

## LA DESNATURALIZACIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE DINERO. SU NECESARIA RECONDUCCIÓN A LA REPRESIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

GABRIEL ADRIASOLA<sup>1</sup>

Fecha de entrada: 30/03/2012.

Fecha de publicación: 03/05/2012.

**Resumen:** El autor aborda en forma crítica la evolución normativa del delito de lavado de activos, sosteniendo que –a su juicio– en diversas legislaciones comparadas y, en particular, en el ordenamiento penal uruguayo, se observa una tendencia hacia la expansión de los delitos subyacentes o precedentes que justificarían la punición autónoma del blanqueo de capitales, tal como viene pregonándose, por ejemplo, en la evasión penal tributaria. Esto, según su postura, conllevaría a la desnaturalización del sistema toda vez que, entre otras razones, se ha perdido de vista que el delito en cuestión fue concebido en su origen como un régimen de excepción cuya finalidad era desalentar los beneficios ilícitos que reporta el crimen organizado y, por lo tanto, inaplicable para cualquier delito precedente cometido en forma aislada.

### 1. El origen y el presente del delito de lavado de activos.

Desde que en 1998 Uruguay introdujo el tipo penal del lavado de activos se sucedieron numerosas leyes y el sistema se fue afianzando hasta llegar al dictado de la Ley No. 18.494<sup>2</sup>. Se impone a estas alturas una evaluación del funcionamiento del sistema montado a través de una sucesión de leyes. Por supuesto que esa evaluación no puede ser abordada en una nota de esta naturaleza, ya que ese proceso requiere del análisis de múltiples aristas. Sin embargo, esta contribución pretende analizar un problema puntual: la desnaturalización del delito de lavado de activos, entendiendo por tal su lento pero constante

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho del CLAEH, Uruguay. Profesor de los cursos de certificación para oficiales de cumplimiento Universidad Católica-ISEDE. Profesor en los cursos de especialización de Derecho Penal Empresario de la Universidad Austral de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Los tipos penales de blanqueo fueron introducidos en Uruguay por la Ley No. 17.016. La Ley No. 17.343 amplió la nómia de delitos subyacentes que antes era solo el narcotráfico y figuras conexas, luego la Ley No. 17.835 continuó ampliando listado de delitos subyacentes, dio cobertura legal a la UIAF (creada por Circular No. 1.722 del BCU) y estableció la nómina de sujetos obligados. Por último la Ley No. 18.494 volvió a ampliar el elenco de delitos antecedentes y sujetos obligados e introdujo las técnicas especiales de investigación: vigilancia audiovisual, agentes encubiertos y colaboración eficaz. La técnica de la entrega vigilada ya había sido introducida por la citada Ley No. 17.835.

desgajamiento de su función original: ser una herramienta de combate a la criminalidad organizada<sup>3</sup>.

El delito de blanqueo de dinero nace, a partir de la Convención de Viena de 1988, como una figura dirigida a la prevención y represión de la delincuencia organizada, en ese momento específicamente relacionada con el narcotráfico, conducta tradicionalmente típica de crimen organizado. Sin embargo, desde entonces hasta el presente, la figura del lavado de activos se ha desnaturalizado como instrumento de prevención y represión al crimen organizado por diversos factores.

Además de su origen en la Convención de Viena, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada en Uruguay por Ley No. 17.961 de 15 de diciembre de 2004 también lo caracteriza como un delito típico del crimen organizado en su artículo 6°.

No obstante, esa vinculación o función de ser una figura asociada al crimen organizado es válida en el orden político-criminal más que en el ámbito dogmático, pues el delito de lavado de activos, en la legislación uruguaya y en las legislaciones comparadas, no es considerado un delito plurisubjetivo. En estos, el concurso de personas, lejos de ser un elemento contingente, meramente ampliatorio de la tipicidad, se constituye en elemento esencial para la propia existencia del delito. Y es lógico que así sea, pues la comisión de este tipo de infracciones no requiere dogmáticamente de una pluralidad de sujetos activos, como si lo requieren los tipos asociativos o de organización. Es por ello resulta absolutamente lógico que el delito de lavado de activos se vea agravado en la ley uruguaya cuando “se hubiere consumado mediante la participación en el o en los delitos de una asociación o de un grupo delictivo organizado...”, situación que impide el concurso del delito de blanqueo con la figura de la asociación ilícita prevista en el artículo 150 del Código Penal uruguayo<sup>4</sup>. El hecho de que el blanqueo no sea un delito plurisubjetivo no significa, empero, que deba considerárselo una figura disociada del concepto de delincuencia organizada. En efecto, en la legislación comparada el fenómeno de la criminalidad organizada es tratado por tres vías

---

3 DOLCINI, Emilio: Voces “reati associativi” y “criminalita organizzata”, appunti su “criminalita organizzata empresarial”, en Arch Pen, 1982, p. 270 ss. También BOTTKE, W., “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, Revista Penal, 1998.

4 Cfr. OTTATI FOLLE, Amadeo, “Aspectos Penales de la ley de estupefacientes”, AMF, 3ª edición, Montevideo, 2005, p. 95. También SALOM, Cecilia, “Régimen de circunstancias agravantes en los delitos de drogas: el Decreto-ley N° 14.294 y las modificaciones introducidas por la ley N° 17.016”. En Revista de Derecho Penal (Montevideo), n° 11, Junio 2000, p. 98.

separadas o diversas. La primera es la tipificación de los delitos más característicos de esta forma de criminalidad. Una segunda vía consiste en considerar como una agravante la participación de una “organización” en determinados delitos (como sucede con el blanqueo en la ley uruguaya), y en tercer lugar mediante los tipos de pertenencia a una organización criminal<sup>5</sup>. Que se siga el segundo camino no significa que el blanqueo deba ser considerado un delito disociado del concepto de criminalidad organizada.

Es por ello que debe mirarse con preocupación el paulatino proceso por el cual esta figura se aleja del fenómeno de la delincuencia organizada con la consecuente desnaturalización del modelo. Y ese alejamiento se sustenta, en buena medida, con base en su pretensa autonomía típica. No hay que olvidar que el modelo de prevención y represión del blanqueo de dinero es un “modelo penal de excepción” pues en buena medida quiebra con ciertos principios del Derecho Penal liberal<sup>6</sup>.

Esa excepcionalidad deriva en primer lugar de que el modelo coloca a sujetos privados como “antenas” del Estado en la detección de operaciones inusuales o sospechosas, obligándolos a reportarlas bajo sanción administrativa –o penal en aquellos países que admiten el lavado imprudente<sup>7</sup>– con grave compromiso al deber de confidencialidad. Este desplazamiento de cargas de policía propias del Estado hacia sujetos privados solo podría justificarse como medio para combatir una delincuencia también de excepción, esto es, una actividad organizada sobre cuyas características deberán precisarse con claridad. Nunca fui partidario de este sistema de “coparticipación” de privados pero la fuerza de los hechos ha llevado a aceptarlo. Pero “aceptar” no significa “expandir”, y la tendencia actual parece ser expandir el número de sujetos obligados y expandir el número de delitos precedentes.

La segunda consecuencia del “modelo de excepción” es la exacerbación del concepto de autonomía típica. Los alcances que pueden derivarse de una excesiva apertura de este concepto han desembocado en que el lavado de activos, en lugar de ser una figura penal instrumental, pasa a ser una “figura estelar”. La consideración del lavado de activos como un tipo penal autónomo no es de por sí un fenómeno dogmático indeseable. De la misma forma que el encubrimiento se desgajó de la participación, no existe obstáculo alguno a que el delito

---

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La intervención a través de organización, ¿una forma moderna de participación en el delito?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel-SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Delitos de organización”, BdeF editor, Buenos Aires, 2008, ps. 87-88.

6 Cfr. ADRIASOLA, Gabriel, “El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito”, Ingranusi, Montevideo, 2001.

7 Tal es el caso de la legislación española y alemana.

de blanqueo también haya tenido un proceso de autonomización. No obstante, el riesgo aparece cuando la autonomía hace perder de vista que el delito de blanqueo es, a la postre, un delito instrumental. Esa naturaleza de delito instrumental significa que el objetivo de política criminal que persigue el tipo es combatir en principio los delitos subyacentes, y básicamente combatir al crimen organizado. En otras palabras, desde que el delito de blanqueo surge a la vida jurídica como una manera de “cercar” económicamente a los miembros del crimen organizado, ello no puede hacernos perder de vista su principal objetivo político-criminal que es la punición de las conductas que originan el dinero sucio, sin perjuicio de también sancionar el reciclaje de ese dinero.

En ese contexto, la autonomía del lavado de dinero como tipo penal desemboca en soluciones racionales pero también en verdaderos desbordes a un derecho penal liberal. Baste como ejemplo que la pena del delito de lavado de activos, en muchos casos –diría que en la mayoría bajo la ley uruguaya– supera la pena mínima y máxima del delito subyacente.

Una tercera consecuencia del “modelo de excepción” es que –para la investigación de este delito y de otros asociados– admite la aplicación de técnicas de investigación que violentan esferas de la intimidad y la vida privada y familiar. Al abordar la temática del lavado de dinero como expresión del fenómeno de la criminalidad organizada, resulta ineludible analizar la instrumentación en el derecho uruguayo de técnicas excepcionales de investigación como el derecho de arrepentidos o colaboradores con la justicia, la denominada “vigilancia audiovisual” y el “agente encubierto”. Estas controvertidas medidas de obtención de información y prueba fueron introducidas por la Ley No. 18.494 de junio de 2009. Alguna mención a ellas hicimos en el año 2008<sup>8</sup>. En esa ocasión realizamos un análisis general del fenómeno y una breve alusión a estas peculiares técnicas especiales de investigación. Con posterioridad realizamos un estudio más en profundidad de las mismas en una obra colectiva que vio la luz a principios de 2010<sup>9</sup>. En esa ocasión tratamos de justificar la constitucionalidad de esas técnicas de investigación acudiendo a las interpretaciones restrictivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) y la jurisprudencia del

---

8 ADRIASOLA, Gabriel, “El lavado de dinero como expresión del crimen organizado. Perspectivas de prevención y represión desde el sector público y privado”, en “Derecho Penal Económico. Ponencias del Curso de Postgrado 2008”, Director Miguel Lanzón Cuñarro, Universidad de Montevideo, Setiembre de 2009, ps. 79-112.

9 ADRIASOLA, Gabriel, DÍAZ, Jorge, VILEGAS, Álvaro, “Crimen organizado y lavado de dinero en la Ley No. 18.494”, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, enero de 2010.

Tribunal Constitucional Español (“TC”) y del Tribunal Supremo Español (“TS”) así como de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

La tesis allí desarrollada era que, dado que indudablemente dichas técnicas violentaban el derecho a la intimidad, solo podían ser aplicadas en supuestos muy estrictos. A saber: exclusivamente en casos de delincuencia organizada; cuando no sea posible recurrir a otro medio de prueba convencional (principio de subsidiariedad); cuando su utilización sea absolutamente necesaria (principio de necesidad, con la prevención de que “necesidad” no equivale a “conveniencia” o “mayor facilidad”); y bajo el más estricto control jurisdiccional (principio de exclusividad jurisdiccional), debiendo ser el juez quien las autorice y monitoree previo dictado de resolución fundada (principio de motivación). En esa oportunidad pretendimos sentar las que, a nuestro parecer, eran las hipótesis en que se justificaba la aplicación de esas técnicas invasivas del derecho a la intimidad (vigilancia individual, actuaciones encubiertas) o en cierta medida “desnaturalizadas” del proceso justificando la morigeración penal como premio a partir de un desistimiento del delito que opera en lo procesal (colaboración eficaz).

Sin embargo, creo que en la actual redacción de la ley uruguaya ello no surge claramente reflejado, y el acotamiento de estas técnicas pro activas a la investigación de la delincuencia organizada es hoy una tesis doctrinal.

La cuarta consecuencia del “modelo de excepción” deriva en la administrativización del trasiego de información confidencial o sensible a través de la Unidades de Información Financiera, en desmedro de los principios tradicionales de la Cooperación judicial internacional mediante los clásicos tratados de asistencia mutua.

Obviamente este es un breve resumen del modelo, meramente instrumental a la tesis que se pretende desarrollar en esta contribución, pero vale la pena la mención para alertar sobre los riesgos de esa distancia que el sistema ha tomado del delito organizado, y también para fundar los motivos para reconducirlo.

## **2. El sistema de listado de delitos precedentes: una solución problemática.**

Entiendo que el factor principal que coadyuva a ese paulatino divorcio entre lavado de dinero y delincuencia organizada es el sistema de listado de delitos subyacentes sin referencia

alguna a su comisión mediante tipos asociativos. Si bien este sistema siempre me pareció superior al sistema de inclusión de todos los delitos, hoy se debe señalar que genera distorsiones graves y se ha convertido en un camino para la expansión del modelo. Esa expansión se manifiesta por ejemplo, en la aplicación –o la pretensión de aplicación según los países– del modelo de prevención de blanqueo de capitales a la evasión fiscal y a la inclusión de esta como delito subyacente, sin perjuicio de que perfectamente pueda incluir a otros delitos en el futuro en razón de las cambiantes necesidades de los Estados.

¿Por qué hablar entonces de “desnaturalización”? Algo se desnaturaliza cuando se aparta de la función para la que fue creado. El lavado de dinero nació como un mecanismo para cercar económicamente a las organizaciones traficantes de estupefacientes, pero luego se fue extendiendo de modo de incluir en su objeto material ganancias provenientes de otros delitos. El principal problema que se advierte, es que esa función de represión a la criminalidad organizada no se ve –principio de legalidad mediante– reflejada en muchas legislaciones, entre ellas la uruguaya. Y no se ve reflejada porque el aumento continuo de los delitos subyacentes no aparece asociado al requisito de que esos delitos sean cometidos o planificados por una organización criminal.

Cabe plantear entonces como aspiración dogmática que el delito de blanqueo de dinero se circunscriba a la función de ser un instrumento de represión de la criminalidad organizada y no de meras conductas aisladas. Dicho de otra forma: puede una persona singular ser imputada de blanqueo de dinero, pero el objeto material del delito, el origen de las ganancias blanqueadas, debe ser un delito cometido por medio de una organización criminal. Y es que a estas alturas no es posible desconocer que el sistema de listado ha generado una expansión en la aplicación del tipo en casos que no revisten esa naturaleza. Así, un claro ejemplo de ellos es la tendencia –como ya se mencionó–, a incluir en el listado de figuras subyacentes a la evasión fiscal aún cuando esta no sea cometida en el marco de un grupo delictivo organizado<sup>10</sup>.

Es que el sistema de listado de delitos, cuando los mismos no figuran asociados a que esos delitos sean cometidos por un grupo delictivo organizado, abre la compuerta para la utilización del modelo de prevención y represión del lavado de activos como sistema de

---

<sup>10</sup> Cfr. ADRIASOLA, Gabriel, “Razones dogmáticas para no incluir al delito fiscal como delito antecedente del lavado de activos”, en Revista La Ley Uruguay, Año III, No. 8, Montevideo, Agosto de 2010.



represión de conductas no relacionadas con la delincuencia organizada. Así, en el ya citado caso de la posible inclusión de la evasión tributaria como delito subyacente, se produce el riesgo de que el modelo preventivo-represivo creado para el delito de lavado (desplazamiento de cargas de vigilancia, reporte de operaciones sospechosas, etc.) se utilice ya no con el fin de cercar una organización criminal sino con el propósito de aprovechar este sistema excepcional con fines recaudatorios, convirtiéndolo en un nuevo instrumento al servicio de la Administración Tributaria.

Seguidamente, el sistema de listado conjugado con una exacerbada autonomía ha permitido sostener la tesis de que –cuando el delito subyacente y el delito de lavado son cometidos por una misma persona–, es posible imputar ambos delitos en régimen de concurso, ya que de regla los tipos penales de blanqueo no contienen el principio de reserva del clásico favorecimiento real en el sentido de que el autor del favorecimiento no puede ser autor, coautor o cómplice del delito antecedente.

A este fenómeno se le ha denominado también como “autolavado”. Sin embargo, a la hora de profundizar en esta posibilidad concursal surgen inevitables dificultades dogmáticas para deslindar con claridad cuando se está ante un verdadero concurso y cuando los supuestos actos de lavado son en verdad el agotamiento del tipo delictivo subyacente. Así, no puede pretenderse imputar, por ejemplo, tráfico de estupefacientes en concurso con blanqueo de activos al traficante que compra una casa para su uso personal con el dinero proveniente de su tráfico ilícito pues ello sería una distorsión del sistema de consumación y agotamiento del delito, sin perjuicio por supuesto del decomiso del bien.

En efecto, en este ejemplo, el autolavado, cuando hablamos de acciones cometidas por un único individuo, desnaturaliza el concepto de agotamiento del tipo originario y desvanece lo que debería ser un concurso aparente de leyes penales. Un camino para superar estos problemas sería el análisis de cada acción típica contenida en los tipos objetivos para de ese modo poder definir caso a caso si se admite el concurso en el caso del autor individual y unitario de ambos delitos. Así, y a vía de ejemplo, es posible imaginar al autor de una insolvencia societaria fraudulenta que busca ocultar el patrimonio empresarial que hizo desaparecer. Pero ocultar y disfrazar son la esencia y finalidad del lavado de dinero. Bajo la legislación uruguaya por ejemplo, el artículo 54 del Dec.-Ley 14.294 en la redacción dada por la Ley 17.016 contiene dos acciones típicas: convertir y transferir. Es cierto que el tipo penal no contiene ningún elemento subjetivo del tipo, por lo cual podría argumentarse que la

conversión o la transferencia no requieren para consumir el delito ninguna finalidad de ocultación, bastando el dolo de ejecutar cualquiera de ambas acciones típicas para consumir el delito de lavado. En el caso en ejemplo, el autor de la insolvencia punible que transfiere el patrimonio empresarial al exterior a una cuenta bancaria a nombre de un testaferro (la conocida “transferencia a sí mismo”) ¿incurre en insolvencia fraudulenta en concurso con el delito de blanqueo o lavado de activos? En este caso la acción de transferir parece quedar abarcada dentro de la acción típica “hacer desaparecer” contenida en el delito subyacente, provocándose por lo tanto un concurso aparente de leyes penales y no un concurso formal.

Estos problemas se plantearán con numerosos delitos que integran el elenco de figuras subyacentes. El análisis puntual determinará que –por lo menos formalmente– el concurso entre el delito subyacente y el lavado de dinero podrá ser teóricamente admisible o inadmisibles según la figura antecedente y la acción típica involucrada en el tipo de blanqueo aplicable al caso en concreto.

Es una solución posible pero caótica. En cambio, si lo que en verdad se pretende es elaborar un sistema que asocie directamente el delito de lavado de activos al concepto de crimen organizado, veremos que estos riesgos pueden, sino desaparecer, por lo menos mitigarse mucho, y a la vez, será posible dotar al modelo de una mayor coherencia dogmática y una menor potencialidad expansiva. Es que el fenómeno del “autolavado” cierra dogmáticamente para imputar el delito subyacente y el delito de lavado a quién o quienes tienen en sus manos el injusto de organización. El concurso entre delito subyacente y el blanqueo es una estructura que compatibiliza mejor –y se justifica– para poder imputar ambas figuras a la cúpula de una organización mediante el recurso de la autoría mediata. Ese concurso se da nítidamente y sin confrontar con la problemática del agotamiento del tipo y el concurso aparente de leyes penales en quién *“ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida”*<sup>11</sup>.

---

11 BOTTKE, Täterchaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterchaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, Heidelberg, 1992, pp. 60 y ss., 71 y ss



El sistema de listado, además, genera problemas a la hora de arbitrar mecanismos de cooperación penal internacional que requieren el cumplimiento del requisito de la doble incriminación, tanto en materia de cooperación de segundo nivel (p.e. medidas cautelares, bloqueo de fondos, levantamiento de secretos) como en el ámbito de la extradición. No se debe olvidar que aún a pesar del desarrollo de su autonomía, el principio de doble identidad en materia de lavado de dinero incluye también un juicio sobre la doble identidad de la actividad delictiva subyacente, aún cuando la más moderna doctrina considere a este o como una condición del precepto o como una condición objetiva de punibilidad, con la finalidad de desligarse aún mas de la necesidad de proceso o investigación acerca del delito subyacente.

De este modo, la ausencia de uniformidad que se observa en el derecho comparado con referencia a la extensión del elenco de delitos precedentes conspira en numerosas ocasiones contra una exitosa cooperación jurisdiccional internacional.

Basta al respecto poner un ejemplo de enorme actualidad. Una de las actividades delictivas subyacentes que ha cobrado auge en los últimos tiempos como expresión de la criminalidad organizada es el denominado “sicariato”, esto es, el “homicidio mercenario” o por precio y encargo. Desde que el delito de homicidio no se encuentra previsto en la nómina de actividades delictivas subyacentes bajo la ley uruguaya, sería atípico en Uruguay el lavado de activos cuyos fondos provinieran de una actividad tan grave, lo cual demuestra que el sistema de listado genera lagunas de punibilidad. En otras palabras, el blanqueo de fondos provenientes del sicariato en Uruguay no admite ni la cooperación penal internacional, ni el enjuiciamiento de la persona si estuviera en Uruguay ni su pedido de extradición si estuviera en el extranjero. En similar sentido, si el blanqueo de fondos provenientes del sicariato se hubiera realizado en el extranjero y su autor se refugia en Uruguay, nuestro país no podría conceder la extradición del mismo por el delito de blanqueo al Estado donde esta figura se materializó. Por supuesto que podría recurrirse a otras figuras subsidiarias como la receptación, pero ello no haría entonces más que demostrar que la construcción autonómica del delito de lavado de capitales no sería más que un artificio. Lo mismo sucede con otras actividades modernas que frecuentemente son utilizadas por la delincuencia organizada, como por ejemplo muchas manifestaciones del cibercrimen.

Estos ejemplos, demuestran en definitiva que el sistema de listado no parece ser el más adecuado para optimizar la operatividad del delito de blanqueo en función tanto de su

naturaleza transnacional como a la hora de evaluar y analizar las operaciones inusuales y sospechosas por parte de los sujetos obligados.

Pero además, –como se dijo– la idea de un listado de delitos no asociados a una organización criminal, puede permitir que las excepcionales técnicas de investigación previstas en muchas legislaciones (vigilancia audiovisual, agentes encubiertos, delación premiada), se apliquen a infractores solitarios, o a hipótesis de mera codelinquencia, cuando esas técnicas resultan altamente invasivas de la intimidad y la vida privada y en el mejor de los casos deberían aplicarse exclusivamente en supuestos de criminalidad organizada. Se trata de mecanismos de investigación excepcionales que penetran fuertemente en la vida privada y en la intimidad familiar de los ciudadanos y que por lo tanto su adopción está condicionada, tanto por la ley como por la jurisprudencia internacional, a muy estrictos requisitos, de modo que podría decirse que son la “última ratio” en materia de prueba criminal.

Tampoco es posible soslayar que el sistema de listado, dentro de un modelo de prevención del lavado de activos que compromete deberes de confidencialidad al desplazar cargas de vigilancia propias del Estado a sujetos privados y que tiende cada vez más a aumentar el elenco de esos sujetos<sup>12</sup>, hace que el cumplimiento de esas cargas puestas en los sujetos obligados se dificulten enormemente.

Si bien es cierto que el sujeto obligado no debe investigar si los fondos involucrados en una operación inusual o sospechosa provienen de tal o cual figura delictiva (esto es, no cumple una función calificadora del tipo penal subyacente y sí una función calificadora de la inusualidad de la operación), el sistema de listado lo expone a riesgos de realizar reportes infundados que luego puedan comprometer su responsabilidad aún mediando cláusula legal de exención en caso de reporte de buena fe, como sucede bajo la ley uruguaya.

La solución a todos estos problemas o disfunciones que genera el multicitado sistema de lista de delitos subyacentes tampoco pasa por virar ciento ochenta grados y postular un sistema que considere a todos los delitos como delitos subyacentes, o a todos los “delitos graves”, como sucede en algunas legislaciones, con la consiguiente problemática para dotar de precisión el concepto de “delito grave”. Este tipo de sistemas también genera el mismo problema que el modelo de listado: nada asegura que los delitos graves –sea cuales fueren– estén asociados –o mejor dicho, sean cometidos– por un “grupo delictivo organizado”.

---

<sup>12</sup> ADRIASOLA, Gabriel, “La financiación del terrorismo y el lavado de dinero”, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2004.

En este contexto, parece necesario, desde la dogmática, realizar propuestas. La tarea de la doctrina no se debe agotar en la mera especulación académica. Por el contrario, debe tener una repercusión en la realidad práctica, tanto en el ámbito legislativo como en el ámbito jurisprudencial. De lo contrario, la dogmática quedará encerrada en los claustros universitarios y carecerá de utilidad social.

### **3. La necesaria reconducción del delito de lavado de activos a su función original: sustitución del modelo de listado de delitos subyacentes**

Si no queremos que el modelo continúe expandiéndose hasta comprometer las libertades individuales (más sujetos obligados, más medidas invasivas de la intimidad para investigar cualquier delito, etc.) se debe dejar de lado el sistema de listado de delitos subyacentes y también el modelo de “todos los delitos” o todos los “delitos graves”.

En este sentido tomamos la posición de KIEPNAPFEL que propone “la creación de un delito de formación y participación en una organización criminal y que sea éste el delito previo del delito de legalización. Las ventajas de esta propuesta residen en la desconexión de los singulares delitos previos con el delito de legalización –hecho que sin duda facilitaría la prueba del delito previo–; y la ampliación del ámbito de aplicación del comiso afectaría tanto a los bienes de procedencia criminal como a los bienes legales propiedad de la organización criminal”<sup>13</sup>. Se trataría en puridad, de crear un tipo de blanqueo de bienes provenientes de una organización criminal, que incluiría toda la ayuda, auxilio o apoyo al patrimonio de la organización criminal, soslayándose así las dificultades que se presentan a la hora de enfrentarse a la “mezcla” de bienes lícitos e ilícitos.

SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, señala que esta tesis propuesta además de KIEPNAPFEL también por LAMPE “es extraordinariamente sugerente pero puede generar la quiebra de principios básicos del derecho penal, en particular del principio de culpabilidad”<sup>14</sup>. Disiento con la crítica, pues la pertenencia a la organización o su asistencia mediante el blanqueo no son actos que, para poder imputárselos al autor, puedan prescindir del elemento subjetivo.

<sup>13</sup> Cit. por FERNÁNDEZ, José Ángel, “Fraude Fiscal y Lavado de Capitales”, en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/a\\_5\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_5_7.pdf)

<sup>14</sup> SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José Luís “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo” LA LEY, n° 4647, de fecha 12-10-98,

En suma, de esta posición no se deriva una responsabilidad objetiva. El cuestionamiento va en la dirección de la prueba del origen de los bienes. Así, según el mismo KIENAPFEL y también DI AMATO, a la hora de abarcar la tipicidad subjetiva existen datos que son trascendentes y otros que son irrelevantes<sup>15</sup>. En ese sentido, en la esfera de lo relevante se deberá tener conocimiento de datos concretos valorables mediante prueba indiciaria. En la esfera de lo irrelevante ingresarán los datos relativos a la comisión de un ilícito determinado por parte de la organización o sus autores. El dato esencialmente relevante es la conciencia de pertenencia (si el autor del tipo de blanqueo es parte de la organización) o la conciencia de que los bienes pertenecen o son generados por la actividad de una organización criminal. No basta –aún en este modelo– la “mera sospecha”. Para PALMA HERRERA debe existir un “algo más”<sup>16</sup>, para BARRAL una “base seria”<sup>17</sup> y para DEL CARPIO DELGADO “circunstancias que puedan llevarle a deducir el origen delictivo de los bienes”<sup>18</sup>.

No obstante, esto demuestra que esta definición de política criminal no está exenta de dificultades. En primer lugar, es necesario redefinir el concepto de tipo organizativo a los efectos de que su función como delito precedente cumpla el cometido de limitación que se propone. El concepto de “organización” que se pretende como delito previo al de legalización no debe ser lo suficientemente laxo como para que se dé cabida no solo a la mera codelinuencia sino a tipos asociativos básicos como lo es el artículo 150 del Código Penal uruguayo<sup>19</sup>. El concepto de asociación ilícita o grupo delictivo organizado debe reducir su alcance a asociaciones que por su fortaleza y estructura tengan la capacidad de desafiar al Estado. Al decir de CANCIO MELIÁ “no puede ser asociación criminal cualquier agrupación cuyo objeto sea la comisión de delitos. Para generar un potencial de amenaza que realmente

---

15 ORTÍZ DORANTES, Norma Angélica, “el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita”, Universidad Autónoma de Barcelona, en <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/5247/naod1de1.pdf?sequence=1>

16 PALMA HERRERA, José Manuel, “Los delitos de blanqueo de capitales”, Edersa, Madrid, 1999, p. 562.

17 BARRAL, Jorge E., “Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 217.

18 DEL CARPIO DELGADO, Juana, “El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal”, Valencia, tirant lo blanch, p. 305.

19 Cfr. DI AMATO, Astolfo, *Diritto penale dell'Impresa*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, terza edizione, p. 89.

pueda entenderse en términos de desafío del Estado, es necesario un determinado grado de fortaleza –de estructura interna– de la organización”<sup>20</sup>.

Este mismo autor sugiere también para mejor cerrar el tipo, “la necesidad de limitar mediante un catálogo las infracciones cuya comisión, por parte de la asociación criminal, justifica la incriminación autónoma de la intervención en la organización; al menos deberá formar parte de éstas la violencia dirigida por medios típicos ad intra o ad extra”<sup>21</sup>.

Desde una perspectiva del tipo asociativo como delito previo al blanqueo, no comparto la propuesta de establecer un catálogo de infracciones propias o inherentes a la organización, pues ello reeditaría los recurrentes debates acerca de si se debe ampliar o no ese catálogo.

Parece preferible establecer un concepto general en el sentido de que las organizaciones criminales se encuentran dirigidas a cometer delitos de “comercio ilícito”.

#### **4. El concepto de delito de “comercio ilícito” como la finalidad de la organización criminal.**

FERNÁNDEZ indica que “el concepto de ‘delito de comercio ilícito’ debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, delitos que producen regularmente beneficios económicos, materializados fundamentalmente en dinero, y por tanto, necesitados de procesos regulares de *reintroducción* en la economía legal”<sup>22</sup>. Por su parte el ya citado KIERPNAPFEL proporciona una definición complementaria de delitos de “comercio ilícito” relacionada estrechamente con la criminalidad organizada. Señala que estos delitos consisten en “la comisión, organizada colectivamente, de graves delitos para suministrar regularmente a la población o a individuos, bienes o servicios cuya oferta o adquisición esté prohibida”<sup>23</sup>.

De este modo, la organización como delito previo –dotada de estructura y fortaleza y con la nota de “desafío al Estado” –, es una organización dirigida a realizar conductas no solo

---

20 CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en CANCIO MELIÁ, Manuel-SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Delitos de organización”, BdeF editor, Buenos Aires, 2008, p. 83.

21 *Ibídem*, ps. 83-84.

22 FERNÁNDEZ, José Ángel, “Fraude Fiscal y Lavado de Capitales”, en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/a\\_5\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_5_7.pdf)

23 Citado por FERNÁNDEZ, José Ángel, “Fraude Fiscal y Lavado de Capitales”, en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/a\\_5\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_5_7.pdf).

propias de estructuras criminales sino también revestidas de gravedad económica<sup>24</sup>, en función del bien jurídico tutelado por el delito de lavado de activos.

En efecto, hoy, mayoritariamente se entiende que el lavado de activos tutela la economía lícita en el concepto de legalidad de las “reglas de juego” de modo de evitar la concurrencia desleal entre los diversos actores del mercado.

Así, se ha sostenido que “El lavado de dinero menoscaba la integridad de las instituciones financieras de los países, al sustraer cada año miles de millones de dólares de las actividades económicas normales, socava los esfuerzos para establecer a nivel mundial mercados libres y competitivos y obstaculiza el desarrollo de las economías, desvirtuando el funcionamiento de los mercados, aumentando la demanda de efectivo, desestabilizando los tipos de interés y de cambio, causando una competencia desleal y agravando considerablemente la inflación”<sup>25</sup>.

En consecuencia, ya no se trata de establecer un sistema de listado condicionado a que el delito sea cometido por una organización criminal, pues si bien ello mitigaría alguna disfunción, se continuaría con la necesidad de revisar cada tanto esa lista ante nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada. Por ello parece preferible que la creación y participación en una asociación de esa naturaleza cuya finalidad sería la comisión de delitos de “comercio ilícito” pasara ser por sí sola a constituir el delito precedente del blanqueo de activos.

De esta forma, no solo se reconduce al lavado de dinero a su función original, sino que también se evitan las dificultades señaladas a la hora de construir la prueba de la actividad delictiva precedente e identificarla como una de las incluidas en el sistema de listado. También se elimina la notoria disfuncionalidad que consiste en utilizar esta figura penal para atrapar el manejo de las ganancias provenientes de cualquier delito. Y en el mismo sentido, se solucionan los problemas dogmáticos que genera el concepto de “autolavado”. En efecto, como ya se indicó, la confusión entre “autolavado” y “agotamiento” del tipo desaparece si el autolavado se convierte en un mecanismo para imputar el delito precedente y el delito de lavado a la cúpula directriz de la organización criminal, al verdadero autor o

---

24 PECORELLA, Gaetano, “Circulazione del denaro e riciclaggio”, *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4 (1991), p. 1247.

25 LANGÓN CUÑARRO, Miguel, “Código Penal Anotado”, p. 272. En esta posición de afectación a la libre competencia encontramos a BLANCO CORDERO, FABIÁN CAPARRÓS, y QUINTERO OLIVARES ENTRE OTROS.



autores mediatos que dominan el aparato delictivo echando a andar tanto los mecanismos dirigidos a la comisión de los delitos antecedentes y a su posterior blanqueo de las ganancias obtenidas. En ese contexto, el problema del concurso aparente de leyes desaparece, pues el autolavado se dirige a sancionar al autor mediato, al jefe que organiza los diversos segmentos del entramado criminal dirigido tanto a generar las ganancias ilícitas como a blanquearlas.

Sin duda que esta propuesta de *lege ferenda* tiene aristas espinosas y puede generar dificultades dogmáticas. Pero las dificultades principales pasan por dar contenido al tipo organizativo como delito precedente. Por supuesto que no es la única. Es inocultable que esta propuesta limita enormemente la posibilidad de aplicar el modelo del lavado de activos a la evasión fiscal. Y volvemos sobre este aspecto pues será el debate central en los próximos meses. Organismos internacionales como el GAFI y la OCDE presionarán a aquellos países que no lo han adoptado para que incluyan el fraude y la evasión tributaria como figura precedente del tipo de blanqueo. Las razones dogmáticas por las cuales entiendo que ello no corresponde se expusieron en un trabajo anterior al cual me remito<sup>26</sup>. Pero si pesan más las presiones de organismos internacionales la solución transaccional es incluir el fraude fiscal cuando el mismo sea cometido por una organización criminal del tipo de las descriptas.

No obstante, se debe tener presente que el sistema o modelo de persecución del fraude fiscal internacional hoy se canaliza a través de los Convenios de Doble Imposición (CDIs) y de los tratados o acuerdos de intercambio de información fiscal bajo los modelos OCDE. En ese sentido, las haciendas parecen contar con herramientas lo suficientemente poderosas como para perseguir la evasión fiscal internacional.

Otro problema consistirá en cómo compatibilizar un modelo de blanqueo con tipo organizativo como delito precedente con la necesidad de perseguir el blanqueo de fondos provenientes del fraude empresarial. En principio, no parece haber incompatibilidad a que en algunos casos la empresa pueda ser considerada como un grupo delictivo organizado. De este modo cuando una empresa se desvía de su fin lícito, o algunos de sus miembros actúan como un grupo estructurado, permanente y con una finalidad ilícita para obtener una ventaja económica, es posible concebir ya a la empresa como un grupo delictivo organizado o admitir que en la empresa se ha enquistado un grupo de esa naturaleza, que la utiliza en su

---

<sup>26</sup> ADRIASOLA, Gabriel, *Razones dogmáticas para no incluir al delito fiscal como delito antecedente del lavado de activos...*, cit.

beneficio.<sup>27</sup> Por supuesto que se deberá encontrar el requisito de “desafío al Estado”. No obstante, el modelo propuesto tiene como ventaja que atraparé las conductas desplegadas en empresas legítimas controladas por la organización criminal.

Sin embargo, la principal ventaja de esta construcción es el acotamiento del modelo de excepción que la autonomía del delito de blanqueo introdujo en el derecho penal a las ganancias o bienes que se generan en el marco de tipos organizativos. Las dificultades de este modelo –que no son pocas– son dificultades que vale la pena abordar como desafío. Y ello porque si no se reconduce el modelo al estricto ámbito del combate a las organizaciones criminales del tipo de las que desafían al Estado, el peligro –ya potencialmente revelado– es el engrosamiento del modelo mediante nuevas figuras subyacentes y nuevos sujetos obligados y una mayor penetración en la ya devaluada esfera de la intimidad del ciudadano. Si se pretende dar cabida a métodos excepcionales, ellos solo podrían justificarse ante una delincuencia de tipo también excepcional.

---

<sup>27</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de imputación”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1999, p. 74.