



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



Evolución legislativa reciente en materia de derecho penal económico: lavado de activos y corrupción privada*

URSULA CASSANI

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. La revisión de la regulación de la lucha contra el lavado de activos.— 2.1. El blanqueo del fraude fiscal.— 2.1.1. La definición del delito fiscal anterior.— A. El delito fiscal anterior con respecto a la tributación directa.— B. El crimen previo en materia de fiscalidad indirecta.— 2.1.2. El obstáculo del vínculo de procedencia.— 2.2. Las otras novedades en materia de lavado de activos.— 2.2.1. La ampliación de la LBA a los comerciantes.— 2.2.2. Las precisiones relativas a la identificación del derechohabiente económico.— 2.2.3. El sistema de comunicación de sospechas: ¿Hacia un cambio de paradigma?— 3. Revisión legislativa de la corrupción.— 3.1. Objetivos perseguidos.— 3.2. La tipicidad de las infracciones reprimiendo la corrupción privada.— 3.2.1. El agente privado.— 3.2.2. La ventaja indebida.— 3.2.3. El acto u omisión del agente y la relación de conexión.— 3.2.4. Abandono del vínculo con la competencia económica.— 3.3. El bien jurídico protegido.— 3.4. El enjuiciamiento.— 3.5. La ambivalencia del legislador suizo ante la corrupción privada.— 4. Conclusión (y no fin).

RESUMEN ESPAÑOL

La compleja problemática relativa a la corrupción y al lavado de dinero comprende y perturba diversos aspectos de las relaciones sociales. Son muy importantes sus repercusiones en el funcionamiento de los diversos sectores del sistema de control estatal. Es el caso, por ejemplo, de la fiscalidad en relación con el lavado de activos. Lo que exige se realicen investigaciones con la finalidad de determinar los medios para controlarlos y combatirlos. Lo mismo sucede respecto al fenómeno social y delictivo de la corrupción, el mismo que desde hace poco viene siendo tratado en su dimensión privada, tanto en sus formas activa y

* Este texto tiene su origen en una conferencia dada en el Congreso del 2017 de la Sociedad Suiza de Derecho Penal. La autora agradece a Justine Barton, asistente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Ginebra, por su ayuda competente y comprometida con la edición del manuscrito. Publicación original: “Evolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique: blanchiment d’argent et corruption privée”, en *Revue Pénale Suisse*, vol. 136, n.º 2, 2018, pp. 179-213.

pasiva. Dada la internalización de estas formas delictivas, resulta indispensable comprender la situación nacional en la perspectiva de la regulación convencional e internacional. Así, son consideradas la situación legislativa, judicial y de cooperación internacional.

FRANCÉS

L'ensemble des problèmes relatifs à la corruption et au blanchiment d'argent comprend et perturbe divers aspects des relations sociales. Ses répercussions sur le fonctionnement des différents secteurs du système de contrôle étatique sont très importantes. C'est le cas, par exemple, du blanchiment d'argent dans le domaine de la fiscalité. Il est indispensable de mener des enquêtes afin de déterminer les moyens de les contrôler et de les combattre. Il en va de même pour le phénomène social et délictueux de la corruption, qui doit être traité, comment cela se fait depuis quelques années, dans le secteur privé et tant dans sa forme active que passive. Compte tenu de la globalisation de ces formes criminelles, il est essentiel de comprendre la situation nationale sous l'angle de la réglementation conventionnelle et internationale, pour mieux parfaire la régulation législative, procédurale et de coopération internationale.

INGLÉS

The complex problem of corruption and money laundering involves and disturbs various aspects of social relations. Its repercussions on the functioning of the various sectors of the state control system are very important. This is the case, for example, of money laundering in the area of the tax system. This requires investigations to be carried out to determine the means to control and combat them. The same applies to the social and criminal phenomenon of corruption, which has recently been dealt with in its private dimension, both in its active and passive forms. Given the internalization of these criminal forms, it is essential to understand the national situation from the perspective of conventional and international regulation. Thus, they are considered the legislative, judicial and international cooperation situation.

1. INTRODUCCIÓN

Modificadas ya en varias ocasiones, las dos secciones centrales del derecho penal económico suizo, constituidas para la lucha contra el lavado de activos y aquella contra la corrupción, han sido objeto de revisiones legislativas que han entrado en vigencia en el 2016. En ambos casos, el proceso legislativo se ha desarrollado bajo la presión de mecanismos de concordancia con las normas internacionales, provenientes de una convención o concerniendo a la *soft law* (ley blanda).

2. LA REVISIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

La revisión de la ley suiza contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, adoptada el 12 de diciembre del 2014, entró en

vigor el 1 de enero del 2016 (Loi Fédérale sur la Mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action Financière, revisadas en 2012, el 12 diciembre del 2014, RO, 2015, p. 1389). La finalidad de la modificación legislativa, iniciada mediante un anteproyecto sometido a consulta el 2013¹, consistió en adaptar la ley suiza a las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), revisadas unos meses antes (GAFI, 2016). El cronograma fue impuesto por la perspectiva de la evaluación simultánea de la legislación y de las prácticas suizas por parte de los expertos del GAFI, que dio lugar a un informe publicado en diciembre del 2016 (GAFI REM, 2016). Así, la agenda legislativa debía permitir no solo la revisión de la LBA (Loi Fédérale Concernant la Lutte Contre le Blanchiment d'argent et le Financement du Terrorisme, LBA, du 10 octobre 1997, RS 955.0) y de las otras leyes federales concernidas, sino también la adaptación de las ordenanzas y todos los elementos que forman el denso tejido normativo de la lucha contra el lavado de activos, incluido el Convenio de Diligencia Debida de los Bancos Suizos (Convention Relative à l'obligation de Diligence des Banques du 1 juin 2015, CDB 16, en vigencia desde el 1 de enero del 2016).

La perspectiva de esta evaluación simultánea ha jugado un papel de acicate del proceso legislativo. El mismo que ha sido influenciado por los intermediarios financieros, como sucede cada vez que se trata de retocar el marco legislativo y reglamentario que rigen sus actividades. Influencia ejercida en todos los debates en las diversas etapas, desde el proceso de consulta hasta la fase parlamentaria, a través de sus agentes de enlace en las Cámaras Federales.

El procedimiento parlamentario, particularmente ruidoso y desordenado, culminó exitosamente *in extremis*, en el marco de la conferencia

1 Avant-projet de Loi Fédérale sur la Mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action Financière, revisadas en el 2012, e informe explicativo del Département fédéral des finances del 27 février 2013. Para un análisis del anteproyecto. Cfr. Molo; Vorpe y Galliano, 2013/2014, p. 3 y s; Oberson y Meller, 2013, p. 171, 178 y s; Suter y Remund, 2013/2014, p. 589, 599 y s; Cassani; Gless; Echle; Garibian y Sager, 2013, p. 467-468 y s.

de conciliación². El paroxismo fue alcanzado en el verano del 2014 (BO CN 2014 1159 y s.; cfr. Cassani; Gless; Roth y Sager, 2014, pp. 385, 387 y s.), cuando el proyecto gubernamental —ampliamente respaldado por el Consejo de Estados— fue objeto de una andanada intensa de ataques de parte de unos pocos consejeros nacionales hostiles a los cambios propuestos y, en general, a la adaptación de la ley suiza a los estándares internacionales. Lo esencial ha sido restablecido posteriormente, pero el clima ha sido poco propicio para reflexionar de manera constructiva sobre las nuevas disposiciones.

2.1. El blanqueo del fraude fiscal

La cuestión más discutida ha sido la adaptación del derecho suizo a la circunstancia que las normas del GAFI mencionan, desde su revisión del 2012, las “infracciones penales fiscales (*relacionadas con los impuestos directos e indirectos*)” en la lista de las clases de infracciones subyacentes al lavado de activos (GAFI, 2016).

La transposición de este requisito al derecho suizo plantea dificultades, identificadas, pero no resueltas por el legislador, en cuanto a la construcción normativa de la infracción de lavado de activos (art. 305 bis CP-CH) con referencia a la noción de confiscación (art. 70 CP-CH). Además, los parlamentarios han puesto gran empeño para definir el lavado de fraude fiscal lo más estricta posible, al extremo de provocar desacuerdos entre el derecho suizo y los derechos de los países vecinos, así como de crear nuevos problemas de interpretación.

2 Conseil des États: le 12 mars 2014 (BO CE, 2014, p. 156 y s.), le 9 septembre 2014 (BO, CE, 2014, p. 732 y s.), le 4 de décembre del 2014 (BO CE, 2014, p. 1177 y s.), le 10 décembre 2014 (BO CE, 2014, p. 1273 y s.); Conseil National (CN): les 18 et 19 juin 2014 (BO CN, 2014, p. 1159 y s.), le 27 novembre 2014 (BO CN, 2014, p. 1965 y s.), les 10 (BO CN, 2014, p. 2264 y s.) et 11 décembre 2014 (BO CN, 2014, p. 2322 y s.); adopción el 12 diciembre del 2014 por las dos Cámaras. Para los resúmenes de las deliberaciones y desarrollos. Cfr. Curia Vista 13.106.

2.1.1. La definición del delito fiscal anterior

A. El delito fiscal anterior con respecto a la tributación directa

Desde su entrada en vigor en 1990, el art. 305 bis CP-CH definió la infracción previa como un crimen, excluyendo así las infracciones en materia de impuestos directos. En lugar de crear crímenes en este ámbito, como lo preveía el anteproyecto, el legislador suizo prefirió ampliar la definición de lavado de activos del art. 305 bis n. 1 CP-CH para comprender determinados delitos fiscales. De modo que no fue necesario enmendar las disposiciones penales de las leyes fiscales, que requerían, sin embargo, una importante actualización (sobre las necesidades de reforma en el dominio del derecho penal fiscal, cfr., en particulier, Donatsch, 2012/2013, p. 1) y que, en ese momento, debían ser materia de una revisión legislativa por separado (*Rapport explicatif du 29 peut 2013 relatif à la Loi Fédérale sur L'unification du Droit Fiscal Pénal*), pero cuyo aplazamiento *sine die* fue anunciado en noviembre del 2015.

En el art. 305 bis ch.1 CP-CH revisado, se considera, por lo tanto, que el lavado puede ser cometido sobre activos resultantes de un crimen o de un delito fiscal “calificado” (*qualifiziertes Steuervergehen*). A pesar de su denominación, el delito fiscal “calificado” se castiga con la misma pena que la infracción fiscal simple. La noción es definida en el art. 305 bis n.1 bis CP-CH como la utilización de un documento falsificado, en el sentido del art. 186 LFD³ o un fraude fiscal según el art. 59 al. 1, párrafo primero LHID⁴, “cuando los impuestos sustraídos por período fiscal ascienden a más de 300,000 francos”.

3 Loi Fédérale sur l'impôt Fédéral Direct du 14 décembre 1990, RS 642.11.

4 Loi Fédérale sur l'harmonisation des Impôts Directs des Cantons et des Communes (LHID) du 14 décembre 1990, RS 642.14. Conviene destacar que el texto legal actual del art. 59 LHID no consagra un “párrafo” (inciso) separado al fraude. Es en realidad la primera hipótesis del art. 59.1 LHID actual (en vigencia desde el 1 de enero del 2017) de la cual es cuestión.

Esta definición es muy restringida y no dejará de plantear dificultades en la práctica:

1. Las infracciones previstas en la LIFD y en la LHID se refieren a *los impuestos sobre los ingresos y la fortuna* de las personas físicas y los *beneficios y el capital* de las personas jurídicas, así como al impuesto sobre la *ganancia de bienes raíces* (art. 12 LHID). El fraude respecto a otros impuestos, por ejemplo en herencias y donaciones, está excluido, lo que constituye un tratamiento desigual sin una base convincente.

2. La definición legal se limita a los casos en que el contribuyente, para cometer una evasión fiscal, utiliza una falsificación de valores. Este requisito se deduce de la tipicidad de las infracciones fiscales, sobre las cuales se funda el art. 305 bis inc. 1 bis CP-CH.

Refiriéndose a la distinción entre el uso de la falsificación (fraude fiscal, *Steuerbetrug*) y la simple evasión de impuestos (*Steuerhinterziehung*), el derecho suizo perpetúa un particularismo que suscita malentendidos en los países que lo rodean. Además, el fraude es definido fielmente sobre la base del modelo de la falsificación de documentos (*Urkundenmodell*), en oposición al modelo de la astucia (*Arglistmodell*). Esta solución, demasiado restrictiva en nuestra opinión, excluye en particular los engaños cometidos mediante otras maquinaciones, por ejemplo, el recurso a construcciones legales complejas, por lo que resulta, en consecuencia, más estrecha que la propuesta en el anteproyecto, la misma que yuxtapone los dos modelos.

Los arts. 186 LIFD y 59 al. 1, primera hipótesis LHID suponen que el autor, con el fin de engañar, utiliza títulos falsos, falsificados o inexactos en cuanto a su contenido con respecto al emitido por la autoridad fiscal o la autoridad judicial en el marco del proceso contencioso fiscal. El documento puede haber sido establecido por un tercero o por el mismo contribuyente (ATF 139 II 444; ATF 125 II 253), especificándose que la declaración de impuestos no constituye tal documento falso, de lo contrario, la distinción entre el uso de la falsificación y la evasión fiscal sería confusa. Se trata de títulos en el sentido del art. 110 al. 4 CP-CH, que pueden presentarse en forma de falsedad material o falsedad intelectual. Sin embargo, el Tribunal Federal considera que la credibilidad

particular que debe atribuirse en caso de falsedad intelectual, a la luz de la jurisprudencia sobre el art. 251 CP-CH, tiene que apreciarse de una manera particular en materia fiscal, “[d]enn gegenüber diesen Behörden besteht im Rahmen der Steuerveranlagung die besondere gesetzliche Pflicht zur wahrheitsgetreuen Deklarierung” (en relación con estas autoridades, existe un deber legal especial de declarar en términos reales en el contexto de la evaluación fiscal) (ATF, 139, II, p. 443; sentencia del TF 6B_101/2009 du 14. 5. 2009 consid. 3.3). Cabe destacar, además, que el art. 186 LIFD menciona expresamente el certificado de salario falso, respecto al cual la jurisprudencia constante del Tribunal Federal rechaza la calidad de falsedad intelectual del derecho común (art. 251 CP-CH).

La enumeración de los títulos tomados en consideración respecto al art. 186 LIFD no es exhaustiva. Además, de los registros contables, los balances, las cuentas de pérdidas y ganancias y otras atestaciones de terceros mencionados, son en particular susceptibles de constituir falsedades intelectuales las declaraciones escritas sobre el titular económico, establecidas por el co-contratista de un intermediario financiero en el formulario “A” (ATF 139 II 443; sentencia del TF 6S.346/1999 du 30. 11. 1999, consid. 4 in: SJ 2000 I 234 y jurisprudencia constante), así como en otros formularios previstos por la Association suisse des banquiers (“R”, “T”, etc.) o en otra escritura que cumpla la misma función. El Tribunal Federal también ha considerado, en el contexto de una solicitud de asistencia administrativa basada en CDI-USA 1996, concerniendo a los clientes del banco Credit Suisse, que un formulario W-8BEN, en el que no se menciona al verdadero titular económico de los activos, es una falsificación en el sentido del art. 186 LIFD⁵.

5 ATF 139, II, p. 444. El empleo de un tal título no solo constituye “fraud or the like” (lo que basta para la cooperación según el art. 26 CDI-USA 1996), sino también el uso de documentos falsificados en el sentido del art. 186 LIFD (ATF 139, II, p. 442 y s.). Además, la sentencia parece indicar que el simple hecho que una tal declaración se encuentre “bei den Akten” (ATF 139, II, p. 444), por lo que es de comprender que el expediente de la banca esté jugando un papel de “Qualified Intermediary”, controlado mediante sondeo por el revisor *ad hoc*, cumple la tipicidad del art. 186 LIFD, cuyo acto constitutivo es el uso de falsos con la intención de engañar a la autoridad fiscal.

3. De acuerdo con el art. 305 bis CP-CH, *el impuesto sustraído por período fiscal debe ascender a más de 300,000 francos*. El autor no solo debe haber actuado con el propósito de sustraer, como lo exigen los arts. 186 LIFD y 59 al. 1, primer párrafo LHID, sino que debe haber obtenido efectivamente un beneficio fiscal por una sustracción consumada. La cuestión de saber si el límite —que parece todavía excesivo— es sobrepasado puede ser difícil resolver para el juez penal y más aún para el intermediario financiero sujeto al deber de comunicación (art. 9 de la LBA, *Meldepflicht*). Es decisiva la cantidad total sustraída por el contribuyente, mediante el uso de una o más falsificaciones, durante un año fiscal; y no el valor de los elementos imponibles no declarados, como se proponía en el anteproyecto. Además, el cálculo del beneficio fiscal obtenido por el autor debe realizarse teniendo en cuenta su situación fiscal concreta.

4. La doble incriminación se configura cuando el acto tiene las características del delito descrito en el art. 305 bis, inc. 1 bis CP-CH (Suter y Remund, 2015, pp. 54-66); por lo que poco importará si el derecho extranjero conforme al comentario anterior distingue entre evasión y fraude, siempre que la infracción haya sido cometida, efectivamente, mediante una falsificación. El cálculo del beneficio fiscal es determinado, por el contrario, según lo previsto en el derecho fiscal extranjero (Suter y Remund, 2015, p. 66). La conversión a francos suizos del impuesto adeudado en moneda extranjera debe, en nuestra opinión, hacerse de acuerdo con la tasa vigente el día de entrada en vigor de la decisión en que se fija el tributo a pagar.

5. Desde el ángulo temporal, el art. 305 bis CP-CH nuevo solo se aplica al lavado de activos derivados de delitos fiscales calificados cometidos después de su entrada en vigencia, de conformidad con la disposición transitoria introducida por las Cámaras Federales⁶. Por lo tanto, es necesario que el autor haya engañado a la autoridad fiscal después del 1 de enero del 2016 y que haya obtenido una mayor ventaja fiscal superior a 300,000 francos, lo que ocurre

6 RO, 2015, p. 1396. Contra: A. Donatsch, M; W. Thommen y Wohlers, *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 5.^a ed., Zurich; Bâle y Genève, 2017, p. 498, estiman que el lavado de activos procedentes de infracciones fiscales cometidas en el extranjero, punibles según el derecho extranjero antes de enero del 2016, será punible en Suiza.

cuando el pago de los impuestos se ha convertido en definitivo⁷. Es esta ventaja la que puede ser lavada. Sin embargo, esta cuestión está relacionada con el tema, controvertido, del objeto sobre el que se practica el lavado de activos, que se examinará a continuación. (Cfr. *infra* 2.1.2).

B. El crimen previo en materia de fiscalidad indirecta

Con respecto a los impuestos indirectos, el art. 14 al. 4 DPA (Loi Fédérale sur le Droit Pénal Administratif (DPA) du 22 mars 1974, RS 313.0) ya reprimía un crimen, estatuido mediante la precedente adaptación del derecho suizo a las normas del GAFI del 2003 (Loi Fédérale sur la Mise en œuvre des Recommandations Révisées du Groupe d'action Financière du 3 de octubre del 2008, RO, 2008, p. 361), reprimiendo una forma agravada de contrabando aduanero, cometido en banda.

La adaptación a las recomendaciones del GAFI del 2012 se realizó mediante una modificación de esta disposición, que ahora se aplica sin el requisito de tráfico de mercancías transfronterizo. El nuevo art. 14.4 DPA define una estafa calificada en materia de contribuciones, cometida en el ejercicio de una profesión u oficio (*métier*) o con la participación de terceros⁸, habiendo otorgado al autor o a un tercero una ventaja ilícita particularmente significativa o causado un perjuicio importante a los intereses pecuniarios o a otros derechos de los poderes públicos. La cláusula continúa aplicándose al contrabando de aduanas, pero también incluirá las estafas al IVA sin entrega transfronteriza o a servicios, así como en materia de impuesto anticipado, derechos de timbre e impues-

7 En el mismo sentido, Basse, 2017, art. 1, n.º 30. Es equivocada, por el contrario, la afirmación del mismo autor (n.º 35), según la cual la existencia de la infracción fiscal debe haber dado lugar a una condena del contribuyente por un tribunal penal.

8 La noción difiere de “banda”, ya que la colaboración puede ser puntual. El empleo del plural significa, en nuestra opinión, que el autor se debe beneficiar de la colaboración de al menos dos personas (contra: Molo; Vorpe y Galliano, 2013/2014, p. 16). El message precisa que es necesario una participación a título principal (FF, 2014, p. 654).

tos sobre el alcohol, la cerveza y el tabaco (Conseil Fédéral, Message, FF 2014a, p. 604).

Debido a que el art. 14.4 DPA ha sido concebido como una circunstancia agravante del art. 14 al. 1 DPA, los elementos constitutivos de la estafa en materia de contribuciones deben cumplirse, especialmente el *engaño astucioso*. La astucia se evalúa de acuerdo con los principios establecidos por la jurisprudencia sobre el art. 146 CP-CH (estafa) (Conseil Fédéral, Message, FF, 2014a, 651; Suter y Remund, 2015, p. 71) y sin limitarse el análisis, por tanto, al uso de una falsificación. Según el Tribunal Federal, el autor utiliza maquinaciones astuciosas cuando funda una empresa domiciliada con el único propósito de ocultar a la autoridad fiscal los hechos relevantes a los impuestos, siempre que el engaño sea difícil de detectar para la autoridad (ATF 139, II, p. 435; sentencia del TF 6B_79/2011 du 5. 8. 2011, consid. 6.5.3). La simple mentira de no declarar un elemento imponible no es, por el contrario, astucioso. Es decisivo para el Tribunal Federal que el contribuyente haya tomado medidas para que la verificación de la declaración sea difícil o imposible (ATF 139 II 435). Así, el Tribunal Federal no atribuye al contribuyente una posición de confianza particular en el sentido del art. 14 DPA, fundando la astucia de forma general. Como hemos visto, reconoce, por el contrario, al mismo contribuyente un deber de veracidad particular al contacto con las autoridades fiscales, lo que fundamenta la credibilidad particular en el marco de la falsificación intelectual (ATF 139, II, p. 443; arrêt du TF 6B_101/2009 du 14. 5. 2009 consid. 3.3). La distinción es sutil, pero la contradicción es solo aparente.

Corresponderá a la jurisprudencia definir el criterio especialmente de ventaja ilícita particularmente importante o de afectación significativa de los intereses pecuniarios u otros derechos de los poderes públicos. Aunque la letra de la ley incluye otras ventajas⁹, la doctrina se ha cen-

9 Le Conseil Fédéral, Message, FF, 2014a, p. 653, évoque l'hypothèse d'avantages en matière de concessions et d'autorisations, non appréciables en argent, dont la pertinence peut rester ouverte.

trado en la definición de un criterio cuantitativo apreciable en dinero. Suter y Remund proponen colocar el umbral en 100,000 francos (Suter y Remund, 2015, p. 71), lo que parece aceptable en vista del hecho de que la ventaja “particularmente importante” requerida por el art. 14 inc. 4 DPA debe distinguirse claramente del beneficio “material” a que se refiere el pf. 2 del mismo artículo, que constituye un delito simple, establecido en 15,000 francos por el Tribunal Federal¹⁰. El valor límite de 300,000 francos propuesto por otra parte de la doctrina (Fuchs, 2017, p. 281; Matthey, 2016, II, p. 317), por analogía con el art. 305 bis inc. 1 bis CP-CH, es por el contrario excesivo. La analogía parece tanto menos convincente en la medida en que el art. 305 bis inc. 1 bis CP-CH se refiere al beneficio obtenido durante un período fiscal de un año¹¹, mientras que, en virtud del art. 14 al. 4 DPA, la cantidad debe calcularse por separado (en el mismo sentido: Suter y Remund, 2015, p. 71; contra: Matthey, 2016, p. 317) para cada infracción cuando el autor no actúa por profesión, sino con la asistencia de terceros. Para la hipótesis de actuar como profesional, al contrario, es la ganancia realizada por todas las infracciones que forman una unidad desde el ángulo del actuar como un profesional (en concurso real imperfecto) que debe tomarse en cuenta (contra Suter y Remund, 2015, p. 71), como en el caso del tráfico de estupefacientes o el lavado de activos profesional (*par métier*)¹².

Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico

Además, debe señalarse que la jurisprudencia califica algunos engaños astuciosos en detrimento del fisco, como los carruseles de TVA, a las *estafas de derecho común* (art. 146 CP-CH)¹³. Este crimen, que es

10 ATF 139 II 404, 435; sentencia del TF 6B 79/2011 du 5. 8. 2011, consid. 6.3.4; Conseil Fédéral, Message, FF, 2014a, p. 653. No conocemos decisiones jurisprudenciales relativas al art. 14 inc. 4 DPA versión del 2008, que exigía ya la finalidad de obtener ganancias importantes de la infracción.

11 En el mismo sentido: Suter y Remund, 2015, p. 71.

12 Les art. 19 al. 2 lit. c LStup et 305 bis ch. 2 lit. c CP-CH exigent un chiffre d'affaires ou un gain “importants”. Le gain – correspondant à l'avantage net visé à l'art. 14 al. 4 DPA – a été fixé par le TF à 10 000 francs (ATF 129 IV 256).

13 ATF 110 IV 24; sentencias del TF 1A.189/2001 du 22. 2. 2002, consid. 5; 1A.233/2004

una infracción subyacente del lavado de activos, no supone ningún valor mínimo, aparte de la exclusión de las infracciones de poca importancia previstas en el art. 172ter CP-CH (300 francos). La reciente revisión legislativa del lavado de dinero no debería cambiar esta jurisprudencia.

2.1.2. El obstáculo del vínculo de procedencia

La principal dificultad conceptual en la construcción del lavado de fraude fiscal reside en establecer el vínculo de procedencia entre la infracción fiscal anterior y el valor patrimonial que se considera así “obtenido” (*en être “issue”*). El lavado de activos tiene como objeto un valor patrimonial susceptible de confiscación, es decir, un valor que proviene de la infracción previa, vínculo que se acentúa por el hecho de que el acto de lavado de activos está definido en la ley suiza como *un acto propio a dificultar la confiscación*, lo que constituye una particularidad de nuestro derecho¹⁴. Según la jurisprudencia (ATF 129, II, p. 461; en el mismo sentido: ATF 137 IV 81; ATF 126, I, p. 105 y s; sentencia del TF 6B_914/2009 du 3. 11. 2010, consid. 5.1), confirmada en el Mensaje del Consejo Federal (Message, FF, 2014a, p. 606), esto supone que el valor patrimonial *provenga causalmente* de la infracción precedente y que se pueda identificar suficientemente en el patrimonio de la persona sujeta a confiscación.

Para una parte de la doctrina, la referencia a la confiscación excluye cualquier posibilidad de lavado de activos en materia fiscal, debido a que el derecho fiscal permite al Estado recuperar el dinero que el contribuyente ha expoliado mediante la *recuperación del impuesto respectivo*.

du 8. 11. 2004, consid. 2; 1A.297/2005 du 13. 1. 2006; 1C.59/2009 du 26. 2. 2009; sentencias del TPF RR. 2011. 225 du 23. 2. 2012, consid. 3.2 y s; RR 2012.89 du 9. 1. 2013, consid. 5.

14 Fuchs, 2017, p. 177 y s. El autor destaca (p. 180) que el GAFI, en su 3er Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, ha declarado el derecho suizo (atípico) en este punto, aunque “conforme” (3e REM, 8, 40 y s., 234, 244), pero que los expertos no parecen haber percibido la diferencia entre los actos propios a obstaculizar las medidas según los arts. 70 y 71 CP-CH.

(*Nachsteuerverfahren*, art. 151 LIFD y 53 LHID; *Nachleistungspflicht*, art. 12 DPA) y que no quedará, en consecuencia, ningún valor sometido a la confiscación susceptible de ser lavado¹⁵. Este argumento no es convincente (en el mismo sentido, Suter y Remund, 2015, p. 63), porque la ventaja fiscal existe en cualquier caso hasta que la recuperación fiscal es ordenada (Fuchs, 2017, p. 217 y s., destaca los casos en los que la exigencia (*rappel*) del impuesto no es posible, de modo que solo la confiscación debería ser considerada). La confiscación es pues en virtud del art. 70 CP-CH, aplicable en virtud del art. 333 CP-CH, aun cuando las autoridades fiscales favorezcan la vía administrativa no penal de la recuperación del impuesto. Dado que la recuperación de impuestos es un instrumento de índole fundamentalmente diferente, nada obliga a entender que las leyes tributarias excluyan la confiscación debido a un silencio calificado, ni que la recuperación o la restitución prevalecerían por especialidad (contra: Fuchs, 2017, p. 225 y s. respecto a los impuestos indirectos, p. 230 y s. en cuanto al art. 12 DPA). Los actos “apropiados” para impedir la confiscación son, por lo tanto, concebibles (igual resultado, sobre la base de la asimilación del acto propio a obstaculizar la exigencia del impuesto (*rappel*) a un acto apropiado de obstaculizar la confiscación: Matteotti y Many, 2015, p. 6). La situación jurídica no es diferente a la del caso en el que la parte perjudicada de una infracción contra el patrimonio puede esperar recuperar el botín antes del pronunciamiento del decomiso sobre la base del art. 70 al. 1 *in fine* CP-CH. Esa posibilidad no impide considerar que un acto de ocultación de dicho bien o estos activos (*ces avoirs*), cometido antes de la restitución, es un acto de lavado de activos.

Otra dificultad conceptual se revela, en cambio, más grave. Se desprende del hecho de que, en materia fiscal, el resultado de la infracción,

15 Baumann, 2012, pp. 105-116; Ackermann, 2013, p. 407, n.º 32; Schauwecker, 2016, p. 122-129 y s; Waldburger y Fuchs, 2014, pp. 111-135. Ces derniers auteurs (2014, p. 142) proposent, dans une perspective de lege ferenda, une disposition spéciale réprimant l'entrave au rappel d'impôt (*Vereitelung des Nachsteuerbezuges*). Pour une critique de cette solution. Cfr. Donatsch y Arnold, 2013, p. 227-231 y s.

o sea la ventaja obtenida por el contribuyente defraudador, que debe ser, según el art. 305 bis inc. 1 bis CP-CH superior a 300,000 francos, se concretiza, por lo general, en un *ahorro* del impuesto y no en un reembolso. Sin embargo, parte de la doctrina de la cual formamos parte, estima que las *cantidades ahorradas* por la comisión de un delito *no son susceptibles de ser confiscadas* y, por consiguiente, de lavado de activos¹⁶. Estas ventajas se pueden determinar en la contabilidad, y el autor puede ser privado de ellas, pero mediante el *pronunciamiento de una reclamación compensatoria* (art. 71 CC) y no por confiscación. Por lo tanto, la represión del lavado de activos, debido a que es concebido sobre la noción de confiscación, se limita a los casos en que, mediante la infracción fiscal, se obtiene un valor patrimonial claramente identificable, como el reembolso de impuestos (por ejemplo: impuesto anticipado, retención de impuestos) o una recompensa recibida por el infractor o sus participantes (*pretium sceleris*, por ejemplo: los honorarios adeudados al asesor de impuestos que crea el plan fraudulento).

Contra este punto de vista, el Tribunal Federal¹⁷ y parte de la doctrina¹⁸, así como el Mensaje del Consejo Federal (Conseil Fédéral, Message, FF, 2014a, p. 606), sostienen que *un no-gasto determinable aritméticamente* puede ser confiscado. Ciertamente, las sentencias del Tribunal Federal en cuestión no se relacionan directamente con la confiscación,

Copia del original a solicitud del autor

Copyright del Instituto Pacífico

www.institutopacifico.pe

- 16 Schmid, 2007, arts. 70-72 p. 53; Ackermann, 2013, p. 407, n.º 33; Baumann, 2013, arts. 70 y 71 p. 15, 29 y s; Baumann, 2012, p. 126 y s; Fuchs, 2017, pp. 173, 179 y 185 (con numerosas referencias suplementarias sobre las dos corrientes doctrinarias, 205; Livschitz, 2012, p. 56, 88 y s. En el mismo sentido, luego en sentido contrario: Basse, 2017, pp. 31-35.
- 17 ATF 137 IV 151; ATF 120 IV 367 (ad confiscation de l'économie réalisée par une soustraction d'impôt); ATF 119 IV 16; sentencia del TF 1B_783/2012, 1B_784/2012 et 1B_786/2012 du 16. 10. 2013, consid. 8; sentencias del TF 1B_785/2012 et 1B_787/2012 du 16. 10. 2013, consid. 7; sentencia del TF 1B_166/2008 du 17. 12. 2008, consid. 5.2.
- 18 Ackermann y D'Addario Di Paolo, 2010, p. 177 y s; Stratenwerth, 2006, art. 13, pp. 87 y 94; Stratenwerth y Bommer, 2013, art. 57 p. 26; Hirsig-Vouilloz, 2009, art. 70, p. 14; Suter y Remund, 2015, p. 65; Trechsel y Jean Richard Dit Bressel, 2018, art. 70, p. 2. Contradictorio: Schauwecker, 2016, p. 122, 128 y s.

sino con el *secuestro* en materia de TVA sobre la base del art. 46 inc. 1 lit. b DPA. Sin embargo, sus considerandos se refieren explícitamente a la confiscación en el sentido del art. 70 CP-CH e incluso del art. 305 bis CP-CH¹⁹, mientras que con la misma facilidad podrían haberse referido al art. 71 CP-CH, aplicable en virtud del art. 333 CP-CH y cuyo inc. 3 permite expresamente secuestrar valores patrimoniales distintos del producto directo o indirecto de la infracción. Si el Tribunal Federal insiste en que un ahorro de impuestos puede ser secuestrado porque es confiscable, entonces debe asumir estrictamente su dicho (como aquí: Suter y Remund, 2015, 65, n. b., p. 103; contra: Bourquin, 2016-2017, pp. 341 y 361; Schauwecker, 2016, p. 129).

Sin embargo, la afirmación por el Tribunal Federal del principio de la posibilidad de confiscar los montos economizados deja abierta la cuestión de la *localización* de la ventaja en el patrimonio del autor. De hecho, el valor “sucio”, cuya existencia o procedencia de la infracción previa el lavador ocultará, solo puede ser un valor concretamente determinable y localizable (Baumann, 2012, p. 111 y s., pp. 121-128; Delnon y Hubacher, 2016, p. 326 y 340). En sentido estricto, el *ahorro fiscal se realiza en la cuenta —por definición conocida por la autoridad fiscal— por medio de la cual el autor paga sus impuestos* y no en la que se encuentra el valor patrimonial, cuya existencia es ocultada al fisco mediante una falsificación.

La controversia es de importancia fundamental: *una concepción amplia* de la confiscación de no-gastos daría lugar a que se *considere todo el patrimonio del contribuyente defraudador como contaminado*, de modo que cualquier transacción sería sospechosa de lavado de activos, lo que

19 Cfr. en particular sentencia del TF 1B_785/2012 et 1B_787/2012 du 16. 10. 2013, consid. 7: “la cuenta del accionista que recepciona el pago del dividendo ha podido ser el objeto de un secuestro en vista de la confiscación. Por tanto, se puede admitir que los haberes (activos) así transferidos hubieren podido ser materia de una confiscación – y así de lavado de activos conforme al nuevo derecho en la medida en que las otras condiciones exigidas se presenten”; también sentencias del TF 1B_783/2012, 1B_784/2012 et 1B_786/2012 du 16. 10. 2013, consid. 8.

expondría a la persona natural o a la empresa concernida a la parálisis económica (Waldburger y Fuchs, 2014, p. 121). Al revés, *un concepto estrecho* haría que el lavado de dinero sea *casi prácticamente inaplicable* en materia de fraude fiscal.

Las Cámaras Federales no han dejado de percibir la importancia práctica de esta controversia. Los opositores más implacables de la revisión legislativa en el Consejo Nacional han promovido una enmienda propuesta en la iniciativa Merlini, que hubiera limitado expresamente el lavado de activos a los valores restituidos en el marco de un *reembolso de impuestos (Steuerrückerstattung)* (Initiative Merlini, BO CN 2014 1198, 1203). Esta iniciativa destacaba una dificultad jurídica real, pero la solución que proponía habría hecho fracasar toda transposición seria de las nuevas normas internacionales. Por lo tanto, el representante del Consejo Federal declaró con razón que era no “GAFI-conforme”, señalando que tal enmienda habría impedido que la infracción fuera aplicable a las cuentas *offshore* mantenidas en Suiza por contribuyentes extranjeros (Conseil National (CN): BO CN 2014, p. 1200 y s. (Widmer-Schlumpf); igualmente BO CN 2014, p. 1201 y s. (Vischer), BO CN 2014, p. 1202 y s. (Barazzone); Conseil des Etats (CE): BO CE, 2014, p. 733 y s.). En efecto, es poco probable que un contribuyente extranjero pida a la autoridad fiscal de su país que devuelva dinero en una cuenta clandestina en Suiza, de modo que no hubiera sido posible reprochar a los intermediarios financieros lavar estos haberes resultantes de incumplimientos fiscales. La infracción también hubiera sido poco aplicable a los contribuyentes suizos, ya que la hipótesis de un reembolso de impuestos es la excepción y no la regla.

Dado el clima extremadamente tenso en el que se desarrollaron los debates, la mayoría de los parlamentarios en ambas cámaras prefirieron aceptar la solución del Gobierno y renunciar a resolver el problema jurídico resaltado, dejando esto a la jurisprudencia y la doctrina.

Hubiera sido preferible, en nuestra opinión, agregar una cláusula explícita en el texto legal, precisando que, en materia de fraude fiscal,

un acto de ocultamiento de un valor patrimonial no declarado debía ser considerado un acto de lavado de activos. Esta es la solución que propusimos de *lege ferenda* en 2013, al tiempo que reconocíamos que habría estado en desacuerdo con la construcción jurídica tradicional del lavado de activos (Cassani, 2013, pp. 12-21; Cassani, 2015, p. 87 y s.). Habría tenido la ventaja de proporcionar un claro anclaje legal a la solución aparentemente querida por el Parlamento de reprimir el lavado de fraude fiscal, incluso cuando el beneficio no tomara la forma de un reembolso de impuestos sino de una economía del mismo. La cláusula habría establecido una excepción que habría confirmado la regla general aplicable en asuntos extrafiscales, exigiendo un valor patrimonial resultante causalmente de la infracción previa, identificable con precisión y sujeto a la confiscación.

Al renunciar a clarificar este punto, el legislador ha confiado a la jurisprudencia y a la doctrina una misión nada fácil. Varios autores han abordado la tarea, creyendo que al adoptar el nuevo art. 305 bis CP-CH, el legislador expresó su convicción de que el problema conceptual de la conexión entre la evasión fiscal y el valor del lavado podría y debería ser superado. Estos autores proponen criterios para definir este vínculo, esforzándose de evitar que se dé como resultado la contaminación total del patrimonio del contribuyente²⁰.

La teoría más elaborada hasta la fecha consiste en sostener que el lavado de activos tiene como objeto un elemento de los ingresos o de la fortuna no fiscalizados, pero que está limitado al monto del impuesto sustraído (Suter y Remund, 2015, p. 65). Según Suter y Remund:

20 Fuchs, 2017, p. 302; Suter y Remund, 2015, p. 64 y s; Molo y Galliano, 2015, p. 18, se contenta de exigir un “vínculo suficiente”. Solo Bourquin, 2017, p. 95, estima sin más que los montos economizados son provenientes de la sustracción, el fraude y el uso de falsos, sin necesidad de precisar la relación. Además, el TPF ha dictado una primera decisión sobre secuestro por lavado de una economía de impuesto que muestra que es consciente de las dificultades de interpretación, pero estima que conviene resolverlas al decidirse sobre el fondo del asunto (TPF, BB.2017.129 130 du 27 de décembre del 2017).

[L]a infracción fiscal calificada que conduzca a economizar impuestos no contaminará la totalidad del patrimonio del autor, solo una cuota parte correspondiente al impuesto sustraído podrá ser objeto de lavado de activos. Esta cuota contaminada permanecerá incorporada en los activos que fueron objeto de la infracción fiscal previa” (Suter y Remund, 2015, p. 65).

Fuchs parece estar explorando un camino similar, admitiendo una ficción conforme a la cual el beneficio fiscal está integrado en el objeto no declarado, siempre que haya un vínculo causal natural y adecuado suficiente (Fuchs, 2017, N 302, pp. 105-127).

Esta propuesta resuelve el problema de localización, ya que conceptualmente vincula el beneficio con el valor no gravado. Sin embargo, la *determinación aritmética de la cuota-parte* del impuesto economizado no resuelve su *segregación material en relación con la parte no contaminada*. Lo último *parece imposible* cuando el fraude fiscal se relaciona con un objeto corporal que no es susceptible de dividirse (un inmueble, un automóvil, una pintura, etc.), por lo que cualquier acto de disposición u ocultamiento de la cosa en su integridad es susceptible de constituir lavado de activos.

En principio, la separación de la cuota-parte contaminada debería ser más fácil si el elemento oculto consiste en dinero en efectivo o bancario, en particular una cuenta bancaria. Sin embargo, plantea considerables dificultades de interpretación. La cuestión de la *contaminación parcial* de una cuenta no es nueva, pero ha sido examinada hasta ahora desde una perspectiva diferente, la de la mezcla real —y no un trasplante teórico— del dinero proveniente de un crimen con el dinero de procedencia lícita. Las controversias en torno a esta cuestión son numerosas (para una apreciación global de las opiniones sostenidas, cfr. Delnon y Hubacher, 2016, p. 348) y aún no han sido objeto de una decisión del Tribunal Federal; ninguna teoría parece del todo satisfactoria. No obstante, la teoría residual (o de la “sedimentación”, *Bodensatztheorie*), defendida en particular por Delnon y Hubacher (2016, p. 348), parece ser la más apropiada para determinar la cuota-parte “resultante” de la infracción

fiscal (Fuchs, 2017, p. 304; Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 500). Permite considerar que el valor contaminado no se mezcla con los valores lícitos, ni que “supera” (*surnage*), sino que forma un sedimento contaminado. De este modo, el autor puede disponer de su cuenta de manera lícita, siempre que el valor de la cuota-parte no contaminada permanezca disponible en la cuenta. Esta teoría tiene la ventaja de no paralizar completamente la actividad económica del autor o la empresa en la que se cometió la infracción. También tiene el corolario de que la *cuota-parte permanece sujeta a confiscación siempre que haya dinero en la cuenta*, por lo que a veces se llama “*Zugriffslösung*”.

La teoría de Suter y Remund parece, en la actualidad, la más estructurada, aún si el “injerto” del que se trata aquí sigue siendo una construcción azarosa en relación con el texto legal que reenvía a la noción de confiscación (esta crítica ha hecho que Fuchs abandone la teoría: Fuchs, 2017, p. 313). En particular, permite comprender cuestiones como la de los dividendos ocultos pagados por la sociedad anónima a su accionista²¹, directa o indirectamente, por ejemplo, en forma de retrocesión pagada por los proveedores de la compañía al accionista. En esta hipótesis, el dividendo oculto recaudado contiene el impuesto anticipado del 35 % (*Verrechnungssteuer*), que debería haberse retenido en la fuente sobre los rendimientos de capitales (Fuchs, 2017, p. 205; Suter y Remund, 2015, p. 65). Lo mismo ocurre con la no-deducción de la retención fiscal en origen (“en la fuente”) que el intermediario financiero está obligado a operar en virtud del acuerdo (*Accord entre la Suisse et les Etats-Unis d’Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en oeuvre du FATCA du 14 février 2013*), entrado en vigencia el

21 Fuchs, 2017, p. 205; Molo y Galliano, 2015, p. 18; Suter y Remund, 2015, p. 65. Conviene señalar que según la jurisprudencia, el depósito de montos ocultos por la sociedad anónima a su accionista único no es constitutivo de infracción penal en perjuicio de la empresa, tanto que la fortuna neta subsistente después del retiro baste para equilibrar el capital social y las reservas obligatorias que garantizan los derechos de los acreedores (ATF 141 IV 106; ATF 117 IV 266). Si este no es el caso, los crímenes de abuso de confianza o de gestión desleal agravada entran en consideración (art. 138 y 158 ch. 1 al. 3 CP-CH), de modo que el lavado de activos es ya posible a ese título.

2 de junio del 2014 (RS 0.672.933.63), porque el cliente o su titular son identificados falsamente como personas no sometidas (*Non-US Persons*). En esta hipótesis, el monto no retenido puede ser localizado en la cuenta no declarada. Parece más difícil considerar que este también es el caso de las relaciones bancarias sujetas a acuerdos sobre el intercambio automático de información celebrados por Suiza, que no prevén retenciones sobre las cuentas en beneficio del fisco extranjero. La teoría de la ubicación del impuesto evadido sobre el elemento no sujeto a impuestos podría incluir estas situaciones, pero esta interpretación parece particularmente audaz cuando se trata de un impuesto pagadero en el extranjero, y el injerto de un elemento ubicado en Suiza deviene entonces en muy teórico.

Finalmente, el enfoque es inoperante cuando el beneficio fiscal no se deriva de la no-declaración de un elemento imponible, sino de la *declaración falsa de gastos o de deducciones exageradas*, en la medida en que no se pueden adjuntar a un elemento patrimonial específico. En este caso, la economía del impuesto —siempre y cuando uno acepte, con el Tribunal Federal, que puede ser confiscable— sería a lo más localizable en la cuenta mediante la cual el contribuyente paga sus impuestos.

Las incertidumbres restantes ponen en peligro la seguridad del derecho y representan un desafío para las autoridades penales, que tendrán que emplear los conceptos que el legislador dejó sin aclarar. El desafío es igualmente grande para los intermediarios financieros, cuyos deberes de aclaración y comunicación siguen el esquema impreciso de la definición penal de lavado de activos y que corren el riesgo de ser castigados conforme a los arts. 37 LBA o 305 bis CP-CH.

2.2. Las otras novedades en materia de lavado de activos

La adaptación del derecho suizo a los estándares internacionales de lavado de activos ha pasado por muchas otras novedades, de las cuales las más importantes se describen brevemente a continuación.

2.2.1. La ampliación de la LBA a los comerciantes

Por primera vez, la LBA se extiende a los actores externos al sector financiero y a los casinos, es decir, “a las personas físicas o jurídicas que, a título profesional, negocian bienes y reciben efectivo en pago (negociantes)” (art. 2.1 lit. b LBA).

Estos comerciantes (*Händlerinnen und Händler*) están sujetos a las obligaciones de diligencia y de comunicación según la LBA, pero solo si aceptan, para una transacción o transacciones relacionadas, efectivo por un monto superior de CHF 100,000. Si los pagos que exceden este umbral se realizan a través de un intermediario financiero, el comerciante queda liberado de estos deberes (art. 8a.4 LBA²²), debido a que el intermediario financiero es quien los cumple.

En virtud del nuevo art. 8a incs. 1 y 2 LBA, los comerciantes (en el sentido del art. 2 párrafo 1 lit. b LBA) tendrán el deber de identificar al socio contratante y al derechohabiente económico, conservar los documentos relacionados con estas operaciones y aclarar el contexto económico. Estos deberes han sido especificados en los arts. 13 y s. OBA (Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme (OBA) du 11 novembre 2015, RS 955.01. Cfr. también el Rapport explicatif precitado, p. 23), cuya versión final (el proyecto sometido a un procedimiento de consulta abierto el 10 de julio del 2015, con un informe explicativo, era más exigente sobre diversos puntos) parece responder a una inquietud de aligerar el régimen aplicable a los comerciantes mediante cláusulas que a veces están en conflicto con la LBA. Por ejemplo, cuando el co-contratante está representado, el art. 17 OBA no prevé ni la identificación del representante ni el control mediante un documento de identidad del co-contratante, lo que parece contrario al art. 8a incs. 1 y 3 LBA.

22 Para el deber de comunicar, el límite de 100,000 francos no se deduce explícitamente de la LBA, pero sí del Rapport explicatif concernant l’ordonnance sur le blanchiment d’argent (OBA) – mise en oeuvre des recommandations du GAFI du 11 novembre 2015, p. 11.

Los negociantes también están sujetos a la obligación de comunicación (art. 9, párrafo 1a LBA), pero *solo por sospechas relativas al dinero efectivo* utilizado en una transacción comercial. Si es el bien vendido el que es de origen ilícito, este deber no se aplica. En cuanto a las sospechas, también están más estrictamente definidas para los negociantes en comparación con los intermediarios financieros, ya que conciernen a los arts. 260ter inc. 1 y 305 bis CP-CH, incluso en caso de sospecha de un delito fiscal calificado (art. 9 inc. 1 bis lit. a - c LBA), pero no la financiación del terrorismo²³.

Esta solución fue introducida por las Cámaras Federales al final del proceso legislativo. Ella difiere de la prohibición pura y simple de los pagos en efectivo superiores a 100,000 francos que había propuesto el Consejo Federal. Sometiendo ciertas transacciones en dinero efectivo a la LBA, el legislador suizo se acerca al modelo resultante de la directiva europea de lavado de activos, que se aplica a las “personas que negocian bienes, en la medida en que los pagos se realizan o reciben en efectivo por un importe igual o superior a 10,000 EU”²⁴. Sin embargo, el *monto límite supera* con creces el elegido por nuestros vecinos europeos, y *solo la aceptación de efectivo* es considerada. Como era de esperar, el informe de evaluación simultánea del GAFI ha revelado las deficiencias del derecho suizo, en particular con respecto a la necesidad de medidas para aumentar la transparencia en el campo del comercio de obras de arte (GAFI, REM, 2016, pp. 42, 109, 216 y s.).

23 Se propuso llenar esta laguna en el marco de la sentencia sobre la aprobación e implementación de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 peut 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015, así como sobre el reforzamiento de las normas penales contra el terrorismo y el crimen organizado, para el cual un anteproyecto ha sido sometido en consulta el 21 de junio del 2017, con informe explicativo del mismo día.

24 Art. 2 art. 1 (3) (e) y art. 11 (c), así como el considerando 6 de la Directive 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 peut 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, JO L 141 du 5. 6. 2015, p. 73.

En cuanto al control del respeto de los deberes que incumben a los negociantes, es claramente más ligero que en el sector financiero, ya que en lugar de una vigilancia por parte de la autoridad o un organismo auto-regulador, la ley prevé una verificación simple por parte del órgano de revisión ordinario (art. 15.1 LBA), cuyo informe está destinado al órgano responsable del mismo comerciante. Por lo tanto, se trata de un *autocontrol* y no de una vigilancia, habiéndose especificado que el revisor, sin embargo, está obligado a prevenir de inmediato a la oficina de comunicación (MROS) si constata que el comerciante no cumple con su obligación de comunicar (art. 15.1 LBA).

El comerciante que no designa a un revisor cuando acepta al menos una transacción en efectivo que excede los CHF 100,000 incurre en una multa en virtud del art. 38 LBA y, por lo tanto, comete una infracción sujeta al derecho penal administrativo. Del mismo modo, el art. 37 MLBA, que reprime el incumplimiento intencional o negligente del deber de comunicar, también se aplica a los negociantes, al contrario del art. 305ter CP-CH, cuyo texto claro se limita a los profesionales del sector financiero. Por último, no hace falta decir que los comerciantes pueden ser culpables de lavado de activos en virtud del art. 305 bis CP-CH, precisándose que la LBA ahora les confiere una posición de garante que puede hacer que la omisión sea punible.

Copia del original a solicitud del autor

Copyright del Instituto Pacífico

www.institutopacifico.pe

2.2.2. Las precisiones relativas a la identificación del derechohabiente económico

El art. 305ter inc. 1 CP-CH reprime la violación del deber de cuidado en materia de identificación del derechohabiente económico (titular económico). Parte de la doctrina²⁵, que el Tribunal Federal²⁶

25 Ackermann, 1992, p. 112; Kistler, 1994, p. 195; Schmid, 2002, art. 305ter, n.º 171 y s; Pieth, 2013, art. 305ter, n.º 19; contra: Egger Tanner, 1999, p. 276 y s; Trechsel y Pieth, 2018, art. 305ter pp. 9 y 14.

26 El ATF 138 IV 1 parece considerar que el deber de identificación del co-contratante (apellido, nombre, dirección, fecha de nacimiento y nacionalidad) beneficia también de la protección del art. 305ter inc. 1 CP-CH.

parece seguir, preconiza una interpretación más amplia, comprendiendo la violación de otras obligaciones que incumben al intermediario financiero, invocando la nota marginal del artículo (“Falta de vigilancia en materia de operaciones financieras”). Esta interpretación nos parece errónea con respecto a los elementos constitutivos de la infracción, que solo mencionan la omisión “de verificar la identidad del derechohabiente económico con el cuidado requerido por las circunstancias”. En un campo caracterizado por una densidad normativa sin paralelo, es necesario referirse al significado preciso de la noción de verificación de la identidad del derechohabiente económico, que se deriva del art. 4 LBA y de la CBD.

La revisión legislativa, que entró en vigencia el 1 de enero del 2016, proporciona una serie de detalles sobre la identificación del derechohabiente económico. Así es como el art. 4 LBA establece claramente que siempre es una *persona física* quien debe ser identificada como derechohabiente económico.

Además, la definición del derechohabiente económico de una persona moral que tiene una actividad operacional ha sido adaptada a las exigencias derivadas de las recomendaciones del GAFI (Recommandations 2012 du GAFI, nota interpretativa de la recomendación 10, C, 5 (b)). Según el art. 2a inc. 3 LBA, conviene identificar:

[L]as personas físicas que, en última instancia, controlan a la persona jurídica, por el hecho de tener, directa o indirectamente, solas o en concierto con un tercero, una participación no menor del 25 % del capital o de los votos o de controlarla de alguna otra manera. Si no se puede identificar a estas personas, se debe identificar al miembro de mayor jerarquía del órgano de administración²⁷.

27 Una obligación de anuncio de adquisición de acciones al portador de sociedades no cotizadas en bolsa (art. 697i CO), así que una obligación de anunciar al titular económico de las acciones no cotizadas en bolsa, cuando el límite de 25 % es alcanzado (art. 697j CO). Igualmente, los titulares económicos de las cuotas sociales (*parts*) deberán ser anunciados a las sociedades a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 790a CO).

La obligación de identificar al derechohabiente económico de las personas jurídicas que tienen una actividad operacional es una novedad. Antes de la revisión, solo los derechohabientes económicos de las entidades sin actividad operacional (empresas domiciliadas, *sociétés de domicile*) tenían que ser identificados. Esta obligación subsiste evidentemente, precisándose que todas las personas físicas deben ser identificadas, incluso si poseen menos del 25 % de la entidad. Por el contrario, el intermediario financiero puede renunciar a la búsqueda de personas físicas que controlan a las personas jurídicas cotizadas en la bolsa y las filiales poseídas mayoritariamente por dichas empresas (art. 4.1, segunda frase, LBA).

La interpretación del criterio del 25 % genera controversias doctrinales en el caso de la participación de control indirecto, hipótesis que está claramente considerada en el art. 2a.3 LBA. Cuando una persona jurídica posee al menos el 25 % del capital o de los votos y que ella, a su vez, pertenece a otra entidad jurídica, se debe buscar a la persona natural a quien se le puede atribuir este control, y así sucesivamente, si la detención es aún más indirecta. De acuerdo con el comentario 16 de la CDB, “[las] participaciones poseídas por las empresas intermediarias se imputarán a las personas que finalmente ejerzan el control efectivo de dichas empresas interpuestas (principio de la imputación)”, lo que sería permitido, *en particular*, “cuando una persona física posee más del 50 % de los derechos de voto o del capital de esa empresa” (*Commentaire concernant la Convention Relative à l’obligation de Diligence des Banques*, CDB 16, 17 y s. ad art. 20 y s. CDB 16); igualmente Hawkins, 2017, art. 2a p. 90 y s. La doctrina sugiere otras alternativas para determinar quién tiene el control, preconizando la identificación como derechohabientes económicos a las personas que poseen el 25 % de las personas jurídicas intermediarias en cada nivel (Vischer y Galli, 2016, pp. 481 y 487, por las participaciones indirectas a un nivel) o multiplicando las tasas de participación en los diferentes niveles (Gericke y Kuhn, 2015, p. 849, 855 y s; Vischer y Galli, 2016, p. 487, por las participaciones indirectas a varios niveles) (por ejemplo,

el accionista a 70 % en la sociedad A, la cual posee el 90 % de B, que posee el 40 % de C, se considera que controla C [25,2 %]). La solución sostenida en el comentario de la CDB 16 parece adecuada para definir el control indirecto sobre una sociedad operativa. De hecho, quienquiera que controla más del 50 %, controla la entidad jurídica integralmente, de modo que la integralidad del 25 % de la empresa que posee puede serle imputada. Sin embargo, al igual que la ley, la definición defendida en el comentario de la CDB 16 deja espacio para tener en cuenta otras formas de control reconocibles.

La interpretación de la noción de derechohabiente económico todavía está plagada de incertidumbres, por lo que, tratándose de un elemento constitutivo de una infracción penal (art. 305ter inc. 1 CP-CH), no deja de plantear problemas respecto a la exigencia de precisión derivada del principio de legalidad (art. 1 CP-CH).

2.2.3. El sistema de comunicación de sospechas: ¿Hacia un cambio de paradigma?

En Suiza, el mecanismo previsto en el art. 9 LBA es concebido como un medio para transmitir sospechas concretas a las autoridades de persecución, con el fin de permitir que se inicie un proceso penal sobre la base de hechos razonablemente sólidos y verificados. Antes de la revisión, el intermediario financiero debía bloquear inmediatamente los haberes para no poner en peligro un posible secuestro (depósito en garantía) y el MROS tenía cinco días hábiles para revisar la comunicación y enviarla, si fuera necesario, al fiscal competente.

Desde la revisión, este régimen está reservado, de conformidad con el art. 10.1 bis y 2 LBA, a los casos en que la comunicación se refiere a una persona cuya identidad corresponde a los datos relativos a las actividades terroristas transmitidas por la FINMA, la Comisión Federal de Casas de Juego o un organismo de autorregulación de conformidad con el art. 22a LBA, en el marco de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad.

En los demás casos, el intermediario financiero debe renunciar, a partir de ahora, al bloqueo de los activos en el momento de la comunicación y ejecutar las órdenes del cliente con respecto a los valores patrimoniales comunicados durante la duración del análisis realizado por el MROS (art. 9a LBA). Este último tiene 20 días para decidir (art. 23.5 LBA), y es solo cuando la comunicación se envía a la oficina del fiscal competente que el intermediario financiero debe bloquear los activos durante cinco días, a la espera de una posible orden de secuestro (art. 10.1 LBA). El propósito perseguido al renunciar al bloqueo inmediato es el de no alertar al cliente sobre el hecho de que se ha enviado una comunicación a MROS (Conseil Fédéral, Message, FF 2014a, p. 629, invocando las observaciones del GAFI) y dar a este último más tiempo para su análisis (Conseil Fédéral, Message, FF, 2014a, p. 615).

Además, la revisión ha aproximado en gran medida el régimen aplicable al derecho de comunicación estatuido en el art. 305ter inc. 2 CP-CH al del art. 9 LBA, particularmente en la perspectiva de cómo se regula la cuestión del bloqueo de activos (arts. 9a y 10 LBA), con la diferencia de que no se impone ningún plazo a MROS para informar al intermediario financiero de la continuación que entiende dar a la comunicación (art. 23.6 de la LBA). El nivel de sospecha a la base del derecho de comunicar (“índices fundamentando la sospecha”, art. 305ter. inc. 2 CP-CH) siendo ligeramente inferior a aquel que activa el deber (“sospechas fundadas”, art. 9 LBA), este mecanismo permite la recopilación discreta de informaciones sobre la base de sospechas menos sólidas, sin que sea exigible una reacción de la autoridad dentro de un plazo determinado.

La comparación con los sistemas implementados por otros países muestra que dos filosofías pueden sustentar las comunicaciones: sea que la finalidad consiste en fomentar las comunicaciones verificadas razonablemente, justificando verosímilmente una investigación penal, sea en recopilar el máximo de información que sea posible, aunque sea vaga, para enriquecer una base de datos de la policía mediante la recopilación

de información que algún día podría ser útil en una investigación. Un ejemplo es el Reino Unido, donde el propósito de los “Informes de actividades sospechosas” (*suspicious activity reports*) es fomentar la explotación masiva de datos financieros. El informe del 2015 de la Agencia Nacional contra el Crimen (National Crime Agency) indica que se recibieron 381,882 comunicaciones entre octubre del 2014 y septiembre del 2015 (National Crime Agency, Suspicious activity reports (SAR), Annual Report 2015, p. 6), pero sin proporcionar detalles sobre la tasa de remisión a la justicia penal. En Francia, Tracfin recibió 62,259 informes de transacciones sospechosas en 2016, que dieron lugar a 448 notas enviadas a la autoridad judicial, más 1,441 transmisiones a las autoridades administrativas, lo que representa una tasa de transferencia del 0.7 % (3 %, teniendo en cuenta los informes enviados a las administraciones)²⁸.

En Suiza, la filosofía corresponde al primer enfoque: el número de comunicaciones es menor, pero su contenido parece ser más significativo, lo que explica una tasa de remisión de la justicia penal mucho mayor. Así, el MROS recibió 2,909 comunicaciones en 2016; de los casos ya tratados a fines del 2016 (2,422), el 71,3 % se transmitió al sistema de justicia penal (MROS, Rapport annuel 2016, avril 2017, pp. 8 y 12). Esta tasa está disminuyendo y la del 2016 está muy por debajo de la media de los últimos diez años (79,5 %), pero sigue siendo sustancial (MROS, 2017, p. 12).

Los cambios recientes en el sistema suizo nos parecen ser un paso en la dirección patrocinada por el GAFI, que parece querer promover un mayor número de comunicaciones basadas en sospechas menos precisas. A pesar de este hecho, el GAFI critica en su informe de evaluación simultánea de Suiza de diciembre del 2016 que “los intermediarios financieros se comunican [...] de manera limitada, principalmente ante la

28 Tracfin, *Rapport annuel d'activité*, 2016, p. 8. En el 2016, las declaraciones de sospecha han aumentado en 44 % con relación a 2015, mientras que el número de transmisiones judiciales ha permanecido idéntico.

sospecha fundada” de lavado de activos o de terrorismo” (GAFI, REM Suisse, 2016, p. 101).

La tendencia hacia la recolección masiva de datos “blandos” (*molles*) nos parece objetable con respecto a la protección de la vida privada de las personas implicadas por las comunicaciones. El intermediario financiero, que ocupa una posición de observación incomparable y recopila datos sobre su cliente, incluso antes de que exista una sospecha inicial de una infracción penal que podría permitir al procurador que los solicite, solo debe comunicar las sospechas concretas de lavado de activos, bajo pena de convertir a todos sus clientes en ciudadanos de vidrio.

3. REVISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

3.1. Objetivos perseguidos

El 25 de septiembre del 2015, las Cámaras Federales modificaron las disposiciones de la ley penal sobre corrupción²⁹, vigente desde el 1 de julio del 2016. El tema principal de la revisión³⁰ es la corrupción en el sector privado, que hasta entonces era castigada en virtud de los arts. 4a y 23 LCD (Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale du 19 décembre 1986, RS 241), que permanecieron, sin embargo, casi como letras muertas. La ausencia de condenas por corrupción privada fue señalada por los expertos de GRECO en su informe de evaluación del 2008, en el que se destacaba que la corrupción privada está más extendida en Suiza que la corrupción pública³¹. Estas críticas del GRECO fueron las que dieron el

29 Modificación del Código Penal de 25 setiembre del 2015 (Dispositions pénales incriminant la corruption), RO, 2016, p. 1287; Conseil Fédéral, Message du 30 avril 2014 concernant la modification du Code Pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption), FF, 2014, p. 3433.

30 Los arts. 322quinquies y 322sexies CP-CH han sido igualmente modificados, de modo a expresar claramente que estas infracciones pueden ser cometidas mediante el otorgamiento de una ventaja indebida a un tercero.

31 Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), Premier et Deuxième cycles d'évaluation conjoints, Rapport d'évaluation sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 37e réunion plénière (Strasbourg, 31 mars-4 avril 2008, p. 69).

primer impulso a la nueva revisión legislativa³². En la etapa parlamentaria (para un análisis detallado de los trabajos preparatorios, cfr. Jositsch y Drzalic, 2016, p. 349 [*in toto*]), por el contrario, el caso FIFA (sobre el caso FIFA y la aplicación del art. 4a LCD, cfr. Cassani y May, 2017, p. 351 [*in toto*]; Jositsch y Drzalic, 2016, p. 349 y s; Pieth, 2015 I, p. 135 [*in toto*]) estuvo en primer plano, al punto que la ley resultante de la revisión recibió el título no oficial de *Lex FIFA*.

En el nuevo derecho, las infracciones de corrupción privada activa y pasiva fueron desplazadas al Código Penal (arts. 322octies y 322novies CP-CH). La finalidad de esta inserción sistemática es principalmente hacer que estos delitos, a menudo bagatelizados, se beneficien del *valor simbólico* atribuido al CP-CH, reputado por agrupar las infracciones del núcleo del derecho penal (*Kernstrafrecht*). Además, permite *romper el vínculo con la concurrencia económica* que caracteriza a la LCD y abandonar el *principio de persecución por querrela* del art. 23 LCD.

3.2. La tipicidad de las infracciones reprimiendo la corrupción privada

3.2.1. El agente privado

Los elementos constitutivos solo han sido modificados ligeramente en relación con el art. 4a LCD, introducido en 2005³³. Como antes, la corrupción presupone una relación tripartita entre un corruptor, un corrupto y el “maestro” de este último, que llamaremos “principal” por conveniencia, inspirándonos en la doctrina de habla alemana (*prinzipal*). El corrupto es definido como “un empleado, socio, mandatario o un auxiliar de terceros en el sector privado” (322octies y 322novies CP-

32 Conseil Fédéral, Message FF, 2014, p. 3436 y s; GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation: Rapport d'évaluation sur la Suisse-Incriminations, adopté par le GRECO lors de sa 52e réunion plénière (Strasbourg, 17-21 octobre del 2011), p. 94 (recommandations).

33 Sentencia del TF del 7 de octubre del 2005 relativa a la aprobación y puesta en marcha de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption y del Protocole adicional a dicha convención, en vigencia desde el 1 de julio del 2006, RO, 2006, p. 2371, y Conseil Fédéral, Message correspondiente, FF, 2004, p. 6549.

CH). De acuerdo con el Mensaje del Consejo Federal del 2004, estas nociones deben interpretarse de manera amplia: “así, cualquier persona que colabore con un tercero, al servicio de este último, bajo cualquier título está concernida. Solo cuenta la existencia de un vínculo tripartito, en el que uno de los autores está relacionado con la víctima por una obligación general de lealtad”³⁴.

La corrupción de un agente del sector privado se distingue de la de un “funcionario público”, en el sentido de los arts. 322ter a 322septies CP-CH, que incluye no solo a los funcionarios públicos (ver también el art. 110.3 CP-CH) y empleados de una administración pública, sino también, de acuerdo con la definición material que prevalece en el derecho suizo, a los “particulares que desempeñan funciones públicas” (art. 322decies inc. 2 CP-CH). En la práctica, la distinción puede ser tenue. La jurisprudencia ha calificado como funcionario público a un empleado de la CNA/SUVA encargado de la administración de la cartera inmobiliaria de la caja (ATF 135 IV 198) y a un colaborador de la Caisse d’assurance LPP para empleados del Cantón de Zurich (ATF 141, IV, p. 329), mientras que los empleados del banco cantonal de Graubünden han sido calificados de agentes privados (Sentencia del TF 6B_535/2014 du 5. 1. 2016, consid. 2.2, resumen en SJ 2016 I 214). Las federaciones deportivas, como la FIFA o el CIO, son asociaciones de derecho privado que no realizan tareas públicas en el sentido del art. 322decies inc. 2 CP-CH y no son tampoco organizaciones internacionales en el sentido del art. 322septies CP-CH, de manera que solo entra en consideración la corrupción privada en el caso de un soborno pagado a sus agentes³⁵.

34 Conseil Fédéral, Message, FF, 2004, p. 6576. Los mismos principios han sido retomados en el Conseil Fédéral, Message del 2014a, FF, 2014, p. 3450. En el mismo sentido: Commission de la science, de l’éducation et de la culture du Conseil des Etats, Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport, Rapport du 7 novembre 2012 en réponse au postulat 11.3754 déposé le 28 juin 2011, 33; Frick, 2013, art. 4a p. 18; Gfeller, 2010, p. 111 y s; Hiestand, 2014, p. 83 y s; Jositsch, 2006, pp. 829-832; Pieth, 2013, 677, p. 92; Queloz; Borghi y Cesoni, 2000, p. 351; Spitz, art. 4a UWG, 2010, art. 4a p. 18.

35 Cassani y May, 2017, p. 353 y s; Pieth hubiera preferido se amplie el art. 322septies CP-

3.2.2. La ventaja indebida

Además, la estructura de las infracciones en materia de corrupción privada reproduce la de la corrupción activa y pasiva de los funcionarios públicos (arts. 322ter y 322quater CP-CH). Por lo tanto, es necesario que el corruptor ofrezca, prometa u otorgue —o que el corrupto solicite, se haga prometer o acepte— una ventaja indebida. Esta ventaja puede ser un beneficio de cualquier tipo, material o inmaterial, que mejore la situación del beneficiario (Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 630 y s.).

El art. 322decies inc. 1 CP-CH prevé dos hipótesis en las que el beneficio *no es indebido*: (a) si ha sido acordado por el contrato entre el tercero y su agente y (b) si es de poca importancia y conforme con la práctica social.

La primera hipótesis supone que el derecho a recibir una remuneración de terceros sea acordado entre el agente y su empleador, socio o mandante. Este acuerdo puede ser escrito u oral, o incluso expresado por un acto concluyente (Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 661), comprendido como un comportamiento que expresa claramente el acuerdo del principal (Donatsch y Zuberbühler, 2009, pp. 89 y 94; Hiestand, 2014, p. 102 y s.). En el caso de las retrocesiones pagadas por un banco al gerente de fortunas externo de su cliente, la jurisprudencia de la Corte Civil del Tribunal Federal sostiene que el hecho de que una práctica sea habitual en una rama económica determinada no es suficiente para inferir el consentimiento del principal expresado por un acto concluyente y requiere que la remuneración sea prevista de manera clara y explícita en el contrato que vincula al cliente con su mandatario (ATF 132, III, p. 466 y 469). Estos principios también se aplican a la interpretación de la corrupción privada en el derecho penal (Hiestand, 2014, p. 102).

CH, reprimiendo la corrupción de agentes públicos extranjeros e internacionales, a las organizaciones deportivas internacionales (Pieth, 2011, p. 21; Pieth, 2017, pp. 241-244).

De acuerdo con los principios generales del derecho suizo, el consentimiento del principal debe ser ilustrado y presupone que él haya conocido del principio y el alcance de la ventaja o, al menos, los parámetros según los cuales esta es determinada (Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 661; Hiestand, 2014, p. 102. Cfr. También en materia de retrocesión, l'ATF 137 III 399).

Finalmente, según la doctrina, el acuerdo también puede darse *ex post*, en forma de ratificación (Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 660; Gfeller, 2010, p. 156; Hiestand, 2014, p. 88; 76 y s; Donatsch y Zuberbühler, 2009, p. 99; Jositsch, 2006, p. 835). Esta opinión no nos parece convincente, al menos si admitimos, como lo hacemos, que la corrupción privada no solo protege al principal sino también a terceros, así como a los intereses colectivos (cfr. *supra* 3.3). En general, el art. 322decies inc. 1 lit. a CP-CH concuerda difícilmente con estos objetivos de protección. La incongruencia se acentuaría aún más si se permitiera a un corruptor obtener un beneficio en un proceso de selección e influir en una decisión prometiendo u otorgando un soborno que el corrupto no tiene derecho a recibir, y que esta corrupción consumada pueda devenir atípica *ex post* por una decisión del principal. Si bien es cierto que la jurisprudencia en materia civil admite la validez de la renuncia *ex post* a las remuneraciones recibidas por el agente (ATF 137, III, p. 396), se limita a examinar la cuestión de la relación entre el cliente y su gerente de fortunas y de la posible restitución de retrocesiones ocultas y, por lo tanto, no tiene en cuenta la constelación de múltiples intereses incautados por la infracción de corrupción. En consecuencia, el derecho penal puede ignorar en la definición de comportamiento punible, sin crear una contradicción axiológica dentro del derecho suizo.

La segunda hipótesis en la que la ventaja no es indebida es la de la *adecuación social* de la concesión de ventaja de *mínima importancia*. En general, se acepta que el límite cuantitativo no puede ser fijado de manera absoluta, respecto al art. 172ter CP-CH, pero que debe evaluarse

de acuerdo con todas las circunstancias del caso específico³⁶. Se puede pensar en el envío de una botella de vino de consumo corriente o flores en ocasión de las fiestas de fin de año, o incluso en una invitación a una comida razonable en el contexto de negociaciones contractuales.

3.2.3. El acto u omisión del agente y la relación de conexión

La ventaja debe concederse a los corruptos “por la ejecución u omisión de un acto en relación con su actividad profesional o comercial y que es contrario a sus deberes o depende de su facultad de apreciación”. Es indispensable una *relación de intercambio* entre el beneficio proporcionado o prometido y el comportamiento del agente esperado en contrapartida (“relación de equivalencia”, “informe de conexidad”, *do ut des*); poco importa, al contrario, la cronología del intercambio³⁷.

Como en el derecho anterior y a diferencia del sector público (arts. 322quinquies y 322sexies CP-CH), la concesión y aceptación de un beneficio para el desempeño de los deberes del agente no son incriminados en el sector privado. No obstante, no es necesario que el corrupto viole los deberes que le incumben, basta que tenga un poder de apreciación (discreción), aún si lo utiliza de modo correcto (algunos autores exigen que el margen de maniobra acordado al agente en su decisión sea

36 Balmelli, 1996, p. 230 y s; Frick, 2013, p. 53; Gfeller, 2010, p. 163 y s; Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, pp. 632-662; Hiestand, 2014, p. 90; Jositsch, 2004, p. 338; Jositsch, 2006, p. 836 (invitar una taza de café o regalos pequeños); Mingard, 2010, pp. 197, 206; 209 y s; Blattner, 2017, p. 39-43 y s., preconiza una apreciación concreta en función de la aptitud a influenciar al agente, quien depende de su situación financiera, proponiendo al mismo tiempo un límite absoluto de 150 francos.

37 El abandono de la exigencia de anterioridad fue uno de los puntos cruciales de la revisión del 2000 en materia de corrupción pública, sobre la cual la definición de corrupción privada fue calcada; cfr. le Conseil Fédéral, Message du 19 avril 1999 concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FF 1999 5045 581; de igual opinión: Donatsch; Thommen y Wohlers (n. 23) 659; Hiestand, 2014, p. 94 y s; Queloz y Munyankindi, 2017, art. 322ter pp. 22-33; contra: Frick, 2013, p. 61.

importante; Frick, 2013, p. 57; Jositsch, 2006, p. 836 y s.). Es por lo tanto un delito de peligro.

El acto del corrupto debe estar en relación con su *actividad profesional o comercial*, requisito que excluye la vida privada, la actividad benéfica en la sociedad civil, etc. (Conseil Fédéral, Message, FF, 2014b, p. 3442 y s.). El principal criterio de delimitación propuesto al respecto en el Mensaje es el de la remuneración de la actividad, agregando criterios más vagos, como “la naturaleza de la función ejercida y el alcance de las responsabilidades asumidas o aún la importancia y el funcionamiento de la entidad en cuestión” (Conseil Fédéral, Message, FF, 2014b, p. 3443).

3.2.4. Abandono del vínculo con la competencia económica

La diferencia esencial en la definición legal de corrupción privada en relación con el derecho derogado deriva del cambio del contexto sistemático de la infracción. El propósito de la LCD es “garantizar, en interés de todas las partes involucradas, una competencia leal y que no sea distorsionada” (art. 1 LCD). La corrupción privada fue así definida como un acto desleal “que afecta la relación entre competidores o entre proveedores y clientes” (art. 2 LCD) que intervienen en la competencia económica³⁸. De acuerdo con el Mensaje del Consejo Federal del 2004, el resultado fue una dudosa aplicabilidad en el campo de los deportes, por ejemplo, en el caso de corrupción de funcionarios de la FIFA o el COI por parte de candidatos para la organización de una competencia o evento deportivo (Conseil Fédéral, Message, FF, 2004b, p. 6549. Esta opinión es ratificada en el Conseil Fédéral, Message del 2014a, FF, 2014b, p. 3442 y 3444). La doctrina casi unánime se opuso a esta

38 Conseil Fédéral, Message du 18 peut 1983 à l'appui d'une Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale (LCD), FF, 1983, II, p. 1094; Conseil Fédéral, Message, FF, 2004, p. 6575; Conseil Fédéral, Message, FF, 2014, p. 3443; ATF 120, II, p. 78 y s; ATF, 126, III, p. 201 y s; Cassani, 2005, pp. 671-701; Cassani, 2011, p. 56; Gfeller, 2010, p. 71 y s; Hiestand, 2014, p. 79 y s; Jositsch, 2006, p. 832; Jositsch y Drzalic (n. 100), p. 352; C. Müller, *Die Bestechung gemäss*, art. 4 lit. b UWG, thèse, St-Gall/Bamberg, 1997, p. 92 y s., 109; Pieth (p. 104), n.º 93.

opinión³⁹, sin que pueda excluirse que, sin embargo, tuvo una influencia en la práctica. El desplazamiento de las infracciones de corrupción privada al CP-CH reduce la controversia al eliminar el vínculo con la competencia económica.

3.3. El bien jurídico protegido

La modificación del contexto sistemático y la ruptura con la LCD invitan a un nuevo análisis del bien jurídico protegido por las infracciones en materia de corrupción privada. Estas se clasificaron junto a la corrupción de funcionarios públicos en el título 19 PC, en la segunda mitad de la parte especial, dedicada a la protección de *bienes jurídicos colectivos*, y no en el título 2 de las infracciones contra el patrimonio, que albergó brevemente la competencia desleal (art. 161 del CP-CH de 1937) antes de la adopción de la LCD de 1943. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes, las infracciones de corrupción de funcionarios públicos tienen la finalidad de proteger el carácter regular y objetivo de la actividad pública y la igualdad de los ciudadanos ante el acto administrativo⁴⁰. Además, una parte de la doctrina, de la cual somos parte, sostiene que estas disposiciones también tienen el objetivo de proteger la lealtad en la competencia y los intereses individuales de los concurrentes eliminados cuando el funcionario público corrupto interviene en una relación de competencia, p. ej., en la adjudicación de un contrato público⁴¹.

39 Para una revisión de opiniones doctrinales. Cfr. Cassani y May, 2017, p. 352, n. 5; para una opinión favorable a la interpretación del derecho derogado por el Conseil Fédéral. Cfr. Queloz y Sadik, en *Commentaire romand, Code pénal II*, art. 1–110 CP-CH, Macaluso; Moreillon y Queloz (ed.), *Bâle*, 2017, art. 322octies n.º 3.

40 Conseil Fédéral, Message, FF, 1999, p. 5053 y s; ATF 129, II, p. 466; Balmelli (p. 119), p. 89; 98 y s; Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 622; Frick, 2013, pp. 13 y 19; Gfeller, 2010, p. 84; E. Gnägi, 2007, pp. 83 y 87; Jositsch (p. 119), 302; Pieth, en *Basler Kommentar, Strafrecht II*, § 111-392 CP-DE, M. A. Niggli y H. Wiprächtiger (ed.), 3.^a ed., Bâle; Genève y Munich, Vor Art. 322ter n.º 12 y s; Pieth (p. 104), n.º 18.

41 P. Bernasconi, *Die Bestechung ausländischer Beamten nach schweizerischem Straf- und Rechtshilfe recht zwischen EG-Recht und neuen Antikorruptions-Staatsverträgen*, RPS 1992, p. 383, 415; Cassani, *Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaire, Plaidoyer*, 1997, p. 44; Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 623 (matizado); Pieth,

En el ámbito de la corrupción privada, la doctrina dominante consideró, con respecto a la ley anterior (arts. 4a y 23 de la LCD), que los intereses protegidos eran la integridad de las relaciones contractuales que implicaban un deber de fidelidad⁴², la lealtad en la competencia⁴³ y el patrimonio del principal o de los competidores⁴⁴.

El mensaje del Consejo Federal en apoyo a la revisión resalta el hecho de que

[M]ás allá de los intereses financieros del empleador o del mandante, la corrupción privada también puede dañar los intereses financieros de terceros, así como los intereses públicos, por ejemplo, socavando la salud pública y la seguridad si las actividades comerciales en esta área están contaminadas por la corrupción. De manera más general, la corrupción privada perjudica el buen funcionamiento de la economía y la confianza de los actores económicos en un mercado libre e imparcial (Conseil Fédéral, Message, FF, 2014, p. 3439 y s; cfr. igualmente las tomas de posesión en los debates parlamentarios”. BO CE 2015, p. 368 y s. (Janiak); BO CN, 2015, p. 1357 (Merlini) y 1359 (Sommaruga).

Por lo tanto, las nuevas infracciones, como las derogadas, reprimen los actos que lesionan o ponen en peligro tanto intereses individuales como colectivos. Incluso si la intervención en la competencia económica ya no

2013, Vor art. 322ter n.º 14; *idem*, n.º 19.

42 Conseil Fédéral, Message, FF, 2004, p. 6571 y s; Frick, 2013, n.º 13; Gfeller, 2010, p. 78; Jositsch y Drzalic, p. 352; Müller, 1997, p. 100 y s; Queloz; Borghi y Cesoni, 2000, p. 330; T. F. Rohner y M. A. Kessler, 2016, p. 221, 227; Spitz, 2010, art. 4a n.º 2 et 26.

43 Conseil Fédéral, Message, FF, 1983, II, p. 1069; Conseil Fédéral, Message, FF, 2004, p. 6571 y s; Balmelli, 1996, p. 57; Frick, 2013, n.º 19; Gnägi, 2007, p. 87; Hiestand, 2014, p. 77; Jositsch, 2006, p. 832; Jositsch y Drzalic, 2016, p. 352; Müller, 1997, p. 100 y s; Queloz; Borghi y Cesoni, 2000, p. 330; Spitz, 2010, art. 4a n.º 3 et 27. Contra: Gfeller, 2010, p. 95.

44 Conseil Fédéral, Message, FF, 1983, II, p. 1069 ; Conseil Fédéral, Message, FF, 2004, p. 6571 y s; Frick, 2013, n.º 19; Gnägi, 2007, p. 87; Jositsch, 2006, p. 833; Jositsch y Drzalic, 2016, p. 352; Spitz, 2010, art. 4a n.º 2 y 26. Contra: Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 622.

es indispensable (Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 655), la comunidad está protegida en su confianza en un mercado libre e imparcial y en el correcto funcionamiento de la economía, especialmente, según Roelli (2017, p. 138), cuando las actividades son respaldadas financieramente por la colectividad (2017, p. 138). Además, la *fidelidad debida al empleador, socio o mandante*, o más precisamente, el interés en que el ejercicio objetivo, honesto y leal de las tareas que ha confiado a su agente sigan siendo protegidas (Queloz y Sadik, 2017, art. 322octies N 16; Roelli, 2017, p. 138), que puede o no incluir un aspecto patrimonial. Más delicada es la cuestión de si otros terceros están protegidos por los arts. 322octies y 322novies CP-CH. Contrariamente al caso de la corrupción pública, resulta difícil admitir que la igualdad de oportunidades para terceros ante la decisión profesional o comercial de una entidad o persona privada, o aún la objetividad de la acción privada, puedan ser penalmente protegidas de forma general. Sin embargo, existe un deber de respetar las reglas de lealtad hacia terceros en determinadas circunstancias, particularmente en el área de la competencia económica (en el mismo sentido: Queloz y Sadik, 2017, art. 322octies p. 16) o cuando se ha creado la expectativa de un proceso de selección basado en criterios puramente objetivos. Cuando se viola una obligación de este tipo y un tercero sufre un perjuicio, este debe ser considerado como víctima en el proceso penal y no debe ser renviado a la vía civil en virtud del art. 4a LCD.

Es de admitir al menos, con Gfeller (2010, p. 95), que puede parecer paradójico considerar que los intereses públicos y privados, otros distintos a los del empleador, socio o mandante están protegidos, mientras que este último puede determinar, en su contrato con el agente, lo que es o no es una ventaja “indebida” (art. 322decies inc. 1 lit. a CP-CH, correspondiente al art. 4.a inc. 2 LCD).

3.4. El enjuiciamiento

Según el derecho derogado, la corrupción privada era reprimible mediante querrela (art. 23 inc. 1 LCD). Este requisito fue considerado

como uno de los factores que explican la ausencia de condenas, ya sea porque las empresas afectadas por la corrupción de sus agentes renunciaban a sacar a la luz pública el caso para proteger su propia reputación (Jositsch y Drzalic, 2016, p. 355; Pieth, 2017, p. 241), o porque el plazo para accionar mediante querrela o el plazo para querellar era demasiado breve para permitir el descubrimiento y una decisión de acuerdo con los procedimientos internos de una gran empresa (Blattner, 2015b, pp. 94-95; Roelli, 2017, p. 133 y s.).

El nuevo derecho opta por el principio de procesamiento de oficio, pero con una excepción introducida durante los procedimientos parlamentarios. En un primer momento, el Consejo de Estados decidió, por una mayoría estrecha, renunciar al procesamiento de oficio respecto a la corrupción en el sector privado “si ningún interés público es lesionado o amenazado” (BO CE 2015 372; cfr. Aussi, Jositsch y Drzalic, 2016, p. 354), decisión que provocó la desaprobación del GRECO (GRECO, Troisième Cycle d’Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité intérimaire sur la Suisse, adoptado por el GRECO en su 68e reunión plenaria (Strasbourg, 15-19 junio del 2015, N 10).

Posteriormente, las Cámaras Federales prefirieron seguir una propuesta del consejero nacional Daniel Fässler, al adoptar una cláusula según la cual “en los casos de poca gravedad, el delito solo se persigue por querrela”.

La motivación escrita de la propuesta (BO CN, 2015, p. 1361 y s.), redactada solo en alemán, establece los siguientes criterios para definir los “casos de poca gravedad”:

- la coima no exceda algunos miles de francos (*wenige tausend Franken*), como en la delimitación del caso de muy poca gravedad en referente a la falsificación de moneda, art. 240 inc. 2 CP-CH⁴⁵;

45 Blattner, 2017, p. 43, propone menos de 5,000 francos. La analogía con el art. 240.2 CP-CH es dudosa, pues esta última disposición se refiere a los casos de “poca gravedad”, y la

- la seguridad y la salud de terceros no sean afectadas;
- el acto no sea cometido en varias ocasiones, ni en banda (*keine mehrfache, wiederholte oder bandenmässige Tatbegehung*);
- y no se ha cometido ninguna falsificación de valores en relación con la corrupción.

Estos criterios, aunque no están previstos en el texto legal, parecen haber ganado el apoyo de los parlamentarios (Jositsch y Drzalic, 2016, p. 355). Basta con que solo uno de ellos se realice para que la infracción ya no sea considerada de poca gravedad. Por lo tanto, la corrupción comercial de magnitud modesta, que involucra la participación de varias personas o una contabilidad falsa, siempre debe ser perseguida de oficio. En su tercer Informe Intermedio de Conformidad del 2016, el GRECO (Dans les même sens, Blattner, 2015a, 40, n. b. p. 6) parece satisfacerse con la solución adoptada, observando que:

[A]unque puede parecer sorprendente que una suma delictuosa de unos pocos miles de francos sea reputada no considerable, conviene recordar que esto debe evaluarse teniendo en cuenta las realidades económicas de Suiza, donde el salario medio es mucho más alto que en muchos Estados miembros”. (GRECO, Troisième Cycle d’Evaluation: Troisième Rapport de Conformité intérimaire sur la Suisse, adoptado por el GRECO en su 72e reunión plenaria (Strasbourg, 27 junio-1 de julio del 2016, p.14).

Sin embargo, estos criterios son ambiguos (para un análisis crítico detallado de estos criterios, cfr. Blattner, 2015a, p. 41 y s.) y difíciles de comprender, especialmente al inicio de una investigación, cuando el fiscal debe determinar si el delito se procesa de oficio o solo por querrela. En

jurisprudencia no tiene solo en cuenta el monto, sino también la calidad de la falsificación (ATF 133, IV, p. 259; 6B_392/2007 du 5. 10. 2007, consid. 2.2; ATF, 119, IV, p. 159). Además, la función de la cláusula difiere notablemente del inc. 2 de los arts. 322septies y 322octies CP-CH, ya que el art. 240.2 CP-CH es un caso atenuado de fabricación de falsa moneda, reprimiendo como delito perseguido de oficio una infracción cuyo caso ordinario es un crimen muy severamente sancionado.

la práctica, puede dar mucho que hacer la gradación sutil entre los casos no punibles, en los cuales “beneficios de mínima importancia que son conformes con la práctica social” (art. 322decies inc. 1 lit. b CP-CH) se otorgan al agente privado (cfr. *supra* 3.2), los “casos de poca gravedad” punibles, pero sujeto a la querrela, y aquellos en los que “la culpabilidad del autor y las consecuencias de su acto son poco importantes”, que llevan a la autoridad a renunciar a la persecución o a la pena en virtud del art. 52 CP-CH (Blattner, 2015a, p. 44, estima que el art. 52 CP-CH supone que la ventaja no supere 500 francos).

Al contrario, ningún esfuerzo de la práctica permitirá superar la incongruencia de clasificar una infracción en aquellas contra los bienes jurídicos colectivos y, al mismo tiempo, someter su persecución a la libre disposición de un individuo. De acuerdo con los principios derivados del art. 30 CP-CH, más restrictivo que el art. 23.2 LCD, la querrela incumbe al titular del bien jurídico individual protegido por la infracción. Como se indicó anteriormente (cfr. *supra* 3.3), puede tratarse del principal o de un tercero lesionado en sus intereses protegidos (igualmente, en pro del derecho de querrela del tercero excluido: Queloz y Sadik, 2017, art. 322octies p. 10).

3.5. La ambivalencia del legislador suizo ante la corrupción privada

El objetivo de la revisión fue poner fin a la tolerancia de facto de la corrupción privada, expresando inequívocamente que es condenable. Sin embargo, el sistema instaurado solo cumple parcialmente las expectativas.

Sobre los activos de la revisión, se puede mencionar que la inserción en el Código Penal y la introducción de la persecución de oficio parecen haber tenido cierto impacto en la *percepción por parte de los actores económicos del riesgo criminal relacionado a estas prácticas* (Roelli, 2017, p. 136). Por ejemplo, la revisión ha suscitado preocupaciones entre algunos bancos que han suscrito acuerdos con introductores de negocios (*appor-*

teurs d'affaires), algunos de los cuales, como los abogados, actúan como mandatarios del cliente. Típicamente, una remuneración no revelada al cliente es otorgada a su mandatario a cambio de la apertura de la cuenta a nombre del cliente o de una sociedad de domicilio constituida por este último, cuyo mandatario también puede ser un órgano. La infracción de corrupción privada es considerada no solo si el proveedor (*l'apporteur*) no elige el banco que ofrece las mejores condiciones para su cliente, sino también si, como es probable, tiene un poder de apreciación en la institución que él elige recomendar. Esta práctica ya era punible según los arts. 4a y 23 LCD, además de violar las obligaciones deontológicas del abogado, pero el riesgo de ser deferido ante los tribunales penales era percibido como débil. El principio de enjuiciamiento de oficio en la nueva ley socava esta certeza, incluso si no garantiza que estos pagos ocultos sean realmente denunciados.

La cuestión de la percepción de las empresas sobre el riesgo penal es tanto más importante que la corrupción *activa* de agentes privados y es sometida al *régimen de responsabilidad directa de la empresa* (art. 102 inc. 2 CP-CH). Este mecanismo alienta a las empresas a desarrollar programas de cumplimiento de la ley y de prevención (*Compliance*), para poderse proteger cuando se cometa un delito dentro de ellas, invocando las medidas implementadas. La corrupción pasiva, en cuanto a ella, está sujeta al *régimen subsidiario* del art. 102 inc. 1 CP-CH, que no tiene el mismo efecto preventivo, ya que es suficiente que la persona física infractora pueda ser identificada para que la empresa escape a toda responsabilidad penal. La reciente revisión podría haber brindado la oportunidad de reconsiderar esta cuestión, aprovechando los escándalos en el dominio del deporte, que ilustran perfectamente el hecho de que la cultura de una entidad que favorece la corrupción pasiva de sus agentes es capaz de perjudicar importantes intereses públicos y privados (en el mismo sentido, Blattner, 2015a, 40, n. b. p. 5).

Además de esta oportunidad perdida, se debe considerar como pasivo de la revisión el hecho que refleja, de manera general, una cierta

ambivalencia del legislador suizo en cuanto a la gravedad de la corrupción privada, que se ha expresado en los titubeos, ya mencionados, en materia de persecución o por el hecho que la infracción sigue siendo un mero delito. Así, los activos obtenidos no son susceptibles de lavado de activos, al contrario de lo que el GRECO recomienda respecto a los casos graves (GRECO 2008, p. 104). De esto se deduce que los deberes de aclaración y comunicación conforme a la LBA no se aplican —salvo si la corrupción está acompañada por un crimen, por ejemplo, gestión desleal agravada, o un delito fiscal calificado—.

La renuncia a calificar la infracción como crimen parece particularmente criticable tratándose de la corrupción de las personas ejerciendo funciones directivas en las federaciones deportivas internacionales. No es justificable que la corrupción de un ejecutivo de la FIFA o del COI sea siempre considerada como un delito, incluso cuando las cuestiones económicas son importantes, mientras que la manipulación de una persona ejerciendo una función en el marco de una competencia en la que se realizan apuestas es reprimida como un crimen, en los casos graves de acuerdo con el art. 25a de la Ley sobre el Fomento del Deporte que las Cámaras Federales han aprobado el 29 de septiembre del 2017 (*Loi Fédérale sur Les Jeux D'argent*, LJAr, du 29 septembre 2017, FF 2017 5891, ch. 3 FF 2017 5934).

Además, la última revisión de la LBA extiende la noción de “PEP” a las personas encargadas de funciones de dirigentes en las federaciones deportivas internacionales (art. 2^a.1 lit. c LBA) y considera que representan un mayor riesgo en relación con otro factor de riesgo (art. 6.4 LBA). Así, el sistema resulta *deficiente*: estos clientes son particularmente peligrosos y deben ser objeto de una mayor vigilancia, pero si el intermediario financiero descubre que el dinero que posee es el resultado de la corrupción privada, no tiene el deber ni el derecho de comunicar sus sospechas.

De esta manera, el derecho suizo se priva así, respecto a la corrupción de un agente privado, de un mecanismo de detección que ha demostrado

su valía en el caso de la corrupción de funcionarios públicos. También renuncia a medios procesales indispensables, como el *control de la correspondencia por correo y telecomunicaciones* (art. 269.2 CPP-CH) y las *investigaciones secretas* (art. 286.2 CPP-CH), que pueden ser ordenadas en caso de sospecha de corrupción de funcionario público, pero no de agente privado. Estas diferencias en el tratamiento no están justificadas, tratándose de infracciones implicando el mismo *modus operandi* y planteando los mismos desafíos a los investigadores.

Tampoco regula de manera satisfactoria la cuestión de la protección de los informantes (*whistleblowers*) (Jositsch y Drzalic, 2016, p. 356 y s; Donatsch; Thommen y Wohlers, 2017, p. 621 y s.), habiendo las Cámaras Federales remitido el último proyecto de revisión⁴⁶ al Consejo Federal, para que lo simplifique (BO 2015 N 664; BO 2015 E 784).

4. CONCLUSIÓN (Y NO FIN)

Los procesos de revisión descritos, anteriormente, no ponen fin a la evolución del derecho en materia de lavado de activos y de la corrupción.

En el ámbito de la lucha contra el lavado de activos, la elaboración de las normas bajo los auspicios del GAFI es un *perpetuum mobile* que induce cambios en flujo casi continuo. El cuarto informe de evaluación simultánea de Suiza realizado por los expertos del GAFI (GAFI, REM Suisse 2016, p. 5) es objeto de un proceso de seguimiento en el que Suiza deberá presentar su primer informe en febrero del 2018. En su reunión del 28 de junio del 2017, el Consejo Federal ha fijado las directrices para el trabajo de seguimiento y encargado al DFF elaborar un anteproyecto de revisión del derecho suizo antes del final del 2017 (Communiqué du Conseil Fédéral du 28 juin 2016. Este término ha sido postergado a junio 2018). Además, el 4 septiembre 2017, la FINMA abrió una audiencia sobre un proyecto de revisión parcial de la OBA-FINMA (*Projet*

46 Conseil Fédéral, Message du 20 novembre 2013 sur la révision partielle du Code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF, 2013, p. 8547.

d'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) et rapport explicatif du 4 septembre 2017), destinado en particular al fortalecimiento de las obligaciones en materia de gestión general de riesgos y de diligencia al contacto con los clientes, particularmente en el área de riesgos relacionados con estructuras complejas y empresas de domicilio y de identificación del derechohabiente económico (*l'ayant droit économique*). Esta revisión conllevará la necesidad de adaptar la CDB y los reglamentos de los organismos de autorregulación. Finalmente, la revisión del derecho suizo con el fin de ratificar la Convención sobre la prevención del terrorismo y de su Protocolo adicional concierne no solo a la represión de las organizaciones criminales y terroristas, sino también a la LBA (Avant-projet, ver n. 42).

La producción normativa, en el área de la corrupción, sigue un ritmo algo menos constante, pero al menos regular, de la cual las evaluaciones dirigidas por GRECO y la OCDE constituyen la principal fuerza impulsora. En este ámbito, las críticas más frecuentemente expresadas a Suiza se refieren a la ausencia de transparencia de la financiación de los partidos políticos⁴⁷, cuestión central para la integridad de la vida pública, pero sobre la cual las autoridades suizas, invocando las peculiaridades de nuestro sistema político, parecen no estar dispuestas a actuar.

Sea como fuere la política criminal suiza en asuntos económicos y financieros está influenciada en gran medida por las normas internacionales. Este es un hecho ineludible y un contrapeso apreciable a la considerable influencia ejercida por los propios círculos económicos y financieros en la elaboración de las leyes que rigen su campo de actividad.

Los procesos legislativos mencionados anteriormente muestran que la integración de este derecho internacional en la esfera normativa suiza no siempre es fácil. Sería deseable que la transposición no se limitara a

47 Cfr. le Troisième Cycle d'Evaluation du GRECO, 2016, en el que esta cuestión fue materia de los informes de control muy severos, 16-32 y Quatrième Rapport de Conformité intérimaire sur la Suisse, adoptado por el GRECO en su 76ª reunión plenaria (Estrasburgo, 19-23 de junio del 2017).

un ejercicio puramente técnico, acompañado de reflexiones estratégicas sobre lo que puede o no ser “aprobado” (*passer*) a los ojos de expertos internacionales, sino que se debe aprovechar la oportunidad para reflexionar en profundidad sobre la elaboración de soluciones legales coherentes.



Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutopacifico.pe