mayo de 1991. El literal h) del apartado 27, de las Políticas de Interdicción propuestas en dicho documento fijaba como acción prioritaria contra el narcotráfico: "Lucha contra el enriquecimiento ilícito procedente de varias fuentes y el ocultamiento o lavado de recursos ilegales, a través de medios tales como sistemas de contabilidad adecuados de las instituciones financieras, intercambio internacional de información que incluya los documentos de transacciones financieras, investigaciones a nivel nacional e internacional, cooperación en materia de observancia de la ley e investigación de injustificados signos exteriores de riqueza" (Cfr. Texto del Convenio en Alberto Fujimori. Narcotráfico. La Posición Peruana. Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República. Lima 1991, p. 49 y ss.).

También deben destacarse como hechos coadyuvantes a la criminalización específica del delito de lavado de dinero en el derecho penal nacional, la participación peruana en el grupo de expertos que convocó la CICAD-OEA, para la elaboración del "Reglamento Modelo" de legislación continental que recomendó la reunión de Ixtapa (Véase Verónica Fernandini. Narcotráfico: Lavando lo ilegal, en Suplemento Economía y Derecho del Diario Oficial El Peruano, edición del 3 de marzo de 1992, p. B-8 y ss.); así como la ratificación de la Convención de Viena por el Congreso a través de la Resolución Legislativa 25352 del 23 de setiembre de 1991. Es más, podría afirmarse que las circunstancias citadas dejaron expedita la oportunidad político-criminal para la represión de los actos de encubrimiento financiero en el país, pues alinearon definitivamente al derecho interno con las principales tendencias internacionales de criminalización.

Es así que inmerso en un conglomerado de decretos legislativos que fueron promulgados por el Ejecutivo durante el mes de noviembre de 1991, se incluyó al Decreto Legislativo 736 (Promulgado el 8 de noviembre de 1991), que adicionaba dos artículos a la Sección II del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos dispositivos signados como artículos 296ºA y 296ºB, tuvieron por función político-penal criminalizar los actos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico. Cabe señalar que para justificar esta decisión, el legislador recurrió a argumentos similares a los tradicionalmente expuestos para explicar las frecuentes modificaciones ocurridas en nuestra legislación penal antidroga. En tal sentido, se destacaba la ineficacia de las disposiciones vigentes, la necesidad de cumplir con acuerdos estratégicos internacionales y la voluntad política del Estado de reprimir severamente el tráfico ilícito de drogas (Cfr. Considerandos del Decreto Ley 11005 del 28 de marzo de 1949; del Decreto Ley 19505 del 22 de agosto de 1972; del Decreto Ley 22095 del 21 de febrero de 1978; del Decreto Legislativo 122 de 12 de junio de 1981. El texto de todos estos dispositivos puede verse en Marcial Rubio Correa. Ob. cit., p. 51 y ss.). No obstante, la condición novedosa de los hechos criminalizables, así como la relación coyuntural que el Estado atribuye al narcotráfico con las organizaciones terroristas fueron, también, empleadas en los considerandos del Decreto Legislativo 736. Sobre ello señalaba el legislador: "Que el Estado no puede permanecer indiferente ante esta amenaza por lo que es imprescindible adoptar medidas legales para contrarrestarla definiendo con precisión las nuevas conductas delictivas que se relacionan con los bienes, productos o beneficios ilegales que se obtienen como consecuencia del proceso de comercialización de drogas, así como el movimiento de estos capitales para evitar su reciclaje al volver a ingresar al circuito económico del país mediante operaciones de lavado de dinero, lo que

amerita describir el tipo básico respectivo, indicando taxativamente aquellas circunstancias específicas que permitan apreciar al Juzgador las agravantes o atenuantes de la pena.

Que constituyendo el tráfico ilícito de drogas un delito de acción múltiple que menoscaba las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, se hace 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”.

Ahora bien, en cuanto a técnica legislativa el nuevo delito era incorporado a través de dos modalidades de ejecución. La primera, prevista en el artículo 296ºA, se relacionada con los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de los bienes originados o derivados del tráfico ilícito de drogas. Y la segunda, tipificada en el artículo 296ºB, estaba dedicada a los actos de lavado de dinero a través del sistema financiero o mediante procedimientos de repatriación de capitales.

Sin embargo, la redacción de ambos tipos legales era bastante engorrosa y evidenciaba claramente la voluntad omnicompreensiva del legislador. Por consiguiente, no podría calificarse como fuente legal de dichas disposiciones a la Convención de Viena, ya que las hipótesis típicas del lavado de dinero en dicho documento internacional eran mucho más precisas y mejor estructuradas. Asimismo, tampoco era correcto precisar que los artículos propuestos en el Decreto Legislativo 736 respondían a las fórmulas de tipificación que se recomendaban en los proyectos de Reglamento Modelo de la CICAD, ya que, por ejemplo, la redacción empleada por el legislador peruano incluía como conducta punible la pignoración, que era desconocida en los textos que venían trabajando los expertos de la OEA.

A nivel subjetivo, los artículos 296ºA y 296ºB utilizaban la expresión “o lo hubiera sospechado” para aludir a la posibilidad típica del dolo eventual. Sin embargo, dicha expresión era también ajena a los distintos convenios internacionales de la materia. En consecuencia la tipificación del lavado de dinero en el Perú no se originó bajo el influjo directo de los modelos de regulación supranacionales (Diferente Lamas Puccio. Ob. cit., p. 140).

En realidad, la fuente legal de la criminalización del lavado de dinero en nuestro país la ubicamos en un modelo sumamente cuestionado como la Ley Argentina 23.737 sancionada el 21 de setiembre de 1989 (Véase: Eugenio Raúl Zaffaroni. Política Criminal en Material de Drogas en la República Argentina, en Nuevo Foro Penal Nº 54, 1991, p. 463 y ss). Concretamente, el artículo 296ºA se limitaba a reproducir en lo esencial el contenido del artículo 25º de dicha ley, el cual prescribía lo siguiente: “Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado.

Con la misma pena será reprimido el que comprare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado”.

Por su parte el artículo 296ºB también reflejaba la influencia argentina, particularmente en lo concerniente a la suspensión de la reserva bancaria o tributaria, así como al uso restringido y específico de la información obtenida con dicha medida. El artículo 26º de la citada ley argentina establecía al respecto: “En la investigación de los delitos previstos en la ley no habrá reserva bancaria o tributaria alguna. El levantamiento de la reserva sólo podrá ser ordenado por el juez de la causa. La información obtenida sólo podrá ser utilizada en relación a la investigación de los hechos previstos en esta ley”.

En torno a la tipificación del delito de lavado de dinero en la legislación argentina, ZAFFARONI ha criticado los alcances del artículo 25º de la Ley 23.737 señalando que su redacción “extiende el encubrimiento en forma que altera gravemente las reglas del principio en forma que altera gravemente las reglas del principio de culpabilidad”. (Ob. cit., p. 464). Dicha observación era también aplicable a los dispositivos 296ºA y 296ºB peruanos, con el agravante de que nuestro legislador no sólo estableció sanciones más severas que la de su homólogo argentino, sino que, además, omitió incluir normas que, como el párrafo cuarto del artículo 25º de la Ley 23.737, servirían como paliativo

legal a los potenciales riesgos de arbitrariedad que derivaran de la amplitud de la fórmula típica. En efecto, el citado párrafo precisaba que “El Tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley. Durante el proceso el interesado podrá probar su legítimo origen en cuyo caso el Tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización”.

Resulta lamentable que el Decreto Legislativo 736 no haya sido suficientemente discutido por los juristas nacionales, particularmente a partir de sus incongruencias con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. LAMAS PUCCIO por ejemplo, se limita a parafrasear las hipótesis de su articulado sin analizar las implicancias manifiestas de los aspectos objetivos y subjetivos de la tipificación (Luis Lamas Puccio. *Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero* Ob. cit. p. 139 y ss). Al respecto era de criticar, en ese sentido, la inclusión a través del párrafo tercero del artículo 296ºB de una sobrecriminalización punitiva que permitía que la pena aplicable pudiera, en determinados casos, exceder del máximo genérico previsto para las privativas de libertad.

Sin embargo, lo superficial y pasivo de la recepción del Decreto Legislativo 736 entre nuestros penalistas, contrasta con la actitud agresiva y de rechazo que dicho dispositivo suscitó entre otros actores sociales. Es así que en el Parlamento se cuestionó su necesidad normativa y se objetó su nomenclatura, al extremo de afirmarse que el texto legal utilizaba términos inapropiados e incluso de naturaleza “gansteril” (Cfr. Pedro A. Flores Polo. *Lavado de Dólares es una Modalidad de Narcotráfico*, en *El Peruano*, edición del 26 de diciembre de 1991, p. A-3; véase también el documento parlamentario del Senado publicado en *El Peruano*, edición del 8 de diciembre de 1991, p. A-5.). No obstante la reacción contraria al Decreto Legislativo 736 no obedecía en lo esencial a su estructura técnica o a su denominación criminológica sino a su significado político. Ya que él era parte de una arremetida legal, vía facultades delegadas, que impulsó el Ejecutivo y que el Congreso asumió como una invasión de competencias. De allí que el Parlamento decidiera sustituirlo por una ley que asimilaba el delito de lavado de dinero a una hipótesis agravada de receptación patrimonial (Cfr. Documento Parlamentario del Senado... Ob. cit.).

En efecto, el 25 de febrero de 1992 fue promulgada la Ley 25404 que modificó el artículo 19º del Código Penal, que precisaba las formas calificadas del delito de receptación tipificado en el artículo 194º. Según el inciso segundo del nuevo numeral 195º la pena privativa de libertad sería: “No menor de 6 ni mayor de 15 años y de 180 a 365 días-multa, e inhabilitación conforme al Art. 36º inciso 1), 2) y 4) cuando se trate de bienes provenientes de delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo”.

En primer lugar, era inadecuado pretender criminalizar al lavado de dinero como un supuesto agravado, que quedaba enlazado con la realización de los actos previstos por un tipo básico de receptación que no había sido elaborado para el tratamiento de aquella nueva forma de criminalidad. Esta incoherencia fue claramente advertida por FLORES POLO, quien señaló que: “La receptación es ajena al narcotráfico. Su significado alcanza a ocultar o encubrir cosas que son materia de delito, después de haberse cometido éste, y siempre referida a delitos contra el patrimonio. El Senado califica como delito contra el patrimonio (Art. 195º del Código Penal) a lo que en realidad es parte del complejo delito de narcotráfico (Arts. 296º a 303º del Código Penal)” (Pedro Flores Polo. Ob. cit., p. A3. *Sobre los Problemas Dogmáticos de tratar de Asimilar el Lavado de Dinero al Delito de Receptación*, véase: José de Faria Costa O *Branqueamiento...* Ob. cit., p. 12 y ss. Günter Arzt. *Gedwäsche und rechtsstatlicher Verfall*, en *Juristen Zeitung* N° 19, 1993, p. 913 y ss.). En todo caso, si el legislador nacional asumía que el lavado de dinero no era otra cosa que una forma algo sofisticada del encubrimiento patrimonial, hubiera sido más técnico y adecuado elaborar una fórmula específica en dicho título a modo de receptación específica o impropia como ocurrió en el derecho español a través de la inclusión del artículo 546 bis f (Ver el texto del artículo español en José Luis Ripollés. *Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas*. Madrid, 1989, p. 135. Cabe señalar que el Proyecto del Código Penal Español de 1992 si bien mantiene sistemáticamente reunidos a la receptación y al lavado de dinero, la descripción típica de este último delito es completamente autónoma (Ver artículos 306º a 309º). De esta manera, el legislador peruano pudo haber criminalizado las modalidades de receptación sustitativa, receptación retributiva y en menor medida la receptación en cadena (Cfr. José Luis Ripollés. *Los Delitos...* Ob. cit., p. 90 y ss., José Luis de la Cuesta Arzamendi. *Características de la Actual Política Criminal Española en Materia de Drogas Lícitas*, en *la Actual Política Criminal sobre Drogas...* Ob. cit., p. 65 y ss.), que son las formas que frecuentemente se emplean en los actos de

lavado de dinero. Sin embargo, manteniendo como tipo base la fórmula del artículo 194º del Código Penal de 1991 la represión de tales supuestos era menos factible.

En segundo lugar, el texto propuesto por la Ley 25404 dejaba de lado la consideración particular del sistema financiero como parte relevante del *modus operandi* del lavado de dinero, así como se excluían, también, las posibilidades de flexibilizar el secreto bancario para la acción criminalística contra dicho delito. Refiriéndose a estas limitaciones de la ley sostenía LAMAS PUCCIO: “El lavado de dinero no comprende una simple negociación de bienes respecto de delitos considerados como comunes, sino de la puesta en práctica de sofisticadas y complejas operaciones financieras de gran envergadura...No hay ningún tipo de mención a la suspensión del secreto bancario, como lo establecen todas las normas de derecho comparado sobre la materia”. (Ob. cit., p. 145).

En conclusión, la Ley 25404 significó un retroceso relevante en la criminalización nacional del lavado de dinero, que alejó considerablemente a nuestro Sistema Penal de las tendencias internacionales, haciendo poco práctica la persecución y represión de dicho delito.

6.2. EL DECRETO LEY 25428 Y LOS DELITOS DEL LAVADO DE DINERO EN EL

CODIGO PENAL

6.2.1. SISTEMÁTICA

Una de las primeras decisiones de política que adoptó el denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, luego de los sucesos del cinco de abril de 1992, fue la promulgación de normas destinadas a potenciar la criminalización primaria y secundaria del narcotráfico (Cfr. Inc. 5º del artículo 2º del Decreto Ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, del 6 de abril de 1992). En ese sentido se dictaron los Decretos Leyes 25426 y 25427, vinculados a la operatividad de las Fuerzas Armadas en las zonas cocaleras del Alto Huallaga (Cfr. Arts. 2º, 3º y 4º del Decreto Ley 25426 del 9 de abril de 1992; Arts. 1º y 2º del Decreto Ley 25427 del 9 de abril de 1992; Arts. 1º, 2º y 3º del Decreto Ley 25626 del 21 de julio de 1992). Y, también se introdujeron a través de los Decretos Leyes 25428 y 25429 algunas modificaciones al articulado del Código Penal referido a la represión del tráfico ilícito de drogas (Promulgados el 10 de abril de 1992).

Concretamente, el Decreto Ley 25428 fue utilizado para reincorporar entre los delitos de la Sección Segunda, del Capítulo III, del Título XII de la Parte Especial del Código del 91, la criminalización específica del lavado de dinero proveniente del comercio ilegal de drogas. Y para lo cual el legislador adicionaba a las normas vigentes una versión remozada de los mismos artículos 296ºA y 296ºB, que anteriormente había contemplado el Decreto Legislativo 736. Esto es, se retornaba a disposiciones penales sobre lavado de dinero que tenían su origen en la normatividad correspondiente de la Ley Argentina 23.737.

Posteriormente, a fines de agosto de 1993, la Ley 26223 modificó ligeramente la redacción del artículo 296ºB e introdujo como única pena conminada en dicho numeral la de cadena perpetua (Ver texto del citado Decreto Ley [art. 1º] en la separata Normas Legales del Diario Oficial El Peruano, edición del 21 de agosto de 1993, p. 116989).

Actualmente, pues, la sistemática del delito de lavado de dinero en el Código Penal Peruano es la siguiente:

a. Actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes (Art. 296ºA).

b. Actos de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero (Art. 296ºB).

Ahora bien, se trata de tipos legales autónomos con relación a la figura delictiva prevista por el artículo 296º. Es más, entre el artículo 296ºA y el artículo 296ºB no es posible encontrar una vinculación normativa que permita sostener que el segundo es un tipo derivado calificado del primero, ya que la redacción de ambas disposiciones alude a *modus operandi* plenamente diferenciados tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos.

Por lo demás, la legislación nacional sólo ha tipificado formas dolosas de lavado de dinero. No son relevantes, por tanto, para nuestro derecho penal, los actos de conversión o transferencia de bienes provenientes o derivados del tráfico ilícito de drogas que se ejecuten bajo efectos de un error de tipo o por actuar culposo del agente. De esta manera, pues, nuestro legislador se ha alejado, prudentemente, de soluciones político-criminales poco esclarecidas como la propuesta por la CICAD a través de la discutida fórmula de la ignorancia intencional (Cfr. artículo 2º del Reglamento Modelo elaborado por la CICAD-OEA).

6.2.2. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

A pesar que el delito de lavado de dinero comparte el mismo capítulo que corresponde al delito de tráfico ilícito de drogas, no existen argumentos válidos y consistentes que permitan sostener desde cualquier perspectiva- sea dogmática o político criminal- que el bien jurídico tutelado con la criminalización de aquella infracción sea también la salud pública. En principio porque el acto del lavado es posterior a cualquier conducta de tráfico ilícito de drogas; es más, como se admite unánimemente en la doctrina y legislación extranjeras, el autor de un delito de lavado de dinero debe ser completamente ajeno a cualquier delito precedente de tráfico ilícito de sustancias fiscalizadas (En este sentido: Alberto Nestor Cafetzoglus. *Delitos con Drogas*. Ed, Centro Norte. Buenos Aires, 1991, p. 81; José Luis Díez Ripollés. *Los Delitos Relativos a Drogas.. Ob. cit., p. 97 y ss.*). Y, luego, porque la función político-criminal que vincula al lavado de dinero con el delito de narcotráfico, desde la Convención de Viena, es fundamentalmente de orden táctico y no estratégico; esto es, se le criminaliza y sanciona como medio de neutralizar la operatividad del tráfico ilícito pero no porque el lavado de dinero sea, en sí mismo, también un supuesto delictivo del tráfico ilícito de drogas. De allí que aparezca como más conveniente y adecuada la decisión europea de calificar como punible todo supuesto de lavado de dinero ilegal, con absoluta independencia del tipo de infracción o del bien jurídico afectado por el delito que produjo el capital lavable (Cfr. Art. 6º de la Convención Europea sobre Blanqueado, Rastreo, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen).

Por otro lado, tampoco resulta del todo acertado, considerar al lavado de dinero como un delito que colisiona únicamente con bienes jurídicos macrosociales como el orden económico o el sistema financiero de un país. Dado que si bien es cierto que los principales efectos del delito que analizamos puede distorsionar los indicadores y la estabilidad reales de la economía de un Estado, no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación normativo-financiera o normativo-tributaria de los países, tal como nos lo demuestra la existencia de los llamados “paraísos financieros”. De allí que no sea del todo coherente con la realidad criminológica y político-criminal del ilícito que nos ocupa, sostener -como lo hace LAMAS PUCCIO- que las conductas de lavado de dinero amenazan únicamente “la estabilidad económica de cualquier sociedad”(Luis Lamas Puccio. *Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero... Ob. cit., p. 95 y 96*).

Finalmente, se aprecia también como poco convincente, particularmente por lo lineal de su enfoque político-criminal, la posición que adscribe al lavado de los bienes provenientes del narcotráfico como un injusto que compromete tan sólo al bien jurídico administración de justicia. Sin embargo, en lo estrictamente operativo este bien jurídico se presenta como el más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que el dinero obtenido con el tráfico ilegal de drogas o los bienes que fueron adquiridos con él tienen la calidad material de efectos del delito (Cfr. José Luis Díez Ripollés. *Ob. cit., p. 96 y ss.*). Ello explica que existía en el derecho extranjero predilección por asimilar los actos de lavado de dinero a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como modos de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia (Cfr. Alberto Nestor Cafetzoglus. *Delitos con drogas... Ob. cit., p. 81*. Diferente criterio asume el Proyecto de Código Penal Español de 1992 [Cfr. Arts. 430º a 433º y Arts. 306º a 309º]). No obstante, si nuestro legislador hubiera sido partícipe de este criterio quizás le hubiera bastado para reprimir el lavado de dinero con modificar la redacción y los alcances del artículo 405º del Código Penal (Según este artículo :“El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”). Lo cual -como hemos señalado- no ocurrió, siquiera, con las variantes que en la tipificación de dicho delito introdujo la Ley 25404.

Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político-criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización.

Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultaneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas. En todo caso, el lavado de dinero conjuga características propias de los delitos de peligro y de mera desobediencia.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que la actual ubicación sistemática que tiene el lavado de dinero en el Código Penal Peruano es inadecuada. Que, por tanto, sería recomendable que el legislador elabore para tal ilícito un título especial que muy bien podría acondicionarse luego de los delitos contra la administración pública o de los delitos contra la fe pública.

6.2.3. LA TIPICIDAD

6.2.3.1. CONVERSION, TRANSFERENCIA Y OCULTAMIENTO DE BIENES

El artículo 296ºA tipifica el delito de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes. Dicho dispositivo tiene por fuente legal extranjera el artículo 25º de la Ley Argentina 23.737, y como precedente nacional inmediato el Decreto Legislativo 736. Asimismo, el artículo que comentamos responde en su sentido funcional a las recomendaciones de tipificación del delito de lavado de dinero, propuestas en los literales b) y c) del artículo 3º de la Convención de Viena de 1988 y de los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 2º del Reglamento Modelo Americano de 1992.

En el derecho extranjero encontramos construcciones típicas semejantes en el artículo 77º de la Ley Ecuatoriana 108 de 1990; en el artículo 37º de la Ley Venezolana de Reforma Parcial de 1993; y en el artículo 263ºE del Código Penal Panameño, modificado por la Ley 23 de 1986. Por su parte, el Anteproyecto Peruano de 1993, criminaliza la conversión, transferencia y ocultamientos de bienes, con mejor técnica legislativa, en sus artículos 9º y 10º.

En su estructura el artículo 296ºA del Código Penal Peruano aparece como un tipo legal alternativo que define varias opciones de conducta delictiva que pueden ser ejecutadas por el sujeto activo. Sin embargo, ello no significa que para la tipicidad del delito sea menester que el agente realice dos o más de los comportamientos tipificados, bastando, solamente, que el autor practique cualquiera de las hipótesis previstas por la ley, para que su conducta adquiera relevancia penal. No obstante, por las características y conexión de los actos descritos en el artículo 296ºA resulta frecuente que quien convierta, transfiera u oculte bienes provenientes o derivados del narcotráfico, sea proclive a cometer sucesiva o simultáneamente más de uno de los actos criminalizados.

Según el dispositivo que analizamos, constituyen supuestos típicos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes las siguientes conductas:

- a. Los actos o negocios jurídicos de cualquier tipo que involucren la traslación del dominio, posesión o tenencia de bienes o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas sea que se realicen a título oneroso o gratuito.

La doctrina identifica como objeto de acción del delito tanto al dinero en efectivo, como también, a los bienes que fueron adquiridos con él sean éstos muebles o inmuebles. DIEZ RIPOLLES evaluando los alcances dados por la legislación española afirma que el objeto de la acción del delito está dado tanto por dinero, bienes de otro tipo o títulos de valor económico que son “obtenidos directamente como contraprestación del tráfico ilícito de drogas”, pero, además por las ganancias que serían “los bienes o beneficios económicos obtenidos indirectamente del tráfico por la transformación de los efectos inicialmente conseguidos” (Cfr. José Luis Diez Ripollés. *Los Delitos... Ob. cit.*, p. 96 y ss.).

En tal sentido, pues, el sujeto activo puede invertir capitales, vender, empeñar, transferir, ceder o suministrar bienes o ganancias, derivados directamente o indirectamente del tráfico ilícito de drogas (En términos semejantes aunque analizando el artículo 296ºA en la versión propuesta por el Decreto Legislativo 736, véase Luis Lamas Puccio. *Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero... Ob. cit.*, p. 139).

- b. Los actos de encubrimiento en cualquiera de sus modalidades. Esto es, la adquisición, custodia, posesión u ocultamiento de bienes provenientes o derivados del tráfico ilícito de drogas. El sujeto activo puede, pues, comprar, recibir en donación, actuar como depositario, o esconder efectos o ganancias del narcotráfico.

Es de señalar que el intercambio informal de dólares provenientes del tráfico ilícito de drogas, se adecúa perfectamente a las hipótesis típicas del artículo 296ºA.

Ahora bien, es de asumir que quien ejecute cualquiera de los comportamientos previstos por el artículo 296ºA debe ser ajeno a los actos de tráfico ilícito de drogas que dieron origen a los productos ilegales. Al respecto, es de señalar que el artículo 25º de la Ley Argentina 23.737, que sirvió de modelo para la redacción del artículo 296ºA, establece de modo expreso que el autor del ilícito que nos ocupa no debía de “haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de delitos previstos en esta ley”. De allí que CAFETZOGLUS sostenga, con convicción, que “condición negativa de la figura es que el agente no haya intervenido en el delito que genera el valor ni como autor ni como partícipe” (Alberto Néstor Cafetzóglus. *Delitos con Drogas... Ob. cit.*, p. 81).

A nivel del tipo subjetivo el legislador ha considerado que las conductas incriminadas por el dispositivo legal que se revisa, deben ejecutarse dolosamente. Debiendo de comprender el dolo del agente, la conciencia y voluntad sobre la procedencia u origen ilegal del bien o ganancia que se convierta, transfiera u oculte. Es más, la ley incluso declara como suficiente para la tipicidad del hecho el que el sujeto activo haya actuado con dolo eventual; esto es, que bastará que él haya sospechado la ilegalidad de la procedencia de los bienes o ganancias, en razón de su posible conexión con el producto del narcotráfico. No obstante, si en el agente concurren subjetivamente ignorancia, error o buena fe al momento de adquirir, transferir o poseer un bien de procedencia criminosa, su comportamiento deviene en atípico y carente de relevancia penal. Sobre este particular, incluso DIEZ RIPOLLES ha sostenido la ausencia de dolo cuando el autor conoce “la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito” (*Ob. cit.*, p. 92). Por lo demás, la ley no exige que el agente conozca qué delito concreto de tráfico ilícito de drogas permitió generar el bien o ganancia que se convierte, transfiere u oculta (*Idem.* p. 92; véase también: José Luis De la Cuesta Arzamendi. *El Marco Normativo de las Drogas en España*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, p. 406).

Es importante destacar que a diferencia del delito de receptación patrimonial, la tipicidad subjetiva del ilícito que estudiamos no requiere que el autor haya actuado con ánimo de lucro. Este criterio es también predominante en la doctrina extranjera. Así por ejemplo, CAFETZOGLUS señala que si bien el tipo legal del lavado es semejante al de encubrimiento, el primero resulta “sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aun sin ánimo de lucro” (*Ob. cit.*, p. 81). Por su parte DE FARIA COSTA afirma: “Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro

ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley). como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital” (José de Faria Costa. O Blanqueamiento de Capitais... Ob. cit., p. 20). No obstante, en España, donde el lavado de dinero es asimilado como forma impropia de receptación patrimonial, DIEZ RIPOLES asume que siendo la base de la conducta típica el que el autor se aproveche de los bienes o ganancias derivadas del delito de tráfico ilícito de drogas, “si el aprovechamiento es «para sí» deberá exigirse el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. Ello unido al concepto de aprovechamiento, hará que en esta variante no se incluya la simple posesión o uso de los efectos o ganancias” (Ob. cit., p. 94).

El delito es instantáneo, pues se consume con la mera realización de alguna de las conductas previstas por la ley. La tentativa según los casos es configurable y punible conforme a las reglas del artículo 16º del Código Penal.

Las penas aplicables a los delitos previstos por el artículo 296ºA son las siguientes: pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 18 años; pena de multa entre 120 a 300 días multa e inhabilitación conforme a las limitaciones previstas por los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal. Se trata de penas conjuntas y con relación a las sanciones previstas por el Decreto Legislativo 736, únicamente la pena privativa de libertad ha sufrido un relativo incremento tanto en el mínimo como en el máximo legales (Véase la versión del artículo 296ºA contenida por el Decreto Legislativo 736).

6.2.3.2. CONVERSION O TRANSFERENCIA DE BIENES A TRAVÉS DEL SISTEMA DE

INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

El artículo 296ºB tipifica el delito de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero nacional e internacional. La influencia directa del derecho extranjero en su redacción, sólo se detecta a partir de las medidas de carácter criminalístico que contempla el párrafo tercero de dicho artículo, y que, en lo substancial, reproducen las mismas opciones de flexibilización del secreto bancario previstas por el artículo 26º de la Ley Argentina 23.737. Medidas criminalísticas que, por lo demás, se alinean con las propuestas derivadas de la Convención de Viena (artículo 7º, inciso 5º) y del Reglamento Modelo Americano (artículo 19º).

Es de señalar que la redacción de este dispositivo tiene su precedente nacional en el Decreto Legislativo 736 y el Decreto Ley 25428. Sin embargo, su versión actual fue introducida al Código Penal mediante la Ley 26223.

Cabe agregar que en el derecho comparado son escasas las legislaciones que contemplan una hipótesis delictiva similar a la peruana. Concretamente podríamos referirnos a los artículos 263ºB, 263ºC, 263ºCII y 236ºD del Código Penal Panameño, modificado por la Ley 23 de 1986; al artículo 37º “parágrafo único”, de la Ley Venezolana de Reforma Parcial de 1993.

En Anteproyecto Peruano de 1993 considera, con corrección, que el empleo del sistema bancario o financiero para actos de lavado de dinero constituye circunstancia agravante (Art. 11º).

La estructura típica del artículo 296ºB del Código Penal nacional, nos presenta también a un tipo legal de carácter alternativo, puesto que el agente puede realizar el delito a través de dos conductas: la conversión de bienes, o la transferencia de los mismos al extranjero.

Ahora bien, el legislador precisa que los actos de conversión o transferencia deben ejecutarse, a su vez, bajo dos modalidades típicas:

- a. Utilizando cualquier movimiento o procedimiento propios del servicio financiero; y
- b. Repatriando capitales o bienes desde el extranjero a través de los medios legalmente admitidos o de procedimientos extralegales.

En tal sentido, pues, el acto de lavado puede ejecutarse con la adquisición de títulos valores financieros, abriendo cuentas corrientes o de ahorros, emitiendo garantías o fianzas, ejecutando

pagos de amortización de créditos, adquiriendo o vendiendo divisas, etc. Y estas operaciones pueden ejecutarse únicamente con el sistema de intermediación financiera, o con terceros pero con participación de un agente del sistema financiero en la transacción o negocio.

Por sistema bancario o financiero la ley designa a un conjunto de entidades que con autorización legal realizan actividades de financiamiento. Se trata, pues, de términos que deben ser interpretados desde una óptica predominantemente funcional. De allí que deba involucrarse dentro de sus alcances a toda aquella organización que maneje fondos del público o que los facilite a terceros, con independencia de su denominación operativa o de su categoría específica en la actividad bancaria o financiera (Cfr. Víctor Rivas Gómez, *Terminología Bancaria y Financiera*. Ed. ARITA E.I.R.L. Lima, 1986, p. 349 y ss). En todo caso, referencialmente, se pueden utilizar como criterios de interpretación las disposiciones que sobre el particular contemplan el Decreto Legislativo 770 o Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Arts. 3º, 4º, 5º, 246º, 401º y 409º), el Reglamento Modelo Americano CICAD-E/OEA (Art. 9º) y el Acuerdo Peruano-Norteamericano para Cooperar en la Prevención y el Control del Lavado de Dinero proveniente del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Según el inciso 4º del artículo 1º [Definiciones] del Acuerdo Peruano-Norteamericano por "Institución Financiera se entiende todo agente, agencia, sucursal u oficina, ubicados en el territorio nacional de las Partes y toda entidad bajo la jurisdicción de: para el Perú la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores..."). Al respecto RIVAS GOMEZ precisa que el sistema bancario y financiero está compuesto por el "Conjunto de Instituciones de crédito que con sus operaciones dan vida al mercado nacional de capitales y cuya función esencial consiste en posibilitar el flujo de recursos financieros de las manos de los ofertantes a las manos de los demandantes de capitales" (Víctor Rivas Gómez. *Terminología Bancaria y Financiera*. Ob. cit., p. 350).

Es importante precisar que en esta modalidad ejecutiva del delito, el sujeto activo debe actuar siempre como cliente bancario o financiero. Es decir, "como ofertante o demandante de fondos" que emplea las operaciones y servicios que realizan los intermediarios financieros en general (Cfr. Idem). En relación a esto último es de tener presente las consecuencias accesorias que establece el artículo 105º del Código Penal, cuando el agente del delito realiza el lavado de dinero a través de una persona jurídica que opera como cliente financiero; o, también, cuando se utiliza a la organización de la persona jurídica para facilitar el delito.

Pero también el delito puede materializarse a través de la repatriación de capitales al país. En esta modalidad la tipicidad no exige que el capital se haya gestado íntegramente en el extranjero, puede ser, incluso, que parte del mismo haya salido del país. Tampoco la ley penal limita la configuración del delito a la forma legal o clandestina con que el capital de origen nacional hubiera salido al extranjero. Finalmente, la disposición del artículo 296ºB no fija montos mínimos o máximos para el capital repatriable, los cuales, en todo caso, se ajustarían a los límites fijados para la modalidad específica de la repatriación, sea que se trate de dinero en efectivo, valores cotizables, bienes en general, etc. Sin embargo, de momento esta figura delictiva deviene en poco práctica, ya que la repatriación de dólares en nuestro país no está sujeta a un control sobre la procedencia de dicho capital.

En efecto, a través del Decreto Supremo Extraordinario N° 213-PCM/93 se ha ampliado la vigencia del Decreto Supremo N°094-88-EF sobre repatriación de moneda extranjera y cuyo artículo 1º precisa entre otras cosas, que "las personas naturales o jurídicas que posean moneda extranjera en el exterior por cualquier concepto podrán ingresarla al país sin especificación de procedencia de origen, libre de toda obligación tributaria derivada del impuesto a la renta". Por lo que dicha liberalidad, como sostiene BARBA MITRANI, estaría facilitando el lavado de dinero "dado que no existe ninguna restricción para el ingreso de estos capitales ni existe la obligación de explicar su procedencia. En este sentido existe el riesgo que éste sea un canal a través del que podría ingresar dinero proveniente de este delito" (Cfr. Verónica Fernandini. *Lavando lo ilegal*. Ob. cit., p. B-9). Una crítica similar a esta política de hacer "vista gorda" ante la repatriación de capitales ha sido sostenida por COZ RAMOS, quien afirma que disposiciones semejantes al D.S.E. 213-PCM/93 "favorecen precisamente el lavado del dinero" (Ernesto Coz Ramos. *Rol Preventivo de la Banca en los Delitos de Lavado de Dinero*. Papers VIII Congreso Latinoamericano de Seguridad Bancaria. Lima, 1993, p. 22).

El objeto de acción del delito sigue siendo el dinero, bienes o ganancias que se originan o derivan del tráfico ilícito de drogas. En otros términos la conducta delictiva en cualquiera de sus dos

manifestaciones gira en torno a transacciones y operaciones realizadas en base al producto del narcotráfico. Entendiendo por producto el mismo concepto que a la expresión le adjudica el inciso 7º del artículo 1º del Reglamento Modelo Americano. Esto es: “bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de la comisión de un delito de tráfico ilícito de drogas o delitos conexos” (En términos semejantes se expresa la Convención europea de 1990, en el literal a) de su artículo 1º (terminología): “produit, designe tout avantage économique tiré d’infractions pénales. Cet avantage peut consister en tout bien tel que défini á l’alinéa b du présent article”. Y el literal b) de dicho artículo primero señala: “bien, comprnd un bien de tunte nature, qu’il soit corporel o incorporel, meuble o immeuble, ainsi que les actees juiridiques ou documents attestand d’un titre o d’un droit sur le bien”).

Por sus características típicas nos inclinamos a considerar que este delito también podría ser cometido por el propio traficante que obtuvo el dinero sucio.

En cuanto al tipo subjetivo, este delito requiere dolo directo o eventual sobre la operación que se ejecuta, conociendo o cuando menos vislumbrando el origen ilegal de los bienes convertidos o transferidos. Pero, además, concurre en la tipificación un elemento subjetivo especial distinto del dolo, y que relaciona la conducta del agente con un objetivo específico de ocultar el origen ilegal del dinero o bienes objeto del delito. Esta especie de dolo específico es requerida de manera particular por la modalidad de la repatriación. Es así que al referirse a este supuesto típico el legislador señala: “El que interviene en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países...o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos...”

El delito se consume con la realización de cualquiera de los actos de conversión o transferencia. La tentativa es configurable y punible según las disposiciones correspondientes del Código Penal.

Ahora bien, la pena aplicable al presente delito es cadena perpetua; es decir, privación de libertad indeterminada y de por vida. En todo caso, la participación de un cómplice secundario deberá ser sancionada teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 25º y sobre la base de los límites legales de la pena en el artículo 296ºA. Actitud semejante habría que adoptar frente a la configuración de una tentativa, en consideración a lo dispuesto en el artículo 16º del Código Penal.

La gravedad de la pena, sólo explicable por el simbólico afán criminalizador propiciado por el Ejecutivo con los proyectos que el Presidente Fujimori alcanzó al Congreso en cumplimiento de lo anunciado en su mensaje del 28 de julio de 1993 (Cfr. Proyecto del Ejecutivo remitido al Congreso Constituyente Democrático a través del oficio N° 202-93-PR del 31 de julio de 1993), distorsiona completamente los criterios de proporción y de necesidad, a la vez que fija una sanción de límites tasados que impide al Juzgador morigerar sus excesos, según las características y circunstancias del caso concreto.

Es de señalar, finalmente, que el párrafo segundo del artículo 296ºB sanciona también con cadena perpetua al agente que esté vinculado a una organización dedicada a actividades terroristas, o que siendo miembro del sistema bancario o financiero actúe con dolo directo en cualquiera de los supuestos criminalizados. Al respecto, es menester hacer las siguientes precisiones:

- a. En primer lugar, la formula carece de trascendencia pues la penalidad conminada es la misma que la prevista en los supuestos del párrafo primero del artículo 296ºB. De allí que es suficiente, entonces, para ser sancionado con cadena perpetua el realizar cualquiera de los supuestos de conversión o transferencia de bienes a través del sistema de intermediación financiera, con absoluta independencia de otras actividades ilícitas a las que esté vinculado el autor. No hay pues, sentido ni efecto político-criminal justificable que explique el hacer una distinción entre los sujetos del delito, como lo pretende el párrafo segundo del numeral 296ºB.
- b. En segundo lugar, la alusión hecha a la condición de intermediario financiero del agente, pero, sobre todo, a la existencia subjetiva del dolo directo obscurece la tipificación del delito. Veamos:

De acuerdo al Decreto Legislativo 770 los intermediarios financieros sólo pueden operar como empresas; esto es, como personas jurídicas. En tal sentido, se trata de entes a los cuales no se les puede aplicar una pena privativa de libertad, salvo que concurra el supuesto de la actuación en nombre de otro, al que alude el artículo 27º del Código Penal. De modo, pues, que sólo en la medida en que el delito se ejecute por un órgano del intermediario financiero, que actúe en los términos del precitado artículo, la pena de cadena perpetua será aplicable.

La exigencia que hace el legislador en torno a que el agente actúe a "sabiendas de la procedencia ilícita del dinero", quiebra la coherencia del artículo 296ºB en lo referente a la posible admisión del dolo eventual, y ello implica afirmar que si el agente del sistema bancario o financiero actuó con dolo eventual su conducta debería ser considerada como atípica, o en todo caso quedar a un nivel de complicidad en la comisión del delito previsto por el párrafo primero del mencionado artículo, o asimilarse exclusivamente a la hipótesis del artículo 296ºA.

En lo esencial, pues, la aplicación de la pena de cadena perpetua para actos previstos en el artículo 296ºB, primer párrafo, ha hecho innecesaria y poco coherente las hipótesis propuestas en el párrafo segundo de dicho numeral. Lo adecuado y conveniente, desde una óptica de lege ferenda, sería considerar el párrafo segundo como una circunstancia agravante, tal como ocurría en la versión original que del numeral 296ºB introdujo el Decreto Ley 25428 (Según los párrafos segundo y tercero del texto original del artículo 296ºB, la pena aplicable para los casos que hoy contempla el segundo párrafo de la redacción modificada introducida por la Ley 26223, era privativa de libertad no menor de 25 años). En consecuencia debe de modificarse la pena actualmente conminada para el párrafo primero, de tal modo que la cadena perpetua quede exclusivamente prevista para los supuestos agravados, que serían los hoy considerados en el apartado segundo del dispositivo comentado (Al consultarnos la Comisión de Justicia del CCD sobre el proyecto del Ejecutivo N° 122-93-CCD-CJ, del 6 de agosto de 1993, le recomendamos que sólo debía de modificarse el párrafo segundo del artículo 296ºB con la siguiente redacción: "la pena será cadena perpetua, si el agente siendo miembro del Sistema Bancario o Financiero, actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero").

6.2.4. ASPECTOS CRIMINALISTICOS Y DE PROCEDIMIENTO PENAL

Al igual que el texto original del artículo 296ºB, que incorporó al Código Penal el Decreto Ley 25428, el legislador en la modificación introducida con la Ley 26223 conserva similares disposiciones de carácter criminalístico que aquellas que inicialmente contenía la versión del Decreto Legislativo 736 (Cfr. Artículo 296ºB, cuarto párrafo, en el Texto Original del Decreto Legislativo 736). Y que como se ha mencionado tienen su origen en el artículo 26º de la Ley Argentina 23.737.

En el Anteproyecto Peruano de 1993 también se han incorporado normas similares con fines criminalísticos en el artículo 42º.

En líneas generales las disposiciones previstas en el párrafo tercero del artículo 296ºB tienden a facilitar la investigación pre-judicial del delito de lavado de dinero a través del sistema de intermediación financiera. En tal sentido, se excluye la reserva y el secreto bancario o tributario para aquellos clientes financieros o contribuyentes en los cuales concurren indicios razonables de estar realizando operaciones de lavado de dinero.

Ahora bien, la ley establece que sólo el Fiscal de la Nación de oficio o a petición de las autoridades policiales podrán demandar el levantamiento del secreto o de las reservas pertinentes a la investigación. Y, además, la norma que comentamos precisa como condición, que la información que se obtenga de las fuentes financieras o tributarias sólo podrá emplearse para los fines de la investigación de actos de lavado de dinero proveniente del narcotráfico, o de sus relaciones con el terrorismo.

La flexibilización del secreto bancario o tributario es en el presente una praxis bastante frecuente, para la detección y control de delitos de organización o financieros. Sus antecedentes más relevantes se encuentran en la legislación antimafia italiana. En efecto, la Ley 642/1982 del 13 de setiembre de 1982, y que fuera luego sucesivamente modificada por la Ley 726/1982 del 12 de octubre de 1982 y por la Ley 936/1982 del 23 de diciembre de 1982 (El texto legal de tales disposiciones puede verse en Doctrina Penal, 1983, p. 355 y ss.), autorizó la vigilancia, investigación y confiscación de los capitales

y bienes de dudosa procedencia y en propiedad de personas involucradas con las organizaciones mafiosas. En tal sentido, como sostiene PALAZZO “Las... comprobantes patrimoniales son particularmente penetrantes, tanto sea por la extensión como por la intensidad. Desde el primer ángulo de mira, se extienden también a sujetos diferentes del sospechoso y que aparecen como titulares solamente ficticios de los bienes patrimoniales, los que pertenecen, en puridad, al mafioso. Desde el segundo punto de vista, está dicho que a los órganos inquisidores les está permitido recabar todas las informaciones útiles de parte de oficinas públicas, bancos públicos y privados, sociedades de crédito. Además, a las autoridades de policía, específicamente investidas de lucha contra la mafia [“Alto Comisario”], les ha sido conferido también el poder de acceder a dichas oficinas y de requerir informaciones a personas económicas privadas, que están obligadas a darlas [Ley 726 del 12 de octubre de 1982]” (Cfr. Francesco C. Palazzo. Perfiles Generales de la Reciente Legislación “Antimafia” en Italia, en Doctrina Penal, 1983, p. 352). Por lo demás la eficacia de este tipo de medidas ha sido destacada particularmente por SCOTTI, quien, en 1986, planteaba, incluso, la internacionalización de este tipo de procedimientos de investigación criminal financiera. (Luigui Scotti, La Lucha contra el Crimen Organizado: Un Enfoque Financiero Nacional e Internacional, en Revista Internacional de Política Criminal N° 402, 1988, p. 231). Lo cual, como se ha podido apreciar, fue luego propuesto legislativamente por la Convención de Viena, por el Reglamento Modelo Americano y también por la Convención Europea de 1990 (El inciso 1º, del artículo 4º [Pouvoirs et techniques spéciaux d’ investigation] de la Convención Europea de 1990, precisa: “Chaque Partie adopte les mesures législatives, et autres qui se révèlent nécessaires pour habiliter ses tribunaux o ses autres autorités compétents á ordonner la communication o la saisie de dossiers bancaires, financiers o commerciaux afin de mettre en oeuvre les mesures visées aux articles 2 et 3. Une Partie ne saurait invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet aux dispositions du present article”).

A nivel del derecho interno, el precedente más cercano a las medidas criminalísticas que recoge el artículo 296ºB, en su tercer párrafo, lo encontramos en los restringidos alcances del artículo 85º del Decreto Ley 22095 (En dicho artículo se dispone: “Los sectores público y no público están obligados a prestar todo tipo de información, colaboración técnica y de brindar las facilidades solicitadas por las organizaciones administrativas... y por las instituciones policiales en el cumplimiento de su función”).

Ahora bien, la legislación bancaria o tributaria del país ha admitido siempre que el secreto o reserva de la información sobre clientes y contribuyentes pueden ser levantados por mandato “judicial” (Al respecto el artículo 235º del derogado Decreto Legislativo 637 -Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros- señalaba: “La reserva bancaria no opera cuando medie pedidos formulados por los jueces y tribunales; cuando la información concierne a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas implicadas en narcotráfico, cuando exista requerimiento emanado de sociedades de auditoría, entre otros casos”. Por su parte el artículo 62º inc. 10º del también derogado Decreto Ley 25859 - Código Tributario - autorizaba a la SUNAT a pedir información financiera para efectos de control tributario “en su función fiscalizadora la administración tributaria podrá requerir a las entidades del sistema bancario, financiero y de seguros, informaciones relacionadas con obligaciones tributarias en forma específica e individualizada de los deberes tributarios manteniendo la reserva de la información obtenida). No obstante, las variantes que a dicho procedimiento imprime el artículo que analizamos, se relacionan con el posible acceso a dichos datos confidenciales del Ministerio Público a través del Fiscal de la Nación, y por intermedio de este último de la autoridad policial. Cabe señalar, que en la Constitución de 1993 el legislador ha precisado que “el secreto bancario y la reserva tributaria sólo pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Parlamento con arreglo a ley y siempre que se refieran a los fines del caso” (Art. 2º, Inc. 5º, 2º pf.). Una crítica inicial al artículo 296ºB y al artículo 2º inciso 5º, 2º párrafo de la Constitución de 1993, emerge como consecuencia de considerar únicamente al Fiscal de la Nación como el órgano facultado para pedir el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria, toda vez que por su jerarquía y funciones dicho órgano no podrá atender con la oportunidad debida los pedidos que se le hagan, y, de modo particular, aquellos que provengan del interior del país.

Otro problema a dilucidar, se refiere a la definición del ente ante el cual el Fiscal deberá solicitar el levantamiento de las reservas citadas. Al respecto, y tratándose exclusivamente del secreto bancario, la legislación interna anterior (Decreto Legislativo 770) no lo especificaba, razón por la cual cabía plantear hasta tres opciones diferentes. Primero, el Fiscal de la Nación se debía dirigir directamente ante la institución bancaria específica de la cual requería la información. Segundo, el órgano máximo del Ministerio Público podía hacer su solicitud a través de la Superintendencia de Banca y Seguros. Y,

tercero, el Fiscal de la Nación podía requerir al banco correspondiente el levantamiento de las reservas, a través del Poder Judicial. Ahora bien, conforme al actual Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (Ley 26702) se precisa que el Fiscal de la Nación debe requerir la información que le sea necesaria a la través de la Superintendencia de Banca y Seguros (Art. 143º, séptimo párrafo).

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la nueva Constitución, y aceptando con VILELA PROAÑO que el secreto bancario tiene ahora rango de derecho fundamental (María del Pilar Vilela Proaño. Bancocliente: Una Relación de Confianza, en Economía y Derecho, suplemento del Diario Oficial el Peruano, edición del 9 de agosto de 1993, p. B-13), es indudable que desde un punto de vista estrictamente criminalístico aplicado hubiere convenido más que el Fiscal de la Nación pudiera optar por la primera de las posibilidades antes señaladas; e, incluso, que él pudiera delegar dicha facultad al Fiscal Provincial que conoce de la investigación, tal como se estableció en la versión original Decreto Legislativo 736. En todo caso, para no desconocer ni perjudicar las facultades cautelares que sobre los derechos ciudadanos posee el órgano jurisdiccional, la Ley podría disponer que el Fiscal de la Nación ponga en conocimiento del Juez competente su decisión de solicitar el levantamiento del secreto bancario para el ciudadano sobre quien recaen los indicios razonables de estar ejecutando actos de lavado de dinero.

La legislación argentina que sirvió de fuente a la norma que analizamos sólo otorga la facultad de levantar reservas al órgano judicial (Cfr. artículo 26º). En nuestro medio, en cambio, si el Fiscal actuase del modo que hemos sugerido, la acción de la judicatura quedaría limitada a la de jurisdicción preventiva y a la de ente dirimente frente a la eventual negativa de la entidad bancaria de acceder al requerimiento del Fiscal de la Nación (Cfr. Arsenio Oré Guardia. Código Procesal Penal. 2º edición. Alternativas. Lima, 1993, p. XXXIX y XL).

Es de señalar que la normatividad del Sistema Financiero, también permite el levantamiento del secreto bancario a solicitud de un gobierno extranjero, de mediar un Convenio de Asistencia Mutua. En este caso también el pedido se canaliza por intermedio de la Superintendencia. Cabe anotar que la Ley no autoriza en ningún caso, la flexibilización del secreto bancario a pedido de la autoridad policial. Ello implica la imposibilidad absoluta de esta agencia de control de acceder a información financiera para la pesquisa de cualquier tipo de delito.

Finalmente, es de señalar que la normatividad bancaria refuerza también las restricciones anotadas con la disposición genérica del artículo 140º in fine, la cual señala que no "incurren en responsabilidad quienes se abstengan de proporcionar información sujeta a secreto bancario a personas distintas a las referidas en el artículo 143º. Las autoridades que persistan en requerirlas quedan incurso en el delito de abuso de autoridad tipificado en el artículo 376º del Código Penal".

Resulta, pues, bastante obvio que la nueva legislación bancaria mediatiza, abiertamente, varias alternativas de flexibilización del secreto bancario, propuestas internacionalmente para una mejor investigación del lavado de dinero. Particularmente, lo dispuesto por el Reglamento ModeloAmericano en el inciso 4º del artículo 11º; en el inciso 9º del artículo 12º y sobre todo en el artículo 19º. Es de demandar, por tanto, una revisión de las normas de la nueva Ley de Bancos, a fin de compatibilizar su legítimo afán proteccionista del secreto bancario de los clientes, con los objetivos políticos-criminales de la criminalización nacional e internacional de lavado de dinero, tal como ha ocurrido con la legislación venezolana, colombiana o panameña (Cfr. Arts. 213º y ss., de la Ley Venezolana de Reforma Parcial de la Ley Orgánica sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 193; Arts. 1º y ss. del Decreto Colombiano N° 1872 de 1992; y arts. 1 y ss. del Decreto de Gabinete Panameño N° 41 del 13 de febrero de 1990; Ricardo M. Alva. Lavado de Dinero. Papers p. 3 y ss.; Rafael Acosta Chacón. Lavado de Dinero Papers VIII Congreso Latinoamericano de Seguridad Bancaria. Lima p. 4 y ss.).

Ahora bien, en lo que corresponde al levantamiento de la reserva tributaria, el nuevo Código Tributario, promulgado con el Decreto Legislativo 816 del 20 de abril de 1996, establece en su artículo 85º que dicho levantamiento es procedente cuando lo ordene el órgano jurisdiccional en el contexto de un proceso penal, y cuando sea solicitado por el Fiscal de la Nación "en los casos de presunción de delito". Dado lo genérico de esta disposición, es de asumir que la suspensión de la reserva tributaria puede ser solicitada por el representante central del Ministerio Público, incluso con fines de investigación preliminar. Sin embargo, nuevamente la exigencia de que para proceder al

levantamiento de la reserva tributaria de una persona es necesario que la misma se halle procesada penalmente o que el Fiscal de la Nación sea el único ente facultado para solicitar dicho levantamiento, limitan de modo considerable la oportunidad y función criminalística de dicha medida. En términos similares se expresa también, respecto del levantamiento de la Reserva Bursátil, el artículo 47° de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo 861).

Por lo demás, resulta importante que el artículo 296°B condicione las circunstancias que pueden amparar decisiones de levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria. En tal sentido, es pertinente la referencia del párrafo tercero que alude a que sólo cabe adoptar tales medidas ante la existencia de "indicios razonables". Esto es, hechos o circunstancias que permitan inferir de modo suficiente y racional que determinada persona puede estar vinculada con actos de lavado de dinero. Tales indicios pueden referirse a los volúmenes de capital que el agente moviliza o su frecuencia de viajes al extranjero, o a la renta posible de la actividad económica declarada por él, etc (Sobre los alcances de la expresión "indicios razonables", véase: Domingo García Rada. Manual de Derecho Procesal Penal. 8° edición EDDILI. Lima, 1984, p. 28). Por otro lado, la norma en comentario también limita el uso de la información que se obtenga vía el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria, para el fin exclusivo de la investigación de posibles ilícitos de lavado de dinero o de la conexión de tales hechos con actividades terroristas. De allí, pues, que si de la investigación se detecta la posible comisión de otro tipo de delitos, por ejemplo, la evasión tributaria, el Ministerio Público o la autoridad policial no podrán usar contra el cliente o el contribuyente la información obtenida (Cfr. artículo 26° de la Ley Argentina; artículos 96° y 188° del Código Tributario Peruano).

Ahora bien, en relación a la prevención del lavado de dinero, las recomendaciones y disposiciones internacionales coinciden en reconocer un rol protagónico al sistema de intermediación financiera. De allí que el éxito de todo modelo de control de dicha forma de criminalidad dependa, de manera esencial, de la cooperación que puedan brindar los agentes financieros, los cuales pueden adoptar procedimientos de registro de operaciones con dinero de dudosa procedencia, así como de seguimiento sobre cuentas o movimientos financieros hechos en base a montos prefijados de dinero en efectivo. De otro lado, la transparencia de la relación intermediario financiero- cliente debe privilegiarse de tal modo que se proscriba la existencia de cuentas secretas o no nominales. Sobre el particular, pues, el cumplimiento del Código de Basilea, de la Directiva del Consejo de Europa y de las propuestas de control del Reglamento Americano son sumamente relevantes para toda política preventiva, que evite que el sistema de intermediación financiera siga siendo la principal vía del lavado de dinero proveniente o derivado del tráfico ilícito de drogas (Cfr. artículos 10°, 11°, 12°, 13° y 16° del Reglamento Modelo Americano OEA-CICAD. José Aparicio Calvo Rubio. II Jornada... Ob. cit., p. 645 y 646).

Con referencia a la adopción de medidas financieras de prevención en el Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros ha emitido la Resolución S.B.S N° 904-97 que introduce un "**Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero**". Asimismo, los artículos 375° a 381° de la Ley 26702 ha definido diferentes medidas y procedimientos para la detención y tratamiento de las "Transacciones Financieras Sospechosas". Estas normas recogen gran parte de las propuestas internacionales de control.

En cuanto al aspecto procedimental, es de precisar que al delito de lavado de dinero le corresponde la tramitación del proceso ordinario. Sin embargo, su instrucción y juzgamiento es competencia exclusiva de Juzgados y Salas Especializados en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y que tienen competencia nacional.

Ahora bien, debido a que la tipificación del lavado de dinero en el Perú tiene lugar con posterioridad a la reforma de la legislación penal ocurrida en 1991, es de asumir que, en principio, tal ilícito no era afectado por las prohibiciones que en lo referente a beneficios penales, procesales o penitenciarios, se establecían para los implicados en delito de tráfico ilícito de drogas en las leyes de la materia. Por lo demás, ni los Decretos Leyes 25428 y 25916, ni la Ley 26223 establecieron normas disponiendo lo contrario. Recién con la promulgación de la Ley 26320 (Art. 4°) se excluyeron a los condenados por lavado de dinero de los mencionados beneficios penitenciarios.

Finalmente, coincidimos con LAMAS PUCCIO en destacar la necesidad que se reglamenten los procedimientos de incautación de bienes, así como lo referente a la aplicación de medidas cautelares

patrimoniales que puedan recaer sobre terceros de buena fe (Cfr. Luis Lamas Puccio. Delito de Lavado de Dinero: ¿y la Reglamentación?, en Diario La República, edición del 28 de setiembre de 1993, p. 17). En ese sentido, nos parece conveniente que el legislador complemente las normas penales sobre lavado de dinero con disposiciones semejantes a las propuestas por el legislador argentino (artículo 25º, 4º párrafo de la Ley 23.737) y por el reglamento Modelo Americano (artículo 6º).

Igualmente estimamos que resulta insoslayable conformar, a la brevedad posible una Unidad de Inteligencia Financiera similar a las que ya operan en otros países de la Región como Estados Unidos y Panamá.

6.3. ALGUNAS REFLEXIONES DE LEGE FERENDA

Resulta obvio que la actual regulación del delito de lavado de dinero en el Perú, evidencia apreciables defectos de técnica legislativa y de enfoque político-criminal. Así mismo, se distinguen notorias omisiones sobre todo en lo relativo a medidas complementarias de control extrapenal.

Aparece, pues, como una tarea inmediata, sugerir algunas modificaciones a la legislación vigente. En tal sentido, consideramos que una reforma mínima y de corto plazo debe, cuando menos, tener en cuenta los siguientes cambios:

- a. Que el delito se ubique en un título independiente del Código Penal, extrayéndolo de la influencia sistemática de la criminalización del tráfico ilícito de drogas, a fin que el legislador pueda considerar también como objeto de acción del delito los efectos o ganancias provenientes o derivados de otras formas de criminalidad (tráfico de menores, proxenetismo internacional, enriquecimiento indebido, tráfico de armas, etc.).
- b. Que se reelaboren los tipos legales de manera que puedan definirse con mejor precisión y alcance las conductas criminalizadas. Asimismo, el legislador debe delinear las circunstancias calificantes del delito.
- c. Que se elaboren normas específicas para el decomiso de los bienes objeto del delito, y para la ejecución de las medidas accesorias que puedan recaer sobre personas jurídicas cuya organización o administración ha sido empleada para la comisión del delito.
- d. Que se incluyan disposiciones de carácter procedimental, que sirvan para cautelar los derechos patrimoniales de los terceros de buena fe que se vean circunstancialmente involucrados en la adquisición, transferencia o tenencia de bienes objeto del delito.
- e. Que se reelaboren las disposiciones sobre secreto bancario y reserva tributaria vigentes, a fin de hacerlas compatibles con la investigación financiera del lavado de dinero. Asimismo, que se regule que otros órganos del Ministerio Público, con autorización del Fiscal de la Nación, puedan solicitar el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria.
- f. Que se organice una Unidad de Inteligencia Financiera, la cual debe estructurarse como un ente autónomo pero con la participación de funcionarios de las distintas instituciones comprometidas con la prevención y represión del lavado de dinero.