



ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS
ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS
ORGANISATION DES ETATS AMERICAINS
ORGANIZATION OF AMERICAN STATES

17th Street and Constitution Avenue, N.W. Washington, D.C. 20006

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO.

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

Elaborado por
Dr. Ricardo Pinto
Dra. Ophelie Chevalier
Editado y aprobado por
Dr. Rafael Franzini Batlle
© CICAD

COMISION INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS

© *CICAD*

INDICE.

Introducción

- a. Problemática del delito de lavado de dinero**
- b. La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con el encubrimiento**

2. Bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos.

- a. La magnitud del problema a nivel económico del lavado de activos**
 - 1. Los métodos de lavado
 - 2. Los efectos económicos del lavado de dinero
 - Asignación incorrecta de los recursos económicos.
 - Corrupción del sistema financiero.
 - Transferencias de fondos con efectos desestabilizadores en la economía mundial
 - 3. El origen criminal de los ingresos.

b. Valores sociales afectados conforme organismos internacionales.

Instrumentos internacionales en el ámbito del lavado de activos.

- a. La Convención de las Naciones Unidas sobre drogas de 1988. Convención de Viena
- b. El trabajo de la Organización de los Estados Americanos. OEA.
- c. Actividades en Europa: El Consejo de Europa, La Convención de Europa sobre el blanqueo de capitales de 1990 y la Directiva de la Comunidad Europea.
- d. El Grupo de Acción Financiera. (GAFI)

c. Legislación comparada.

- i. Suiza
- ii. Alemania
- iii. España
- iv. Bélgica
- v. Argentina

vi. Colombia

- b. **El lavado de activos como conducta que afecta bienes jurídicos distintos al delito de encubrimiento (Administración justicia y orden económico)**

3. Acción típica. Tipo objetivo del delito de lavado

- a. **Normas internacionales**
 - a. a.1 **Análisis de las conductas**
- b. **Tipos objetivos**
 - 1. a.1.1 Conversión o Transferencia.
 - 2. a.1.2 Ocultación y encubrimiento
 - 3. a.1.3 Adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración
- c. **Derecho Comparado**
- d. **Diferencias entre el encubrimiento y el lavado de activos.**

4. El Sujeto activo en el delito de lavado de activos.

- a. **El autor del delito previo puede ser autor o partícipe del lavado de capitales.**
- b. **Derecho Internacional.**
- c. **Derecho Comparado**
 - 1. Clasificación.
 - 2. Efectos de la clasificación
- d. **Fundamentos para sustentar la exclusión del autor o partícipe del delito previo como sujetos del lavado de dinero.**
 - 1. El criterio del hecho posterior copeando para sostener la exclusión del autor del hecho previo.
 - 2. Lavado de activos como una forma de encubrimiento.
 - 3. El criterio de no exigibilidad de una conducta diferente
- e. **El sujeto del delito previo como autor o partícipe del lavado de activos. Crítica a la exclusión.**

1. Razones de política criminal
2. Afectación de bienes jurídicos distintos y desvalor de acción diferente
3. Existencia de un hecho delictivo diferente en tanto el lavado contiene un plus que no existe en la afectación de justicia. Distinto desvalor de acción con relación a la conducta del delito predicado.
4. Concurso real de delitos al haber conductas escindibles.
5. Plus en el desvalor de la acción
6. La búsqueda del fin de lucro y la actividad empresarial criminal como elemento distinto en el lavado de activos.

5. La autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo.

1. Introducción.

b. La cuestión de la autonomía del delito de lavado se relaciona con la carga de la prueba del delito anterior

c. La prueba indiciaria del origen ilícito de los bienes.

d. La comprobación del objeto del delito de lavado de activos.

e. Prueba indiciaria sustentada en testigos y expertos.

2. La carga de la prueba.

a. Métodos de prueba.

1) El método directo

2) El método indirecto

5. Aplicación del concepto de autonomía en supuestos de tipologías de lavado.

6. Conclusiones tentativas.

I. Introducción

a. Problemática del delito de lavado de dinero

El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo. El lavado de dinero consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar sus orígenes ilegales.¹

Actividades criminales tales como el desvío de armas, el contrabando o el tráfico ilícito de drogas generan grandes sumas de dinero por lo que las organizaciones criminales necesitan encontrar una vía para utilizar los fondos sin despertar sospechas respecto al origen ilícito de estos.² Durante l

En la segunda mitad del siglo XX, con la amenaza de modernas y sofisticadas formas de actividad criminal transnacional, ha surgido la preocupación por la insuficiencia de legislaciones nacionales eficaces para combatir el crimen organizado y las actividades tendientes a lavar el dinero proveniente de sus actividades ilícitas.³

A partir del fenómeno señalado surgieron nuevas legislaciones y esfuerzos en el ámbito internacional para combatir el lavado de dinero, así, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, conocida como la Convención de Viena de 1988⁴, el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves, de la CICAD de 1992⁵ y la última convención sobre la temática, la Convención de las

¹ FATF-GAFI, Financial Action Task Force on Money Laundering. “*Basic Facts about Money Laundering*”, ver www.oecd.org/fatf. El concepto encubrir implica la acción dirigida a lograr que el crimen cometido o sus consecuencias queden impunes en cuanto no pueda ser aprehendido el criminal y no pueda ser secuestrado el botín obtenido. En cambio el concepto de disimular si bien puede ser entendido como encubrir se diferencia de éste toda vez que no abarca únicamente el concepto clásico del delito de encubrimiento, sino la obstrucción del descubrimiento del origen de una cosa, en el tema en análisis del origen ilícito de los bienes.

² Idem.

³ CICAD, Organización de los Estados Americanos, “*Manual de Apoyo para la tipificación del delito*”, OEA, 1998.

⁴ UN, “*United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic drugs and Psychotropic substances, 1988*”

⁵ Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas, de aquí en más se cita la normativa como Reglamento Modelo CICAD.

Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.⁶ Del mismo modo tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional han realizado esfuerzos tendientes al control de esta actividad.⁷

El desarrollo actual de la delincuencia es hacia una criminalidad organizada, y no individual; empresas regidas por las leyes del mercado que dirigen su acción a la obtención de beneficios económicos aprovechando las oportunidades que brinda una economía mundial globalizada. Las estimaciones sobre los alcances del lavado de dinero indican que éste supera el producto bruto interno de la mayoría de los países, lo cual permite comprender fácilmente que las organizaciones criminales manejan fortunas y que resulta importante estudiar y legislar a efectos de combatir este fenómeno.⁸

Las consecuencias dañosas de esta nueva realidad pueden describirse como la contaminación y desestabilización de los mercados financieros poniendo en peligro las bases económicas, políticas y sociales de la democracia.⁹ Dado que la integridad del sistema bancario y de los servicios financieros depende fundamentalmente de la percepción que de los mismos tenga la sociedad, dicha reputación, entendida como integridad, es uno de los valores más importantes de ambos sectores. Si los fondos provenientes de actividades ilegales pueden entrar en una institución integrante del sistema por la participación intencional de un empleado o por su negligencia, la institución puede verse involucrada en una actividad delictiva asociada a una organización criminal afectando negativamente la reputación de la institución.¹⁰

Además el Fondo Monetario Internacional ha señalado como consecuencias perversas del lavado de activos a escala macroeconómica el cambio inexplicable en la demanda de dinero, lo que aumenta los riesgos bancarios, contaminando transacciones

⁶ UN, “*Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”, ver artículos 5 que penaliza la participación en un grupo delictivo organizado, artículo 6 que penaliza el blanqueo del producto del delito entre otros.

⁷ Ver en este sentido los ensayos publicados por estas instituciones: “*International Monetary Fund and World Bank: Enhancing contributions to combating money laundering*”, April 2001 y “*Financial System Abuse, Financial crime and Money Laundering*”, February 2001, en <www.imf.org>

⁸ Isidro Blanco Cordero, “*El delito de Blanqueo de Capitales*”, Ed. Aranzadi, 1997, pag 32.

⁹ Idem.

¹⁰ FATF-GAFI, Idem. Este ha sido el fundamento para desarrollar el Programa Hemisférico para la capacitación de funcionarios bancarios y de entidades reguladoras de entidades financieras financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo del cual la CICAD es Agencia Ejecutora.

financieras e incrementado la volatilidad del flujo de capitales y el cambio de las tasas de interés debido a cambios sin anticipación de capitales entre distintos países.¹¹

Es por las razones antes señaladas que el fenómeno del lavado de activos afecta en forma novedosa valores sociales tales como el orden socioeconómico. Y partir de tal hecho se debe subrayar que el blanqueo de dinero ya no sólo afecta a la administración de justicia como lo hace el delito de encubrimiento: el blanqueo, de acuerdo a una interpretación teleológica del mismo, daña el orden socioeconómico¹² al afectar tanto la libre competencia como la estabilidad y solidez del sistema financiero.¹³

b. La cuestión de la autonomía del delito de lavado y su relación con el encubrimiento

Una de las cuestiones centrales a tomar en consideración para valorar en la formación de leyes penales que pretendan penalizar el lavado de activos está relacionada con las similitudes y diferencias entre el delito de lavado de dinero y el encubrimiento. Es importante considerar si el delito de lavado es un delito independiente que puede ser diferenciado del encubrimiento. De ser así, el autor del delito previo puede ser considerado autor del crimen de blanqueo de dinero y, por ende pasible de ser penado en concurso con el delito precedente.¹⁴ Para comprender el delito de lavado de activos hay que valorar que en los instrumentos jurídicos internacionales una de las hipótesis de conducta del delincuente incurso en dicho delito puede coincidir con la del tipo penal del encubrimiento (en sus formas de favorecimiento real, personal o receptación) ; es decir, el lavado puede verse como una forma de encubrimiento calificado.¹⁵ El origen de la confusión entre ambos delitos surge por cuanto en las tipologías que se utilizan para describir la conducta de lavar activos se emplean verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento como ser encubrir y ocultar. Asimismo en situaciones en que se penaliza en el lavado el convertir o transferir como acciones típicas también se requiere

¹¹ Idem.

¹² Isidro Blanco Cordero, pag. 187.

¹³ Idem pag. 197.

¹⁴ Rafael Franzini-Battle, *“El delito de lavado de dinero (blanqueo de capitales)”*, pág. 11, (1995)

¹⁵ Idem, cf. Horacio Cattani

usualmente que dichas acciones tengan como finalidad el encubrir u ocultar el origen ilícito del bien.¹⁶

Asimismo es importante valorar si es necesario y mediante que tipo de procedimiento probatorio comprobar la comisión de un delito previo para corroborar la comisión del delito de lavado, o bien si a consecuencia del concepto de autonomía del delito de blanqueo de dinero es posible sostener que el crimen es independiente del delito predicado, pudiendo inferirse a partir de prueba circunstancial e indiciaria que hay un supuesto de lavado y que los fondos provienen de actividades que constituyen el delito predicado sin resultar necesario su acreditación previa.

En este aspecto el objetivo de este trabajo reside en analizar el alcance de la autonomía del delito de lavado de activos. De acuerdo a lo señalado más arriba, se concluye, por consideraciones de política criminal que es aconsejable admitir la sanción del autor del hecho previo como posterior lavador. Así, vimos que existen organizaciones criminales que, entre otros delitos, se dedican a lavar capitales y afectan no solo la administración de justicia, sino esencialmente el orden económico de los países y la comunidad internacional.¹⁷ Por lo tanto, para un control efectivo del fenómeno el blanqueo de capitales debe ser comprendido no sólo como una forma de encubrimiento sino como un delito independiente (autónomo) contra el orden socioeconómico. Asimismo se argumentará que la prueba indiciaria permite corroborar el delito de lavado y la procedencia ilegal de los fondos.

Siguiendo estos lineamientos en la Parte II se analizara el Bien Jurídico en el delito de lavado y sus diferencias con el del delito de encubrimiento, en la Parte III se describe la Acción típica tanto en los tratados y manuales internacionales, como en distinta legislación comparada. La Parte IV analiza la Participación en el delito de lavado y la exclusión o no del autor del delito previo como autor de este crimen. En el apartado V se considera la relación entre la prueba indiciaria y el concepto de autonomía del delito de lavado y en el apartado VI se describen casos de tipologías de lavado para

¹⁶ Ver en este sentido Convención de Viena art. 3 (b) (i), en contra de esta postura el Reglamento Modelo de CICAD, en el art. 2, apartado primero no requiere que la transferencia o el transporte de bienes se produzca con una finalidad específica.

¹⁷ En este aspecto se sigue la opinión de parte de la doctrina, (ver Blanco Cordero, idem pág. 553)

aplicar los conceptos explicados. Por último en el apartado VII se detallan las conclusiones.

II. Bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos.

a. La magnitud del problema en el ámbito económico del lavado de activos

Los estudios realizados durante la década de los 90 concluyeron que el lavado de dinero asciende al dos por ciento de Producto Bruto Mundial¹⁸. No obstante, las mismas evaluaciones destacaron que dicha aproximación podría no reflejar la magnitud del problema¹⁹. La evaluación de la magnitud del problema requiere que se consideren: 1) los métodos de lavado, 2) los efectos económicos del lavado de dinero, y 3) el origen criminal de los ingresos²⁰

1. Los métodos de lavado.

El desarrollo de las organizaciones criminales, por una parte, y de los instrumentos monetarios electrónicos, por otra, cambió el panorama de los instrumentos de lavado de dinero.

La globalización de la economía ha aumentado significativamente con el desarrollo de los mercados, la desregulación de los sistemas financieros y la reducción de los controles en las fronteras. Este proceso de globalización beneficia a las organizaciones criminales que desarrollan mecanismos de lavado de dinero que les permiten rápida y discretamente inyectar en los mercados mundiales el capital que resulta de actividades ilícitas. En este contexto, el dinero en proceso de lavado genera movimientos rápidos de capital y por ende participa en los movimientos especulativos.

Entre los instrumentos más utilizados para disimular el origen del dinero figuran las letras bancarias, fideicomisos, autopréstamos y “swaps”²¹. Y como consecuencia del desarrollo de técnicas más modernas de lavado de dinero, existe ahora una demanda de

¹⁸ Citado por Raine, L.P. y Cilluffo in *Global organised crime; the new empire of evil*, Center for Strategic and International Studies, Washington 1994. “Macroeconomic Implications of Money Laundering” de Peter J. Quirck, Monetary and Exchange Affairs Department, International Monetary Fund, June 1996.

¹⁹ “Money Laundering Methodologies and International and Regional Counter-Measures” de Rick McDonell, National Crime Authority, NSW, presentado a la conferencia “Gambling, Technology and Society: Regulatory Challenges for the 21th Century” organizada por el Instituto de Criminología Australiano, Sydney, 7-8 de mayo de 1998.

²⁰ Es sintomático que el Grupo Ad Hoc de la FATF para medir la magnitud del lavado de activos no haya podido arribar a conclusiones válidas y haya puesto fin a sus reuniones.

²¹ Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001, FATF.

profesionales tales como notarios (escribanos), abogados y contadores capaces de elaborar estructuras complejas para aprovechar las falencias en materia de regulación y control y las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de diversos países que puedan ser aprovechadas para la comisión de un delito que, como el lavado de activos, es eminentemente transnacional²². En fin, el proceso de globalización no ayuda a medir el peso del lavado de dinero en la economía mundial y, al contrario, dicho proceso es aprovechado por la empresa criminal que mediante la diversidad de las técnicas y de los profesionales involucrados puede disimular las maniobras tendientes a blanquear activos.

Otro cambio en el panorama consiste en los instrumentos monetarios electrónicos que favorecen el carácter anónimo y la velocidad de las transacciones. A pesar de que el último reporte de la FATF destaca la permanencia de las técnicas clásicas de lavado como la compra en efectivo de objetos de lujo y los contratos de leasing²³, la Internet ofrece nuevas oportunidades de lavado de dinero y está menos reglamentada que los medios tradicionales de lavado. Los servicios financieros ofrecidos por Internet no son, en puridad, originales; más bien son servicios tradicionalmente brindados por las entidades financieras, tales como pagos directos, transferencias de fondos y compra de títulos de valores que ahora se pueden obtener vía electrónica. El problema que acarrea la oferta de este tipo de servicio por Internet radica en que hace dificultosa la identificación de las partes en proceso. En efecto, la Internet funciona mediante una serie de servidores que normalmente conservan una prueba de cada conexión (número IP y fecha de la conexión); no obstante, dicha prueba no existe si un servidor no cuenta con un “lo fiel”, quedando la transacción en el anonimato, sin posibilidad de ser registrada²⁴.

En conclusión, por su complejidad, los instrumentos de lavado participan directamente del “cancer de la corrupción”²⁵ que se beneficia de la globalización y de las nuevas técnicas financieras para facilitar el proceso de disimulación de los orígenes de los activos del crimen organizado.

b. Los efectos económicos del lavado de dinero.

²² Informe anual, 2000-2001, FATF.

²³ *Idem*

²⁴ Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001, FATF.

²⁵ Expresión usada por el Presidente del Banco Mundial ante al Asamblea Anual de las Instituciones Financieras Multilaterales en 1996.

Existen estimaciones que calculan el monto del lavado de activos en un monto que tiene un promedio de entre \$ 500.000 millones a 1.000.000 millones de dólares por año.²⁶ El fondo Monetario Internacional ha calculado, que el lavado de activos tiene un valor de aproximadamente entre el dos y el cinco por ciento del producto bruto del mundo.²⁷ El lavado de activos puede suceder en cualquier lugar del mundo, aunque generalmente los lavadores buscan los países con menor regulación en el tema.

El lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y financiero por cuanto estos servicios dependen de la percepción de profesionalidad y standard ético que de ellas tengan sus clientes.²⁸ Es importante considerar que el lavado de dinero puede potencialmente imponer costos en la economía mundial por cuanto tiene la capacidad de a) dañar o al menos amenazar con perjudicar las operaciones económicas de los países, b) corromper el sistema financiero, reduciendo la confianza del público en el sistema financiero internacional, y por lo tanto incrementar el riesgo como la inestabilidad del sistema, y por último c) como consecuencia de lo expresado tiende a reducir la tasa de crecimiento de la economía mundial.²⁹

También se ha afirmado que el lavado de activos tiene como efectos macroeconómicos indirectos: 1) las transacciones ilegales pueden impedir o afectar las legales al tener efectos contaminantes. Por ejemplo inversores extranjeros tienden a evitar invertir en mercados asociados con el lavado de dinero y corrupción. Se pierde entonces la confianza en el mercado. 2) El dinero que es lavado por razones distintas a la evasión fiscal, igualmente contiene una tendencia a evadir impuestos distorsionando la economía. 3) El lavado de dinero tiene un efecto contaminante en el cumplimiento de la ley por cuanto si un aspecto del sistema legal es incumplido, otros actos ilegales probablemente se cometerán.³⁰

Asignación incorrecta de los recursos económicos.

²⁶ Ver www.undcp.org/money-laundering, 2001.

²⁷ Ver www.oecd.org/fatf/Mlaundering. Informe de FATF, 2001.

²⁸ *Ibidem*; brinda la misma explicación el “Global Programme Against Money Laundering”, www.undcp.org.

²⁹ Ver Vito Tanzi, “*Money Laundering and the International Financial System*”, May 1996, FMI Working Paper. Pág. 2; ver asimismo respecto de los efectos económicos William F. Wechsler, “*Follow the Money*”, Foreign Affairs, July/August 2001, pág. 41 y sts.; William C. Gilmore, “*Dirty Money The evolution of money laundering counter-measures*”, Council of Europe Press, 1995, pág. 25 y sts.

³⁰ Se sigue la clasificación efectuada por Peter Quirk, “*Macroeconomic Implications of Money Laundering*”, FMI, Working Paper, Junio 1996, pág. 19 y sts.

Los sujetos involucrados en el lavado de activos generalmente no buscan invertir en función de la tasa de retorno más conveniente, sino disimular el origen ilegal de los fondos invirtiendo en los lugares que permitan el reciclado de los fondos en cuestión. Por lo tanto, estos movimientos pueden tener una dirección contraria a la que es esperada conforme a los principios básicos de la economía. Es decir, el dinero puede ser movido desde países con buena situación económica y altos índices de retorno a países con pobres indicadores económicos y tasas de retorno menores, lo cual desafía las leyes de economía.³¹ Esto implica que debido al lavado de activos, el capital tiende a ser invertido en forma menos efectiva que en una situación en la que no hubiese lavado de activos. La tasa de crecimiento puede reducirse por los efectos de las organizaciones criminales y por la ubicación de los productos de estas actividades criminales.³² Esta forma de asignar los recursos no es consistente con una asignación óptima. Se presenta entonces una distribución incorrecta de los recursos mundiales asociada al lavado de activos en distintos países.³³

Corrupción del sistema financiero.

Uno de los mayores peligros para los países en vías de desarrollo es el aceptar fondos para sostener y beneficiar su economía sin tener en cuenta el posible origen ilegal de estos. De esta forma al posponer las acciones tendientes a evitar el lavado de dinero se permite que el crimen organizado comience a penetrar en su sistema bancario y legal.³⁴ Estos grupos organizados pueden infiltrarse en las instituciones financieras, adquirir luego el control de éstas y posteriormente de sectores de la economía, todo lo cual puede llevar reflejado el soborno eventual a funcionarios públicos para lograr sus objetivos. En última instancia el poder económico y político de las organizaciones criminales puede debilitar las instituciones democráticas de gobierno.

Transferencias de fondos con efectos desestabilizadores en la economía mundial

Otro de los peligros relacionados con las organizaciones criminales está ligado con la magnitud de los fondos que manejen las organizaciones criminales. El peligro reside en la posibilidad que tienen estos grupos de transferir sus fondos de un país a otro

³¹ *Ibíd.*

³² Vito Tanzi, pág. 7.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Ver Informe FATF 2001

con las consecuencias económicas que esto implica. Estos movimientos pueden tener efectos macroeconómicos negativos en los países que reciben o pierden el dinero en cuestión. Se ha indicado que el lavado de dinero puede erosionar la economía de los países por cuanto el cambio en la demanda de dinero efectivo, puede incrementar el monto de la tasa interés y afectar dichas tasas con altos grados de volatilidad, causando potencialmente fenómenos inflacionarios.³⁵

A nivel de los países involucrados, las entradas y salidas de capitales pueden afectar significativamente variables tales como las tasas de interés y la tasa de cambio de moneda. Asimismo puede afectar el valor de las propiedades donde el dinero ilegal es invertido, lo cual no puede ser explicado a partir de las políticas económicas de los países involucrados.³⁶ De esta forma debido al proceso de globalización y la integración de los mercados financieros, el cambio en uno de los centros puede tener efectos en otros países, lo cual requiere mecanismos de control a fin de evitar efectos desestabilizadores.

Existen entonces diferencias en los controles y regulaciones entre los distintos países que crean incentivos no económicos para atraer capitales, por cuanto el incentivo no esta guiado por las reglas del mercado sino que se intenta en algunas jurisdicciones atraer capitales de origen dudoso justamente a partir de la falta de regulación lo cual permite atraer potencialmente el lavado de activos.³⁷

3. El origen criminal de los ingresos.

Los ingresos que resultan de actividades criminales son calculados en rangos que van desde 300 a 800 mil millones de dólares por año³⁸. Varios estudios destacan que la producción y la distribución ilícita de drogas y armas tienen como efecto reducir la producción del país así como su tasa de crecimiento. Sin embargo, los últimos reportes anuales de las agencias de lucha anti-lavado adelantaron tres temas que son directamente vinculados al problema de los ingresos de origen criminal: la corrupción de políticos y funcionarios que apoyan las empresas de crimen, la infiltración de las actividades

³⁵ Ver www.undcp.org/money_laundrying, 2001.

³⁶ Ver Vito Tanzi, pág. 8.

³⁷ Vito Tanzi, pág. 6. Indica el autor que países que constituyen paraísos fiscales y otros necesitados por la atracción de capitales por lo general intentan atraer la inversión sin tener en cuenta su origen. Es por ello que se propugna una coordinación a nivel internacional por medio de instituciones como ser FATF a fin de poner un límite a estos incentivos que afecta la asignación de recursos a nivel internacional. (ver pág. 11 y sts.)

criminales en los negocios legítimos, y la presencia de organizaciones que proceden al lavado de dinero por otros crímenes que el crimen de tráfico de drogas³⁹.

Dado lo que antecede, teniendo en cuenta los efectos nocivos del lavado de activos que se reseñarán más adelante, Organismos Internacionales, Estados y Organizaciones No Gubernamentales vienen desarrollando esfuerzos para controlar este delito.

b. Valores sociales afectados según organismos internacionales.

Instrumentos internacionales en el ámbito del lavado de activos.

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre drogas de 1988. Convención de Viena y la “Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional” de 2000.

El instrumento se denomina “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotropicas del 19 de diciembre de 1988. Conocido como Convención de Viena de 1988.

Uno de los fundamentos de la misma, y, obviamente, razón por la cual se desarrolla por primera vez en un instrumento internacional el concepto del lavado de activos está plasmado en su introducción, estableciendo que las partes estaban “decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”.

La Convención de Viena de 1988 demuestra el interés y la importancia que tiene el tema en el ámbito internacional puesto que se trata de un problema que escapa a las jurisdicciones nacionales. Por eso es que el enfoque de este instrumento pone especial énfasis en la cooperación internacional. La exigencia de la tipificación penal del lavado de activos y de su valoración como un delito grave, permitirá en el futuro la cooperación en materia de decomiso, asistencia judicial recíproca y extradición.⁴⁰

Por otro lado en el mes de diciembre del 2000 la Organización de las Naciones Unidas elaboró la “Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. En

³⁸ No obstante las estimaciones es importante tener en cuenta que varios economistas han descalificado las mismas por no llegar a acuerdo sobre la confiabilidad de los métodos utilizados.

³⁹ Informe anual, 2000-2001, FATF. “Follow-the-money methods in crime control policy” by R.T. Naylor, preparado para el “Nathanson Centre for the Study of Organized Crime and Corruption”, www.yorku.ca/nathanson/Publications/washout.htm. Asimismo puede consultarse www.cicad.org en donde puede apreciarse que la CICAD organiza cursos de capacitación dirigidos a Jueces y Fiscales de los países miembros a efectos de capacitar en la temática del lavado de activos. Los cursos son auspiciados en forma conjunta por la CICAD (OEA) y el BID (Banco Interamericano de Desarrollo)

su art. 1 se establece que el propósito de ésta es promover la cooperación para prevenir y combatir mas eficazmente la delincuencia organizada transnacional. El art. 5 penaliza la participación en un grupo delictivo organizado, mientras que el art. 6 tipifica el blanqueo del producto del delito; es importante destacar que en esta tipificación se pone de manifiesto la relevancia de delitos previos no sólo relacionados con el narcotráfico de estupefacientes, sino que en el ámbito internacional se relaciona íntimamente al lavado con la delincuencia organizada internacional. Como veremos más adelante esta tendencia fue adoptada por el Reglamento Modelo de la CICAD en 1999 que tipificó el delito de blanqueo no sólo por el tráfico ilícito de drogas, sino por otros “delitos graves”⁴¹. La Convención establece medidas para combatir el blanqueo de dinero en el art. 7 y en el art. 8 penaliza los actos de corrupción.

Por otra parte, tal cual lo había hecho la CICAD en 1993, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) estableció, en 1995, una legislación modelo para controlar el lavado de activos. Conforme su prefacio “está destinada a facilitar el trabajo de los estados que desean completar y modernizar su legislación contra el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas y el blanqueo del dinero de la droga”⁴²

2. El trabajo de la Organización de los Estados Americanos. OEA.

La Organización de los Estados Americanos ha identificado su acción contra el lavado de activos y la confiscación de productos en la lucha contra el tráfico de drogas en América. En abril de 1986 se adoptó el Programa de Acción de Río de Janeiro que crea la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, CICAD.

En el año 1990 los representantes de los Estados miembros de la OEA adoptaron en Ixtapa, México la Declaración y el Programa de Ixtapa, en el que se estableció la necesidad de tipificar como delito toda actividad referente al lavado de activos relacionada con el tráfico ilícito de drogas y de facilitar la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de los activos procedentes de tal delito”.

⁴⁰ Blanco Cordero, op. Cit. Pg. 117.

⁴¹ El Reglamento Modelo de la CICAD, en su definición de delitos graves proporciona una lista no taxativa de delitos, entre los cuales incluye el tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, el terrorismo, la pornografía, etc.

⁴² Rafael Franzini, El delito de lavado de dinero y el secreto bancario, Montevideo, 1995.

Con este antecedente fue que se adoptó, en 1992, el Reglamento Modelo de la CICAD sobre Delitos Relacionados con el tráfico ilícito de drogas y Delitos Conexos. Dicho reglamento fue modificado en 1997 para dar cabida a las Unidades de Inteligencia Financieras como una herramienta idónea para el combate al lavado de activos, y en 1999 para ampliar el tipo del lavado de activos que ahora acepta como delitos previos no sólo el tráfico ilícito de drogas sino otros “delitos graves”, por lo que cambió su denominación a Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves, CICAD..

En el mes de diciembre de 1995 los ministros Representantes de los 34 Estados que participaron en la Cumbre de las Américas, se reunieron en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en la “Conferencia Ministerial Concerniente al Lavado de Dinero e Instrumentos del delito”. En ésta se sostuvo que “se convenía en recomendar a su Gobiernos un Plan de Acción para concretar una respuesta hemisférica coordinada con el fin de combatir el lavado de activos.” Se estableció que la tipificación del delito de lavado debía comprender como delitos precedentes, además del narcotráfico, otros “delitos graves”; que los países debían implementar el Reglamento Modelo de la CICAD y que tanto los miembros del Grupo de Acción Financiera ⁴³ como los del Grupo de Acción Financiera del Caribe⁴⁴ debían implementar las cuarentas recomendaciones y la 19 recomendaciones respectivamente⁴⁵

3. Actividades en Europa: El Consejo de Europa, la Convención de Europa sobre el blanqueo de activos de 1990. La Directiva de la Comunidad Europea.

En la “Convención en Lavado, registro, embargo y confiscación de los productos del crimen” se establece la obligación de tipificar el lavado de activos precedentes no sólo del producto del tráfico ilícito de drogas sino extendido o abierto a cualquier delito.

En este mismo sentido la Comunidad Europea estableció el Consejo Directivo de Prevención del uso del sistema financiero con propósitos de lavado de dinero, el 10 de junio de 1991. En el mismo se adoptó un régimen preventivo en el tratamiento del tema.

⁴³ Se refiere al Grupo creado por el Grupo de los 7 en París en 1990, que hoy tiene su sede en París, en la OCDE

⁴⁴ Se refiere al Grupo de Acción Financiera del Caribe, con sede en Trinidad y Tobago

⁴⁵ Las 40 recomendaciones y las 19 recomendaciones son estándares adoptados por los miembros del GAFI y del GAFIC respectivamente. Estas recomendaciones constituyen guías para el control del lavado de activos en materia legal, financiera y de control y fiscalización

La finalidad de la normativa es el aseguramiento de la integridad y limpieza del sistema financiero. También en esta directiva se prevé que el lavado puede derivarse no sólo de delitos del tráfico de drogas, sino de delitos graves como el terrorismo o el crimen organizado.

4. El Grupo de Acción Financiera. GAFI y otros grupos regionales de ese estilo Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)

El “Financial Action Task Force on money laundering” fue establecido por el Grupo de los 7 en la reunión de París en el año 1989 para desarrollar una acción coordinada en forma internacional y destinada a combatir el lavado de dinero. Una de las primeras acciones del grupo fue el desarrollar 40 recomendaciones para establecer medidas en el ámbito nacional para implementar programas que en forma efectiva ataquen el lavado de dinero, creando un sistema de evaluaciones mutuas (entre pares) para medir la aplicación de dichas recomendaciones por parte de sus miembros.⁴⁶

Este organismo internacional explica claramente como el lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y los servicios financieros por cuanto estos dependen en la percepción que tiene la sociedad en cuanto a criterios de profesionalidad y standard éticos.⁴⁷ Al momento cinco miembros del sistema interamericano forman parte de este grupo: Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos y México.

El GAFI ha fomentado la creación de organismos regionales establecidos, sobre la base de la adopción de las cuarenta recomendaciones, para que asuman como método de evaluación de su aplicación el sistema de las “evaluaciones mutuas”. En el Hemisferio americano se han establecido dos grupos con esas características: el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), cuyas sedes se encuentran en Puerto España, Trinidad y Tobago y en Buenos Aires, Argentinas.

El GAFIC comprende países y territorios del Caribe, así como algunos países de América Central y América del Sur integrantes de la subregión del Caribe. El GAFISUD,

⁴⁶ FATF-GAFI, <www.oecd.org/fatf/>

⁴⁷ Ibidem

por su parte, está integrado por el resto de los países de América del Sur que no pertenecen al GAFIC.

c. **Legislación comparada y Bien Jurídico**

A efectos de este documento, hemos escogido como ejemplos a los siguientes países:

Suiza

El delito de lavado de activos se encuentra previsto en los Artículos 305 bis y 305 ter del Código Penal suizo. En este país se entiende que el bien jurídico afectado es la administración de justicia. El autor del blanqueo tiene la intención de poner a salvo de las medidas que establece la ley, los beneficios que obtuvo del hecho delictivo que cometió, quiere resguardarlas de las acciones de Administración de Justicia.⁴⁸ La reforma al CP que incorporó los dos nuevos artículos los ubicó en el Título 17 del Código Penal relativo a los delitos contra la Administración de Justicia.⁴⁹

Alemania

En este país la doctrina se encuentra dividida al considerar el bien jurídico protegido en la normativa del §261 StGB. (Código Penal de Alemania)

Para algunos autores se afecta el bien jurídico tutelado en el delito previo. La finalidad del legislador desde esta perspectiva es la de evitar que el criminal, con la utilización de los objetos provenientes del delito, pueda cometer otros delitos. Otros autores estiman que el bien protegido es la Administración de Justicia. Para esto se pondera que en el proyecto de **la** ley se indica que la ley sanciona conductas que impiden o dificultan el acceso de los órganos de persecución penal.⁵⁰

También se postula que el bien en cuestión es la seguridad del estado y la lucha contra la criminalidad organizada. La ley intenta destruir entidades mafiosas y sus capitales ilícitos. Un grupo minoritario de la doctrina se refiere al orden económico como el afectado con las actividades de lavado de bienes de origen delictivo.⁵¹

España

El Código Penal español regula el lavado de capitales en el Artículo 301 que se encuentra ubicado en el Capítulo XIV, “De la receptación y otras conductas afines”

⁴⁸ Cordero Blanco, op. cit. Pg. 161.

⁴⁹ La ley de reforma es la ley federal del 23 de marzo de 1990, a su vez reformada por ley del 18 de marzo de 1994.

⁵⁰ Blanco Cordero, op. cit. Pg. 163

dentro del Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Muchos autores dadas las conductas descritas en el tipo consideran que el bien jurídico afectado es la Administración de Justicia.⁵²

Bélgica

En Bélgica la Ley del 11 de enero de 1993 destinada para prevenir el uso del sistema financiero con el propósito de lavar dinero convirtió en ley la Directiva del Consejo de Europa 91/308/CEE del 10 de junio de 1991, lo cual claramente demuestra que el bien jurídico protegido por la ley resulta ser el sistema financiero y no sólo la Administración de Justicia.⁵³

Argentina

En la ley Argentina el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia.⁵⁴En el proyecto de ley elaborado por la Cámara de Diputados de la Nación se establece que el lavado de dinero es una forma de encubrimiento. La crítica del Congreso Argentino al concepto de un delito de lavado que sea diferente al delito de encubrimiento surge a partir de la idea de que en la represión del encubrimiento simple también se da un “golpe financiero” a la organización que delinque como se busca con el tipo penal del lavado de activos; así, si se persigue por encubrimiento a quienes apoyan a una organización que se dedica al robo de autos adquiriéndole vehículos a bajo precio, se daría un golpe financiero al robo de automóviles, puesto que la organización que se dedica a tal actividad ilícita no tendría cómo reducir su botín.⁵⁵

No obstante lo anterior, el dictamen de mayoría establece que en la figura del lavado de activos suele existir como elemento fundamental la presencia del “crimen organizado” reinvirtiendo el producto del delito y que esa razón, más el hecho de que varios países en el contexto cultural de Argentina hayan tipificado el lavado de activos como crimen autónomo es razón suficiente para que se acepte al menos una “regulación de lavado” ya que, además, de esta forma “en el plano del ‘derecho penal simbólico’ se

⁵¹ Blanco Cordero, op. cit. Pg. 165

⁵² Blanco Cordero, op. cit. Pg. 171 y sus citas: Diez Ripolles, “Blanqueo de Capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en Actualidad Penal, núm. 32, del 11 de septiembre de 1994, Pg. 603.

⁵³ Belgian Financial Intelligence Processing Unit, CTIF-CFI, Excerpts from the 5th annual report 1997/8

⁵⁴ El nuevo art. 278 del C.P. luego de la reforma que abordó el tema de lavado de dinero se encuentra ubicado en el capítulo contra la Administración de Justicia.

⁵⁵ Cámara de Diputados de la Nación, op. cit. Pg. 8668.

ubica al país entre aquellos que “no son proclives al lavado de dinero.” Esta posición no es la mayoritaria según las tendencias en la tipificación del delito de lavado de activos que relaciona el lavado con el crimen organizado y a su tipificación y castigo como un instrumento que facilita los medios para su control. El legislador argentino, estimó que el encubrimiento sería suficiente para combatir a la empresa criminal y por eso su tipo penal no es ni más ni menos que una forma de encubrimiento calificado, aún cuando nominalmente existe un delito de lavado de activos.⁵⁶

En conclusión la legislación argentina asumió que la figura de lavado es una forma de encubrimiento, que no se protege otro bien jurídico y que no tiene diferencia sustancial con el encubrimiento simple, aún cuando en las hipótesis que denomina lavado de activos aumenta la pena de las personas que cometan los verbos típicos que están previstos en el Artículo 278 que combate este último delito.

Colombia

En Colombia la ley 365 de 1997 y la ley 333 de 1996 proporcionan los instrumentos adecuados a la justicia a efectos de combatir el crimen organizado y esencialmente el fin último de estas cual es el beneficio económico.⁵⁷ El Gobierno colombiano tuvo en consideración que las organizaciones criminales y no sólo las dedicadas al narcotráfico afectan la estabilidad del sistema judicial y en general generan la pérdida de confianza en el sistema económico por cuanto desestabilizan la transparencia del mercado.⁵⁸ Las leyes citadas diferenciaron entre el delito de recepcionar y lavar bienes, en tanto la última afecta no sólo la administración de justicia sino el orden social y económico. También se aclara en el proyecto del Poder Ejecutivo, que la sanción por el crimen de lavado de activos es acumulable, concurre, con el delito originario. Es decir que en el caso de un traficante de drogas, este será enjuiciado no sólo por éste delito sino también por el crimen de esconder o legalizar (lavar) el dinero o propiedad procedente del crimen. Los delitos concurren entre sí y no se excluyen.

Corresponde señalar que conforme a la ley 599 del 2000 entrará en vigencia el nuevo art. 323 en el nuevo Código Penal de Colombia el 24 de julio de 2001. Este delito se

⁵⁶ El informe de la Comisión, al referirse a la necesidad de la tipificación del lavado, concluye que “este símbolo se logra más fuertemente ...con una figura particular por más que ella siga constituyendo ...-al igual que siempre- una forma de encubrimiento”

⁵⁷ Ley 365 de 1997, Mensaje de la Presidencia de la República de Colombia, Ministerio de Justicia.

encuentra ubicado dentro del libro II, parte especial dentro de los delitos del Título X contra el Orden Económico Social y dentro de un Capítulo específico dedicado a los delitos de Lavado de Activos. De esta forma surge claramente que el bien jurídico protegido es el Orden Económico Social y que los delitos relacionados al lavado de activo no constituyen únicamente una forma de encubrimiento calificado como en Argentina, sino delitos especiales que afectan la Economía de un Estado. (arts. 323 al 327 del nuevo Código Penal Colombiano)⁵⁹ Debe tenerse en cuenta que al tipificarse las conductas susceptibles de constituir lavado de activos en forma alguna se circunscribe el círculo de posibles autores y se deja en el criterio del Magistrado tal decisión.

d. El lavado de activos como conducta que afecta bienes jurídicos distintos al delito de encubrimiento (administración justicia u orden económico).

De los convenios internacionales mencionados y las diferentes normativas nacionales surge que uno de los bienes jurídicos protegidos por los tipos legales que sancionan el lavado de dinero es la Administración de Justicia. Esto es posible gracias a la similitud con el tipo objetivo del delito de encubrimiento.

Sin embargo debe considerarse que el orden socioeconómico y la salud financiera del Estado resultan afectados por maniobras de blanqueo de capitales. La tipificación y la sanción del delito de lavado de activos intenta proteger a los Estados de la acción de organizaciones criminales que tienen “vínculos con el tráfico ilícito (de drogas) y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los estados”.⁶⁰

El problema de lavado de activos esta relacionado con la influencia de los nacordólares que generan una economía paralela que influye en los procesos inflacionarios y fomenta el abuso de poder y la delincuencia no convencional, las especulaciones financieras y monetarias, a la vez que permite la introducción de grandes cantidades de artículos suntuarios.⁶¹

⁵⁸ La ley 365, op. cit. Pg. 14.

⁵⁹ Ver www.cicad.org, Leyes Nacionales sobre Lavado de Activos.

⁶⁰ Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, Preámbulo.

⁶¹ Neuman, *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, 1991, Pg. 39

Existen también estudios que aclaran como los ingresos de dinero de origen ilegal al mercado afecta al Estado al producir: corrupción en la política y la administración pública y la infiltración de las actividades criminales en los negocios legítimos.

Puede considerarse que el orden socioeconómico y la salud financiera del estado se ven comprometidos por las acciones de lavado; en este aspecto es posible identificar como valores afectados a la libre competencia y a la estabilidad y solidez del sistema financiero.⁶²

Uno de los objetivos de las organizaciones criminales es corromper a los oficiales públicos para lograr prebendas y beneficios aparentemente legales. A su vez estos oficiales públicos corrompidos tienen que lavar el dinero proveniente de ilícitos tales como el cohecho, pagos ilegales y fondos obtenidos a través de instituciones financieras internacionales.⁶³

El principio de libre competencia se fundamenta en el concepto de confianza, que es uno de los pilares sobre los cuales descansa la economía de mercado y el desarrollo económico. Pero el objetivo de la criminalidad organizada es infiltrarse en la economía legal y lograr mercados monopólicos que eliminen la libre competencia, lo cual es uno de los principales riesgos de los mercados controlados por una organización criminal.⁶⁴

Si los gobiernos no pueden controlar el lavado de dinero, estos mecanismos aparentemente legales controlados por organizaciones criminales pueden afectar la demanda de dinero, convirtiendo la tasa de interés y de cambio de los países en vías de desarrollo en altos índices de volatilidad y causando inflación.⁶⁵

En suma, el peligro del lavado de dinero escapa claramente el bien jurídico de la administración de justicia y puede potencialmente afectar la economía de distintos países.⁶⁶

⁶² Blanco Cordero, op. cit. Pg. 191 y ss.

⁶³ www.undcp.org

⁶⁴ Blanco Cordero, op. cit. Pg. 196.

⁶⁵ www.undcp.org; en el marco de la CICAD se ha establecido una Estrategia Antidrogas en el Hemisferio en la cual se destaca dentro de las medidas de control, apartados 27 y siguientes que el desmantelamiento de las organizaciones criminales y sus redes de apoyo debe ser uno de los objetivos clave que tomen los países del Hemisferio, ver www.cicad.oas.org.

⁶⁶ Ver además de la bibliografía mencionada: "Private Banking and Money Laundering: A case study of opportunities and vulnerabilities:hearings before the permanent subcomm. On investigations of the S. Comm. On Governmtnl Affairs, 106th Cong. USA", (1999); Julie Fendo, comment, "Attacking the Tools of Corruption: The foreign Money Laundering deerrence and anticorruption act of 1999, 23 FODHAM Int'l LJ 150 (2000).

III. Acción típica. Tipo objetivo del delito de lavado

- **Normas internacionales**

En las normas internacionales pueden encontrarse tres tipos de categorías mediante las cuales se tipifica el lavado de dinero.⁶⁷

Análisis de las conductas

Tipos objetivos

En este apartado se analiza el tipo objetivo del lavado de activos en las siguientes instrumentos jurídicos internacionales: Convención de Viena, Convención de Palermo, Reglamento Modelo (CICAD), Modelo de Legislación (PNUFID), Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, Directiva Comunidad Europea y Convenio del Consejo de Europa.

1.- Conversión o Transferencia de bienes. Convención de Viena Artículo 3 (1) literal b).i); Convención de Palermo Artículo 6 (1) literal a) I); Reglamento Modelo (CICAD) art. 2 (1); Modelo de legislación (PNUFID) Artículo 1, inciso 1 y Artículo 21 (1); Convenio Centroamericano Artículo 2 (1); Directiva CE Artículo 1 y Convenio del Consejo de Europa, Artículo 6.1, a).

El término convertir se define como “mudar o volver una cosa en otra”. Se produce un proceso de sustitución. A su vez la transferencia implica el traspaso de un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad.⁶⁸ Dentro de este tipo quedan abarcadas las transferencias electrónicas de dinero de unas cuentas bancarias a otras.⁶⁹

La Conversión y la transferencia de bienes con fines de lavado se realizan con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.⁷⁰

⁶⁷ Ver en este sentido, Rafael Franzini-Batle, op. cit, pg. 12, Manual de Apoyo, CICAD, op. cit. , Pg. 20 y ss; otros autores como Blanco Cordero, op. cit. Pg. 298 entienden que las modalidades son dos. Según esta postura las modalidades son 1) la conversión y la transferencia y 2) la ocultación o el encubrimiento, y la adquisición, la posesión y la utilización se refiere a los destinatarios de los bienes delictivos.

⁶⁸ Blanco Cordero, op. cit., pg. 312 y ss.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Manual de Apoyo, CICAD, op. cit., pg. 20.

La *conversión* o *transferencia* es, para muchos autores, delito de lavado de dinero “*strictu sensu*”⁷¹, resultando las demás modalidades delictivas “formas especiales de encubrimiento”⁷². El artículo 3 (c)(i) de la Convención de Viena, no describe el blanqueo de dinero en sí mismo, sino que contempla un aspecto económico del delito.⁷³

La *conversión* es “la transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación” o también la “acción o efecto de convertir”, y *convertir* es “cambiar, modificar, transformar algo”. La *transferencia* es definida como “paso o conducción de una cosa de un punto a otro”, otra de sus acepciones es “remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes”. Entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas está la *transferencia* de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales.⁷⁴

La finalidad de las conductas es la de transformar un bien por otro, con la intención de legitimarlo; que el bien de origen ilegítimo se convierta o pase a la legalidad, a la licitud. También se ha considerado que la enunciación de distintos verbos rectores en la tipificación se realiza con la finalidad de remitirse a un concepto general de lavar dinero, siguiendo el ejemplo de la defraudación o estafa, en donde el legislador puede enumerar distintos verbos típicos con un mismo fin, pero en última instancia lo que se busca es describir y sancionar aquellos actos que tienden a “lavar” dinero sucio.⁷⁵

A diferencia de lo prescripto en los otros instrumentos analizados, el Reglamento Modelo de la CICAD no exige que la conversión o transferencia sean hechas con un objetivo. No exige un requisito subjetivo del tipo restringiendo la formulación del delito, le basta sólo que se realicen las conductas descritas sabiendo, debiendo saber o con

⁷¹ Así, el Dr. Miguel Langón Cuñarro, “La Convención de Viena de 1988...”, trabajo presentado al PNUFID en Sucre, Bolivia, mayo de 1992.

⁷² *Idem.*, cf. Horacio Cattani, “*Jornadas Interparlamentarias sobre el lavado de dinero*”, *Comisión de Legislación Penal, H. Cámara de Diputados de la Nación Argentina*, 1992, pág.52 a 54.

⁷³ Manual de Apoyo, CICAD, op. cit., pg. 23. Este aspecto fue puesto de manifiesto por los expertos responsables de la redacción de la Convención de Viena de 1988. El art. 3 (c) (i) prevé que “sujeto a los límites constitucionales y los conceptos fundamentales” del sistema legal de cada país, cada país adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito: “i) la adquisición, posesión o uso de propiedad, conociendo, al tiempo de su recepción, que dicha propiedad provenía de un delito o delitos previstos conforme al subparágrafo (a) del párrafo en cuestión o de un acto de participación en tal delito o delitos”.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Cámara de Diputados de la República Argentina, op. cit., pg. 8673.

ignorancia intencional de que los bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.

2.- Ocultación, encubrimiento de la determinación: de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales o de derechos relativos a tales bienes. (Convención de Viena, Artículo 3 (1) literal b ii); Convención de Palermo, Art. 6 (1) literal a) ii); Reglamento Modelo CICAD, Artículo 2 (3); Modelo de Legislación (PNUFID) Artículo 1 inciso 2 y Artículo 21 inciso 2; Convenio Centroamericano, Artículo 2 (2); Convenio del Consejo de Europa, Artículo 6.1 literal b y Directiva CE Artículo 1)

Ocultación:

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, ocultar implica “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”. La ocultación se refiere a la substracción de una cosa con el objeto de quitarla de donde puede ser vista y colocarla donde se ignore que está, esconderla de cualquier modo.⁷⁶

La conducta aquí tipificada es la de esconder, tapar o disfrazar bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes.⁷⁷

La conducta se puede realizar mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar-, o bien una pasiva –callar lo que se conoce-. Para esta última forma debe existir un deber jurídico que el autor del delito ha dejado de lado.

El Reglamento Modelo de la CICAD se refiere a quien *impida* la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a tales bienes.

El Artículo 21 de la Legislación Modelo del PNUFID prevé que “quienes hubieren contribuido a ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de recursos,..”. Esta norma entonces no amplía el tipo, lo modifica por cuanto castiga a quienes hubieran “*contribuido a ocultar*”, lo que en puridad es una forma de complicidad o de coautoría del encubrimiento, algo que parece absurdo desde que en esta redacción no ocurre lo que sí pasa en la Convención o en el

⁷⁶ *Ibídem.*

⁷⁷ Saavedra Rojas, op. cit., pg. 133.

Reglamento Modelo de CICAD, donde la ocultación toma forma de delito autónomo⁷⁸; nótese que el mencionado Artículo 21 no incluye como sujeto punible al que ocultare el origen, etc, del dinero.

Encubrir:

El diccionario de la Real Academia Española de la lengua define el término “encubrir” como “ocultar una cosa o no manifestarla”, “impedir que llegue a saberse una cosa”.

La gran diferencia entre el ocultar y el encubrir puede residir en el hecho de que se oculta lo que es de uno o lo que está bajo la disponibilidad jurídica del autor, mientras que se encubren los actos de otro o bien sus bienes.⁷⁹ Esta aclaración permite en cierta medida hacer responsables a los autores del hecho previo en cuanto al delito de lavado por cuanto son los “autores del crimen previo los que ocultan su delito”.

Asimismo debe tenerse en cuenta que en la tipificación adoptada por la Convención de Palermo se ha sustituido el vocablo encubrir por el de disimular, lo cual es demostrativo --junto con la aclaración del Artículo 6, (2) literal e) que dice que no se penará al autor del hecho previo por el posterior lavado si así lo requieren los principios fundamentales del Estado parte-- que en la actualidad se busca redactar las normas de forma tal que se pueda efectuar un juicio de reproche por el lavado al autor del hecho previo. Al desaparecer el verbo encubrir no hay razón para sostener que se esta penando el encubrimiento del delito propio, toda vez que no se castiga el auto encubrimiento sino la posterior conducta de disimular. La utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha dado lugar a problemas, por lo cual este vocablo es entendido por parte de la doctrina como sinónimo de ocultación⁸⁰, problemática que ha venido a subsanar la Convención de Palermo. Es por ello que países como Portugal, al incorporar la normativa internacional en su legislación optó por el concepto de “disimular”, que como se ha visto es el que existe en la Convención de Palermo.⁸¹

⁷⁸ Cfr. Langón Cuñarro. Op. Cit. pág. 37

⁷⁹ Saavedra Rojas, op. cit. 134.

⁸⁰ Cordero Blanco, op. cit. Pg. 319

⁸¹ En el informe del Comité Especial encargado de elaborar la convención, al comentarse el art. 6 se deja constancia de que “las palabras ocultar o disimular” han de entenderse de manera que incluyan la obstrucción del descubrimiento del origen ilícito de los bienes”. Ver Naciones Unidas www.odccp.org/palermo/.

Tradicionalmente se tipificó el encubrimiento como una forma de participación, a través de los llamados cómplices a posteriori. Este modelo estaba dado por el Código Francés de 1810 que luego de algunas reformas, distribuyó esta materia entre la parte general y otras como delito autónomo.⁸²

Actualmente el presupuesto en las distintas formas de encubrimiento es la comisión de un hecho anterior en el que no se participó, por lo que se argumenta que no puede ser autor de este crimen quien ha sido autor o partícipe del hecho previo.⁸³

El “**encubrimiento** de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales o de derechos relativos a tales bienes” es algo distinto al encubrimiento clásico en la forma en que está tipificado en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos, ya sea que los mismos distingan entre el favorecimiento real, personal o la receptación clásica.⁸⁴

Por eso, tal cual está dispuesto tanto por la Convención de Viena como por el Reglamento Modelo de CICAD, este tipo de encubrimiento diferente al delito tradicional de encubrimiento, no está sujeto a la fórmula clásica del mismo, por la cual comete el delito quien sin haber participado en el crimen y sin concierto previo a la perpetración del mismo ayuda al autor ya para asegurar el resultado del delito, ya para eludir el castigo, ya para obstruir el desempeño de la Justicia.⁸⁵ Es esta justamente la cuestión clave a analizar en este trabajo: si al aceptarse la autonomía del delito de lavado de activos se puede o no castigar en concurso por el delito de blanqueo de capitales al autor del crimen previo que generó tales capitales .

3.- Adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración de los bienes.(Convención de Viena, Artículo 3 (1) literal c) i); Convención de Palermo, Artículo 6 (1) literal b); Reglamento Modelo CICAD, Artículo 2 (2); Modelo de Legislación (PNUFID), artículo 21 (3); Convenio Centroamericano Artículo 2 (3)

Adquisición:

⁸² Manual para la tipificación, CICAD, op. cit., pg. 26.

⁸³ Fontán Balestra, op. cit., T. VII pg. 445.

⁸⁴ Rafael Franzini Batlle, op. cit.

⁸⁵ Ibídem.

Adquisición significa obtener, conseguir, cualquiera sea el medio.⁸⁶ Implica el “acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa”, como también la misma cosa adquirida. La palabra adquisición, abarca, todo cuanto se logra o consigue por compra, donación, u otro título cualquiera; incluye lo que se obtiene mediante dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante y no así no lo que viene por derecho de herencia.

La conducta típica descrita como *adquisición* de los bienes se establece sólo para terceros, es decir, no cubre al autor del delito previo, y coincide hasta cierto punto, con las conductas que dan lugar a la receptación. Aunque la acción no requiere explícitamente el fin de lucro (el fin de lucro es característico de la receptación), la utilización del verbo adquirir “abarca los supuestos que caracterizan los actos del encubridor que recepta, al que inspira el fin de lucro”⁸⁷

Posesión:

Posesión es “el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por el elemento intencional o *animus* (la creencia y propósito de tener la cosa como propia) y el elemento físico o *corpus* (la tenencia o disposición efectiva de un bien material)”⁸⁸

Utilización:

La *utilización* consiste en “aprovechar algo”, “emplear, usar”, “servirse de una persona o cosa con determinada finalidad”.⁸⁹ Aunque la doctrina entiende que la *utilización* de los bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas (u otros crímenes, por extensión) no constituye “*per se*” lavado de activos sino “un aspecto económico del delito que debe ser tratado en cualquier esquema exhaustivo de lucha contra el blanqueo de fondos...”⁹⁰ En Chile en los antecedentes de la norma que tipifica el lavado de activos se aclara que “los verbos rectores de esta figura delictiva, denominada lavado de dinero, son los de participar o colaborar en el uso, aprovechamiento o destino de bienes

⁸⁶ Fontán Balestra, op. cit., pg. 466.

⁸⁷ Fontán Balestra, Op. cit. pág. 465

⁸⁸ Manual para la Tipificación, CICAD, op. cit., pg. 26.

⁸⁹ Saavedra Rojas, op. cit., pg. 136.

⁹⁰ Cf. Cattani, Horacio. Op. cit. pág. 54

provenientes de la perpetración de alguno de los delitos contemplados en la ley".⁹¹ Se expresó que la finalidad de la ley es la de castigar la participación en el uso, aprovechamiento o destino de los bienes, respecto de los cuales se conoce su procedencia ilícita y que es muy difícil probar la sola intención de darles un uso, aprovechamiento o destino determinados.⁹²

Administrar:

Administrar, en el Derecho Privado refiere "a la gestión de intereses privados, incluidos los actos y tareas que esa tarea lleva consigo", o conforme al concepto del Diccionario de la Real Academia Española es "ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes".⁹³

La finalidad de la conducta prevista es la de efectuar un juicio de reproche respecto de los sujetos que se hacen responsables de los intereses de los autores del crimen previo, de los traficantes de drogas, armas y jefes de organizaciones criminales.

Es notorio como a medida que evolucionan los métodos utilizados para blanquear los activos provenientes de actividades ilícitas, el legislador va ampliando la lista de verbos rectores en la tipificación del lavado de activos, de forma tal que la misma abarque la mayor cantidad de conductas posibles.⁹⁴

Como se ha visto para evitar la confusión entre el delito de encubrimiento y el lavado resulta fundamental regular tal como lo prevé la Convención de Palermo con el verbo disimular en lugar de encubrimiento. En suma, en la normativa internacional la conducta descrita en la norma se dirige a castigar los actos que oculten o disimulen el origen delictivo de los activos.

• **Derecho Comparado**

En el derecho comparado corresponde clasificar a las legislaciones en aquellas que prescriben a la conducta de blanqueo como una forma de receptación, otras que la

⁹¹ Diario oficial de la Rep. De Chile, Leyes Anotadas y Concordadas, Ley 19.366, CONACE, pág. 26.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ Manual para la Tipificación, CICAD, op. cit. Pg. 26.

⁹⁴ El Reglamento Modelo de la CICAD incluyó este verbo rector a solicitud de Colombia, en donde la administración de bienes de terceros delincuentes fue incluida por ser una actividad extendida, pasible de castigo

consideran una forma de favorecimiento y por último algunas que tipifican otras conductas.⁹⁵

Algunos países como Bélgica tipifican al lavado como una forma de repetición. El art. 505 del C.P. se refiere a la acción de “*blanchiment*”. Las acciones establecidas en el tipo legal consisten en comprar, poseer, recibir a título gratuito u oneroso, guardar o administrar las ventajas patrimoniales de otro artículo que a su vez prescribe la confiscación de las ventajas patrimoniales obtenidas directamente de delitos.

Entre los países que consideran al blanqueo como una forma de favorecimiento están Suiza y Alemania. En el tipo legal de Alemania, §261 StGB (Código Penal), apartado I se sanciona al que oculte bienes de origen delictivo, encubra su origen o impida o ponga en peligro la investigación de su origen, el comiso, la confiscación o el embargo de estos bienes. De esta forma el ocultar y encubrir pueden considerarse como tipos de encubrimiento. Cabe señalar sin embargo que a partir de la introducción en Alemania de “la ley para el Mejoramiento de la Lucha contra la Criminalidad Organizada” del 5 de marzo de 1998, se suprimió de la descripción legal del art. 261 del Código Penal Alemán el requisito de que el hecho antijurídico previo hubiera sido cometido “por otro”, de forma que puede ser interpretado que podría ser penado por dicho crimen el autor del delito previo y de esta forma el tipo legal podría llegar a distinguirse del encubrimiento o la receptación clásica.⁹⁶

En Suiza el Artículo 305 bis el CP prescribe las acciones que resulten aptas para impedir la investigación del origen, el descubrimiento o la confiscación de los valores patrimoniales.

En España el Artículo 301 del Código Penal en su inciso primero sanciona la adquisición, la conversión o la transmisión de bienes procedentes de un delito grave con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias legales de sus actos, así como la realización de cualquier otro acto sobre tales bienes con los mismos objetivos. El tipo sanciona entonces los actos tendientes a ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes procedentes de un crimen o el ayudar a quienes hayan intervenido en la comisión

⁹⁵ En esta clasificación se sigue el criterio sustentado por Blanco Cordero en la obra citada, pg. 299 y ss.

⁹⁶ Cámara de Diputados de la Rep. Argentina, op. Cit., pág. 8673, nota 2.

del delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos. La norma prescribe por un lado tipos de receptación y por el otro de favorecimiento.

El inciso segundo del Artículo 301 tipifica una forma de favorecimiento real al incluir los verbos “ocultar y encubrir”, en ese sentido sigue la fórmula del Artículo 3 (1) b) ii) de la Convención de Viena y el Artículo 1 de la Directiva de CE.⁹⁷

El Artículo 278 del Código Penal Argentino se asemeja a la norma española citada más arriba, tal es así que el Artículo 301 del Código Penal español se menciona en la exposición de motivos de la ley Argentina. Si bien no se utiliza los vocablos ocultar o encubrir, ni forma de finalidad alguna, la norma está ubicada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y es entendido como una forma agravada del encubrimiento.

Por último países como Estados Unidos consideran en su normativa al lavado de activos como conductas que realizan o intentar realizar una transacción financiera, a sabiendas de que están implicados bienes procedentes de una actividad ilícita.⁹⁸ En otro supuesto el estatuto sanciona a quienes transporten, transmitan transfieran --o así lo intenten-- un instrumento monetario o fondos de origen delictivo de los Estados Unidos a otro país o viceversa.⁹⁹ El supuesto de la sección (a) (3) penaliza a quienes intenten realizar una transacción financiera que implique bienes procedentes de una actividad ilícita o empleados para realizar acciones ilícitas, con la intención de promover la continuación de las actividades ilícitas, de ocultar o encubrir la naturaleza, ubicación, origen, propiedad o control de los bienes o para evitar el requisito del informe sobre transacciones exigido por el derecho estatal o federal.¹⁰⁰

El tipo legal puede clasificarse en tres tipos de ofensas: 1) la participación en transacciones financieras que involucran fondos de actividades ilegítimas; 2) el transporte internacional de fondos ilícitos y 3) involucrarse o comprometerse en transacciones monetarias derivadas de bienes procedentes de delitos.¹⁰¹

⁹⁷ Blanco Cordero, op. Cit. 315.

⁹⁸ Estatuto Federal 18USC 1956

⁹⁹ Ibidem. Section (a) (2)

¹⁰⁰ A su vez la Sección 1957 sanciona a aquellos que en determinadas circunstancias se compromentan en una transacción monetaria de bienes delictivos con valor superior a \$10.000.

¹⁰¹ Steven V. Melnik, “*The inadequate utilization of the Accounting Profession in the United States government’s fight against Money Laundering*”, New York University Journal of Legislation and Public Policy, V. 4, 2000-2001, pg. 149

c. Diferencias entre el encubrimiento y el lavado de activos..

A partir del análisis de la legislación comparada e internacional se puede apreciar claramente que el lavado de activos tiene gran similitud con el delito de encubrimiento.

Los verbos típicos en la normativa internacional y la comparada resultan ser la conversión o transferencia; la ocultación y el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación o propiedad o de derechos relativos a los bienes ilícitos y la adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración de los bienes. Toda vez que la actividad de lavado es una acción compleja, en cuanto implica la colocación, decantación e integración de los activos, puede considerarse que los verbos típicos fundamentales son el convertir, transferir y administrar o de realizar otra conducta de cualquier otro modo (lo cual incluye verbos tales como adquisición, posesión y tenencia) que tiendan a ocultar o disimular el verdadero origen (este último elemento como elemento subjetivo del injusto distinto del dolo.¹⁰²)

El encubrimiento consiste en un delito autónomo, aún cuando el mismo presupone la existencia de un delito previo anterior a su comisión. El encubridor actúa sin concierto previo, y conociendo el delito anterior. La característica del delito es su independencia, aunque depende de la perseguibilidad del hecho criminal anterior¹⁰³. Tanto en el favorecimiento como en la receptación que son dos formas típicas de encubrimiento, el autor actúa sin promesa anterior al delito previo (ya que de lo contrario sería cómplice), obrando por lo general con un fin de lucro, aunque esto último no siempre forma parte del tipo.

Dada la similitud de supuestos de hecho que presentan el lavado de dinero y el encubrimiento, en los tipos que regulan estos delitos, se crea una situación de acumulación. En este aspecto, la anterior ley que reprimía el lavado de dinero en Argentina (art. 25 de la ley 23.737) se confundía con el encubrimiento del Código Penal y con el encubrimiento del Código Aduanero en tanto encubrimiento de contrabando de estupefacientes.¹⁰⁴

¹⁰² Esta última idea le corresponde a un comentario del Horacio Cattani que le realizara a la CICAD en ocasión de la redacción del presente ensayo. También puede consultarse el trabajo de la Profesora Patricia Llerena “*sistema Financiero, Lavado de dinero y delito*” CEDYS, Buenos Aires, en el que especifica las etapas del lavado de dinero.

¹⁰³ Rafael Franzini, Op cit. Pg. 8

¹⁰⁴ Horacio Cattani, pg. 52.

Sin embargo corresponde valorar que la acción del traficante de drogas y el delito de blanqueo de capitales es un delito independiente del encubrimiento. La posibilidad de sancionar al autor del delito previo ha sido analizada por la doctrina en tanto: "...la conducta aquí descrita es el cambio o mutación del dinero obtenido por bienes o servicios, pero la convertibilidad no debe entenderse necesariamente en sentido tan restringido porque puede estar igualmente referida de un bien a otros, sea cual fuere la norma contractual escogida para hacerla o encubrir: Puede ser por contratos reales o simulados, por la persona directamente interesada o mediante la utilización de terceros..."¹⁰⁵ (el subrayado es nuestro)

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

La confusión en cuanto relacionar al lavado con el encubrimiento se presenta dada la similitud en la naturaleza jurídica de ambos tipos legales como a los verbos utilizados. En este sentido puede entenderse que el lavado es el "proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con la apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita."¹⁰⁶ El lavado está dirigido a encubrir y ocultar el origen ilícito de los bienes, lo cual permite asemejarlo con el encubrimiento o entenderlo como una forma de éste.¹⁰⁷ Sin embargo si se propicia la autonomía del delito de lavado correspondería iniciar la tipificación estableciendo que será castigado "el que, con o sin promesa anterior al hecho" lo cual permite diferenciar el tipo objetivo claramente del encubrimiento.

IV. El sujeto activo en el delito de lavado de activos

El autor del delito previo puede ser autor o partícipe del lavado de activos.

¹⁰⁵ Saavedra Rojas, Edgar; "*Nuevos tipos penales creados por la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de diciembre de 1988*", publicado en "Medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia Penal"; Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente", ILANUD, Costa Rica, Pg. 131

¹⁰⁶ Blanco Cordero, op. cit. Pg. 101.

¹⁰⁷ Código Penal de la República Argentina, art. 278.

El concepto de autor en el delito de lavado de activos dada su similitud con el delito de encubrimiento es fuente de diversas discusiones. La cuestión, tal como ha sido señalado al comienzo de este trabajo reside en determinar si el autor de la conducta previa puede ser autor del delito de lavado.

a. Derecho Internacional

En la normativa internacional son tres los instrumentos que hacen mención al tema del sujeto activo.

El Convenio del Consejo de Europa realiza una mención expresa al sujeto activo del delito de lavado de capitales. A efectos de ayudar a los países miembros para aplicar las normas del número 1 del art. 6, que regula el lavado de activos, se prevé que pueden establecer los estados que el blanqueo no se aplique a la persona que cometa el delito previo art. 6.2, b. Se admite de esta forma que si los principios constitucionales del derecho interno de cada país no permiten que si una persona ha cometido el delito previo, pueda ser juzgada nuevamente por el delito adicional de lavar los bienes procedentes del crimen anterior..¹⁰⁸

La Convención de Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional en su Artículo 6 al penalizar el lavado del producto del delito en el apartado 2, sección e prescribe que “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido previamente el delito determinante”. Sigue de esta forma el criterio previsto en la Directiva del Consejo de Europa, dejando en libertad de opción a los países, aún cuando cubre la posibilidad de que el autor del delito precedente pueda ser castigado en concurso por el lavado de activos.

En una postura diferente se encuentra el Reglamento Modelo de la CICAD, que en su Artículo 2, apartado 6 sostiene expresamente que “los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves”. Puede apreciarse que es la intención de la normativa distinguir el

¹⁰⁸ Blanco Cordero, op. cit. pg. 459

delito de lavado del encubrimiento en cuanto el crimen es valorado como una conducta autónoma.

De lo explicado puede colegirse que los países signatarios de estos Convenios internacionales se encuentran en la obligación de perseguir criminalmente a los autores del delito previo, que puede ser del tráfico de droga, armas u otro delito grave, con la sola limitación de la normativa interna. Es decir, el límite está dado por la interpretación que de la norma se realice en el ámbito nacional. Se puede considerar que el lavado tiene como finalidad agotar los efectos del crimen previo y su desvalor está cubierto por el crimen previo. En contra de este punto de vista se puede alegar que no existe una doble persecución criminal y no hay afectación a garantías constitucionales, toda vez que el desvalor del delito de lavado tiene un plus que supera el concepto de encubrimiento, que además afecta otros bienes jurídicos y por lo tanto no existe una doble juzgamiento sobre la misma conducta.

En suma la cuestión que se analizara es determinar si el lavado es una figura diferente al encubrimiento y en su caso si el autor del hecho previo puede ser juzgado por el lavado.

b. Derecho Comparado

1. Clasificación

En la legislación comparada existen países en los cuales el lavado de activos constituye un delito común, y por lo tanto cualquier persona puede ser sujeto activo sin necesidad de que reúna características especiales de autor.¹⁰⁹ Del otro lado existen legislaciones que establecen una limitación del círculo de los posibles autores del delito.¹¹⁰ La limitación respecto de los sujetos del delito de lavado se representa generalmente a partir del concepto según el cual el autor del delito previo, como en el encubrimiento no puede ser el autor de la conducta. En este aspecto en la legislación argentina, art. 278 del Código Penal prevé que en la figura del lavado pueden participar los que no hubieran participado en el delito del cual provienen los bienes en cuestión.¹¹¹ En Alemania previo a la reforma de la norma referida al lavado de activos, se preveía que

¹⁰⁹ En este aspecto el art. 305 bis del Código Penal Suizo; art. 505 del C.P. belga modificado en julio de 1995, que introdujo un párrafo en el que declara expresamente que los autores, coautores o cómplices en el delito previo pueden ser sancionados por el posterior delito de blanqueo.

¹¹⁰ Blanco Cordero, pag. 460.

los bienes de origen delictivo han de proceder del delito de otro.¹¹² En Italia los arts. 648 bis y ter del Código Penal sólo son aplicables “fuera de los casos de concurso de delitos”, lo que se interpreta en el sentido de excluir como autores de tal delito a los responsables del delito previo, toda vez que no es posible su aplicación en concurso con el hecho previo.¹¹³

Asimismo existen países como Suiza y España que no prevén ninguna restricción respecto a los autores del delito en cuestión. Lo describen como un delito común. Sin perjuicio de esto la doctrina de estos países discute la posibilidad de que cualquiera pueda ser el autor del delito.¹¹⁴

En suma se pueden clasificar los delitos en tres sistemas: los países que expresamente prevén que el autor del delito predicado puede ser autor del lavado¹¹⁵; aquellos en los cuales se lo describe como un delito autónomo sin brindar explicación si pueden ser o no-sujeto activo el sujeto del delito previo¹¹⁶ y por último aquellos países que expresamente excluyen a quien participó en el delito previo y lo caracterizan como una forma de encubrimiento.¹¹⁷

2. Efectos de la clasificación

Uno de los requisitos del delito de lavado de activos es la comisión de un delito previo del cual proceden los bienes a lavar, aunque cabe señalar que este tema es objeto de profundas discusiones actualmente por cuanto afecta justamente el concepto de autonomía del delito de lavado.

El tema en discusión reside en determinar si los responsables de este crimen previo pueden ser perseguidos criminalmente por el delito de lavado. El ejemplo característico está dado por el caso de un traficante de droga que con posterioridad a la

¹¹¹ Código Penal de la Republica Argentina, art. 278.

¹¹² § 261StGB alemán. En este país, la Ley para el Mejoramiento de la Lucha contra la Criminalidad Organizada, del 5 de marzo de 1998, suprimió de la descripción legal del paragrafo 261 StGB (Código Penal Aleman) el requisito de que el hecho antijurídico previo hubiera sido cometido “por otro”, y de esta forma eventualmente también puede ser penado pro el “lavado de dinero” aquel que hubiera participado, o podido participar, en el hecho delictivo anterior.

¹¹³ Cfr. Blanco Cordero, cit. Pag. 460; cfr Antolisei, “*Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale, I*, pg. 376.

¹¹⁴ Idem pg. 460.

¹¹⁵ Belgica art. 505 del C.P. y Honduras en su proyecto de ley antilavado

¹¹⁶ En este aspecto las legislaciones de países como Espana, art. 301 del C.P., Alemania y Suiza..

¹¹⁷ Art. 278 del C.P. de la República Argentina.

comisión de la venta de la droga realiza actividades tendientes a blanquear el origen ilícito de estos fondos.

En aquellos países en los cuales el lavado esta tipificado como el encubrimiento que excluye al participante en el delito previo, el autor del lavado no puede ser el autor del delito previo. Se cierra cualquier tipo de discusión con respecto a la posibilidad de que el autor del trafico de drogas o del delito que generó el bien del cual surgen las ganancias a blanquear sea considerado como posible autor. En cambio en países como España y Suiza la discusión se centra en este aspecto justamente. Parte de la doctrina recurre a la figura del encubrimiento y a la receptación al analizar la figura del lavado. Se estima que el autor del hecho previo no puede ser sancionado utilizando el concepto de privilegio sustentado en el privilegio del autoencubrimiento.

c. Fundamentos para sustentar la exclusión del autor o partícipe del delito previo como sujeto del lavado de activos.

Debe señalarse igualmente que en Suiza se ha puesto de manifiesto que el fundamento de la impunidad del autor del hecho previo en la receptación no es el mismo que en el encubrimiento, en tanto la receptación puede ser valorada como un hecho posterior. A efectos de que exista un hecho posterior copenado (esto es al que no se lo impone una nueva pena por el mismo delito) es necesario, según la doctrina, que no se lesione ningún nuevo bien jurídico, sino sólo el que ya había sido dañado previamente con el delito anterior.¹¹⁸

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

También es necesario destacar la difícil diferenciación entre el delito de blanqueo y el encubrimiento tal como se ha descrito anteriormente. En caso de considerarse que el

¹¹⁸ Blanco Cordero, *Ibidem*. Pag. 462; ver también Jakobs, “*Allgemeiner Teil*”, Berlin New York, 1983; Wessels, “*Derecho Penal Parte General*”, traducción a cargo de Conrado Finzi, Buenos Aires, 1980, pag. 239, quienes explican que el hecho posterior copenado no lesiona un nuevo bien jurídico. El concepto de hecho posterior co-penado implica que un acusado por un delito no puede ser enjuiciado dos veces por una conducta única, es decir que si el hecho posterior a la conducta principal es parte de ésta conducta por

blanqueo es una forma de encubrimiento en aquellas legislaciones que no limitan al autor del encubrimiento, podría estimarse que dado que en la figura del encubrimiento existe la posibilidad de argumentar la imposibilidad de la doble incriminación por el privilegio de que no existe autoencubrimiento, igual situación debería ser aplicada al supuesto del lavado.¹¹⁹ Parte de la doctrina señala que la posterior dificultación de las tareas de investigación relativas a la investigación de los activos provenientes del ilícito es una “consecuencia natural” del injusto del hecho previo.¹²⁰

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

1. El criterio del hecho posterior copenado para sostener la exclusión del autor del hecho previo

La impunidad de la repetición posterior de los autores o partícipes en el delito anterior se sustenta en el acto posterior copenado. Existe un concurso de leyes entre el hecho previo y la repetición posterior, que se resuelve conforme al criterio de consunción.¹²¹ El problema reside en que no es posible aplicar los dos tipos legales a lo que se considera una acción única, en cuanto el dolo es el mismo, por cuanto supondría un *bis in diem*. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye el desvalor de la repetición, en nuestro caso el lavado y por ello no es posible sancionar por el último delito que tiene por finalidad receptor, ocultar las procedencias ilícitas del crimen previo sin afectar garantías constitucionales. Se considera de esta forma que los hechos posteriores que están consumidos en el delito previo, constituyen la forma de asegurar o aprovechar el beneficio del delito y no se lesiona de esta manera ningún otro bien jurídico diferente al dañado previamente.

2. Lavado de activos como una forma de encubrimiento

cuanto hay una unidad de designio criminal y no es posible escindir las acciones, no puede acusarse nuevamente al imputado del crimen.

¹¹⁹ Ibidem. Pg.464

¹²⁰ Ibidem Pg 464; ver también Ackermann, “*Geldwascherei-Money Laundering*”, Zurich, 1992, Pg. 207 (citado en Blanco Cordero)

¹²¹ Ibidem Pg. 466.

También se argumenta que lavado es una forma de encubrimiento por cuanto no es posible que el autor del delito previo cometa este crimen. Si el sujeto participó en el hecho previo, la operación de venta de drogas, por dar un ejemplo, el hecho posterior es un mero “acto posterior copenado” en el desvalor del hecho previo.¹²² Se entiende que en la escala penal de todo delito de enriquecimiento patrimonial se valora que el autor del hecho lucrará con los bienes, o bien los introducirá en el mercado. Se dice pues que no tiene sentido aplicarle otra pena por “lavar el botín”, toda vez que esta circunstancia ya esta prevista en la pena del hecho previo. De esta forma el autor del delito previo no puede ser autor del lavado.¹²³ En definitiva según esta postura el autoencubrimiento, y el lavado considerado como tal es impune; dicho de otra forma esta copenado con la pena del hecho previo.¹²⁴

El criterio se sustenta en la concepción conforme la cual es injusto aplicarle al autor del delito previo la pena del lavado, toda vez que en la escala penal de ese delito previo ya esta considerado por el legislador que la cosa desaparece para siempre del ámbito en el que estaba, y que pasa a otro ámbito, por lo general con el fin de que entre en patrimonio del autor del hecho. Esto ocurre luego de que el bien ha sido lavado.¹²⁵ No hay razón para sancionar al narcotraficante por el posterior lavado, en tanto el convertir o transferir dinero o activos es parte del agotamiento del delito consumado previo. La pena del delito previo cubre la necesidad de sanción. A esto debe agregársele los efectos normales de toda sentencia de condena en cuanto al decomiso de los activos, los instrumentos del delito y todos sus efectos.¹²⁶

Quien ha participado en la comisión del delito previo no puede ser autor del encubrimiento de éste por cuanto el delito de encubrimiento es autónomo, y conforme esta posición el encubridor queda excluido de la participación en el delito previo por cuanto para que exista encubrimiento no puede existir promesa anterior del encubridor

¹²² Exposición de Motivos, Dictamen de Mayoría de la Excma Cámara de Diputados de la Nación de la República Argentina, Sesiones Ordinarias, 1999, Pg. 8659, 8673. Es este uno de los motivos por los cuales en la ley de este país del delito de lavado de activos aparece receptuado como una forma especial de encubrimiento en el cual no puede participar el autor del delito del cual proceden los fondos ilícitos.

¹²³ Exposición de Motivos, Rep. Argentina, Ibidem.

¹²⁴ Exposición de Motivos, Rep. Argentina, Ibidem.

¹²⁵ Exposición de Motivos, Rep. Argentina, Ibidem.

¹²⁶ Miguel Langon Cuñarro, “*La carga de la prueba y el lavado de activos.*”, Documento de la Comisión Inter Americana para el control de drogas., CICAD.

que es lo que caracteriza a la complicidad.¹²⁷ Según la clasificación de Carrara, *Encubridores* son aquellos que sin repetir la ofensa del derecho violado con el delito, les prestan asistencia a los autores del hecho delictivo para impedir el descubrimiento del este.¹²⁸

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

También podría sostenerse que existe un concurso aparente de leyes pues el contenido del ilícito del delito de lavado, integra el delito previo, por lo general de mayor gravedad, por el cual será sancionado el autor de la conducta. Se ha sostenido que hay un concurso aparente de leyes cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero en definitiva, sólo es regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.¹²⁹ No se puede desdoblar entonces una conducta que resulta ser única. Si quien comete el delito grave¹³⁰ es imputado por este delito luego no podría ser enjuiciado doblemente por el agotamiento de dicha conducta como resulta ser el encubrimiento de su delito (este es el concepto del lavado como una forma de encubrimiento). La realización del primer delito, que es más grave, incluye y comprende exhaustivamente el desvalor de todo el hecho y en

¹²⁷ Fontan Balestra, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. VII, Parte Especial Pg. 445.

¹²⁸ Carrara, “*Teoría de la tentativa y de la Complicidad, o del grado de la fuerza física del delito*”, Madrid 1926, Pg. 326.

¹²⁹ Cámara Federal Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, causa “*Dadone y otros por defraudación*”, 16/6/97; ver también sus citas: Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal Parte General, T.II*, Pg. 281, Santiago de Chile, 1985 y Bacigalupo, Enrique, “*Principios de Derecho Penal-Parte General*”, Madrid, 1994, Pg. 273.

¹³⁰ En el concepto de la definición proporcionada por el Art. 1 del Reglamento Modelo de la CICAD

consecuencia la comisión de otros delitos de menor entidad.¹³¹ Para quienes sostienen esta posición, si se admitiese la diversidad de encuadramiento legal y una doble valoración, se duplicaría la persecución penal afectando garantías constitucionales al violarse el principio que no se puede recibir dos castigos por un mismo delito¹³²

Habría entonces violación del debido proceso por existir identidad de las personas perseguidas, identidad del objeto de la persecución e identidad de la causa de la persecución

3. El criterio de no-exigibilidad de una conducta diferente.

El argumento para excluir a los autores y partícipes del delito previo como sujetos del lavado descansa en el concepto de hecho posterior copenado (el castigo del hecho posterior quedaría comprendido en la pena del delito previo). Hay legislaciones como la española en las que se establece que el delito afecta como bien jurídico a la Administración de Justicia (Artículo 301 del Código Penal) y por ello la impunidad no descansa en la identidad del bien jurídico protegido, como podría ser la propiedad, sino que debe sustentarse en otro criterio distinto al de la afectación del mismo bien jurídico. Si se entiende que el lavado utiliza acciones típicas del encubrimiento, y se sustenta la impunidad del autor del hecho previo en el privilegio para autores y partícipes es necesario remitirse a otro concepto, cual es el de no-exigibilidad de una conducta distinta. No se puede exigir a una persona que ha delinquirido que se entregue a la policía o la justicia. El autor de un crimen con lucro económico encubre su delito mediante la ocultación de los bienes que obtuvo a partir de la comisión del delito, lo que comprende la conducta tendiente a no inculparse.

En Alemania se reconoce también el privilegio del autoencubrimiento. A diferencia de España, el fundamento se apoya en el concepto del hecho posterior copenado con relación a la forma de encubrimiento favorecimiento real, dada la similitud

¹³¹ Ibidem. En este fallo la Cámara de Apelaciones analizó si la conducta de defraudación al estado en una maniobra que perjudicó al Banco Central incluye y abarca el delito de cohecho de los funcionarios públicos implicados en dicha maniobra. Si bien no hay una relación de alternabilidad entre los delitos como en el caso del encubrimiento y el delito previo, es interesante resaltar el caso toda vez que el concepto de mismo desvalor, conducta única y la aplicación del principio de bis in idem es el fundamento del fallo para sostener la nulidad del desdoblamiento de una conducta única, la defraudación, en un concurso aparente de leyes. Son los mismo fundamentos, con la excepción del criterio de consunción, que se utilizan para sostener la imposibilidad de que el autor del hecho previo resulte responsable por el posterior lavado.

¹³² Ibidem. Fallo Cámara Federal; ver también fallos de la Corte de Justicia de USA: “Pace v. Alabama” 106 US 583; “Leeper v. Texas”, 139 US 462 Y “Moore v. Missouri”, 159 US 673.

de los bienes jurídicos afectados. Por el contrario en el supuesto del favorecimiento personal se recurre a la idea del estado de necesidad ya que los bienes jurídicos afectados son distintos; el estado de necesidad surge cuando el interviniente en el hecho previo se ve forzado a autoencubrirse y evitar ser sancionado penalmente.

En suma la idea subyacente en el privilegio del autoencubrimiento reside en el principio regulativo de la no-exigibilidad de otra conducta distinta por cuanto no puede exigirse al delincuente que se descubra. Es impune el delincuente que intenta escaparse de la acción de la justicia. El fundamento constitucional reside en las normas constitucionales y pactos internacionales que amparan al reo de tener que declarar contra sí mismo o aceptar su culpabilidad.¹³³ No se puede exigir una conducta diferente a quien cometió el delito y luego quiere ocultarlo, ya que de lo contrario se le estaría exigiendo declarar contra sí mismo.¹³⁴ El fundamento material reside en el concepto de inexigibilidad de la autoentrega. Este es el criterio de la doctrina mayoritaria en países tales como España y Suiza que tienen tipos penales autónomos de lavado y en los cuales no se especifica si el autor del hecho previo puede ser autor o no.

d. El sujeto del delito previo como autor o participe del lavado de activos. Crítica a la exclusión.

1. Razones de política criminal.

Desde otra perspectiva se puede considerar que se ha de admitir la sanción del autor y de los partícipes de los hechos previos cuando posteriormente blanquean las procedencias del ilícito. Las organizaciones criminales y en especial sus jefes lesionan gravemente el orden socio económico de los países tal como ha sido reseñado en el apartado del bien jurídico tutelado. De esta forma, a contrario de lo sustentado por las legislaciones que excluyen específicamente a los autores del delito previo como autores del delito de lavado, en tanto lo consideran una forma de encubrimiento, puede concluirse que si el legislador tiene como finalidad proteger el bien jurídico del orden socioeconómico, podría penalizarse al autor del delito precedente.

También cabe considerar que existen razones de cooperación en el ámbito internacional que requieren que se considere al lavado como un crimen autónomo. En

¹³³ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8 (4)

¹³⁴ Blanco Cordero, *Ibidem*. Pg. 475

este aspecto el problema puede surgir en el caso de que una jurisdicción solicite la extradición de un organizador de una asociación criminal por el delito de lavado de activos y en el otro país donde se encuentra estuviere acusado o hubiese sido penado por el delito previo. En estas circunstancias, en caso de no reconocer la autonomía del delito de lavado y la posibilidad de que el autor del hecho previo pueda ser acusado en el país en donde se encontraría acusado por el delito previo, podría llegar a negarse la cooperación en material criminal en tanto podría argumentarse que sería juzgado el enjuiciado en el país requiriente por el agotamiento del crimen previo. Se puede apreciar en este ejemplo como la cuestión merece ser valorada no sólo a la luz de la teoría del delito sino también conforme pactos internacionales y las normas fundamentales de cada estado.

En este sentido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se discutió la preocupación de los países miembros a raíz de los vínculos de la delincuencia organizada transnacional. Es así como en el párrafo 2 apartado e) se interpreta que se tiene en cuenta los principios jurídicos de varios Estados en los que no está permitido acusar a la misma persona por el delito previo y el crimen de lavado a la vez. Se afirmó en dicha ocasión que los Estados que regulan la normativa en este sentido se comprometían a no denegar la extradición y la asistencia judicial recíproca por el hecho de que la solicitud se sustentara en un delito de lavado respecto del cual el crimen determinante fuese cometido por la misma persona.¹³⁵

Resulta pues importante valorar que no si existen reparos legales para considerar que el autor del delito determinante puede ser responsable posteriormente por el lavado, lo cual como se verá no agrava garantías del debido proceso y debería ser admitido.

2. Afectación de bienes jurídicos distintos y desvalor diferente.

La postura conforme a la cual es impune el aprovechamiento de los efectos del delito, porque ese hecho está comprendido en la pena del delito previo, tiene límites. El criterio que limita dicha postura comienza por analizar si la receptación es un acto posterior copenado, y si es una consecuencia natural del delito previo. Como vimos, hay doctrina que sostiene que el delito previo (tráfico de drogas) lesiona el mismo bien

¹³⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, Informe del Comité Especial encargado de la redacción art.6: Penalización del blanqueo del producto del delito.

jurídico que el delito posterior (blanqueo) por lo cual la conducta posterior (blanqueo) se valora como un hecho posterior copenado (castigado sólo con la pena del delito antecedente) Si se valora que bien jurídico protegido por el lavado es la Administración de Justicia o el orden socioeconómico, vemos que el desvalor del hecho previo no abarca en todos los casos la integridad del desvalor del posterior blanqueo. Hay una afectación de bienes jurídicos diferentes.¹³⁶ Por ello puede criticarse el fundamento conforme el cual existe un hecho copenado porque en la pena del delito previo ya está previsto el desvalor de la conducta del autor del lavado; como vemos el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo puede ser más amplio que el del delito precedente cuyo desvalor no es alcanzado por la comisión del delito previo.

3. Existencia de un hecho delictivo diferente en tanto el lavado contiene un plus que no existe en la afectación de la Administración de Justicia. Distinto desvalor con relación a la conducta del delito predicado.

Generalmente se sostiene que el lavado del dinero proveniente de un delito constituye el agotamiento de dicho delito y que debe considerarse que la obtención de recursos económicos mediante la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, armas, o seres humanos y su posterior aprovechamiento puede valorarse como inherente al delito mismo. **El Delito y el posterior** aprovechamiento de los recursos provenientes del mismo constituyen **un ilícito único**, cuando el acusado por el tráfico es a su vez el autor del lavado, **según este criterio**. Como vimos, esta postura se puede sustentar en el principio constitucional de “non bis in idem”.¹³⁷ Sin embargo, puede considerarse que traficar armas, drogas o seres humanos y el posterior lavado son hechos distintos y por lo tanto es posible penar separadamente el lavado del producto del delito aún cuando quien incurrió en dicha conducta fue el autor de los delitos ya señalados.

Así, existen delitos en los cuales, (mencionamos como ejemplo la ley antiterrorista en Chile) se establecen distintos hechos que constituyen conductas terroristas y se penaliza en forma separada el mero hecho de formar una asociación ilícita. Igual criterio se aplica en la ley 19.366 del dicho país, cuando se sanciona a los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos

¹³⁶ Blanco Cordero, Ibidem, Pg. 468

¹³⁷ Jurisprudencia Ley 19.366, Cooperación Judicial Internacional, CONACE, Chile, Noviembre 1997, Pg. 107.

contemplados en dicha ley.¹³⁸ En este país se ha explicado que el concepto “cualquiera” descrito en la ley sólo puede referirse a quien no haya intervenido en el hecho previo, pues de ser así debe ser penado por estos.¹³⁹ En Colombia la Corte Constitucional también ha establecido que el delito de concierto para delinquir es un delito autónomo del delito base como ser la venta de estupefacientes, por cuanto el concierto para delinquir contiene elementos distintivos diferentes a otros delitos que constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública.¹⁴⁰ También se expresó en esta decisión que como delito autónomo la conspiración no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas delictivas para considerarse materializada. En estos conceptos encontramos una similitud muy grande con la problemática de la autonomía del lavado de activos en cuanto afecta otros bienes jurídicos y tiene elementos diferentes del delito previo. Pero fundamentalmente tal como se analiza en el apartado sexto no es necesario la realización de un delito previo o en forma paralela para su acreditación.

Y como situación análoga, pero desde otra perspectiva, cabe mencionar que en Argentina se considera que el supuesto del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra concurre en forma real, y se sanciona como delito independiente, del delito de robo con armas. En estos casos el delito de peligro abstracto, la tenencia ilegítima constituye un hecho independiente del robo aunque las armas hayan sido utilizadas en el asalto y agraven el delito de robo.

No obstante lo anterior, debe señalarse que también en Argentina en algunos supuestos como el cohecho y la defraudación se sostiene que existe un hecho único y un

¹³⁸ Jurisprudencia Ley 19.366, Ibidem. La Comisión de la Cámara de Diputados de Chile puntualizó que el sujeto activo de el delito de lavado no debió haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos delictivos sobre tráfico ilícito de estupefacientes; ver Diario Oficial de la República de Chile, Leyes Anotadas y concordadas n 11 CONCACE, , Chile, pág. 27; sin embargo un fiscal apeló un fallo que se fundamentaba en esa interpretación de la ley. En todo caso la doctrina no admite pacíficamente ninguna de las dos interpretaciones, aún cuando el texto legal no hace referencias explícitas que abonen una u otra itrepretación. En este sentido la Jurisprudencia de la Cámara Federal Criminal y Correccional de la República Argentina también entiende que el delito de asociación ilícita concurre en forma material (son hechos independientes y delitos distintos) con la defraudación.

¹³⁹ Fernando García Díaz, “*Lavado de Dinero y Narcotráfico. La Droga como Negocio.*”, Universidad Central, Chile, 1996, Pg. 49.

¹⁴⁰ Ver Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C.241 del 20 de mayo de 1997, que puede consularte en www.cicad.oas.org/lavado de activos.

concurso ideal de leyes, en el sentido de que la conducta queda atrapada por el delito más grave, la defraudación.¹⁴¹

Como se ve resulta fundamental dilucidar la cuestión de si el delito de lavado es una forma de encubrimiento o favorecimiento real o personal y por lo tanto la conducta del incurso en el delito predicado constituye pura y llanamente el agotamiento del mismo, o si bien es un delito autónomo e independiente de la conducta previa, que afecta otro bien jurídico y que, por lo tanto, merece ser valorado como un hecho independiente.

El delito de lavado y los definidos como delitos graves por el Reglamento Modelo de la CICAD, siempre están ligados. El lavado de dinero, protege y hace conveniente la actividad criminal de la delincuencia organizada, configurando un hecho distinto. Pero si se pondera que el lavado de dinero tiene una base de naturaleza encubridora, el interviniente en el hecho previo es impune por el posterior lavado de capitales.

En el caso del Artículo 301 del CP de España si se entiende que regula explícitamente actividades propias del encubrimiento (receptación clásica), y en este delito no se admite la sanción del autor del hecho previo, conforme al criterio del privilegio del autoencubrimiento, sustentado en el principio de la inexigibilidad de otra conducta distinta, no se podría castigar al autor del delito predicado en un caso de lavado acaecido en España. Sin embargo si se acepta que los organizadores y jefes de las organizaciones criminales al blanquear el producto de sus actividades ilícitas lesionan gravemente el bien jurídico protegido por este delito, el orden socioeconómico, debe aceptarse también que el Artículo 301 del Código Penal permite la sanción de quienes incurrieron en el delito previo.¹⁴² Quienes siguen esta línea entienden que el legislador ha dejado abierta la posibilidad de sancionar a los autores del delito previo por el posterior lavado de sus ganancias.

Dado que el lavado afecta potencialmente el orden socioeconómico la cuantía del blanqueo podría ser un índice a valorar en el tipo legal para sancionar a los sujetos del delito previo. Como el bien jurídico protegido difiere del previsto en el delito predicado,

¹⁴¹ Cámara Federal Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, causa “Dadone y otros por defraudación”, 16/6/97

¹⁴² Esta es la postura de Blanco Cordero, Op. Cit. Pg. 501 y Vives Antón y González Cussac, “Comentarios al Código Penal de 1995”, T. 2.

y no se considera al lavado como encubrimiento no existiría un acto posterior co-penado. En tanto se admita que hay dos bienes jurídicos afectados y que en el lavado esta implicada una sofisticada ingeniería financiera, no puede admitirse el concepto de acto posterior co-penado, colocando al lavador a la altura del que vende el auto o la bicicleta sustraída.

Ilustrando las dudas que presenta la autonomía del lavado y por ende la posibilidad de aplicación de penas en concurso al autor del delito predicado y lavador, en Colombia el Ministerio de Justicia y del Derecho, cuando optó por una tipificación más clara, afirmó que: “Si bien es cierto que con la ley 1990 de 1995 se tipificó el lavado de activos bajo la denominación receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales, esta tipificación no era clara en cuanto a la posibilidad de aplicar el concurso con el delito base [...] conforme al criterio del privilegio del autoencubrimiento, sustentado en el principio de la inexigibilidad de otra conducta distinta con la ley 365 de 1997 se creó un nuevo capítulo en el Código Penal dedicado exclusivamente al tema de lavado de activos”.¹⁴³ A esto se suma la opinión del Gobierno de Colombia en la cual expresa que el lavado es un delito autónomo, en el que la pena por el delito de lavado es acumulable con la del delito originario por ser delitos diferentes, y de esta forma se indica claramente la posibilidad de condenar al traficante de drogas por dicha actividad, en concurso con el blanqueo de capitales, por haber legitimado el producto de dicho comercio ilícito.¹⁴⁴

4. Concurso real de delitos en cuanto conductas escindibles.

Si se argumenta en favor de la independencia y autonomía del delito de lavado de dinero y la posibilidad de sancionar al autor del hecho previo, que blanqueó el producto del delito en el cual intervino, debe sostenerse que existe un concurso real de tipos. A estos fines debe considerarse entonces que el bien jurídico protegido por la norma es la salud financiera y económica del estado y no sólo la administración de justicia o la propiedad, como tradicionalmente suele admitirse por la doctrina en la figura del

¹⁴³ DCJ/620/CRM “Actualización de la respuesta del Gobierno de Colombia presentada en la CICAD, el 6 de noviembre de 1996”.

¹⁴⁴ Citado en el Manual de Apoyo para la tipificación del delito de lavado, Comisión Inter-Americana para el control del abuso de drogas, CICAD.

encubrimiento. De ser así, el estado se encuentra obligado a sancionar a quienes afectan y dañan valores sociales.

Como ya hemos visto, quienes no participan de la posición que acabamos de mencionar, entienden que aún cuando el delito previo proteja un bien jurídico diferente al protegido por el encubrimiento (por ejemplo la propiedad en el previo y administración de justicia en el encubrimiento) no puede obligarse al autor del hecho previo otra conducta (inexigibilidad de una conducta diferente), por lo que no podría aplicarse el concurso de penas a quien encubre para con la finalidad de no autoincriminarse. Y a esto también agregan el concepto de mismo desvalor y agotamiento del delito previo con lo cual resultaría coherente sostener que el autor del hecho previo no puede ser perseguido doblemente.

Pero es claro que los partidarios de la interpretación anterior no tienen en cuenta el daño social que el lavado de activos causa al orden socioeconómico y a la salud financiera del Estado; dicho daño quedaría impune. Razones de justicia y de igualdad requieren que sea sancionado el miembro de una comunidad que afecta bienes jurídicos, por lo tanto, si en la valoración de la pena del lavado que se le aplica su autor está incluido este desvalor, resultaría arbitrario --en similares circunstancias-- efectuar disquisiciones que benefician a unos (los autores del hecho previo que lavaron el producto de su crimen) y perjudican a otros (el delincuente sólo incurso en lavado).

Si el bien social protegido fuera el mismo en el delito previo y el lavado de activos (como forma de encubrimiento), no se justificaría sancionar doblemente al autor. En cambio, si los bienes jurídicos protegidos son diferentes y en el lavado se daña la administración de justicia, tampoco cabría sancionar al autor del delito previo que luego lava el producto de su crimen por los principios de inexigibilidad de una conducta distinta y del principio que protege el derecho a no autoincriminarse. Esta postura tampoco tiene en cuenta el daño socioeconómico que se causa a la sociedad por medio de estas transacciones aparentemente legales; reiterando nuestro razonamiento anterior, si se reprime a los que perjudican este bien jurídico con una norma específica, (el lavado de activos), no puede realizarse una clasificación arbitraria que incluya sólo a quienes

lavaron activos y no participaron en el delito previo.¹⁴⁵ No basta argumentar que en la individualización de la pena del delito previo se tendrá en cuenta la repercusión económica u otros argumentos. No es lo mismo perseguir criminalmente con dos tipos penales que incluir la conducta en un tipo único.

Este criterio requiere necesariamente más allá de razones de interés público, como la protección de este bien jurídico, que el autor de la conducta tenga un desvalor de acto que sea distinto al del delito previo para poder efectuarle un nuevo juicio de reproche. En este aspecto también se podría criticar la postura conforme la cual el desvalor del acto esta incluido en el delito previo y en la sanción de ese delito, por lo cual la persecución por el lavado es doble y afecta garantías constitucionales y tratados internacionales.

5. Plus en el desvalor de la acción.

El desvalor de la acción, en el tipo del lavado de activos tiene un plus que no se encuentra previsto en la figura clásica del encubrimiento preceptuada en la mayoría de los códigos penales. No implica únicamente el ocultar, encubrir el delito por parte del autor para eludir la acción de la justicia o el fin de lucro. El crimen en cuestión afecta otros valores sociales y la conducta del criminal está siempre guiada por un afán de lucro que da sentido a la organización criminal al permitirle la reinversión del producto del crimen, lo que la convierte en una usina de delitos; esto supera tanto el mero enriquecimiento patrimonial buscado por el autor del delito previo como el concepto tradicional del encubrimiento, cuyo autor busca eludir el accionar de la justicia.

De acuerdo a lo dicho en el párrafo anterior, la finalidad del lavado así concebida no siempre está contemplada como un elemento del tipo en el delito previo, por ej. en el tráfico de estupefacientes o de armas u otros hechos criminales de los cuales se obtienen beneficios económicos. Esta finalidad de disimular y ocultar el origen ilícito de los fondos contiene un plus de desvalor, en tanto implica encubrir el delito y además lucrar con los activos ilegales para poder reinvertirlos en la empresa criminal.

¹⁴⁵ En este sentido la postura totalmente opuesta a la aquí sostenida la encontramos en la actual redacción del art. 278 del C.P. de la República Argentina que reprime el lavado solo respecto de quienes no han intervenido en el hecho previo.

En todo caso debería analizarse si el delito previo tiene un fin de lucro como elemento del tipo y si este desvalor cubre al beneficio buscado por la empresa criminal en un tipo de lavado que consiste no solo en ocultar, sino en aprovechar unas ganancias fabulosas como combustible de formas delictivas que pretenden mantener viva a la empresa criminal constituyéndola en el anti-estado.

Este es justamente el nudo del problema y donde debería girar la cuestión de si corresponde o no sancionar al autor del delito previo por el posterior lavado de sus beneficios.

6. La búsqueda del fin de lucro y la actividad empresarial delictiva como elemento distinto en el lavado de activos.

Otras de las razones para sostener que entre el encubrimiento o la receptación y el delito previo existe una relación de alternatividad residen en que en la primera figura el autor del crimen intenta eludir la justicia, y por lo tanto no puede sostenerse que se entregue a las autoridades: en tanto su conducta queda atrapada en el hecho previo no cabe efectuar un nuevo juicio de reproche. Sin embargo, como ya se explicó, el desvalor en la conducta del lavado de dinero tiene un plus que escapa a la figura previa, un afán de lucro tendiente a la supervivencia de la empresa criminal que no siempre está presente en el hecho previo. Y aun cuando el lucro esté presente en la conducta previa, el desvalor del lavado de activos va más allá en tanto implica conductas reiteradas en el tiempo con el objetivo de fortalecer a la organización de una empresa criminal con apariencia de licitud, que va a disputar al Estado la razón misma de su existencia. Va de suyo pues que esta maniobra en la cual participa activamente el autor del hecho previo tiene un desvalor que no puede considerarse incluido en el delito previo.

Dado lo anterior, debería considerarse si así como en el delito de asociación ilícita (criminal) se permite la concurrencia real con los delitos que son cometidos por ella, no debería asumirse igual circunstancia con el lavado de activos.. Así, la maniobra no es única ni el designio delictivo uno sólo. Similar argumentación se sostiene también con relación al delito de robo con armas y la tenencia ilegítima de éstas que son usadas en un asalto.

Nótese que en este caso no habría afectación de garantías constitucionales por cuanto es otro el acto en cuestión, en tanto existe otro designio criminal que supera el perseguido en el delito predicado. El desvalor de la acción afecta otros bienes jurídicos y es deber del Estado no sólo garantizar el debido proceso legal y cumplir con los pactos internacionales a estos fines, sino interpretar los pactos y tratados internacionales en forma integral justamente con las garantías constitucionales que fundamentan el Estado de Derecho. En este sentido para cumplir con la normativa internacional los Estados Nacionales deben proteger el orden económico de su comunidad y la salud financiera del sistema bancario,¹⁴⁶ por cuanto en una economía globalizada la salud de los sistemas nacionales resulta un valor a considerar. Téngase en cuenta que en la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado de 2000 se prevé que la penalización del delito de lavado de activos como uno de los crímenes a ser sancionado para combatir la criminalidad transnacional organizada. Además debe tenerse en cuenta si no existe reparo constitucional en el orden interno a la sanción del autor del delito previo como sujeto a su vez del delito de lavado por las consideraciones mencionadas debe sancionárselo a efectos de proteger debidamente los valores sociales en juego y cumplir fielmente con los tratados internacionales que generalmente en los países signatarios tienen jerarquía constitucional.

Como se ha explicado no existe gravamen constitucional en la sanción por este delito al autor del hecho previo toda vez que no hay fundamento para sostener una doble persecución penal ni se exige que declare contra sí mismo y se entregue a la justicia, sino que su desvalor es más grave que el del delito previo y afecta un bien jurídico cuya magnitud es notoriamente relevante.

V. La autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo.

a. Introducción.

Uno de los elementos del tipo de lavado de capitales está constituido por el delito previo del cual proceden los activos (bienes)¹⁴⁷ que son ocultados, recibidos, transferidos o modificados.

¹⁴⁶ Repárese en los efectos negativos que se han detallado en el apartado 2.

¹⁴⁷ Isidro Blanco Cordero, “*El delito de Blanqueo de Capitales*”, ED Aranzadi, 1997, Pág. 222. Explica el autor que el delito previo del cual provienen los bienes objeto del crimen analizado es considerado por

Generalmente el delito de lavado de capitales se ha tipificado a partir del delito de encubrimiento por cuanto en ambos delitos la acción consiste en ayudar a asegurar el beneficio o el resultado de un delito, a eludir la acción de la justicia, a sustraerse de esta, a eludir el castigo, a suprimir, alterar u ocultar los rastros del crimen.¹⁴⁸

Uno de los requisitos del delito de encubrimiento es precisamente la comisión de un delito previo. Este delito en el derecho penal normalmente ha sido probado a partir de una diligencia de secuestro en ocasión de un allanamiento, de un operativo policial, el reconocimiento de los bienes por parte de la víctima del crimen y otras formas, todo lo cual permite la condena del autor del encubrimiento del crimen previo (por dar casos ejemplificativos un robo o hurto) por cuanto se halla comprobada la comisión del delito base.¹⁴⁹

De esta forma si se conceptualiza al lavado de activos como una forma de encubrimiento o bien como un delito que se asemeja a este crimen, se podría afirmar que solo se puede imputar el lavado de bienes cuando se halle comprobada la comisión de un crimen previo. Para esto es necesario que se compruebe una conducta criminal anterior al hecho.

Ahora bien, si se afirma que el delito de lavado de dinero es un crimen autónomo debería sustentarse que aun el narcotraficante de armas por dar un caso que se involucra en las acciones constitutivas de lavado debe ser castigado por este crimen. El tema, como se ha visto anteriormente, reside en analizar si el lavado es una mera forma de encubrimiento calificado y un agotamiento del crimen previo o bien un delito que merece ser imputado en concurso con el delito base por cuanto tiene otro desvalor la acción y no afecta solamente la administración de justicia, sino el orden socioeconómico del estado.

b. La cuestión de la autonomía del delito de lavado se relaciona con la carga de la prueba del delito anterior

La cuestión de la autonomía del delito de lavado se relaciona entonces con la carga de la prueba del delito anterior y de esta forma es importante establecer cuales son

parte de la doctrina como un elemento normativa del tipo y por otros como una condición de objetiva de punibilidad.

¹⁴⁸ Miguel Langón Cuñarro, “La carga de la prueba y el lavado de activos”, CICAD, www.cicad.oas.org, cursos de capacitación, Pág. 2.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

los requisitos que resultan necesarios considerar probados en un juicio criminal para tener por acreditada esta circunstancia.

Es importante considerar que el delito de lavado de activos es un crimen no tradicional y que es la forma que tiene la criminalidad organizada para sustentar sus actividades ilícitas en el ámbito transnacional. A partir de las enormes e incalculables sumas de dinero que maneja el crimen internacional se ocasiona un daño continuo a la economía no solo de los estados sino a la comunidad internacional. A esto debe sumarse el hecho de que el dinero que lavan las organizaciones criminales les permite lograr impunidad y sobornar a funcionarios públicos. Se ha dicho por eso que este tipo de crímenes constituye delitos de lesa humanidad, al poner en riesgo a las instituciones democráticas y la estabilidad de las naciones.¹⁵⁰

Uno de los casos típicos de lavado de activos que escapa al concepto del encubrimiento clásico es el supuesto en el cual a partir de indicios es posible comenzar una investigación de lavado de dinero, y posteriormente continuar con esta hasta llegar a un juicio criminal logrando una condena; también cuando no existe una denuncia formal o imputación de un crimen concreto, sino la sospecha por parte de organismos de seguridad de que determinados activos (dinero por ejemplo secuestrado en un aeropuerto a un pasajero) permiten sospechar que provienen de un delito. Es justamente es estos casos cuando el delito de lavado de dinero cobra vida y se autonomiza totalmente del delito previo. Es decir, no es necesario probar formalmente a partir de la denuncia de la sustracción de un automotor o cualquier otro bien como sería en un caso de un delito contra la propiedad, que un delito existe y por lo tanto aquel que se encuentra en posesión del bien sustraído es el autor o partícipe en el delito previo o alternativamente es un encubridor.

c. La prueba indiciaria del origen ilícito de los bienes.

Si la finalidad del derecho penal es proteger bienes jurídicos respetando las garantías constitucionales y esencialmente el debido proceso, no encontraríamos reparo alguno en argumentar a favor de la autonomía del delito de lavado de activos en los supuestos en que el delito previo se comprueba a partir de indicios que permitan afirmar, conforme a las reglas de la sana crítica, que el dinero o los activos que se hallan

¹⁵⁰ Langon Cuñarro, op. Cit. Pág. 6.

secuestrado provienen de un delito. En última instancia no existe reparo constitucional o legal alguno para impedir esta postura. El problema reside en que lo que se exige es el cambio de un paradigma en vigencia, el clásico delito de encubrimiento del derecho penal liberal, que ante la nueva criminalidad organizada transnacional debe ser superado para que el derecho penal sea efectivo (resguardando siempre las garantías individuales). Por ello intentaremos en este apartado clarificar como puede probarse el delito de lavado de activos en forma autónoma del delito previo.

Resulta necesario que en la valoración de la prueba se admita el concepto de sana crítica y libertad probatoria con la única limitación de que las acciones desarrolladas por los órganos estatales encargados de investigar conductas presuntamente criminales respeten las garantías previstas en las normas constitucionales y convenios internacionales. No basta con la mera tipificación del delito de lavado y su concepción como delito autónomo del hecho criminal previo, sino que es fundamental permitir a los operadores herramientas indispensables para descubrir las acciones delictivas.¹⁵¹

Debe tenerse en cuenta que en el proceso penal esta proscripta “ toda prueba ilícita en la prosecución de la verdad...que los derechos fundamentales y libertades públicas constituyen el núcleo esencial del ordenamiento jurídico, por lo que cualquier prueba obtenida violentando unos de tales derechos o libertades está afectada por una inaceptable causa de injusticia, y por lo tanto no surtirán efecto.”¹⁵²

La Convención de Viena prescribe en el Art. 3.3 que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”. Por otro lado el Reglamento Modelo de la CICAD, (Art. 2.5) dice que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos de lavado de activos podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”

Estos principios que son utilizados para valorar las pruebas en materia criminal y estos conceptos referidos a la valoración del elemento subjetivo del tipo deberían ser

¹⁵¹ Langon Cuñarro, op. Cit. Pág. 8

¹⁵² José Luis Conde Salgado, “*Los medios de prueba en los procesos por delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales. Ideas Generales*”, en www.cicad.oas.org., Lavado de activos, (cursos de capacitación), Pág. 2.

usados para ponderar el origen ilícito de los bienes en el delito de lavado y el conocimiento del origen por parte del autor.

d. La comprobación del objeto del delito de lavado de activos.

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

Debe considerarse que parte de la doctrina siguiendo como parámetro el delito de receptación sostiene que “es preciso saber con precisión cuál fue el hecho delictivo del cual provienen los bienes”,¹⁵³ y que es necesario, practicar en el juicio por receptación las pruebas que permiten la existencia de un delito previo que permitan su calificación jurídica.¹⁵⁴ Esta postura no se contradice en principio con la que sostiene el uso de elementos indiciarios, sino que el tema en última instancia resulta de valoración en cada caso concreto.

En una sentencia de la justicia de Costa Rica se acreditó la procedencia ilegal del dinero incautado y demás bienes objeto del delito de lavado de activos a partir de prueba indiciaria.¹⁵⁵ En el proceso el Fiscal formuló acusación y luego el Tribunal tuvo por acreditado que los imputados “convinieron en realizar una introducción oculta de dinero producto de la venta de drogas no autorizadas a Costa Rica, provenientes de los Estados Unidos”. Se describe en la sentencia como uno de los implicados viajó a los Estados Unidos donde recibió dinero de baja denominación y lo envolvió de forma tal que estuviere oculto. Los agentes policiales ante la información de que uno de los acusados

¹⁵³ Cordero Blanco, op. Cit. Pág. 252.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Sentencia no. 46-95, Tribunal Superior de Alajuela, Sección Segunda, ver www.cicad.oas.org, lavado de activos (jurisprudencia). El autor del crimen fue condenado a la pena de 12 años de prisión por ser considerado penalmente responsable del delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.(citado mas adelante como Sentencia Tribunal Costa Rica)

ingresaría al país con dinero producto de narcotráfico procedieron a su detención y el secuestro del dinero. Por otro lado se comprobó que uno de los imputados era presidente de distintas sociedades con diversas cuentas bancarias que no contaban con un volumen extraordinario de ingresos en moneda norteamericana “derivado de su actividad propia” para justificar los continuos y consecutivos depósitos en efectivo de dólares. También se comprobó que las “transacciones millonarias no formaban parte del giro normal de la operación de las empresas mencionadas sino que los montos transferidos al extranjero provenían del tráfico internacional de drogas”

Es así como el Tribunal considero como elementos indiciarios para valorar los hechos conocidos y el hecho por probar: las llamadas telefónicas entre las partes acusadas, los viajes de miembros de la organización, la constitución de empresas sin tráfico comercial ni tributación, el anormal manejo de cuentas corrientes, las transferencias por sumas millonarias en dólares sin justificación comercial por tres años, el transporte furtivo de grandes cantidades de dólares, el desempeño de puestos políticos claves que facilitaban la comisión del crimen, la baja denominación del dinero incautado.¹⁵⁶

Resulta ejemplar esta sentencia en el sentido de que permite clarificar como el delito de lavado de activos no requiere la prueba clásica del encubrimiento cual es la denuncia de un hecho previo por parte del damnificado o bien el reconocimiento por parte de la víctima del objeto sustraído. De no permitirse este tipo de libertad probatoria y de comprobación a partir del concepto de la sana crítica, el delito de lavado de activos pocas veces será corroborado. Debe admitirse que si la criminalidad organizada posee nuevos mecanismos para cometer delitos, el estado debe contar con las herramientas para combatirlo, esto es la figura delictiva y la utilización de medios probatorios y su valoración en forma dinámica superadora de viejas concepciones que no puede aplicarse ante la criminalidad moderna.

Los indicios enumerados en esta sentencia como ser las transferencias sin justificación económica, el transporte furtivo de sumas de dinero de baja denominación, el anormal manejo de cuentas corrientes y otros elementos indiciarios sustentados no constituyen aisladamente crimen alguno por cuanto el individuo no esta obligado a

¹⁵⁶ Sentencia Tribunal Costa Rica, Pág. 377.

realizar una conducta distinta. Sin embargo, consideradas a la luz de la sana crítica, que tiene en cuenta que justamente el delito de lavado de activos se comete con este tipo de métodos, como ser mediante el uso de empresas fantasmas, el giro de grandes sumas de dinero, el transporte por parte de personas de los bienes en forma oculta, la utilización de negocios que manejan grandes cantidades de dinero en efectivo para lavar y ocultar las ganancias ilegítimas de dinero,¹⁵⁷ las pruebas resultan suficientes para que el Juez conforme a criterios de sentido común arribe a una sentencia condenatoria.

d. Prueba indiciaria sustentada en testigos y expertos.

En el supuesto concreto del objeto del delito en este caso comentado (el origen ilegal del dinero) se corroboró a partir de prueba indiciaria. Es interesante destacar que en la sentencia los jueces utilizaron como pauta valorativa las declaraciones de personal policial que declaró no sólo sobre lo que presenciaron o escucharon como todo testigo, sino como expertos en tanto explicaron la forma en que las conductas desplegadas por los imputados coinciden con las del delito de lavado.¹⁵⁸ Como se logra apreciar, como en otro tipo de delitos en los cuales el Magistrado utiliza prueba indiciaria y sustenta su fallo en los dichos de peritos, las declaraciones de personas con experiencia en la temática ayuda a esclarecer los hechos en cuestión.¹⁵⁹

Sin embargo, sería importante en el futuro considerar que la incorporación como medio de prueba de los dichos de personas con experiencia en el tema fuera hecha conforme las pautas de perito experto y no como mero testigo, en cuanto las reglas para controlar una pericia técnica en los diversos ordenamientos le permiten al acusado contar con mayores garantías como ser la impugnación de la pericia, el ofrecimiento de perito de parte y otras.

La carga de la prueba.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, Pág. 381.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, Pág. 393.

¹⁵⁹ Téngase en cuenta que en delitos que se cometen en un ámbito de privacidad como los delitos contra la libertad sexual, por lo general no se cuenta tampoco con prueba objetiva y solamente con testimonial debiendo el Juez sustentar su juicio de valor en los dichos de la víctima y de peritos psicólogos. En otras circunstancias, como ser el delito de tenencia ilegítima de armas de guerra se ha comprobado a la luz de la sana crítica que si un sujeto participó en un asalto con armas donde testigos afirman haber visto al encausado con un arma y posteriormente se incauta del lugar de los hechos una munición usada en el asalto que se corresponde con la de un arma de guerra (y nunca se incauta el arma) es posible efectuar un juicio de reproche por este delito, la tenencia ilegítima por resultar razonable argumentar a partir de estos indicios que el imputado portaba un arma de guerra al momento de los hechos.

Un aspecto interesante de la cuestión es como valorar el hecho de que las empresas de uno de los encartados no tuvieran una actividad económica congruente con las transacciones efectuadas. Por un lado como se dijo puede considerarse que este es otro indicio para sostener la presencia de una actividad de lavado, aunque la posible objeción de índole constitucional estaría dada por el hecho que el imputado no debe comprobar que su actividad económica tenga un determinado movimiento de fondos, no puede ser obligado a declarar contra sí mismo y por ello no tiene que acreditar que los fondos que manejaba eran lícitos.

Aquí reside el núcleo del problema que creemos que debe en cada caso valorarse a la luz de los elementos de prueba indiciarios arrimados al sumario para decidir si son suficientes como para refutar el principio de inocencia del imputado. Pero debe quedar en claro al usar la pauta de indicios que el acusado no puede ser obligado a acreditar el origen lícito de sus movimientos empresariales por cuanto se afectaría la garantía del debido proceso.

Resulta interesante explicar a fines ilustrativos que en el caso de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica el delito de lavado de activos (Money Laundering) concurre con los delitos previos sin que exista casi discusión en la doctrina a este respecto. El tema que se debate a nivel jurisprudencia respecto de la prueba indiciaria es el de cómo se determina cuales son los fondos que son derivados de una actividad ilegal y cual son legítimos en los casos en que estén mezclados, y el acusado efectúa transacciones de dichas cuentas.

Existen varios acercamientos al tema:¹⁶⁰

a. En el caso “*Johnson*”, la Corte sostuvo que el gobierno debe presentar evidencia tendiente a demostrar que los fondos extraídos (de una cuenta donde había fondos legítimos y ilegítimos) por el acusado no podían posiblemente provenir de cualquier fuente que no sea otra que una actividad ilegal.

b. El criterio del caso “*Rutgard*” conforme el cual el fiscal debe comprobar que cada transacción consistía en una proveniente de propiedad con origen ilegal.

¹⁶⁰ Se sigue la clasificación efectuada en Pamela Bucy, “*White Collar Crime*”, American Casebook, 1998, Pág. 305.

c. El argumento del fallo “*Moore*”, en el que se dijo que como el dinero es fungible y se había mezclado el legal y el ilegal no se podía distinguir, por lo cual se puede presumir hasta el monto derivado de una actividad ilegal que este era proveniente del crimen.¹⁶¹ Lo importante de esta cita es destacar como la cuestión de la prueba por medio de indicios y los criterios jurisprudenciales pueden servir de guía para construir pautas a tener en cuenta para demostrar el origen ilegal de los fondos.

e. Métodos de prueba.

Por otro lado puede compararse la problemática de la prueba en el delito de lavado con los métodos de prueba que son utilizados para acreditar un delito de defraudación tributaria. Como se ha visto en el lavado existe el método clásico para comprobar el delito previo como ser una sentencia condenatoria o bien una denuncia, reconocimiento u otro acto por parte del damnificado de un crimen contra la propiedad que permite en principio tener por comprobado un delito. Por otro lado se ha argumentado que la prueba indiciaria de distintos actos desarrollados por los acusados puede permitir acreditar el lavado. Es decir se asemeja el caso a los métodos de prueba usados para corroborar delitos tributarios a saber, que son similares a los utilizados en el supuesto de lavado de activos como se analizará:

1)El método directo¹⁶² en el cual las ganancias o renta del acusado es probada directamente (en el supuesto del lavado de activos sería el caso de la denuncia de la víctima del delito o la sentencia condenatoria u otro acto jurisdiccional que permite corroborar la comisión de un delito.)

2)El método indirecto en los delitos tributarios; en el cual cuando la renta o ganancias del enjuiciado no se encuentran disponibles. Con este procedimiento el monto del ingreso de bienes al activo del sujeto que presuntamente habría recibido se demuestra circunstancialmente sumando los montos depositados por el acusado en un período de tiempo (método de depósitos bancarios), o calculando el incremento en el patrimonio a partir de la compra de bienes (método del valor neto) y por último el procedimiento que considera la salud financiera del acusado a partir de sus gastos (método de gastos al contado.)¹⁶³ De esta forma la jurisprudencia en los Estados Unidos tiene dicho que

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² Pamela Bucy, *op. Cit.*, Pág. 957.

¹⁶³ *Ibíd.*

cuando a partir del método indirecto de prueba se revela un monto de ingresos que supera en exceso las ganancias reportadas al fisco, surge una presunción que el acusado no ha reportado todo sus ingresos y por lo tanto habría cometido el delito. La carga de la prueba recae entonces en el imputado.¹⁶⁴

En los Estados Unidos a su vez se ha afirmado en relación al concepto de “bienes derivados de una específica actividad ilegal” tipificado en la sección 1956 (a)(1) de la ley para el Control del lavado de dinero que el procurador no necesita demostrar que los bienes involucrados provienen de una ofensa en particular. En este sentido se ha afirmado que la acusación del Fiscal no requiere la especificación de la ofensa que subyace en el delito de lavado de dinero. Sin embargo el gobierno debe demostrar que el acusado se encontraba realizando una actividad criminal y que no tenía otra fuente legítima de ingresos.¹⁶⁵ También se ha expresado que el fiscal puede sostener su acusación en prueba circunstancial para acreditar que el imputado esta incurso en el tráfico de drogas y para luego inferir, a partir de la ausencia de algún ingreso legítimo que el dinero incautado proviene de actividades ilegales.¹⁶⁶ Estos ejemplos permiten claramente demostrar como la Justicia de Estados Unidos permite comprobar a partir de prueba indiciaria la procedencia de fondos ilegítimos y que no resulta necesario comprobar un delito previo para efectuar una acusación por el cargo de lavado de activos, todo lo cual permite afirmar que el delito analizado es autónomo.

El objetivo de esta comparación es permitir considerar que los procedimientos indiciarios e indirectos pueden ser usados para corroborar el origen ilegal de los fondos en el delito de lavado. En el caso citado de la Justicia de Costa Rica podría sostenerse que los indicios enumerados no violan principio legal alguno sino constituyen únicamente métodos indirectos de corroborar a partir de la sana crítica el origen ilegal de los fondos. Como en el caso de la defraudación tributaria, no se invierte la carga de la prueba, sino que por un método indirecto se comprueba que los fondos lavados no son de origen lícito.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ Verkirk Mc Cormick, “*Money Laundering*”, *American Criminal Law Review*, Spring 2000, 729, 740 y sus citas: Mankarious, 151 F.3d pag. 703 en donde se explica que el lavado de activos no requiere la prueba de un crimen específico, solamente se requiere que se pruebe que los fondos lavados constituyan procedencias de un crimen predicado.

¹⁶⁶ Ver United States v Blackman, 904, f. 2D 1250, 1257 (8TH Cir. 1990)

Téngase en cuenta que legislaciones como la de los Estados Unidos exigen a las instituciones financieras y a los sujetos que realizan actos de comercio o negocios por un monto superior a los \$10,000 bajo amenaza de castigo penal. Podría sostenerse que este tipo de obligaciones se asemeja a las declaraciones que los contribuyentes de impuestos formulan. Es decir la aplicación de la ley penal depende en la recopilación de información y el gobierno necesita exigir a los sujetos que son contribuyentes o bien a los que realizan actos superiores a un determinado monto que declaren las razones de las transacciones. Estas obligaciones no constituyen una violación a la garantía constitucional de no declarar contra uno mismo y tampoco una injerencia arbitraria en la vida particular de los ciudadanos.¹⁶⁷ El estado crea deberes en determinados individuos a fin de recopilar información que luego eventualmente podrá utilizar en contra de ellos como prueba indiciaria.

En el supuesto del lavado de dinero el gobierno puede comprobar el origen ilícito de los bienes a partir de actos que no son congruentes con la vida económica que el sujeto le ha reportado a las autoridades. Es decir si un acusado tiene empresas que no tienen actividad comercial conocida y en las cuentas bancarias de estas sociedades se realizan grandes operaciones de dinero; si el sujeto se implica en la introducción de dinero de baja denominación en forma furtiva y otros actos irregulares que no se condicen con su actividad comercial, puede sostenerse que existen indicios de un supuesto de lavado de activos (siempre considerando las particularidades de cada caso.)

La prueba indiciaria permite comprobar el origen ilegal de bienes producto de delitos graves y no es necesario una condena o resolución judicial de un delito previo por cuanto el lavado de activos es un crimen autónomo en el cual su objeto puede ser probado por cualquier medio sin que exista reparo constitucional alguno

Si bien no puede permitirse legalmente que se invierta la carga de la prueba en materia de lavado de activos en cuanto a la prueba de la procedencia de los activos incautados,¹⁶⁸ debe tenerse en consideración que la comprobación de la procedencia

¹⁶⁷ Stuntz, *“Privacy’s Problem and the Law of Criminal Procedure”*, 93 Mich. L. Rev. 1016, 1030-1034

¹⁶⁸ No puede permitirse en principio por contrariar elementales nociones del principio de inocencia el concepto según el cual le corresponde al imputado demostrar que sus bienes no tienen un origen espurio o dicho de otra forma que son lícitos.

criminal puede basarse en indicios serios, graves, precisos y concordantes que eventualmente permiten sostener una condena.

VI. Aplicación del concepto de autonomía en supuestos de tipologías de lavado.

En los siguientes casos de tipologías de lavado de activos se explicaran brevemente cuales son las consecuencias de admitir el concepto de autonomía del delito y cuales pueden ser los resultados adversos de sostenerse un criterio contrario.

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

2. Una persona de negocios llamada Diana establece una sociedad para vender madera. Sin embargo esta es solo una fachada para lavar dinero de actividades ilegales. Los fondos son derivados de crímenes y pagados a la sociedad en efectivo pudiendo reportar la sociedad un alto nivel de ingresos. Luego de un año el banco en donde la sociedad tiene domicilio comunica a la FIU los egresos importantes de dinero y comienza una investigación que permite establecer que la sociedad es solo una pantalla para lavar activos. Esta situación permite valorar como a partir de indicios se comienza una

investigación criminal y que no resulta esencial probar un delito previo para formular la acusación por el delito de lavado de activos.¹⁶⁹

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

4. Una FIU analizó como el ingreso de compañías establecidas en África oriental era claramente desproporcionado con las ventas reportadas. A su vez las transacciones tenían poca relación con el tipo de industria, (pesca). Es así como a partir de estos indicios la investigación permite corroborar como uno de los titulares de las empresas tenían conexiones con la mafia italiana y estaban lavado dinero. Este caso confirma lo reseñado en el sentido de que la prueba indiciaria resulta fundamental para corroborar el lavado de activos y que no es necesario, como consecuencia de la autonomía del delito, corroborar previamente la comisión de un ilícito para investigar el lavado de activos.

VII.- Conclusiones tentativas.

Como se ha analizado el concepto de autonomía del delito tiene consecuencias tanto en la posibilidad de considerar al autor del hecho previo como autor del delito de lavado, y a su vez esta concepción permite utilizar la prueba indiciaria como pauta para comprobar la procedencia ilegítima de los fondos, con lo cual se independiza el delito de lavado del crimen predicado.

¹⁶⁹ Casos extraídos de la publicación del Egmont Group, FIUs en Acción, 100 casos del Grupo Egmont, 2000.

Respecto de las diferencias entre el delito de lavado de activos y el delito de encubrimiento cabe señalar que el convertir, transferir, encubrir, ocultar son conductas típicas que pueden encontrarse tanto en el delito de encubrimiento como en el de blanqueo de activos. Aunque la naturaleza jurídica y el tipo objetivo de ambas conductas delictivas son similares, el bien jurídico protegido y el desvalor del crimen es distinto. Conforme se sostiene, el bien valorado por la norma es la salud financiera del país por lo cual debería considerarse que el accionar para ser típico debe superar un determinado monto¹⁷⁰, o incluyendo como delitos precedentes aquellos que la política criminal del Estado estime necesario dada su frecuencia o los cantidades involucradas.

Podría legislarse la conducta de lavado de activos de forma tal que debería ser reprimido el autor del delito previo cuando las conductas descritas en la norma de lavado fueran cometidas por éste o participare en ellas a efectos de mantener o sostener la actividad criminal por la cual es acusado u otra distinta. De esta manera se agrega un elemento subjetivo del injusto en la descripción del tipo objetivo a fin de garantizar que el autor del crimen previo solo sea alcanzado por la norma cuando su accionar afecta efectivamente el bien jurídico protegido y va más allá que la mera comisión de un acto tendiente a ocultar o encubrir su crimen. Su acción tiene un desvalor que supera la figura del encubrimiento.

En este aspecto podría considerarse que el lavado debe tener como delitos precedentes a “delitos graves” y no al concepto de delincuencia organizada por la dificultad en precisar este término.

En suma el lavado de activos aunque tiene como verbos típicos acciones claramente previstas en el encubrimiento no es una forma de encubrimiento. Es un delito autónomo e independiente en el cual puede ser autor el sujeto activo del delito predicado. El daño económico y al sistema financiera del estado no esta previsto en los delitos previos, por lo cual es necesario establecer un monto en cuanto al blanqueo o bien una cantidad de operaciones como límite para aplicar la norma. Asimismo el desvalor del acto

supera el del encubrimiento y el delito predicado. El fin de lucro no sólo personal, sino para financiar las empresas criminales es el que esta presente en este tipo de acciones.

Otra alternativa podría consistir en agravar la pena del delito previo, en caso de que en este crimen hubiere un fin de lucro, lo cual permitiría argumentar que no puede perseguirse criminalmente doblemente al autor de este hecho. Pero, como se ha visto por cuanto el bien jurídico no es sólo la administración de justicia y se afectan otros bienes jurídicos debe agravarse la pena en caso de que el autor con su lucro no sólo se beneficia a nivel personal sino que afecta a la sociedad. Además como se ha visto es inconstitucional, al afectar el principio de igualdad ante la ley que un grupo de personas solamente deba responder por el daño que produce a la sociedad el lavado de activos, (aquellos que no fueron autores del crimen predicado) y no así los autores del delito previo que también afectaron con la conducta de lavado el bien jurídico. Como se explico el desvalor del autor del delito previo aunque tenga presente la búsqueda del provecho personal afecta otro bien jurídico y su conducta no puede quedar impune sin violar el compromiso que asumen los estados en el ámbito internacional.¹⁷¹

Es por ello que podría evaluarse la posibilidad de agregar un elemento al tipo objetivo del lavado de activos que tenga en cuenta estos puntos de vista para diferenciarlo claramente del encubrimiento y permitir de esta forma el castigo de los autores del delito previo sin entrar en confusiones con el delito de encubrimiento.

Para finalizar es importante admitir un cambio de paradigma en la constitución del delito de lavado en tanto este no es una forma de encubrimiento o receptación y que por lo tanto no resulta necesario probar un delito previo que se encubre, sino que aun por indicios debería permitirse acreditar que los bienes objeto de lavado provienen de una actividad ilícita. El lavado no es una conducta alternativa a la principal como el encubrimiento, sino que es un delito diferente en el cual corresponde probar la procedencia ilícita de bienes.

¹⁷¹ Puede también tenerse en cuenta como postura que el delito puede ser tipificado: como un agravante del ya grave delito precedente “tomar parte en la conversión, transferencia o administración” o bien tipificarlo

como sujeto activo del lavado al que “con participación o no en el hecho precedente convierta, transfiera..”.(Esta idea también le pertenece al comentario del Profesor H. Cattani mencionado supra)