

LA TIPIFICACION DEL LAVADO DE DINERO EN LATINOAMÉRICA: MODELOS, PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS

DR. VICTOR PRADO SALDARRIAGA
Catedrático de Derecho Penal
Vocal Superior Titular de Lima
Presidente del Grupo de Expertos para el
Control del Lavado de Dinero de la CICAD-OEA

I. EVOLUCIÓN

Hasta 1984, la preocupación de las Naciones Unidas por la criminalización del lavado de dinero era aun de carácter secundario. Es así, por ejemplo, que en el documento sobre “Estrategias y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas” de 1982, la ONU al debatir las alternativas para la reducción del tráfico ilícito de drogas, se limitaba a sugerir como política complementaria: **“Identificar transacciones financieras vinculadas al tráfico ilícito de drogas y disponer que las sentencias garanticen la pérdida, por los traficantes, de cualquier beneficio que hubieren obtenido. Se deberán examinar otras medidas posibles para privar a los infractores del producto de sus delitos**”

“ Esto es, por aquel entonces, se asume únicamente como necesidad táctica la detección y congelamiento de los activos derivados del narcotráfico, pero todavía no se decide calificar el manejo y transformación de los mismos en conducta punible específica. De allí que las diferentes reuniones de expertos en políticas internacionales contra el narcotráfico, que tienen lugar entre Octubre de 1983 y Noviembre de 1984, se circunscriban también a proponer solamente medidas de fiscalización y decomiso. Es más, al surgir en Diciembre de 1984 la iniciativa de elaboración de una nueva Convención ONU para la represión del tráfico ilícito de drogas, a través de la Resolución 39/141 de la Asamblea General, la Comisión de Estupefacientes en 1985 hizo público un primer **Proyecto de Convención contra el Narcotráfico**”, el cual no considera entre las conductas criminalizables al lavado de dinero.

Sin embargo, un año después, ya en junio de 1986, al publicarse un nuevo **“Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”**, la **Comisión de Estupefacientes de la ONU propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un delito autónomo**. En tal sentido, el artículo 2 de dicho proyecto precisaba que las Partes deberán adoptar las medidas necesarias para definir como delitos graves en su legislación penal: **“c) La adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado del tráfico ilícito o utilizado en ese tráfico”**.

A partir, pues, de esta decisión, el lavado de dinero comienza a ser evaluado como una conducta que puede posibilitar mejores opciones para el control del narcotráfico. Razón por la cual el **“Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras en Materia de Fiscalización del Uso Indevido en Materia de Drogas”**, aprobado 1987 por las Naciones Unidas, consideró como uno de sus objetivos esenciales, la adecuación de las normas penales para una mayor eficacia, y dentro de las “medidas sugeridas” a cada Estado proponga la necesidad de definir como delito: **“La adquisición, posesión temporal, transferencia o blanqueo del producto o los instrumentos derivados del tráfico ilícito utilizados en ese tráfico”**. Asimismo, dicho documento estratégico definió de modo detallado un importante conjunto de medidas destinadas a la prevención y detección de los actos de lavado de dinero. Para lo cual se recomendaban, entre otras medidas, las siguientes:

“Las asociaciones bancarias, las sociedades de inversión y otras instituciones análogas deben elaborar códigos de conducta por los que sus propios miembros se comprometan a ayudar a las autoridades a detectar las ganancias derivadas de las actividades del tráfico ilícito. Con sujeción al respeto de los principios fundamentales de la legislación nacional, en la legislación podrían preverse multas u otras penas para el personal o los directores de esas empresas que hayan participado –o facilitado– con conocimiento de causa en planes para ocultar información relativa a tales transacciones.

Con sujeción a las limitaciones que imponga el sistema constitucional, jurídico y administrativo, el ministerio competente tal vez desee efectuar o encargar una investigación sobre los niveles de ingreso de las personas de quienes se sospecha que han servido de canales de suministro, a fin de detectar las fuentes de oferta ilícita de drogas y reducirla. Conviene orientar a los investigadores para que busquen pruebas en los registros de las autoridades fiscales, de los órganos encargados de conceder licencias para vehículos automotores, en el catastro de la inmobiliaria y el registro público de empresas, así como en cualquier registro estadístico o financiero accesible que puede revelar desequilibrio entre el ingreso declarado y un nivel de gastos ostentoso.

Gran parte de estas sugerencias fueron, luego, asimiladas por la “**Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas**”, que se aprobó en el marco de la Conferencia ONU celebrada en Viena entre el 25 de noviembre al 20 de diciembre del 1988.

La Convención de Viena avala, pues, la alternativa criminalizadora del lavado de dinero como medida efectiva para agotar la operatividad del narcotráfico, a través e la detección e intervención de sus bienes y capitales, lo que traería consigo la inmovilización económica y financiera de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito. En consecuencia, la Convención en los incisos b y c del artículo 3 obliga a las Partes a tipificar los siguientes delitos:

- 1. La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados como tráfico ilícito de drogas por el inciso a del artículo tercero de la Convención, o de un acto de participación en dicho delito, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones**
- 2. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados como tráfico ilícito de drogas, o de actos de participación en dicho delito.**
- 3. La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados como tráfico ilícito de drogas o de un acto de participación en tal delito.**

Como bien apunta Díez Ripollés la Convención de Viena consagra, pues, al lavado de dinero, como un delito independiente y asimilable a través de sus formas de realización a una **variedad singular de receptación**”(José Luis Díez Ripollés. Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Ed. Tecnos. Madrid, 1989, p. 18). De otro lado, la amplitud de conductas susceptibles de considerarse derivadas o conexas con los ingresos del tráfico ilícito de drogas permitirían, como sostiene Saavedra Rojas, que en lo sucesivo “**el dinero proveniente del narcotráfico que se invierta en una industria o en un comercio lícito, los bienes derivados de la actividad ilícita y como tales deben ser entendidos como producto y de acuerdo a lo pactado internacionalmente, serían susceptibles de ser decomisados.**” (Edgar Saavedra Rojas. La Política Criminal del Narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988. Conferencia. Abril 1989. Transcripción, p. 28).

II. LA INCORPORACION DEL LAVADO DE DINERO AL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO

La incorporación de los actos de lavado de dinero en el Derecho Penal interno de los países latinoamericanos fue el resultado de un proceso paulatino y que se originó a partir de 1989. Como ya se mencionó entre las obligaciones contraídas por los Estados que suscribieron la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, figuraba,

con carácter preeminente, la criminalización específica de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de los bienes y capitales que se hubieran originado o derivado de la realización de operaciones de narcotráfico. Debido a ello los países de I Región comenzaron a ensayar modelos de tipificación de tales ilícitos.

Los primeros países que introdujeron en su legislación un tipo penal sobre lavado de dinero fueron Argentina (1989) y Ecuador (1990). Luego en la primera mitad de la década del 90 lo hicieron otros países Perú (1991), Chile (1993) y Colombia (1995). Los demás países del hemisferio, en cambio, recién legislan sobre el delito que nos ocupa en las postrimerías del siglo pasado. Ese fue el caso entre otros de México (1996), Bolivia (1997), Brasil (1998), , Cuba (1999) y Uruguay (1998).

A la fecha, pues, la experiencia legislativa latinoamericana es, por tanto, menos rica en desarrollos y problemas aplicativos que la que ya se ha adquirido en los Estados Unidos de Norteamérica donde los precedentes legislativos se remontan a 1956, aunque el delito de lavado de dinero recién es reprimido como tal en 1986, a través de la Ley de Control al Lavado de dinero (Money Laundering Control Act of 1996). Ahora bien, los únicos antecedentes latinos de tipificación y sanción de del lavado de dinero, anteriores a la Convención de Viena, los encontramos en el Código Federal de México y en la Ley 23 panameña de 1986.

III. MODALIDADES DE TIPIFICACION

El **primer modelo** de tipificación de los actos de lavado de dinero que se detecta en la Región, recoge la influencia de las propuestas de la Convención de Viena. Por esa razón los tipos penales que se elaboran sólo relacionan tales actos con los bienes y capitales producidos por el tráfico ilícito de drogas. Cabe destacar, también, que en esta etapa se hace frecuente incluir los tipos penales sobre lavado de activos en leyes especiales o complementarias, pero fuera de los Códigos Penales.

Asimismo, en esta primera etapa, el contenido de las hipótesis típicas solo se relacionan con actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia. Los ilícitos se construyen exclusivamente como delitos dolosos, aunque se admite en algunas legislaciones, como la argentina y peruana, el dolo eventual.

La **segunda modalidad** de tipificación que hemos observado se desarrolla en Latinoamérica, corresponde a una etapa posterior al Reglamento Modelo de la CICAD-OEA. Se caracteriza por promover la apertura de los alcances de la tipicidad penal de los actos de lavado hacia el producto de otros delitos graves distintos al tráfico ilícito de drogas. En este período la tendencia predominante busca incluir el delito de activos dentro de los Códigos Penales y fuera de la influencia directa de los delitos de narcotráfico.

Una **tercera modalidad** de tipificación que hemos encontrado es más reciente y busca asimilar los actos de lavado a las formas de receptación patrimonial o encubrimiento real. También, en esta fase se van a incorporar nuevas hipótesis delictivas autónomas, para sancionar los actos de “**omisión de reporte de transacciones financieras sospechosas**”. Es de mencionar que a diferencia de lo ocurrido en Europa, los legisladores latinoamericanos no se deciden a criminalizar actos de lavado culposos. Es más, la voluntad legislativa que al respecto desarrolló la reforma argentina del 2000 fue rápidamente neutralizada al dejarse sin efecto tal posibilidad.

En cuanto a la **ubicación sistemática de los delitos de lavado**, éstos han transitado desde una dependencia absoluta al sistema del tráfico ilícito de drogas hasta ubicarse últimamente como sistema delictivo autónomo o vinculado a los delitos contra la administración de justicia como ha ocurrido en Colombia y Uruguay.

Sin embargo, es la penalidad que se ha conminado para tales delitos, la que expresa en nuestra Región, con mayor nitidez, la evolución paulatina y dispersa del proceso de criminalización primaria del lavado de dinero. En este nivel algunos países exageraron la punición de tales actos, al extremo que en

Perú los actos de lavado que se realizan a través del sistema de intermediación financiera, son sancionados con “Cadena Perpetua”, mientras que en Ecuador no alcanzan una penalidad superior a 12 años de reclusión, en tanto que en Venezuela tales actos podrían ser reprimidos con penas de hasta 25 años de prisión.

IV. PROBLEMAS PRACTICOS DE LA TIPIFICACION

Ahora bien, la actual configuración típica del lavado de dinero en sus diferentes modalidades ha generado varios problemas al momento de su interpretación judicial. En lo esencial, el problema mayor se ha materializado en la exigencia probatoria que deriva de vincular los actos de lavado con el producto de un delito concreto. Esto es, la dependencia probatoria de los actos de lavado de la prueba, a su vez, del delito del cual proceden los capitales lavados. Con esta actitud judicial, la pretendida autonomía normativa y dogmática del delito de lavado de dinero, ha sido considerablemente relativizada. Es más, un desarrollo jurisprudencial minoritario ha planteado incluso la necesidad de una condena por el delito fuente para poder condenar luego por lavado.

Esta dificultad sin embargo, no obedece exclusivamente a una actitud formalista o reaccionaria de las instancias jurisprudenciales, y tampoco podría afirmarse categóricamente que esa línea de interpretación, responde a un atávico interés del órgano jurisdiccional por desconocer la pertinencia y validez de la prueba indiciaria en la investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos.

Ni lo uno ni lo otro. La exigencia judicial y que anula la independencia probatoria de los actos de lavado es consecuencia de la técnica legislativa empleada para tipificar el delito. Efectivamente, ha sido el legislador quien en la redacción de los elementos objetivos del tipo ha “ligado” la procedencia de los bienes lavados con un delito previo que los ha generado de modo original o derivado.

Veamos al respecto algunos ejemplos:

MODELO I

*“El que intervienen en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión **de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas,** siempre que el agente hubiere conocido ese origen o lo hubiere sospechado” (Código Penal Peruano, Art. 296 A).*

MODELO II

*“Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo **dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado,** con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos(S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí” (Código Penal Argentino, Art. 278).*

MODELO III

*“El que convierta o transfiera **bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos** será castigados con pena de 20 meses de prisión a diez años de penitenciaría” (Decreto Ley, 14294 del Uruguay, Art. 54).*

MODELO IV

“Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movilización, o propiedad de bienes, derecho o valores provenientes directa o indirectamente de crímenes :

- I. *De tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines.*
- II. *De terrorismo*
- III. *De contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción.*
- IV. *De extorsión mediante secuestro.*
- V. *Contra la administración pública, inclusive con exigencia, para sí o para otro, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la práctica o la omisión de actos administrativos.*
- VI. *Contra el sistema financiera nacional.*
- VII. *Practicado por organización criminal.*

Penas: Reclusión de tres a diez años y multa.” (Ley No. 9613 Brasileña, Art. I).

En todos estos textos legales no queda duda que procesalmente parte del *thema probandum* es la **fuerza delictiva del delito**. Y no como mero conocimiento sino como **componente objetivo** de la conducta.

Cabe anotar que esta técnica legislativa no sólo se ha presentado en los momentos iniciales de la criminalización del lavado de dinero en el derecho latinoamericano, lo cual, tal vez podría explicarse por la inexperiencia del legislador, que, las mas de las veces, se limitó a reproducir el modelo estatuido por la Convención de Viena o la versión original del Reglamento Modelo de 1992. No, en la actualidad los nuevos tipos penales que se vienen elaborando en la Región siguen reproduciéndola. Ello se aprecia, por ejemplo, en el artículo 323 del Código Penal de Colombia del 2000 y en la Ley 17,343 de Uruguay de junio del 2001 **“Lavado de Activos, el que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientosj (500) a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”** (Ley 599 del 2000 de Colombia, Artículo 323).

“Los delitos tipificados en los artículos 54 y 57 de la presente ley se aplicaran también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: Terrorismo; contrabando superior a US\$ 20,000 (Veinte Mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos, medicamentos, tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos” (Ley 17,343 del Uruguay, Artículo Unico).

El costo de este deficiente técnica legislativa es un escaso número de condenas por actos de lavado de activo.

V. HACIA UN NUEVO MODELO DE TIPIFICACION DEL LAVADO DE DINERO.

De inicio debemos destacar que la autonomía del delito de lavado de dinero no es un problema exclusivamente dogmático, político-criminal o sistemático. Es ante todo un problema de técnica

legislativa y de eficacia procesal. Esto es, esta vinculado con la descripción típica que se haga del delito y con las facilidades que tal tipificación ofrezca a la investigación y prueba judicial del hecho punible. Hay que recordar, además, que el Principio de Legalidad penal y la Presunción de Inocencia Procesal no pueden ser soslayados para superar las deficiencias de la tipificación actual.

Con relación a lo primero no cabe duda que la técnica de tipificación actual debe ser sustituida por otra que no vincule materialmente al bien objeto de acción del delito con una procedencia delictiva determinada. Y con referencia a lo segundo no cabe duda que la construcción de la prueba indiciaria debe referirse al conocimiento de la ilicitud de la procedencia del recurso y no a la procedencia en sí. Esto es, que el agente conozca que el bien no tiene explicación legal y no que conozca cual es la fuente de esa ilegalidad. Es más fácil ubicar indicios contingentes de lo primero que de lo segundo. Ello se ha desarrollado de alguna manera en México.

“Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días-multa al que por sí o por interposita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: Adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, de en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que procede o representa el producto de una actividad ilícita, con algunos de los siguientes propósitos: Ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes o alentar alguna actividad ilícita” (Código Penal Mejicano, Art. 400 BIS). Aunque el párrafo 6º de dicho dispositivo vuelve a vincular a los bienes como procedentes de un delito.

Para superar las dificultades mencionadas nosotros sugerimos una nueva estructura de tipificación y que gira en base a lo siguiente:

- a) Identificar las conductas típicas de modo genérico evitando el casuismo.
- b) Eliminar de la descripción típica toda referencia a un hecho punible previo y específico.
- c) Vincular el origen ilícito de los bienes objeto del delito únicamente con la tipicidad subjetiva. Esto es con el dolo o con elementos subjetivos especiales.
- d) Ubicar sistemáticamente el delito de lavado como un título especial autónomo.

En un plano procesal la construcción de una tipificación que observe tales requerimientos, debe estar fortalecida por una actitud jurisdiccional de búsqueda de la prueba indiciaria en función de las exigencias del tipo subjetivo (conocimiento de la ilicitud de los bienes y capitales).

Por consiguiente, pues, y para concluir proponemos el siguiente modelo de tipificación. El cual presentamos como alternativas de modificación al Reglamento Modelo de la CICAD-OEA.

Es de señalar que este esquema en una primera elaboración que ya fue sustentado en la **XIV Reunión del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos de la CICAD-OEA realizada en Lima el pasado mes de julio**. Esta propuesta, por lo demás, ha quedado como tema de discusión para la agenda de la próxima reunión del Grupo de Expertos que tendrá lugar el año 2000 en la ciudad de México.

El texto que sugerimos es el siguiente:

“Artículo 2. Delitos de Lavado

- 1) *Comete delito penal, la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito.*
- 2) *Comete delito penal, la persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito.*
- 3) *Comete delito penal, la persona que oculte o disimule la procedencia de bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito.*
- 4) *El conocimiento, la intención o finalidad requeridos como elemento subjetivos de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.”*