

EL LAVADO DE DINERO EN EL SIGLO XXI UNA VISIÓN DESDE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, LA DOCTRINA Y LAS LEYES EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA

GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ
MAYDA GOITE PIERRE
ARNEL MEDINA CUENCA
LÁZARO GAMBINO ESPINOZA
LIZBETH GARCÍA MONTOYA
(COORDINADORES)

DERECHO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
UNIJURIS

EL LAVADO DE DINERO EN EL SIGLO XXI

EL LAVADO DE DINERO EN EL SIGLO XXI
UNA VISIÓN DESDE LOS INSTRUMENTOS
JURÍDICOS INTERNACIONALES
LA DOCTRINA Y LAS LEYES
EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA

Gonzalo Armienta Hernández
Mayra Goite Pierre
Arnel Medina Cuenca
Lázaro Gambino Espinoza
Lizbeth García Montoya
(coordinadores)



EDITORIAL
UNIJURIS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
UNIJURIS
MÉXICO, 2015

Primera edición: noviembre de 2015

D.R. © Los autores, por los textos

D.R. © UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA

Ángel Flores s/n, colonia Centro, Culiacán, 80000 (Sinaloa)

DIRECCIÓN DE EDITORIAL

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

ISBN (UAS): 978-607-737-097-0

ISBN (UNIJURIS) 978-959-7219-21-7

Impreso y hecho en México

Contenido

| | |
|--------------------|----|
| PRÓLOGO | 13 |
| INTRODUCCIÓN | 17 |

I. El delito de lavado de activos: necesario análisis desde una dimensión plural

Mayda Goite Pierre
Arnel Medina Cuenca

| | |
|---|----|
| 1. Generalidades | 21 |
| 2. Apuntes para describir un origen y la influencia de la comunidad internacional | 25 |
| 3. El lavado de dinero y la organización criminal | 29 |
| 4. Razones dogmáticas o de política criminal | 31 |
| 5. El bien jurídico protegido | 33 |
| 6. Estructura de la figura delictiva | 38 |
| 6.1. El tipo penal | 38 |
| 6.2. El sujeto activo | 39 |
| 6.3. Tipo subjetivo | 40 |
| 7. La polémica acerca del delito previo o precedente | 40 |
| 7.1. Sanciones accesorias | 43 |
| 8. Problemas concursales | 44 |
| 9. La responsabilidad de las personas jurídicas: la dogmática penal frente a los retos de nuevas formas de criminalidad | 46 |

| | |
|--|----|
| 10. El Grupo de Acción Financiera (GAFI) sobre el lavado de activos o Financial Action Task (FATF) on Money Laundering | 48 |
| 10.1. Los grupos regionales | 57 |
| 11. Conclusiones | 59 |

II. El lavado de dinero y la fe pública notarial

Gonzalo Armienta Hernández

| | |
|---|----|
| I. Introducción | 69 |
| 1. Definición de lavado de dinero | 69 |
| 2. El delito de lavado de dinero | 72 |
| 3. El bien jurídico protegido | 73 |
| 4. La delincuencia organizada y el lavado de dinero | 76 |
| 5. La fe pública y el delito de lavado de dinero | 79 |
| 6. Conclusiones | 83 |

III. Concepto tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo

Carlos Aránguez Sánchez

| | |
|---|-----|
| 1. Concepto jurídico penal de blanqueo | 87 |
| 2. Viejas y nuevas técnicas para blanquear capitales. | 89 |
| 2.1 Blanqueo mediante operaciones de interior | 91 |
| 2.1.1. Mediante operaciones financieras | 91 |
| 2.1.2. Mediante operaciones comerciales | 97 |
| 2.2. Blanqueo mediante operaciones de exterior | 102 |
| 2.2.1 Mediante operaciones financieras | 102 |
| 2.2.2 Mediante operaciones comerciales. | XX |
| 3. Bien jurídico. | 114 |
| 4. Conclusiones | 121 |

IV. Evolución legislativa del delito de blanqueo de capitales en legislación penal español

Ignacio F. Benítez Ortúzar

| | |
|--|-----|
| 1. Determinaciones previas | 129 |
| 2. La inclusión del blanqueo de capitales como <i>nomen iuris</i> en el Código Penal Español. El bien jurídico protegido | 139 |
| 3. Tipos delictivos. | 141 |

V. Lavado de dinero en el territorio mexicano:
sondeo sobre la percepción ciudadana con relación a la ley federal
para la prevención e identificación de operaciones
con recursos de procedencia ilícita

Lizbeth García Montoya

| | |
|---|-----|
| I. Introducción. | 157 |
| 1 Aspectos generales del lavado de dinero. | 158 |
| 2. Panorama sobre el lavado de dinero en Sinaloa. | 164 |
| 2.1 Cifras oficiales de la Procuraduría General de la República. | 164 |
| 2.2. La percepción ciudadana en Sinaloa sobre la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI). | 169 |
| 3. Conclusiones | 176 |

VI. La lucha contra el lavado de activos: análisis
de una experiencia novedosa

Mariano Rodríguez García

| | |
|--|-----|
| I. Introducción. | 181 |
| 1. Orígenes y marcos conceptuales | 182 |
| 2. Bien jurídico protegido. | 184 |
| 3. Naturaleza del lavado de activos | 186 |
| 4. Modos de ejecución del lavado de capitales | 188 |
| 5. Mecanismos de investigación | 191 |
| 6. La lucha contra este delito a nivel mundial | 194 |
| 7. El caso de Argentina. | 195 |
| 8. Análisis de un caso novedoso: Cuba. | 197 |
| 9. Conclusiones | 201 |

VII. Consideraciones sobre los obstáculos en la lucha contra las operaciones con recursos de procedencia ilícita

Aurea Esther Grijalva Eternod

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 205 |
| 1. Problemas jurídicos | 211 |
| 1.1 Diversidad conceptual y legislativa | 211 |
| 1.2 Delito precedente | 212 |
| 1.3 Autor del delito precedente y autor del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita | 213 |
| 1.4 Elemento subjetivo diverso del dolo | 216 |
| 1.5 Responsabilidad penal de las personas morales. | 217 |
| 1.6 El papel de las instituciones financieras | 218 |
| 2. Estructuras sociales. | 220 |
| 2.1 Un contexto favorecedor | 220 |
| 2.2 Corrupción | 222 |
| 2.3 Evasión fiscal. | 223 |
| 2.4 Legitimidad de las instituciones, justicia procedimental y comportamiento normativo. | 224 |
| 3. Conclusiones | 225 |

VIII. El delito de lavado de activos: nudos problemáticos en su configuración

Iracema Gálvez Puebla

Arlín Pérez Duharte

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 229 |
| 1. La cuestión del nombre: ¿lavado de activo <i>versus</i> lavado de dinero? | 230 |
| 2. El bien jurídico como parte de los elementos que integran la estructura del tipo penal | 232 |
| 3. La estructura típica del delito de lavado de activos. Un análisis a partir de la teoría de la acción | XXX |
| 4. El concurso de delitos. El concurso real. | 246 |

IX. La prevención, un medio para combatir el lavado de dinero

Eduardo Ramírez Patiño

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 251 |
| 1. Atención al lavado de dinero desde lo administrativo | 257 |
| 2. Derecho internacional contra el lavado de dinero | 260 |
| 3. Actividades vulnerables | 264 |
| 4. Conclusiones | 267 |

X. Análisis del papel vulnerable de las mujeres en la legislación sobre el lavado de dinero

Sofía Barraza Valenzuela
César Alonso Amador Meza

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 273 |
| 1. Situación de las mujeres en la actualidad | 273 |
| 2. El lavado de dinero en el contexto internacional | 277 |
| 2.1. Conceptualización | 278 |
| 2.2. Regulación | 280 |
| 3. El lavado de dinero en México | 284 |
| 3.1. Conceptualización | 285 |
| 3.2. Regulación | 285 |
| 3.2.1. Ámbito constitucional | 285 |
| 3.2.2. Legislación ordinaria | 286 |
| a. Código de Comercio | 286 |
| b. Código Fiscal | 286 |
| c. Código Penal Federal | 287 |
| d. Ley Federal para la Prevención | 288 |
| e. Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y Ley Federal de Extinción de Dominio | 289 |
| 4. Las mujeres frente a la regulación del lavado de dinero | 290 |
| 5. Conclusiones | 292 |

XI. Los métodos especiales de investigación criminal, como alternativa legal de persecución penal contra el lavado de dinero

Rodolfo Máximo Fernández Romo

| | |
|---------------------------|-----|
| I. Introducción | 297 |
|---------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. Los métodos especiales de investigación criminal y su aparición en el contexto de la criminalística moderna | 299 |
| 1.1 El agente encubierto. | 301 |
| 1.1.1 De la responsabilidad penal del agente encubierto | 304 |
| 1.2 La vigilancia electrónica | 305 |
| 1.3. La entrega vigilada. | 307 |
| 2. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las nuevas técnicas de investigación criminal del delito de lavado de dinero | 309 |
| 3. Conclusiones | 312 |

XII. Las operaciones con recursos ilícitos en México

Sonia Escalante López

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 1. Conceptos. | 317 |
| 2. A manera de antecedentes | 319 |
| 3. Transferencias | 321 |
| 4. Paraísos financieros. | 322 |
| 5. Ordenamientos jurídicos | 326 |
| 6. Conclusiones | 332 |

Prólogo

La presente obra colectiva del profesorado que integran el Cuerpo Académico en Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Sinaloa, (México), la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, (Cuba), la Universidad de Granada y la Universidad de Jaén, (España), ofrece, desde la academia, diversos puntos de vista actuales, y diferentes sistemas jurídicos sobre el lavado de dinero, lo que la convierte en un trabajo atractivo y pertinente. El libro consta de seis capítulos de autores mexicanos, cuatro de catedráticos cubanos y dos más de españoles; además, en estos participan siete mujeres y ocho hombres, con lo que se garantiza la diversidad de pensamiento y la inclusión.

El contenido de los 12 capítulos que conforman la presente obra se enfoca en el delito del lavado de dinero, al cual se identifica también como lavado o blanqueo de activos, de capitales, obtención de recursos de procedencia ilícita, entre otras denominaciones.

Quienes accedan a esta obra, encontrarán diversas reflexiones sobre el lavado de dinero, su relación con otros delitos, como la receptación, encubrimiento y defraudación fiscal, su tipificación, sus distintas modalidades, fases en que se desarrolla sus distintos procedimientos para su ejecución, las sanciones y las medidas de prevención y erradicación que se han implementado; asimismo, el lector hallará trabajos sobre el debate del bien jurídico protegido, la determinación del sujeto activo y pasivo y otros trabajos más concretos en los que se muestran un sondeo de cifras oficiales de denuncias, consignación y aseguramientos en un entidad federativa de México, la percepción ciudadana sobre la nueva ley mexicana o la participación de las mujeres en este delito.

El lavado de dinero consiste en el acto de hacer pasar por legal el dinero obtenido de manera ilegal para poder realizar operaciones financieras lícitas. Al definirse el tipo penal, encontramos una gran cantidad de actividades incluidas dentro de este delito, dada la variedad de formas que se utilizan para esconder la procedencia ilegal de los recursos.

Debido a su proliferación, afectaciones económicas que produce este delito, se observa la unión de la comunidad internacional en un frente común para combatirlo. Las organizaciones internacionales existentes, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), reconocen el problema e intervienen para erradicarlo a través de la Oficina contra la Droga y el Delito (ONUDD), y se han creado otras, como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y el Grupo Mundial de Trabajo Contra el lavado de dinero (GMT-CLD), así como algunas organizaciones regionales.

Respecto al tratamiento jurídico, hoy en día existen diversas normas y recomendaciones en el contexto internacional, como las del GAFI, convenciones, como la de Palermo y la de Estrasburgo, y algunos tratados, los cuales se reproducen al interior de las naciones.

El marco conceptual y jurídico en torno al lavado de dinero se ha ampliado; los Estados en sus esfuerzos por combatirlo han delegado atribuciones de fiscalización a diversos actores sociales, a quienes en caso de omitirlas se les finca responsabilidad legal, como han sido algunas actividades comerciales, sistemas financieros, fedatarios públicos, etcétera.

La delincuencia organizada, el narcotráfico, la globalización, los avances tecnológicos, los paraísos fiscales y la corrupción son señalados como algunos de los fenómenos que contribuyen a la proliferación del lavado de dinero, fenómeno delictivo que siempre está en transformación respecto a las muy variadas formas en las que se produce, y frente a la cual, el derecho penal no ha podido inhibir su realización.

Los estragos del lavado de dinero y los diversos ilícitos de los que surge son enormes; su producto sirve para financiar otras actividades ilícitas que vulneran los derechos humanos, como el tráfico y trata de personas y nuevas formas de esclavitud, etcétera; daña la economía de los países, porque se evade los pagos de impuestos y se afectan los mercados por la competencia desleal.

Quienes escriben muestran con claridad la complejidad a la que se enfrentan las naciones, desde la tipificación misma del delito que ha culminado con la inclusión de varias actividades como tal; el arraigo de la figura en la sociedad, dada su existencia desde la antigüedad y su permanencia a través del tiempo;

las diferentes estrategias gubernamentales para combatirlo, que han resultado poco eficientes y el gran reto que continuará siendo para lograr su control y erradicación, lo cual seguirá manteniendo muy ocupadas a las autoridades, al menos en el futuro cercano.

SOFÍA BARRAZA VALENZUELA
Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho Culiacán
Universidad Autónoma de Sinaloa

Introducción

El lavado de dinero es un problema que asecha a todos los Estados a nivel mundial, en algunos con menor acentuación que en otros; lo cierto es que es un problema que ha proliferado sobre todo en las últimas décadas del siglo xx e inicios del presente.

Cabe decir, que este delito es un fenómeno tan trascendente y, hasta hoy, de imposible erradicación. Frente a esto, en muchos países, como España, Cuba y México por citar algunos, se ha tenido que implementar legislaciones específicas para contrarrestar este fenómeno, que, por sí solo, pareciera que no genera ningún impacto social significativo como para tipificarlo como delito, sin embargo sus consecuencias son graves.

El lavado de dinero es un problema que, aunque no lo pareciera, impacta de manera directa a la economía de los países; pero no solo eso, sino además nutre y fortalece a los grupos criminales para la ejecución de sus actos delictivos.

Con esta obra se intenta reflejar el impacto que ha tenido el lavado de dinero desde diversos ámbitos, en países como España, Cuba y México.

Los capítulos de esta obra han sido escritos por un grupo de investigadores de diversas nacionalidades preocupados por el bienestar social, y quienes destacan la importancia y la necesidad de seguir previniendo las conductas delictivas, tanto países europeos como latinoamericanos.

En el primer capítulo del libro, Mayda Goite Pierre y Arnel Medina Cuenca ofrecen un panorama jurídico acerca de la legislación cubana en relación al delito de blanqueo de dinero. Dentro de este parámetro, los actores tocan temas importantes, como lo es la figura del delito previo al «lavado», entre otros, y concluyen diciendo:

erradicar con éxito, desarrollo y mayor incidencia en el delito de lavado de dinero, dependerá en gran medida del empeño de los Estados y de la aplicación de políticas coordinadas para evitar que el dinero procedente de las actividades ilegales se pueda convertir en dinero lícito.

En el segundo capítulo, Gonzalo Armienta Hernández aborda el papel que juega en México hoy en día la figura del notario público en la prevención y erradicación del lavado de dinero. Dentro de este capítulo se tratan temas relevantes para el entendimiento de la postura que debe asumir el notario público frente a posibles actos jurídicos celebrados ante él, presumibles o relacionados con el delito de lavado de dinero; asimismo, visualiza cuáles son las responsabilidades de esta figura pública y cuál sería la pena, en caso de que el notario público estuviese en algún supuesto de responsabilidad penal. Al respecto, Gonzalo Armienta sostiene que: el Gobierno Federal no se coordina con el notariado con el objeto de que colabore este gremio en contra del lavado de dinero, pues al contrario lo amedrenta para que participe en este combate imponiendo severas sanciones, tanto administrativas, como penales.

En el tercer capítulo, Carlos Aránguez Sánchez retoma de una forma muy académica y acertada el concepto, tipología y bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos; inicia con una conceptualización profunda del delito de lavado de dinero, pero también se describen, las formas o técnicas, viejas y nuevas, que usualmente se usan o usaban los grupos criminales para tener éxito en el encubrimiento de la procedencia de dinero que era generado como resultado de sus actos delictivos. El autor concluye:

lejos de existir una unanimidad sobre su concepto y lesividad del lavado de activos, estos aspectos esenciales del blanqueo son objeto de una profunda polémica. El legislador, con una redacción más clara y precisa de estos tipos penales, puede cerrar el agrio debate doctrinal y jurisprudencial que él mismo ha provocado.

Por su parte en el capítulo cuarto, Ignacio F. Benítez Ortúzar hace un análisis sobre la evolución legislativa española con relación al delito del blanqueo de capitales; se puede visualizar la evolución legislativa que ha tenido España, así como los aspectos positivos y negativos de dicha regulación.

En el quinto capítulo, Lizbeth García Montoya, a través de la exposición de resultados de un interesante trabajo de campo, da a conocer, por un lado, datos estadísticos del delito de lavado de dinero con los que cuenta en la actualidad

registrados en la base de datos de la Procuraduría General de la República Delegación Sinaloa; y por otro lado, expone con datos estadísticos la perspectiva que tienen los mexicanos respecto a la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero.

Por otro lado, en el capítulo sexto Mariano Rodríguez García recoge los antecedentes del delito de lavado de activos; así mismo profundiza en la conceptualización del fenómeno, explicando también las formas en las que se puede ejecutar el delito multicitado, y finalmente toca el tema sobre las diversas formas preventivas que algunos países, como Argentina y Cuba, han desarrollado en los últimos años.

En el capítulo séptimo, se aborda el tema de lavado de dinero desde un paradigma muy necesario, como lo es el análisis de los obstáculos que han impedido la prevención del fenómeno; así pues Grijalva Eternod emprende una reflexión sobre el tema partiendo de los obstáculos jurídicos en las regulaciones mexicanas, trastocando un aspecto muy importante como lo es la corrupción, pues esta tiene que ver con un aspecto cultural que favorece a las mafias, sus actos delincuenciales y fortalece las operaciones con recursos de procedencia ilícita en México.

En el octavo capítulo, Iracema Gálvez Puebla y Arlín Pérez Duharte exponen la problemática existente en Cuba con respecto a la configuración del delito de lavado de activos, abordando temas interesantes, como la denominación de este delito como lavado de activos contra lavado de dinero y aborden también la estructura típica de este delito apartir de un análisis de la teoría de la acción.

En el capítulo noveno Eduardo Ramírez Patiño afronta el tema del lavado de dinero a partir de un minucioso y preciso análisis del contenido de la ley mexicana: Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, y hace énfasis en otras leyes de carácter federal en materia penal y administrativa; así como en los tratados internacionales ratificados por México, que de una forma u otra, se han creado para coadyuvar a contrarrestar el delito de lavado de dinero en el país.

En el décimo capítulo, Sofía Barraza Valenzuela y César Alonso Amador Meza desarrollan este apartado desde una óptica de género a través de diversos subtemas, como la situación de las mujeres en la actualidad y frente a la regulación del lavado de dinero, que ponen de manifiesto el desempeño de las mujeres específicamente en la delincuencia organizada, así como la forma en la que, en el contexto jurídico, están englobadas.

El siguiente capítulo es abordado por el doctor Rodolfo Máximo Fernández Romo, desde la óptica de la investigación criminal, la persecución del delito de lavado de dinero; toca temas de suma importancia y trascendencia de esta disciplina, como «los métodos especiales de investigación criminal y su aparición en el contexto de la criminalística moderna, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las nuevas técnicas de investigación criminal del delito de lavado de dinero». En el desarrollo de estos temas, el autor da al lector un paradigma global de cómo, a través de las técnicas de investigación criminalísticas, como la vigilancia electrónica, agentes encubiertos, testigos protegidos y entregas vigiladas, se puede lograr una persecución de delincuencia organizada con resultados favorables.

Por último, en el capítulo doce, Sonia Escalante López expone los antecedentes del delito de lavado de dinero; hace una breve explicación sobre la conceptualización del delito en estudio; aborda el tema de transferencia bancaria de los recursos lavados, que posteriormente son colocados en actividades legales, ocultando de esta forma la verdadera fuente u origen de donde procede el dinero; asimismo, hace un análisis sobre los países que en la actualidad son considerados como paraísos fiscales y, finalmente, retoma el tema del contexto jurídico en México con relación al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita

DR. LÁZARO GAMBINO ESPINOSA
Profesor de la Facultad de Derecho Culiacán
Universidad Autónoma de Sinaloa

I. El delito de lavado de activos: necesario análisis desde una dimensión plural

MAYDA GOITE PIERRE¹
ARNEL MEDINA CUENCA²

«Júnteme con estos peregrinos, que tenían por costumbre de venir a España muchos de ellos cada año, a visitar los santuarios de ellos, que los tienen por sus Indias, y por certísima granjería y conocida ganancia. Ándala casi toda, y no hay pueblo ninguno de donde no salgan comidos y bebidos, como suele decirse, y con un real, por lo menos, en dineros, y *al cabo de su viaje, salen con más de cien escudos de sobre trocados en oro, o ya en el hueco de los bordones, o entre los remiendos de las esclavinas, o con la industria que ellos pueden, los sacan del reino y los pasan a sus tierras, a pesar de las guardas de los puestos y puertos donde se registran.*»

El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha,
CAPÍTULO 54

GENERALIDADES

En estos momentos, la comunidad internacional considera que el lavado o blanqueo de capitales es uno de los principales problemas que enfrentan los sistemas económicos y jurídicos, unido esto a lo difícil que resulta de establecer un criterio de valoración uniforme, puesto que las realidades de cada nación son diversas, así como la versatilidad con la que se cometen estas conductas.

¹ Profesora titular de derecho penal y decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

² Profesor titular de derecho penal de la Universidad de La Habana y vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

Los antecedentes en la lucha contra el tráfico de estupefacientes por parte de organismos internacionales, como Naciones Unidas, se remontan a las primeras décadas del siglo XX; sin embargo es a partir de la década de los ochenta³, cuando empieza a sentirse en la comunidad internacional la necesidad de contar con una acción uniforme contra la amenaza de la droga y los delitos de blanqueo de capitales.⁴

De la mano de la globalización y el desarrollo económico, la delincuencia organizada se ha transnacionalizado al igual que delitos, como el tráfico de drogas, personas, armas y el terrorismo; delitos que atentan contra bienes jurídicos fundamentales de toda sociedad, como salud, vida, integridad corporal y seguridad nacional, entre otros; generan grandes cantidades de ganancias, que requieren ser introducidas en el sector financiero y la economía formal, configurando un tipo penal de reciente creación: el lavado o blanqueo de activos.⁵

³ Véase: Convención internacional sobre restricción en el tráfico del opio, morfina y cocaína de Ginebra, del 19 de febrero de 1925. Recuperado el 21 de octubre de 2014, del <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i2.pdf>. Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. Recuperado el 21 de octubre de 2014, del http://www.incb.org/incb/es/annual_report_1999.html

⁴ Jiménez, C. (2009) «El blanqueo de capitales». Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, p. 243. Recuperado el 23 de octubre de 2013, del <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2009/cjs/cjs.zip>

⁵ En los EEUU, bajo el mandato de Ronald Reagan, por primera vez se define como «asunto de seguridad nacional» el tema de las drogas, y se incluye el combate militar a las drogas en los planes estratégicos del Consejo de Seguridad Nacional y del Departamento de Defensa. Recuperado el 20 de agosto de 2014, del http://www.lafogata.org/003latino/latino6/col_conflicto.htm. Posteriormente, a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la Ley Patriota (P.L. 107-56), que es la Ley para Unir y Fortalecer a Norteamérica mediante la Provisión de Herramientas Apropriadas Requeridas para Interceptar y Obstruir el Terrorismo (United and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act) de 2001, requiere que:

«Todas las instituciones financieras establezcan programas de cumplimiento antilavado de dinero. Como mínimo cada programa debe incluir: políticas, procedimientos y controles, nombramiento de un oficial de cumplimiento, entrenamiento y auditoría independiente.

Se establezca un sistema de comunicaciones confidencial entre el gobierno y la industria de servicios financieros.

Se implementen procedimientos de identificación de clientes para cuentas nuevas.

Se ejercite una mejor diligencia con cuentas bancarias corresponsales y privadas mantenidas por personas que no son ciudadanos de los Estados Unidos.

Se establezca por parte de FinCen, una red altamente segura para la presentación electrónica de informes BSA».

Desde sus orígenes, el derecho penal asume que la criminalidad con lleva beneficios económicos; la criminalidad organizada es fuente de grandes cantidades de dinero. La acción de blanquear dinero no es nueva, ya que el beneficio económico de los delitos demanda ser utilizado en los mercados legales; lo que sí resulta novedoso es la conceptualización del lavado de dinero, que surge cuando, desde la doctrina, se comprende como un problema en sí mismo, es entonces cuando se comienza a separar y distinguir de los delitos originarios, dándole un tratamiento independiente.

El lavado de dinero, en general, es el proceso de esconder o disfrazar la existencia, procedencia, movimiento, destino o uso ilegal de bienes o fondos producto de actividades ilegales para hacerlos aparentar como legítimos. Bajo esa denominación, se clasifica una serie de conductas encaminadas a la incorporación al flujo económico legal dinero, ganancias y beneficios (en general) procedentes de actividades delictivas, para hacer posible su disfrute jurídicamente incuestionado. Aunque diversos autores han sugerido el término «regularización», «reconversión» o «legalización», se ha impuesto a la traducción literal del francés *blanchiment* y no la inglesa *laundering* o lavado, término con más difusión en Latinoamérica.⁶

En derecho penal se ha intentado, con no pocos reparos y cuestionamientos, aproximarse a un concepto de blanqueo de bienes o de capitales que facilite la comprensión de la figura, y en tal sentido, nos afiliamos a lo expuesto por Susana Huerta Tocildo, quien señala que es: «el procedimiento mediante el cual se pretende incorporar al tráfico económico-financiero legal los beneficios obtenidos a raíz de la realización de ciertas actividades delictivas».⁷ Se trata de una actividad o proceso de ocultación de aquellos bienes de origen o procedencia delictiva, que tiene por objeto atribuirles una apariencia última de legitimidad.

Gracias a Cristian Cabral, hoy tenemos en claro que el lavado de dinero es un proceso por el cual bienes vinculados con un delito se integran en un sistema económico legal a efectos de poder disponer libremente de ellos, con

Véase Manual de Inspección Antilavado de Dinero/Ley de Secreto Bancario, p. 26.

Recuperado el 29 de octubre de 2014, de http://www.ffiec.gov/bsa_aml_infobase/documents/bsa_aml_man_spanish.pdf

⁶ Aliaga, J. (2003). «El sentido del lavado de dinero. Tratamiento penal y administrativo». Cuadernos de Derecho Judicial. España: CGPJ.

⁷ Huerta, S. (1994). «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras figuras afines». Cuadernos de Derecho Judicial. España: CGPJ.

la precisión de que no debe confundirse al dinero que proviene del delito en general con el que es producido por una actividad lícita, cuya obtención no ha sido informada a la agencia del Estado encargada de la recaudación de impuestos. Esta es la diferencia entre el dinero obtenido por actividades ilegítimas de aquel considerado «sucio» por no haber sido declarado a la administración pública, el que también debe ser lavado para poder ser disfrutado.⁸

La definición del lavado de dinero comenzó a conformarse a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas⁹ del 20 de diciembre de 1988, conocida como la Convención de Viena, que representó en esencia el inicio formal del esfuerzo coordinado internacional en contra de uno de los ilícitos de mayor impacto económico, político y social que enfrenta la sociedad actual, al establecer el lavado de dinero como un delito reconocido internacionalmente.¹⁰ Además, otorgó a los sectores encargados de la aplicación de la ley el derecho de rastrear, congelar y confiscar bienes. Fue el punto de apoyo para que en los años venideros se conformaran grupos especializados para el estudio y combate al lavado de dinero.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional de 2000, conocida internacionalmente como la Convención de Palermo,¹¹ define en el apartado 1, inciso a, del artículo 6, al blanqueo del producto del delito como:

⁸ Véase Cabral, C. (2014). «Delito de lavado de dinero. Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo». *Delitos Económicos*, Año II, No. 4, Argentina: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación p. 336. Recuperado el 23 de octubre de 2014, de http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/derecho_penal_a2_n4_2.pdf

⁹ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, Nueva York. Recuperado el 26 de octubre de 2014, del https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

¹⁰ Véase Morán, E. (2006). «El lavado de dinero, su entorno internacional y análisis de los ordenamientos jurídicos que en México lo han previsto y sancionado», México: Universidad de la Colina, pp. 101-102. Recuperado el 27 de octubre de 2014

http://digeset.uco.mx/tesis_posgrado/Pdf/ENOC_FRANCISCO_MORAN_TORRES.pdf

¹¹ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Nueva York, 2004, p. 8. Recuperado el 26 de octubre de 2014 <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

Lavar dinero es una actividad que por sí sola no genera violencia, ni muertes o enfermedades,¹² pero el solo hecho del inmenso poder corruptor que genera en los sectores públicos y privados altera de modo significativo el funcionamiento normal de la sociedad. Esto justifica la necesidad de incrementar los esfuerzos nacionales e internacionales para fortalecer la prevención y persecución de esta figura delictiva compleja que se manifiesta en diferentes formas y se integra por un proceso de legitimación de bienes de origen ilegal, fundamentalmente, generados fuera del control de las instituciones estatales, en general, y del sistema financiero e instituciones tributarias, en particular.

APUNTES PARA DESCRIBIR UN ORIGEN Y LA INFLUENCIA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

La expresión «lavado de dinero» empezó a utilizarse a principios del siglo xx para denominar a las operaciones intentan dar carácter legal a los fondos producto de operaciones ilícitas, es decir para facilitar su ingreso al flujo monetario de una economía.¹³ Frente a esta realidad, las entidades de vigilancia, control e inspección se vieron obligadas a definir medidas y a establecer prioridades para obstaculizar la limpieza de dichos ingresos de la delincuencia a través del sector financiero y el sector real de la economía. La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se

¹² Carlos María Folco, juez federal de ejecuciones fiscales tributarias de Buenos Aires, en una jornada organizada por el Ministerio de Seguridad en el Colegio de Abogados, en noviembre de 2013, ha dicho al respecto: «Lo que hacen delincuentes sin revólver, pero con corbata». Véase, Binder, A. (2001) «Tenemos una democracia de ciudadanos o de mafias», *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 26 de octubre de 2014, del <http://www.pensamientopenal.org.ar/santa-fer-tenemos-una-democracia-de-ciudadanos-o-de-mafias/>

¹³ Uribe, R. (2013) «Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos», Observatorio Interamericano sobre Drogas, Unidad Antilavado de Activos, cicad/oea, Washington, El Observador, Segundo trimestre de 2013. Recuperado el 26 de octubre de 2014, de www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/ElObservador/ElObservador2_2003/HistoriaLavado.doc

remonta a la Edad Media cuando la usura fue declarada delito. Mercaderes y prestamistas burlaban entonces las leyes que la castigaban y la encubrían mediante ingeniosos mecanismos.

El carácter transnacional de los delitos relacionados con la droga, la escalada de la criminalidad organizada, el aumento e importancia de las cantidades obtenidas de los delitos destinadas al blanqueo de capitales, la necesidad de contar con una adecuada legislación que permitiera prevenir, controlar y sancionar con éxito los casos vinculados al blanqueo de capitales, fueron los detonantes para la conformación de una serie de medidas que de mayor a menor importancia, iniciaran distintos organismos internacionales y países en la década de los ochenta. La tendencia a lograr una armonización en las legislaciones nacionales, tanto en los contenidos como en el procedimiento, se perfilaba como un elemento fundamental.¹⁴

La dimensión global de la actividad económica, social y política significaba un nuevo paradigma, y ante tal cambio se necesitaban unos nuevos planteamientos para hacer frente a los delitos, que por el contrario si habían modernizado y actualizado sus métodos y procedimientos delictivos; esta mayor configuración global de las actividades económicas y comerciales no había tenido paralelismo en el campo de la cooperación legal, todo ello debido a la falta de ratificación de los convenios y tratados internacionales que, por ejemplo, impiden la unificación de los códigos penales y la inserción de los mismos delitos, como el tráfico de drogas, la corrupción, el blanqueo de capitales, entre otros.¹⁵

Se trata de un proceso de reconversión de bienes de origen delictivo que se ha denominado de diferentes formas (blanqueo de capitales o activos, entre otras) con un vínculo directo con la delincuencia organizada, que cada día necesita convertir el dinero, los valores o los bienes ilícitos en capitales aparentemente lícitos.

La tipificación como delito del acto o de la tentativa de blanquear los productos del delito, sí es reciente. Tradicionalmente, la atención penal se centraba sobre el delito que originaba el dinero. La incautación de bienes, en la medida en que se aplicaba por delitos con motivación económica, se configuraba como un castigo contra el delito subyacente. En la actualidad se ha producido un cambio radical. En 1986, este cambio surgió en los Estados Unidos¹⁶ y se exten-

¹⁴ Jiménez, C., *op cit.* pp. 239-240.

¹⁵ *Ídem*, pp. 240.

¹⁶ Véase Morán, E., *op cit.*, p. 109. Estados Unidos fue el primer país en criminalizar el lavado de dinero al sancionar la «Ley de Control al Lavado de Dinero» en 1986 (*Money Laundering*

dió rápidamente por el resto mundo, la tendencia de criminalizar el acto mismo de blanquear el dinero y establecer que ese nuevo delito, por ser complemento independiente del delito subyacente, constituye motivo suficiente para el decomiso de bienes. De hecho, en algunos países, el blanqueo del producto del delito puede dar lugar a penas más severas que el mismo delito subyacente.

El blanqueo de capitales tiene además un conjunto de fases que, aunque presenten distintos *modus operandi*, de alguna forma pasan por ellas, y son:

- a) Fase de colocación. Es la entrada en el sistema financiero, normalmente en pequeñas sumas que impidan levantar sospechas sobre su ilicitud, sobre todo en los últimos años en que los sistemas bancarios exigen una justificación cuando se excede de una cuantía que generalmente es la de 10 mil pesos; también se utilizan terceros o testaferros para encubrir la identidad del o los autores principales.
- b) Fase de diversificación o estratificación. Es la realización de operaciones más o menos complicadas tendentes a borrar el rastro inicial.
- c) Fase de integración. Esta consiste en el retorno de los activos al patrimonio del sujeto que blanquea con apariencia de normalidad y legalidad, para esto los métodos son diversos, precedidos de las operaciones de estratificación que permiten la entrada del dinero como resultado de compras de inmuebles, inversiones, dividendos de actividades económicas lícitas, entre otras, creando la justificación o explicación que legitima los fondos.

El delito de blanqueo de dinero es, en gran medida, fruto de una legislación supranacional que ha armonizado las distintas legislaciones y ha procurado una normativa conjunta entre los distintos países, dado el gran interés de la comunidad internacional de buscar fórmulas que contrarresten la criminalidad organizada y la figura del lavado de dinero entre otras conductas, por lo que se han dictado normativas importantes que recomiendan a los Estados dar tratamiento específico al fenómeno. Algunas de estas normativas son la reco-

Control Act). Estados Unidos tiene un poderoso sistema de control contra el lavado de dinero que cubre todos los sectores de la economía del país incluyendo los sectores financiero, industrial y comercial. Los esfuerzos para obligar a las diversas instituciones financieras a reportar transacciones en efectivo fueron inicialmente implementados en 1972 con la Ley de Secreto Bancario que fue promulgada en 1970 (*Bank Secrecy Act*).

mendación del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980; la Declaración de Basilea, de 19 de diciembre de 1988; la Convección de Naciones Unidas Contra el Tráfico de Estupefacientes, de 20 de diciembre de 1988; la Convención de Interpol, de 1 de diciembre de 1989; el Convenio del Consejo de Europa, de 8 de noviembre de 1990; la Directiva de la Unión Europea 308/91; el Tratado de Maastricht, Convenio de Shengen, el Tratado de Amsterdam; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, del 2000¹⁷ y las Recomendaciones del GAFI.

Respecto a la denominación de la figura delictiva, cada país denomina al lavado de dinero de diferentes formas, pero con una misma significación:¹⁸ los países de habla inglesa lo llaman *money laundering*; los de habla francesa, *blanchiment de capitaux*; en Alemania, *geldwascherei*; en Italia, *riciclagio di denaro sporeo*; en la península escandinava, *penningtvatt*. En los países de habla castellana, especialmente en América, según la FELABAN (Federación Latinoamericana de Bancos), tiene las siguientes denominaciones: en Argentina, lavado de activos; en Bolivia, legitimación de ganancias ilícitas; en Brasil, lavado de bienes, derechos y valores; en Chile, lavado de dinero; en Colombia, lavado de activos; en Costa Rica: legitimación de capitales procedentes del narcotráfico; en Cuba, lavado de activos¹⁹; en Ecuador, conversión o transformación de bienes; en El Salvador, lavado de activos; en México, operaciones con recursos de procedencia ilícita; en Guatemala, transacciones e inversiones ilícitas; en Honduras, lavado de dinero o activos; en Nicaragua, lavado de dinero y activos de actividades ilícitas; en Panamá, blanqueo de capitales; en Paraguay, lavado de dinero o bienes; en Perú, lavado de activos; en República Dominicana, lavado de bienes relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos; en Uruguay, blanqueo de dinero y en Venezuela, legitimación de capitales.

¹⁷ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, 2000. Esta normativa de indiscutible importancia por sus pronunciamientos en materia de criminalidad organizada y en sus artículos 6 y 7 recogen un tratamiento no solo desde el punto de vista penal sino también administrativo para ser utilizado por los Estados en sus normativas internas.

¹⁸ Cabral, C. *op cit*, p. 336.

¹⁹ Hasta la vigencia del Decreto ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, Gaceta Oficial No. 44, Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013, se denominó lavado de dinero. Véase del artículo 3 del referido Decreto ley, que modifica el título xiv del Código Penal: «Delitos contra la Hacienda Pública». Recuperado el 24 de octubre de 2014 <http://www.juventudrebelde.cu/file/pdf/impreso/2013/12/21/isuplementos.pdf>

EL LAVADO DE DINERO Y LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En las últimas décadas, las organizaciones delictivas han aprovechado la globalización económica, la mejora de las vías de comunicación y transporte y las nuevas tecnologías de la información para desarrollar sus actividades criminales a escala internacional con un éxito notable. En los últimos veinticinco años, estas organizaciones han pasado de un ámbito local o regional a uno de escala transnacional o transfronterizo, en el que las fronteras ya no constituyen obstáculos para sus actividades ilícitas y establecer redes de contacto entre ellas para la colaboración mutua.

La estrategia habitual de las organizaciones delictivas se basa en ubicar las funciones de gestión y producción en zonas de menor riesgo, donde posee un relativo control del entorno institucional; en cambio la búsqueda de mercados se centra en las zonas donde la demanda es más estable y, en consecuencia, está garantizada gracias al poder adquisitivo de sus habitantes. La internacionalización de las actividades criminales hace que aparezcan nuevas alianzas de los grupos organizados, que unen sus capacidades en lugar de combatir por un determinado territorio siguiendo un modelo muy similar al de la asociación de las empresas que operan dentro de la economía legal. Aunque la mayor parte de las organizaciones criminales tienen como base fundamental de su actividad el tráfico ilegal de drogas, se ha venido observando que la economía criminal ha sufrido una marcada tendencia a extender los ámbitos de su actuación hacia diversas áreas, creando una industria global cada vez más interconectada y diversificada.²⁰

Uno de los temas que hoy ocupa un lugar prioritario, en las discusiones político-criminal es el relacionado con el crimen organizado. El aumento de la criminalidad que se observa en los últimos decenios aparece como una de las mayores preocupaciones de la sociedad y además constituye una de las tareas pendientes de solución que tiene un Estado, respecto de la seguridad de sus instituciones y la confianza ciudadana en las mismas.

²⁰ Muñoz, F. (2001) «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?», *Revista de derecho penal* 2, pp. 761-762. Recuperado el 27 de octubre de 2014, del http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Número_9/59-99.pdf

La afectación de tan importantes bienes jurídicos «macrosociales» o «supraindividuales»²¹ y las dificultades para la individualización de los responsables y su eficaz penalización plantean la organización de tales agrupaciones, que derivan en la ruptura entre los que adoptan las resoluciones generales y ejercen el control real de la empresa y quienes la ejecutan materialmente y generan una actitud criminógena de la agrupación. Esto justifica la preocupación de buscar nuevas soluciones desde el punto de vista político-criminal.

La doctrina contemporánea no se ha enfocado lo suficiente en determinar los distintos niveles de análisis desde los cuales debe ser definido el delito no convencional. Específicamente, el delito económico, como señala Tiedemann,²² no ha sido objeto de una construcción definitiva por el derecho penal, y en tal sentido, aún carece de una adecuada formulación, y con ello surge la posibilidad de que las legislaciones se amparen en criterios legislativos, criminológicos o sociológicos y de política-criminal para aportar un concepto no acabado, pero que por lo menos recoja los principales elementos.

En este entramado, la identificación de los paraísos fiscales y de los centros extraterritoriales con los refugios de dinero «negro», es decir de origen criminal, constituye un importante aporte a la lucha contra el lavado de dinero. Respecto a esta asimilación popular, cabe afirmar que tiene su razón de ser, pues, como fenómeno natural, los blanqueadores de dinero criminal aprovecharán los circuitos existentes de blanqueo de dinero negro de tipo fiscal. Sin embargo, como señalamos anteriormente, en las últimas décadas el mapa de los centros de blanqueo ha estado constante cambio debido al proceso de especialización, la aparición de nuevos centros y a la presión internacional que ha llevado a diversas jurisdicciones a modificar sus regímenes. Por ello, en estos días, resulta un tanto problemático describir el régimen vigente en cada jurisdicción, en algunos países así como su imputación como paraíso de blanqueo de dinero, pues, el mayor se está produciendo justo ahora, sobre todo a partir de las medidas y los controles sistemáticos que aplica el GAFI.

²¹ Tiedemann, K. (1974) «El concepto de delito económico y de derecho penal económico», en conferencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y en Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Coímbra. Traducción de Leopoldo H. Shiff, p. 59.

²² Tiedemann, K. (1993). *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, p.31.

RAZONES DOGMÁTICAS O DE POLÍTICA-CRIMINAL

Existe consenso en la doctrina de que las conductas que hoy se tipifican como lavado de dinero se encuadraban en los delitos de encubrimiento y receptación; sin embargo, a comienzos de la década de los noventa, la comunidad internacional adquiere conciencia clara de los problemas que lleva aparejados el blanqueo de capitales, y comprende que no se trata solo de una figura más, sino de conductas que afectan tanto el sistema económico financiero interno de los Estados como a toda la comunidad. Se afirma entonces que existen dos grandes amenazas con la comisión de estos hechos:

- Favorecimiento de la actividad criminal subyacente. Desde esta perspectiva, la mayor facilidad para legitimar los beneficios de actividades delictivas contribuye indirectamente a la potenciación de esas actividades. Dicho de otro modo, la dificultad para blanquear los beneficios es un factor que disuade o complica la actividad ilegal subyacente y, muy especialmente, en el caso de delitos, como el tráfico de drogas, que se desarrollan a escala internacional, con toda la problemática social y política que conllevan.
- Factor de desestabilización del sistema financiero internacional. El objetivo de todo sistema financiero es canalizar el ahorro hacia la inversión. A partir del binomio riesgo-rentabilidad de los activos, se produce la asignación eficiente de los recursos. Pues bien, el dinero ilícitamente obtenido se asigna o se invierte frecuentemente atendiendo a otro tipo de razones distintas del riesgo-rentabilidad de los activos. En un contexto cada vez más globalizado, estos flujos no resultan fáciles de prever y su permanencia puede contribuir a generar movimientos desestabilizadores cuyo alcance resulta complicado de evaluar.

Por otra parte, la integridad y credibilidad de las instituciones financieras y mercados de capitales dependen en buena medida de la percepción generalizada de que funcionan dentro del marco de estándares legales, profesionales y éticos adecuados. La sospecha o evidencia de actitudes de complicidad, involuntaria o no, con estas actividades puede producir un daño importante en la credibilidad de las instituciones y, en último término, del propio sistema financiero.

En consecuencia, observamos cómo, junto al interés de los Estados en la lucha contra toda forma de delincuencia, aparece la necesidad de alejar o de prevenir la utilización del sistema financiero como instrumento del blanqueo, tratando de evitar las consecuencias de desestabilización y pérdida de crédito del sistema en su conjunto. Esto justifica de alguna manera la intervención del regulador económico mediante el establecimiento de normas administrativas de vigilancia y prevención del uso del sistema financiero en la posible legitimación de beneficios ilícitamente obtenidos.²³

La obtención de un poder económico utilizando las cuantiosas ganancias derivadas de las actividades delictivas constituye un obstáculo para la libertad, igualdad, acceso y participación en el mercado, que es necesario combatir conforme al criterio mayoritario que se aprecia desde la comunidad internacional, la mayoría de los Estados y también desde la doctrina; sin embargo, se debe prestar atención a las voces que alertan sobre la necesidad de centrar la reacción punitiva con la utilización del derecho penal en aquellos comportamientos que por su relevancia estarían en capacidad de generar algún menoscabo económico; se trata de reconducir éste delito a la criminalidad organizada.²⁴

²³ Calderón, Á. (1998). *El blanqueo de capitales y la internacionalización de la economía*. Editorial El Pozo.

²⁴ Véase Arias, A. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 Código Penal)*. Madrid, España: Editorial Lustel, p. 206. La autora refiere los criterios emitidos por Cervini y Adiasol, quienes afirman, entre otras cosas, que: «cuantitativamente, el 94% de los delitos conocidos sigue siendo convencional y de poca monta (bagatela y dañosidad media); cualitativamente, el 6% restante de criminalidad estadística representa el 65% del daño general provocado por las conductas definidas como delictivas, evaluado en términos constantes. Un gran fraude a las subvenciones detectado en Francia a fines de 2000, representó un monto equivalente a dos mil delitos convencionales contra la propiedad ocurridos en el mismo año, y la megaoperación Casa Blanca, de lavado de activos representó un monto económico equivalente al de todos los hurtos y atracos contra personas físicas ocurridos en los Estados Unidos durante los cuatro años anteriores» El derecho penal de la empresa. Desde una perspectiva garantista, Montirideo-Buenos Aires: B de F, 2015, pp.3-4.

En las condiciones de Cuba, apreciamos como excesiva la inclusión de delitos de escasa significación, en el recientemente promulgado decreto ley núm. 316/2013 (Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 1 de 15 de marzo de 1999), modificativo del Código Penal, que en el apartado uno del artículo 346, conforme a su nueva redacción, sanciona, con penas de privación de libertad, de cinco a doce años, al que adquiera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde hace tiempo, existe acuerdo en que el derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. Pero este acuerdo se rompe cuando se trata de determinar qué debe entenderse por «bien jurídico»²⁵; desde su nacimiento, que data de mediados del siglo XIX, de la mano de Birnbaum, se sitúa en uno de los conceptos fundamentales de esta ciencia.²⁶

En toda la clase de delitos, la importancia de la correcta determinación del bien jurídico, resulta del lugar que este tiene en la teoría jurídica del delito y por la vigencia en el derecho penal actual del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Al respecto, García²⁷ ha mencionado que solo la delimitación del bien jurídico que requiere protección hace posible una eficaz política-criminal y, en consecuencia, penal.

El derecho penal por su propia naturaleza es eminentemente «selectivo»,²⁸ la exclusiva protección de bienes jurídicos se fundamenta en uno de sus princi-

la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con los delitos de lesiones graves, homicidio, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto. Como se señala antes, la referida norma incluye otros actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia transnacional o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, entre otras conductas que indiscutiblemente han sido colocadas con acierto, entre las que pueden ser objeto del delito de lavado de activos.

²⁵ Muñoz, F. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. (2da ed.), Editorial jurídica ConoSur, p. 9.

²⁶ Zaffaroni, Eu. (2012). *La cuestión criminal*. (3ra ed.) Argentina: Editorial Planeta, p.25. Nos comenta que la estructura básica alrededor de la que se diseña la teoría del delito se completa con el respeto a dos principios constitucionales, el de legalidad (...) y el de lesividad, que requiere que en todo delito haya un bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

²⁷ Véase García, A. (1986). «Bases para una política-criminal de la droga», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político-criminales*, Madrid: Edersa, p. 373.

²⁸ Desde el punto de vista criminológico, la selectividad del derecho penal tiene varias aristas que parten del diseño legislativo y se extiende hacia la aplicación concreta que se materializa en la selección de los ciudadanos destinatarios de sus normas, aun cuando siempre se ha planteado como esencia la «igualdad». En este sentido: «los delitos serían las conductas conflictivas que dan lugar a una decisión criminalizante afirmativa de la agencia judicial, que decide no interrumpir la criminalización en curso; en tanto que «teoría del delito» es solo el *nomen juris* de una parte del discurso jurídico-penal que explicita en forma orgánica el conjunto de requisitos que la agencia judicial debe requerir antes de decidirse a responder consintiendo el avance del proceso de criminalización». Este conjunto más o menos orgánico de requisitos constituye el nivel máximo de selectividad tolerada, o sea, que traduce un programa de reducción de la vio-

prios consustanciales, lo que ha provocado un sin número de formulaciones teóricas²⁹ que parten desde su reconocimiento constitucional hasta la materialización en los tipos penales. Sería imposible que un Estado encargado de asegurar la vida en común de todos los ciudadanos, no diseñará qué se debe proteger en el ámbito penal y cómo asegurar esa protección, por ello Roxin considera a los bienes jurídicos como «condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común»,³⁰ en función de garantizar el orden pacífico.

De acuerdo con esta concepción seguida también por Rondolphi, el sustrato material del concepto del bien jurídico tendría su fundamento, solo para dar subsistencia a la sociedad constitucionalmente organizada. Aquí se pondría en duda si ello significaría una protección puramente normativista alejada de la realidad social,³¹ lo cual entonces estaría vacía de contenido. Mark en su análisis incorpora otro elemento para complementar este pensamiento cuando establece el fundamento al señalar que son: «aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorrealización».³²

El análisis toma otro rumbo ante la pregunta de Hassemmer:³³ «¿Hacia dónde conduce esta vía de la concepción de un bien jurídico que no debe excluir ningún objeto de protección?». En este sentido, compartimos este cuestionamiento toda vez que un concepto general del bien jurídico, que es tan abstracto y que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular, lleva irremediablemente a una amplitud tal, que dejaría el concepto a merced de

lencia selectiva y deslegitimada del sistema penal. En la categorización de los requisitos pueden distinguirse un nivel elemental (la acción) y un nivel mínimo (tipicidad y antijuridicidad) y también hay un proceso de selección criminológica. Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op cit*, p. 252.

²⁹ Mir, S., *et al.* (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. (2da ed.) Argentina: Euros, pp. 112-124. Recuperado el 28 de octubre de 2014 del <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>

Es importante en esta concepción, señala Mir, el pensamiento de Welze seguidor de Bindign quien identificó el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito y por su parte los neokantianos seguidores de Von Lizst, que desplazan el pensamiento al mundo de los valores.

³⁰ Roxin, C. (1976). «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid:Editorial Reus, pp. 11-36.

³¹ Terradillos Basoco, Juan (1981). «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 63, pp. 125-149.

³² Marx, C. (1977). *Líneas fundamentales (Grundrisse)*. Tomo II, Barcelona: Editorial Crítica, p. 121.

³³ Hassemmer, W. (1989). «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», en *Doctrina Penal* 46/47, pp. 275-285.

la interpretación y con ello al «tambaleo» del principio de legalidad, de ahí la necesidad de concreción del bien jurídico objeto de protección en sede penal.

El bien jurídico protegido permitirá una correcta interpretación de la norma penal consintiendo la subsunción en los tipos cuando la conducta agresiva de la tipicidad crea la justificación o explicación que parece legítima para los fondos y suponga también un hecho que lesiona o ponga en peligro por la conducta cometida. Por último, solo es justificado la aparición del recurso del derecho penal en un Estado garantista, cuando existe un interés digno de tutela que sea fundamental para la ordenación de la vida social con una significativa lesividad a ella.

Desde esta perspectiva, se observa en las modernas formas de delincuencia la presencia de actuaciones antijurídicas en las que se actúa de forma cada vez más organizada y técnicamente preparada aprovechando las posibilidades ofrecidas por la estructura económica-financiera. Esas conductas se presentan como intolerables para la convivencia social, no solo para la ciudadanía, que no acepta la formación de patrimonio de forma no ajustada al sentimiento de derecho, sino también porque modifica los principios de actuación del sistema económico financiero cuando se permiten y no persiguen estas conductas, por ejemplo, de adquisición de activos sin cuestionar su origen o a sabiendas de su procedencia ilícita.

Todo ello nos sirve para tratar de exponer la necesidad de concretar un pensamiento lógico sobre el bien jurídico protegido con el lavado de dinero. La primera cuestión es que no existe consenso en la doctrina sobre cuál es el bien jurídico que se protege con esta figura. La cuestión no es solo de sistema, sino que de su concreción dependerá la interpretación que deba hacerse de las conductas en apariencia punibles; es decir, si afecta al patrimonio, a la salud pública, al interés tutelado por el delito antecedente del que los bienes procedan, a la administración de justicia, a el orden socioeconómico, a la economía nacional o la hacienda pública, o bien si hemos de considerar que confluyen en el blanqueo la tutela de dos o más bienes jurídicos. El análisis nos lleva por el camino siguiente:

- El blanqueo es un delito autónomo con respecto al delito de donde los bienes proceden. La lesividad que incorporan las conductas descritas en el tipo deben valorarse en sí mismas y no como una continuación o prolongación de aquel. De ahí que la pena prevista para el blanqueo no esté delimitada por el tope que representa la del delito previo. Esto esclarece

muchas posturas que han tratado de considerar una protección única del bien jurídico, lo que le resta valor a su objeto como figura delictiva autónoma.

- Desde este punto de vista el patrocinio es formulado en una dimensión amplia; es decir, el daño al patrimonio no está solo en lo individual, sino que este es concebido como un conjunto de bienes que posee un Estado. Sobre éste punto existe la triple dimensión del ordenación, formación y protección del patrimonio. El ordenamiento distingue entre un patrimonio lícito y obtenido conforme a las reglas señaladas respecto al que dispensa la protección que se deriva de la ley. Una segunda clase se integraría por el patrimonio formado fuera del ordenamiento legal y respecto al que la ley reacciona en un doble sentido. Por un lado, existe una apariencia de protección que impide la actuación de vías de hecho; y por otro, posibilitando la recuperación por su legítimo titular de acuerdo a las acciones que pueden entablar. Por último, una tercera clasificación es la del patrimonio con un origen ilícito cuya procedencia se concreta aún más, y proviene de un hecho delictivo grave que conoce su actual detentador y sobre él actúa en beneficio propio o de un tercero.
- Delito contra la administración de justicia. Aunque algunas de las conductas tenga similitud con el encubrimiento, no puede afirmarse que el interés tutelado se refiera a la protección de la administración de justicia, el interés del Estado en su funcionamiento y en particular en el orden penal el descubrimiento de los delitos y de sus responsable, porque entonces las previsiones respecto del blanqueo resultarían redundantes respecto del encubrimiento ordinario.
- La salud pública. Si bien es cierto que el tráfico ilícito de drogas es por excelencia el delito precedente en estas conductas y que el fin primordial es obtención de ganancias que deben incorporarse al circuito económico legal, la multa y el decomiso serán las medidas adecuadas para reprimir en este extremo sólo en él, el tráfico de drogas; sin embargo los comportamientos de blanqueo no afectan a la salud pública, esto solo es válido sino se sigue la teoría (válida en la receptación) de la prolongación del daño causado por el delito previo. Y ello sin olvidar que los bienes de procedencia ilícita pueden traer causa de cualquier otro delito grave.
- La doctrina mayoritaria en España sostiene que se afecta al orden socioeconómico, esto es «la regulación jurídica de la producción, dis-

tribución y consumo de bienes» (Bajo), o bien «la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía» (Tiedemann). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia (aspecto destacado por Aránguez). El sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se generan al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación ilegal de empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad en el mercado.

- El bien protegido es la seguridad interior del Estado, pero no entendida como preservación del orden público, sino como interés en la disminución de ciertas formas de delincuencia (la organizada en particular) cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes base. Sin embargo, no creemos que esta aportación apunte al bien jurídico protegido, sino que se ofrece una mirada alternativa desde la política-criminal.
- El bien jurídico y la economía nacional están relacionados de manera directa con la hacienda pública o con la vulneración de la obligación de tributar por los ingresos que se ha tenido en un período de tiempo, por ello el blanqueo puede desestabilizar la economía y los ingresos que, por razón del fisco, se tienen, por lo que pudiera ser un punto atendible en este sentido.
- Para Arias, el bien jurídico tutelado mediante el blanqueo de capitales es la libertad de competencia y el correcto funcionamiento de los mecanismos económicos, financieros y bursátiles, siempre y cuando estas dimensiones se vean vulneradas por «un ejercicio ilegítimo u objetivamente abusivo», que la adquisición de ganancias de origen ilícito permitan a las unidades económicas las ventajas de obtención de beneficios, alteración de la solvencia o estado financiero, que les posibilite el acceso a una posición de dominio en el mercado y también, en el momento de la incorporación de las ganancias ilícitas, se utilicen los instrumentos, instituciones e intermediarios proporcionados por el sistema financiero.³⁴
- Entonces parece que la perspectiva del bien jurídico protegido con estas conductas debe ser de carácter pluriofensivo, es decir que afecta al or-

³⁴ Arias, A., *op cit*, p. 219.

den económico, a la administración de justicia, a la hacienda pública, y que su punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política-criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.³⁵

ESTRUCTURA DE LA FIGURA DELICTIVA

El tipo penal

En cualquier ordenamiento jurídico se distinguen invariantes para la tipificación de la conducta, muchas de ellas son producto de las recomendaciones de los instrumentos de carácter internacional. Los verbos rectores: *adquirir, convertir o transferir contribuir, ocultar o encubrir*, son comportamientos genuinos del blanqueo que, como destaca Aránguez,³⁶ son encaminados a introducir bienes de procedencia ilícita en el mercado legal.

A través de la adquisición se incorporan bienes al patrimonio propio, ya sea el título de adquisición oneroso o gratuito, debiendo mediar en todo caso alguna contraprestación, pues la donación pura y simple de bienes de procedencia ilícita podría ser, en principio, conducta de blanqueo aunque una adquisición de esta clase no posibilita el disfrute de los beneficios por autores y partícipes del delito precedente.

La acción de adquirir ha de ser interpretada como la de incorporar al patrimonio, sin alguna especificación de cómo se llevó a cabo dicha incorporación. En este sentido la conversión equivale a la transformación de bienes en otros distintos; en cambio, la transmisión supone lo contrario de la adquisición; es decir, extraer bienes de un patrimonio para integrarlo en el de un tercero. Transferir supone cualquier acto de disposición de un bien incorporándolo al patrimonio propio o de un tercero, haciéndolo desaparecer del propio o transfiriendo su posesión. Esta tercera modalidad, al igual que la de la adquisición, no requiere ninguna formalidad bastando con el hecho de la transmisión. Ocultar o encubrir son conductas de favorecimiento real, propias del encubrimiento,

³⁵ El Código Penal cubano recoge estas conductas bajo el título *Los Delitos contra la Hacienda Pública* en su capítulo II, a tenor de la modificación que introdujo la Ley 87 de 1999, modificada nuevamente en 2014, por el decreto ley No. 316 de 7 de diciembre de 2013, citado anteriormente.

³⁶ Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Jurídicas y Sociales. p. 167.

con el que entraría en concurso de normas. Los actos típicos son autónomos respecto de la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin del que se busca.

Además, se presenta como elemento normativo de la tipicidad enmarcada por un elemento subjetivo del injusto «para ocultar o encubrir su origen ilícito». Este elemento de la tipicidad permite al legislador distinguir la conducta delictiva de aquellas que realizan de manera objetiva la adquisición, conversión o transmisión.

El contenido de las finalidades típicas de la acción, aunque diferentes en su redacción, son coincidentes en su contenido. Solo un deseo de abarcar cuantas conductas sea posible dentro de la tipicidad, justifica una reiteración de los contenidos de las finalidades. La finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes –primera de las finalidades– no es más que una variedad de la segunda finalidad, la de «ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos», pues la realización de esta finalidad, redactada en términos tan amplios como los que se expresan, puede incluir entre sus posibilidades de actuación la de ocultar o encubrir su origen ilícito.

El sujeto activo

Los partícipes del delito previo o antecedente suscitan una controversia al cuestionarse si pueden ser responsables de un delito de blanqueo. Cualquiera puede ser autor por tratarse de un delito común. En nuestra opinión están excluidos los autores y partícipes en otro concepto del delito de que los bienes procedan, tal y como lo resuelven las legislaciones de Alemania, Austria, Bélgica, Italia y Suecia.

Tipo subjetivo

El tipo doloso comprende la concurrencia de los elementos intelectual y volitivo, referidos al conocimiento de los componentes típicos y, en particular, de la procedencia de los bienes de un hecho punible grave. El conocimiento se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica. Ese conocimiento de un elemento normativo del tipo (esto es, que existió un delito grave antecedente del que se derivan unos bienes sobre los que se actúa) no debe

abarcar la concreta subsunción jurídica del hecho antecedente, siendo bastante con un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. Basta con el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación social. El conocimiento abarcará los datos externos que permiten ser considerados socialmente como hechos delictivos.

El ánimo de lucro, como elemento estructural, no está presente en la conducta. El tipo penal del blanqueo de dinero no requiere este ánimo de lucro, aunque en la mayoría de los supuestos concurra con intención de procurarse un beneficio económico evaluable.

LA POLÉMICA ACERCA DEL DELITO PREVIO O PRECEDENTE

La existencia del delito previo o procedente constituye un elemento objetivo del tipo y su prueba, condición asimismo de tipicidad; sin embargo no es condición objetiva de punibilidad, como se sostiene entre algunos penalistas, por lo que este elemento deberá ser abarcado por el dolo del autor. Existen varias técnicas legislativas para referirse a este elemento, por un lado, la que hace referencia a que los fondos devienen de delitos graves, y por otro, la que refiere; es decir, señala de forma concreta de manera taxativa cuáles son las conductas que tipifican la acción precedente. Ambas tienen reparos de índole política-criminal pero deben atender a sus presupuestos.³⁷ Desde nuestro punto de vista,

³⁷ Artículo 346 de la ley penal cubana al referirse a esta cuestión cierra los límites de aplicación de la figura con la formulación siguiente:

Artículo 346.1 (Adicionado por la Ley 87 del año 1999 G. O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999 y modificado por el Decreto-Ley No. 316 de 2013) El que adquiera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia transnacional, el tráfico de artículos robados, o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, venta y tráfico de menores, extorsión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, proxenetismo, corrupción de menores, cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, tráfico de influencias, estafa, falsificación de moneda, tráfico ilegal de monedas, divisas, metales y piedras preciosas, contrabando, transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte, sacrificio ilegal de ganado mayor, falsificación de documentos públicos, falsificación de documentos bancarios y de comercio, evasión fiscal, insolven-

sería mejor una formulación abierta, como la del delito grave estableciendo su denominación más allá de los cuatro años que prevé la Convención de Palermo.

Al respecto, en la nota interpretativa del GAFI a su recomendación número 3 (Delito de Blanqueo de Capitales),³⁸ se precisan los aspectos siguientes:

1. Los países deben tipificar como delito el blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988 (la Convención de Viena) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000 (Convención de Palermo).
2. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos. Los delitos previos se pueden definir por referencia a todos los delitos o a un umbral vinculado con la categoría de delitos graves o penados con la prisión aplicable al delito previo (criterio del umbral), o bien, a una lista de delitos determinados o una combinación de estos enfoques.
3. Cuando los países apliquen el criterio del umbral, los ilícitos deben, como mínimo, incluir todos los delitos que caen dentro de la categoría de delitos graves en virtud de su legislación nacional o deben incluir delitos que se castigan con una pena máxima de prisión de más de un año o, para aquellos países que tienen un umbral mínimo para los delitos en su ordenamiento jurídico, comprender a todos los

cia punible, enriquecimiento ilícito, malversación, apropiación indebida, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

Esta formulación significa que (...) conducta que se encuentren fuera de esas figuras no podrán ser penalizadas al menos como lavado de dinero.

Al respecto la recomendación número 7 del GAFI, establece que: «Los países deben tipificar como delito el blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos».

³⁸ Normas Internacionales contra el Blanqueo de Capitales, Financiación del Terrorismo y la Proliferación, las recomendaciones del GAFI, versión aprobada el 15 de febrero de 2012, p. 34. Recuperada el 25 de octubre de 2014, del <http://www.aranzadi.es/blanqueodecapitales/pdf/4.40recomendacionesgafi.pdf>

delitos que se castigan con una pena mínima de más de seis meses de prisión.

4. Sea cual sea el enfoque que se adopte, cada país debería, como mínimo, incluir una serie de ilícitos dentro de cada una de las categorías designadas. El delito de blanqueo de capitales debe hacerse extensivo a cualquier tipo de bienes, independientemente de su valor que, directa o indirectamente, represente el producto del delito. Al probar que el bien es producto del delito, no debería ser necesario que una persona sea condenada por el delito.
5. Los delitos previos del blanqueo de capitales deben extenderse a las conductas que constituyan un delito y que tuvieron lugar en otro país.
6. Los Estados de los países pueden establecer que el delito de blanqueo de capitales no se aplica a las personas que hayan cometido el delito cuando así lo requieran los principios fundamentales de su derecho interno.

En Estados Unidos, un proceso por lavado de dinero puede ocurrir solamente si los fondos involucrados en la transacción contemplada provienen de una larga lista de Actividades Ilegales Específicas (*Specified Unlawful Activities, sua*). [Título 18, Código de EE.UU. Sección 1956(c)]. Las Actividades Ilegales Específicas son definidas por las leyes antilavado como delitos cuyos ingresos, si acaso forman parte de una transacción, pueden servir de base para un enjuiciamiento por lavado de dinero.

La lista, que está conforma por 176 actividades, incluye una serie de delitos, como fraude bancario, transgresión de derechos de autor, estafa, violaciones sobre exportaciones, casas ilegales de juego, delitos de narcóticos, amenazas de daño físico o a bienes, robo del correo, violaciones de la ley comerciar con el enemigo y fraude por cable. Algunas violaciones puramente extranjeras, incluyendo extorsión, fraude contra banco extranjero, narcóticos, secuestro, robo y violaciones a la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras, también están incluidas como actividades ilegales específicas.

En diciembre de 1997, y con la firma por parte de EE.UU. y otros 28 países de la Convención para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aumenta esta ofensa a la lista de Actividades Ilegales Específicas. Esto incrementa el riesgo a las instituciones financieras, especialmente, la banca personal, en donde se mantienen las cuentas de funcionarios corruptos, sus familias o testaferros.

Sanciones accesorias

Las sanciones accesorias que permiten desposeer al sujeto de los bienes adquiridos producto del blanqueo son hoy un importante instrumento del derecho penal en la lucha contra la delincuencia organizada, toda vez que carecería de sentido si el Estado no tuviera facultades para la privación de los bienes, productos o ganancias derivados de actividades delictivas (comiso, decomiso, confiscación, embargo preventivo o incautación); y, además, esas facultades no pudieran ejercitarse en la fase de investigación o instrucción judicial con carácter cautelar o preventivo.

La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,³⁹ del 20 de diciembre de 1988, en su artículo 5 (Decomiso), apartado 2, establece:

Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, detección y embargo preventivo o incautación del producto, bienes, instrumentos o cualquier otro elemento a que se refiere el párrafo uno del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

Se entiende por «embargo preventivo» o «incautación», según el artículo 1 -Definiciones- de la propia convención, «la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un Tribunal o por una autoridad competente».

El Convenio de Estrasburgo del 8 de noviembre de 1990, relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito⁴⁰, que en su artículo 1 a, señala: «a los efectos del presente convenio: por “producto” se entenderá todo provecho económico derivado de un delito».

³⁹ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, artículo 5.

⁴⁰ Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 8 de noviembre de 1990. Recuperado el 23 de octubre de 2014, del http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/irpecrb.html

PROBLEMAS CONCURSALES

Una de las cuestiones de mayor discusión en la doctrina es la relación entre los delitos de encubrimiento y de receptación como figuras similares al lavado, pues tiene como base un delito precedente; sin embargo, ya existe hoy consenso sobre la figura autónoma de la recepción.

Algunas diferencias esenciales para esa necesaria distinción se aprecian en:

- La receptación:
 - a) En función del bien jurídico protegido, que en la receptación es el patrimonio, mientras que el blanqueo, anticipamos, es un delito pluriofensivo;
 - b) El receptor ha de actuar con ánimo de lucro, y
 - c) En la receptación el delito referente debe afectar al patrimonio o al orden socioeconómico, en tanto que en el blanqueo puede referirse a cualquier delito grave.

- El encubrimiento, como figura punible autónoma, se distingue:
 - a) El bien jurídico protegido es la administración de justicia;
 - b) No se requiere ninguna consideración sobre el delito referente, mientras que en el blanqueo este debe ser grave;
 - c) Los límites de la sanción están en correspondencia a la del delito encubierto, y
 - d) En el encubrimiento opera la excusa absolutoria entre parientes como circunstancia que excluye la punibilidad.

Estas diferencias permite afirmar que el carácter autónomo de la figura del lavado dinero se enfrentara en su ocurrencia a problemas concursales que deben ser resueltos tomando como base lo siguiente:

1. Con la receptación el concurso es aparente de normas a resolver, primero a través de la regla de la especialidad y, en su defecto, por el de alternatividad.
2. Con el encubrimiento se solapan conductas propias del favorecimiento real y personal, con lo que el concurso también es de normas, que habrá de resolverse conforme al criterio de la alternatividad.

3. Con las falsedades documentales el concurso es medial, salvo que la conducta falsaria deba considerarse ideológica e impune.
4. Con el tráfico ilícito de drogas, cuando las ganancias del tráfico se reinvierten en la adquisición de nuevas drogas, la conducta ya no es de blanqueo, sino que constituye nuevo delito contra la salud pública. Como advierte Aránguez,⁴¹ ya no se afecta el bien jurídico protegido, en la medida en que los capitales no entran en el circuito económico legal.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA DOGMÁTICA PENAL FRENTE A LOS RETOS DE NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD

El sistema del derecho penal está convocado en la etapa actual a una serie de replanteos y modificaciones profundas que suponen que el modelo tradicional será transformado en un futuro cercano; esto es consecuencia directa de las transformaciones que se operan cada día en la sociedad y motivan una renovación dialéctica del pensamiento.

La búsqueda de ciertos efectos de política-criminal y la satisfacción de algunas necesidades puntuales de protagonismo social del derecho penal actúan como comunes denominadores de todos estos intentos, sin que se pretenda con ello retroceder en el terreno ganado para el derecho en general, que sitúa al derecho penal en el lugar que le corresponde y disponiendo el principio de Intervención Mínima; por tanto, su papel en la vida social no debe ser cotidiano, sino todo lo contrario, gozar de una posición excepcional. Cada día surgen propuestas renovadas, de cambios en el contenido de algunas categorías tradicionales, de creación de otras nuevas y de aniquilación sistemática de algunos conceptos, que hasta hace poco tiempo eran «inmutables».

En este contexto, uno de los problemas reconocibles en la política-criminal es la relación entre persona jurídica y derecho penal; es decir, la paradoja que presenta por un lado un derecho penal estructurado sobre la base de una persona física que delinque y por otro una realidad social que demuestra que las personas jurídicas distinguen la dirección primaria de la política-criminal en dos aspectos: uno el crítico y otro el constructivo; al primero corresponde el estudio de las medidas en vigor, de su influencia y efecto, al segundo la

⁴¹ Aránguez, C. (2000). *op.cit.*, p. 96.

elaboración de las nuevas medidas recomendables según su fundamentación experimental o empírica, por ello se afirma que el mundo moderno está invadido por los métodos aconsejados por la política-criminal, que va inspirando nuevos códigos y proyectos, y consolidando importantes conquistas, toda vez, que la tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, en un momento dado, frente a las violaciones que la ponen en peligro;⁴² nadie puede negar que hoy la situación que presentan los distintos Estados con las asociaciones y corporaciones es peligrosa y debe enfrentarse, por tanto, las líneas de una política-criminal no se pueden trazar sin tener en cuenta la masificación de fenómenos criminales,⁴³ como los que se dan en el marco de las personas jurídicas.

El problema en este particular se torna muy complejo, y los discursos doctrinales ofrecen distintos argumentos. Por un lado, se encuentran los autores que consideran que los principios de política-criminal permiten dar un nuevo enfoque a los conceptos de la dogmática, y por otro, los que consideran que al amparo de la misma se obliga a la transformación de estos conceptos.

Se señala que a finales de la década de los setenta el «clima generalizado»⁴⁴ entre los penalistas era el de sostener la opinión que, desde el punto de vista político-criminal y por razones vinculadas a la proliferación de sociedades relacionadas con nuevas formas de delincuencia socioeconómica, la doctrina estaba consciente de la necesidad de derogar la fórmula *societas delinquere non potest*; sin embargo, se reconoció la imposibilidad de exigir responsabilidad penal a los entes colectivos teniendo en cuenta los conceptos que perduran en la dogmática para «acción», «culpabilidad» y «pena». Esto es una clara polémica que se mantiene en la actualidad, pero lo cierto es que las personas jurídicas poseen un impresionante poderío económico en la actualidad y son un instrumento efectivo que se utiliza para la comisión de nuevos delitos, dentro de los que se encuentra el lavado de dinero.

⁴² Carranca, R. (1941). *Derecho penal mexicano: parte general*. 2da edición. México: Porrúa, p. 206.

⁴³ Rodríguez, J. (1981). «Sobre la necesidad de una nueva política-criminal», en *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*. Tomo xxxiv. Mayo- diciembre, p. 703.

⁴⁴ Zulgadía, J., «Capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas», en *Cuadernos del Poder Judicial. 1992-1996*. Aquí se hace referencia a una monografía escrita con anterioridad, en donde analiza la posibilidad de revisar los conceptos tradicionales de acción, como comportamiento humano, de culpabilidad, como juicio bio-sicológico, y de pena, como castigo retributivo de la culpabilidad.

Por ello, si bien es cierto que aún perduran reparos de índole dogmáticos, la política-criminal ha tomado conciencia de la necesidad de ofrecer tratamiento penológico a los entes corporativos, y no son pocos los códigos penales que a partir de la primera década del 2000 van incorporando este sujeto a sus legislaciones penales, lo que tiene por base las recomendaciones de la Convención de Palermo, en su artículo 10, que encomienda a los Estados revisar sus normas y posibilitar la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas desde una arista penal, civil o administrativa, según corresponda; no obstante, la tendencia hoy es penalizarlas.⁴⁵

EL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) SOBRE EL LAVADO DE ACTIVOS O FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) ON MONEY LAUNDERING.

El crecimiento acelerado del tráfico ilegal de narcóticos a finales de la década de los ochenta del pasado siglo se convirtió en un problema de proporciones alarmantes. Las fuerzas del orden y las leyes nacionales se tornaron insuficientes para enfrentar la amplia difusión geográfica de las actividades de producción, el carácter internacional de las rutas de distribución de drogas, así como la capacidad para mover el dinero producto de las drogas a través de las fronteras.

Para enfrentar el tráfico ilegal de narcóticos, surgió la necesidad de la cooperación internacional a fin de combatir la producción, transporte y comercialización de las drogas y hacer frente al problema mundial del blanqueo de capitales y otros abusos del sistema financiero como un medio de atacar el «corazón» de la delincuencia organizada. Ante la creciente preocupación que despertaba la amenaza del lavado de dinero a las instituciones financieras y el sistema bancario y, especialmente, las destructivas proporciones que el problema de la droga había alcanzado.

⁴⁵ Véase Código Penal cubano, artículo 16.2, Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto Núm. 21-2006, de 19 de julio de 2006, artículo 8 y 31 bis del Código Penal Español, tal y como quedó modificado por la lo 5/2000, de 22 de junio, por solo citar algunos ejemplos. En el caso de la legislación española, se trata de una transformación importante en el pensamiento y tradición jurídica de ese país.

En julio de 1989, los ministros de los países más industrializados del mundo, conocido como G7, decidieron adoptar una serie de pasos. Junto con las medidas para fortalecer la cooperación internacional en la erradicación de la oferta y medidas para frenar la demanda de drogas, se incluía el establecimiento del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre el lavado de activos o Financial Action Task Force (FATF) on Money Laundering, un grupo multinacional con sede en París. La misión inicial del GAFI fue centrarse en la prevención de la utilización del sistema bancario y otras instituciones financieras para el blanqueo de capitales derivado del narcotráfico. Más concretamente, el objetivo primordial era desarrollar un consenso internacional sobre medidas para ayudar a identificar, localizar y aprovechar los productos del delito de drogas y otras actividades delictivas.⁴⁶

Se trata de un organismo único en su género, del que se puede ser parte únicamente por medio de invitación y no por cumplimiento de requisitos, como ocurre con otros organismos internacionales.

Como paso inicial y sobre la base de un análisis de la situación del momento, el GAFI elaboró una serie de recomendaciones sobre las medidas concretas, incluida la adaptación de los sistemas jurídicos y de reglamentación, que ayudarían a detectar, prevenir y castigar el mal uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales, definiendo al lavado de activos como un delito autónomo.

El GAFI,⁴⁷ creado por el G7 con el objetivo de aunar esfuerzos internacionales contra el lavado de dinero, emitió la definición de este delito como:

La conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que deriva de un delito, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal, ayudar a cualquier

⁴⁶ Véase «¿Qué es GAFI?» Recuperado el 26 de octubre de 2014, del <http://www.cpbctesoro.es/blancapitales/GafiQuees.htm>

⁴⁷ El GAFI es un cuerpo internacional independiente, cuya Secretaría tiene sede en la OCED. Los 31 países y gobiernos miembros del GAFI son Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, Hong Kong, China, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Singapur, Sur África, Suecia, Suiza y Turquía. Dos organizaciones internacionales también son miembros del FATF: la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo. Véase «United States Inter American Community Affairs, Prevención de lavado de dinero y activos. Revisión de las cuarenta recomendaciones». Recuperado el 24 de octubre de 2014, de <http://interamerican-usa.com/articulos/Lavado-dinero/Lavdin-8-recom-adic.htm>

persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar. Ocultar o disfrazar la naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal. La adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo al momento en que se reciben, que deriva de una ofensa criminal o de la participación en algún delito.

El GAFI ha fomentado la creación de organismos regionales para promover la aplicación del sistema de evaluaciones mutuas, establecidos sobre la base de las 40 Recomendaciones. En nuestra área geográfica se han creado el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), con sede en Puerto España, Trinidad y Tobago, y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD),⁴⁸ cuya sede se encuentra en Buenos Aires, Argentina.

Durante la XXIX plenaria del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) que se realizó el 10 y 11 de julio en Cartagena de Indias, Colombia, se aprobó el cambio de nombre de GAFISUD a GAFILAT (Grupo de Acción Fi-

⁴⁸ Véase GAFISUD. Organización intergubernamental de base regional que agrupa a una cifra creciente de países de América del Sur, Centroamérica y América de Norte para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra ambos temas y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros. Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del memorando de entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de nueve países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente, se incorporaron como miembros plenos México (2006), Costa Rica y Panamá (2010). El grupo goza de personalidad jurídica y estatus diplomático en Argentina donde tiene la sede su secretaría.

Participan como observadores Alemania, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, Canadá, el Reino de España, los Estados Unidos de América, el Fondo Monetario Internacional, Francia, Guatemala, la Organización de Estados Americanos, representada por la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD) y el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), la Organización de las Naciones Unidas, representada por la Oficina contra la Droga y el Delito y por el Secretariado del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad, Interpol y la República de Portugal. También asisten a sus reuniones, como organizaciones asociadas, el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el lavado de dinero (GAFI/FATF), el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC/CFATF) y el Grupo Asia-Pacífico contra el lavado de activos (APGML). En 2013 se incorporaron Cuba, Guatemala, Nicaragua y Honduras y en julio de 2014, asistió a la XXIX Reunión Plenaria efectuada en Cartagena de Indias, como nuevo miembro observador, el Banco Centroamericano de Integración Económica. Disponible en <http://www.gafisud.info/quienes.php>

nanciera de Latinoamérica), en reconocimiento a la integración de países de Centro América y el Caribe en el grupo.⁴⁹

Entre sus miembros se encuentran los principales centros financieros de Asia, Europa, América del Norte y del Sur. Es un organismo multidisciplinario (condición fundamental para luchar contra el blanqueo de capitales), que reúne a expertos encargados de adoptar medidas sobre cuestiones jurídicas, financieras y operativas. En abril de 1990 dio a conocer cuarenta recomendaciones que constituyen el marco básico de lucha contra el blanqueo de capitales y que han sido concebidas para una aplicación universal. Las recomendaciones abarcan el sistema jurídico penal y policial, el sistema financiero y su reglamentación y la cooperación internacional.

Las recomendaciones del GAFI establecen un marco global y coherente de las medidas que los países deben poner en práctica con el fin de combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Los países tienen diversos marcos jurídicos, administrativos y operativos y distintos sistemas financieros, por lo que no todos pueden adoptar las mismas medidas para contrarrestar estas amenazas. Estas recomendaciones, por lo tanto, establecen una norma internacional que los países deben poner en práctica a través de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares.⁵⁰

Las cuarenta recomendaciones originales del GAFI se elaboraron en 1990 como una iniciativa para combatir el mal uso de los sistemas financieros por blanqueadores del producto del narcotráfico. En 1996, las recomendaciones fueron revisadas por primera vez para reflejar la evolución de las tendencias de blanqueo de capitales y sus técnicas y para ampliar su alcance más allá de blanqueo de capitales procedente de la droga. En octubre de 2001, el GAFI amplió su mandato para abordar la cuestión de la financiación de las actividades de organizaciones terroristas, por tanto, se dio un paso importante en la creación de las ocho (que más tarde se ampliaron a nueve) recomendaciones especiales

⁴⁹ Véase Actualmente lo integran 16 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay y Uruguay. «República de Nicaragua. Unidad de Análisis Financiero». Recuperado el 1 de noviembre de 2014, del <http://www.uaf.gob.ni/index.php/difusion/sala-de-prensa/49-gafisud-ahora-se-llama-gafilat>

⁵⁰ *Normas Internacionales contra el Blanqueo de Capitales, Financiación del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. Las recomendaciones del GAFI*. Versión aprobada el 15 de febrero de 2012, p. 6.

sobre la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

Las recomendaciones se revisaron por segunda vez en 2003 y, junto con las recomendaciones especiales, han sido respaldadas por más de 180 países y son universalmente reconocidas como el estándar internacional contra el blanqueo de capitales y la lucha contra la financiación del terrorismo (AML/CFT).⁵¹

En el marco de la tercera reunión plenaria del XXIII periodo celebrada el 13 al 17 de febrero de 2012, los miembros del GAFI aprobaron las nuevas recomendaciones del organismo para prevenir y combatir el lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.⁵² De esta forma quedaron integradas las cuarenta recomendaciones en materia de lavado de dinero y las nueve recomendaciones especiales en materia de financiamiento de terrorismo, en lo que se ha dado en llamar las Nuevas Recomendaciones del GAFI, de 2012.

El GAFI, a través de sus recomendaciones, fija un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares, de manera que puedan:⁵³

⁵¹ *Idem*, p. 6. El GAFI también establece orientación, documentos de buenas prácticas y otros consejos para ayudar a los países a la aplicación de las normas del GAFI. Estos documentos no son obligatorios para evaluar el cumplimiento de las normas, pero para los países pueden tener valor para tener en cuenta al considerar la mejor manera de aplicar las normas del GAFI. Las siglas AML/CFT, significan: lucha contra el blanqueo de capitales / contra la financiación del terrorismo.

⁵² Véase Las nuevas recomendaciones del GAFI, que integran las cuarenta recomendaciones en materia de lavado de dinero y las nueve recomendaciones especiales en materia de financiamiento de terrorismo, implican un avance importante en el esfuerzo internacional por prevenir y combatir los delitos de lavado de dinero, financiamiento de terrorismo (desde 2001) y en contra del financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva a partir de las nuevas recomendaciones aprobadas en febrero de 2012. En la actualidad, existe una aceptación general en cuanto a que los instrumentos utilizados para la prevención y el combate al lavado de dinero son complementarios y esenciales y en contra del financiamiento del terrorismo. En este sentido, el GAFI consideró oportuno que las nuevas recomendaciones se consolidaran en una sola serie de estándares/recomendaciones para prevenir y combatir ambos delitos. El resultado son las nuevas cuarenta recomendaciones. Recuperado de «Las Recomendaciones del GAFI, actualizadas en 2012. Revisadas el 24 de octubre de 2014». <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/49/29/49684543.pdf>

⁵³ «GAFISUD, estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, febrero 2012» p. 6. Recuperado el 26 de octubre de

- Identificar los riesgos y desarrollar políticas y una coordinación local;
- Luchar contra el lavado de activos; financiamiento del terrorismo y la proliferación;
- Aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados;
- Establecer poderes y responsabilidades (por ejemplo: autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales;
- Mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas, y
- Facilitar la cooperación internacional.

No es propósito de este estudio comentar las recomendaciones, (mismas que pueden ser consultadas en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/49/29/49684543.pdf>), pero por su importancia para la determinación por los Estados y de los estándares internacionales aplicables, transcribimos el contenido de las siguientes:

- No. 3. El delito de blanqueo de capitales: «Los países deben tipificar como delito el blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos».
- No. 5. El delito de financiación del terrorismo: «Los países deben tipificar como delito la financiación del terrorismo sobre la base del Convenio de Financiación del Terrorismo y deben tipificar como delito, no solo la financiación de actos terroristas, sino también la financiación de organizaciones terroristas y de terroristas individuales, incluso en ausencia de relación a un acto o actos específicos de terrorismo. Los países deben asegurarse de que tales delitos se establezcan como delitos previos del lavado de activos».

2014, de <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

- No. 7. Sanciones financieras específicas relacionadas con la proliferación: «Los países deben aplicar sanciones financieras específicas para cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a la prevención, supresión e interrupción de la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiación. Estas resoluciones exigen a los países congelar sin demora los fondos u otros activos y asegurarse que las personas designadas por o bajo la autoridad de las Naciones Unidas del Consejo de Seguridad, en virtud del capítulo VII de la carta de las Naciones Unidas, no disponen de fondos y otros activos».
- No. 24. Transparencia y titularidad real de las personas jurídicas: «Los países deben tomar medidas para prevenir el uso indebido de personas jurídicas para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Los países deben asegurarse de que puede obtenerse información adecuada, precisa y oportuna sobre la propiedad y el control de las personas jurídicas o acceder a ella de manera oportuna por las autoridades competentes. En particular, los países donde se permitan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador o que autoricen accionistas o consejeros fiduciarios deben tomar medidas efectivas para asegurar que no se utilizan para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo».
- No. 35. Sanciones: «Los países deben asegurarse que imponen sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, sean penales, civiles o administrativas para aplicarlas a las personas físicas o jurídicas incluidas en las recomendaciones 6 y 8 a 23, que no cumplan con requisitos AML/CFT. Las sanciones deben ser aplicables no solo a las instituciones financieras y las DNFBPS, sino también a sus consejeros y altos directivos».
- No. 36. Instrumentos internacionales: «Los países deben tomar medidas inmediatas para ser parte y aplicar plenamente la Convención de Viena de 1988, la Convención de Palermo de 2000, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Convenio sobre la financiación del terrorismo, de 1999. En su caso, los países también son alentados a ratificar e implementar otros convenios internacionales pertinentes, tales como el del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia de 2001, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002 y

del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y el comiso del producto del delito y en la financiación del terrorismo, de 2005».

En los últimos años, a partir de los estándares internacionales que ha fijado el GAFI, los Estados se han visto obligados a desarrollar una labor de perfeccionamiento constante de los tipos penales para darle espacio a esta nueva forma delictiva en sus diversas modalidades esto con el objetivo de incorporar nuevos métodos de investigación criminal, estar acorde al desarrollo vertiginoso de la delincuencia organizada y de los grupos terroristas.

El GAFI posee dos mecanismos básicos de evaluación de la aplicación de sus recomendaciones:⁵⁴

- Ejercicios de auto-evaluación
- Evaluaciones mutuas

Los ejercicios de auto-evaluación consisten en la respuesta de cada país respecto de la situación en torno a la aplicación de los criterios contenidos en las recomendaciones del GAFI.⁵⁵ Estos ejercicios se realizan una vez al año, y tienen por objeto monitorear la evolución de los países respecto de sus sistemas antilavado de dinero, así como armonizar la legislación en la materia, siempre siguiendo como criterio las recomendaciones, que como señalamos anteriormente, desde febrero de 2012 se integraron en las nuevas recomendaciones del GAFI.

Las evaluaciones mutuas constituyen el proceso mediante el cual el GAFI examina el nivel de cumplimiento de los criterios y recomendaciones que formula en materia de prevención y control del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

⁵⁴ Véase <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/es/gafi/110>. Unidad de Información Financiera (UIF) fue creada en el 2000 a través de la Ley NÚM. 25.246 para la investigación del delito de lavado de activos, Argentina. Recuperado el día 26 de octubre de 2014.

⁵⁵ Actualmente las nuevas recomendaciones del GAFI, de febrero de 2014.

La metodología de evaluación, que se realiza con el objetivo de determinar la existencia de un adecuado marco legal institucional destinado a prevenir y controlar el lavado de activos y el terrorismo, debe incluir:⁵⁶

- Leyes que tipifiquen el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, y que impongan obligaciones a las instituciones financieras.
- Un apropiado marco institucional administrativo.
- Leyes que provean a las autoridades competentes de las tareas, poderes y sanciones necesarias.
- Políticas sostenibles para el sector financiero.
- Infraestructura desarrollada del sector público.
- Códigos que aseguren el comportamiento ético y profesional de las personas.

Uno de los mecanismos aplicados por el GAFI que mayor efectividad ha demostrado en la configuración de las políticas antilavado de activos es la elaboración y revisión periódica de las listas que siguen la dinámica de actualización como resultado del examen por el GAFI de los avances de los países.

Mediante comunicación pública, el GAFI actualiza el estado de la situación de las listas de países con deficiencias en sus sistemas antilavado de dinero y contra el financiamiento del terrorismo.

En la actualización de febrero de 2014,⁵⁷ mantienen en su lista roja a Irán y Corea del Norte.

Países con deficiencias en ALD/CFT que no han hecho progresos suficientes para solucionarlas o que no se han comprometido con el GAFI a desarrollar un plan son Argelia, Ecuador, Etiopía, Indonesia, Myanmar, Paquistán, Siria, Turquía y Yemen. El GAFI realizó un llamado a sus miembros a considerar los riesgos que derivan de las deficiencias asociadas con cada jurisdicción.

Otros países, como Afganistán y Camboya, se mantuvieron en la lista gris oscuro, bajo advertencia de pasar a la negra, atendiendo a que los elementos más importantes o la gran parte del plan de acción no han sido realizados.

⁵⁶ Véase: ¿Qué es GAFI? Recuperado el día 24 de octubre de 2014. <http://www.cpbc.tesoro.es/blancapitales/GafiQuees.htm>.

⁵⁷ Véase «Actualización de las listas de febrero de 2014». Recuperado el 29 de octubre de 2014, de <http://www.controlcapital.net/noticia/2786/ACTUALIDAD/Listas-GAFI-a-febrero-de-2014:-paises-con-deficiencias-en-los-sistemas-contra-el-lavado-de-dinero.html>

Un total de 21 países se mantenían, o arribaron, en febrero de 2014 a la lista gris, entre los que se encontraban Cuba y Argentina que, aunque tienen sus planes de acción, no han complementado su implementación, y el GAFI y los grupos regionales del mismo estilo continúan trabajando con ellos para solucionar las deficiencias.⁵⁸

Grupos regionales

El GAFI ha fomentado también la creación de organismos regionales para promover la aplicación del sistema de evaluaciones mutuas establecidos sobre la base de las recomendaciones. En nuestra área geográfica se han creado el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), con sede en Puerto España y Trinidad y Tobago; el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD),⁵⁹ cuya sede se encuentra en Buenos Aires, Argentina.

⁵⁸ El 24 de octubre de 2014, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) confirmó que Argentina y Cuba salen de la lista gris clara de jurisdicciones con deficiencias en sus sistemas de prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo. Respecto a Cuba, el GAFI felicitó al caribeño por establecer el marco jurídico y normativo para combatir eficazmente el lavado de activos y la financiación del terrorismo, deficiencias que habían sido identificadas en febrero de 2013. Sin duda, este es un gran logro para Cuba, toda vez que recién en diciembre de 2012 ingresó a GAFISUD y en febrero de 2013 fue incluido en la lista gris. GAFI confirmó que Cuba continuará trabajando con GAFISUD para fortalecer aún más su sistema de prevención la/ft. Recuperado el 26 de octubre de 2014, de <http://www.infolaft.com/es/art%C3%ADculo/argentina-y-cuba-salen-de-la-lista-gris-de-gafi>

⁵⁹ Organización intergubernamental de base regional que agrupa a una cifra creciente de países de América del Sur, Centroamérica y América de Norte para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra ambos temas y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros. Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento Constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de nueve países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente, se incorporaron como miembros plenos México (2006), Costa Rica y Panamá (2010). El grupo goza de personalidad jurídica y estatus diplomático en Argentina donde tiene la sede su secretaría.

Participan como observadores de Alemania, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, Canadá, el Reino de España, los Estados Unidos de América, el Fondo Monetario Internacional, la República de Francia, la República de Guatemala, la Organización de Estados Americanos, representada por la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD) y el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), la Organización de las Naciones Uni-

Entre los procesos internos de GAFISUD se destacan las evaluaciones mutuas y las visitas de alto nivel. En las evaluaciones mutuas los países son sometidos a un riguroso proceso de análisis y estudio de los sistemas de prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. De estas surgen los planes de acción que elaboran para corregir las deficiencias y poner a las jurisdicciones en sintonía con las mejores prácticas para enfrentar los desafíos que presentan estos crímenes transnacionales.⁶⁰

Durante la XXIX plenaria del GAFISUD, que se realizó del 10 al 11 de julio en Cartagena de Indias, Colombia, se aprobó el cambio de nombre de Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) a Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), en reconocimiento a la integración de países de Centro América y el Caribe en el grupo.⁶¹

El Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) es una organización integrada por veintisiete Estados de la Cuenca del Caribe, que han acordado poner en práctica contramedidas en común para responder a la problemática del delito de lavado de dinero. Fue establecido como resultado de una serie de reuniones convocadas en Aruba en mayo de 1990 y en Jamaica en noviembre

das, representada por la Oficina contra la Droga y el Delito y por el Secretariado del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad, Interpol y Portugal. También asisten a sus reuniones, como organizaciones asociadas, el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre lavado de dinero (GAFI/FATF), el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC/CFATF) y el Grupo Asia-Pacífico contra el lavado de activos (APGML). En 2013 se incorporaron Cuba, Guatemala, Nicaragua y Honduras, y en julio de 2014, asistió a la XXIX reunión plenaria efectuada en Cartagena de Indias, como nuevo miembro observador, el Banco Centroamericano de Integración Económica, disponible en <http://www.gafisud.info/quienes.php>

⁶⁰ A manera de ejemplo de los avances logrados por este grupo regional, Benigno López ha destacado el hecho de que en materia de penalización del lavado de activos en el 2000, todos los países miembros de GAFISUD habían tipificado el delito de lavado de activos, pero vinculado exclusivamente a los delitos previos de tráfico ilícito de drogas. En muchos casos no existía suficiente claridad sobre la autonomía del delito, y ya en 2011, todos los miembros habían ampliado el elenco de delitos precedentes, a un conjunto importante de delitos graves y, en la mayoría de los casos, se habían despejado las dudas jurídicas sobre la autonomía del lavado de activos. Véase López, B. (2011). «Diez años de GAFISUD» Disponible en http://www.gafisud.info/documentos/esp/20_Anos_GAFISUD.pdf

⁶¹ Actualmente, lo integran 16 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay y Uruguay. Véase República de Nicaragua. Unidad de análisis financiero. Recuperado el 1 de noviembre de 2014 <http://www.uaf.gob.ni/index.php/difusion/sala-de-prensa/49-gafisud-ahora-se-llama-gafilat>

de 1992. El principal objetivo del GAFIC es lograr la puesta en práctica efectiva de sus recomendaciones y el cumplimiento de las mismas para prevenir y controlar el lavado de dinero.⁶²

CONCLUSIONES

En la actualidad, con el proceso de globalización de la economía y de los sistemas financieros, existe un creciente consenso en la comunidad internacional y en los Estados, especialmente, en los más industrializados, en la necesidad de fortalecer las medidas de cooperación internacional en la lucha contra el lavado de dinero, a partir del hecho de que ningún país está exento de que se pretenda blanquear dinero en su territorio ni tampoco, de que por esta vía, puedan ser financiadas organizaciones terroristas o bandas criminales de carácter local o transnacional.

El creciente poder que ha adquirido en los últimos años la criminalidad organizada, el aumento de sus fuentes de ingresos y la diversificación de sus actividades, que también se globalizan y les proporcionan crecientes dividendos, le permite penetrar y corromper el sistema de las instituciones estatales y sociales, facilitando la impunidad.

Los ingresos del lavado de dinero son utilizados además para posicionar en el mercado a empresas «legalmente constituidas», con la intención de perpetuar las actividades de los grupos delictivos e interactuar en la sociedad como entes legítimos.

⁶² Los miembros que integran en la actualidad el GAFIC son Antigua y Barbuda, Anguila, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Bermuda, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Curazao, Dominica, República Dominicana, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, San Maarten, Surinam, Islas Turcas y Caicos, Trinidad y Tobago y Venezuela. La secretaría del GAFIC controla la puesta en práctica de la Declaración Ministerial de Kingston a través de las siguientes actividades:

- Autoevaluación de la puesta en práctica de las recomendaciones.
- Un programa continuo de evaluación mutua de sus miembros.
- Coordinación de programas de entrenamiento, asistencia técnica y participación en los mismos.
- Reuniones plenarias semestrales para representantes técnicos.
- Reuniones ministeriales anuales.

El enfrentamiento exitoso a la delincuencia no convencional, fundamentalmente la dedicada al tráfico de drogas, armas y seres humanos, dependerá en gran medida del empeño de los Estados y de la aplicación de políticas coordinadas para evitar que el dinero procedente de las actividades ilegales se pueda convertir en dinero «lícito», para lo que se requiere, además de la aplicación de las políticas adoptadas hasta el presente, de una reconfiguración de los sistemas penales y la creación de instituciones encaminadas a fomentar culturas financieras y económicas que permitan detectar flujos irregulares relacionado con el lavado de activos, de una férrea voluntad política anticorrupción que evite la vulnerabilidad de las medidas que se adopten.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

- Alcale, M. (2010) «Medición de la respuesta punitiva y Estado y Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso». *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal* 24.
- Aliaga, J. (2003). «El sentido del lavado de dinero. Tratamiento penal y administrativo», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. España: CGPJ.
- Álvarez, D. y Palacios, F. (1997). *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.
- Aparicioz, J. (1996). Trascendencia penal de la tributación de actividades ilícitas y ganancias de origen ilegal, en *Blanqueo de dinero y Salud Pública*, Fiscalía General del Estado.
- Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons.
- Arias, A. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 Código Penal)*. España: Lustel.
- Blanco, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.
- Bajo, M. (1995). «Derecho penal económico, desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales», en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE.

Véase Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC). Disponible en https://www.cfatf-gafic.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1540&lang=es.

- Balaguer, M. (2011). «Crónica de Legislación Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europe*, 8, (15). Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/RE-DCE15/articulos/16MLBalaguer.htm>
- Barbier, N. (2013). *Visión integral sobre el recupero de activos de origen ilícito*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, RNBSD Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el Proceso Penal. Buenos Aires: Infojus.
- Binder, A. (2001). «Tenemos una democracia de ciudadanos o de mafias». *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/santa-fe-tenemos-una-democracia-de-ciudadanos-o-de-mafias/>
- Bueno, F.; Helmut, L.; Rodríguez, R. y Zaffaroni, R. (2006). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política-criminal*. Madrid: Dykinson.
- Cabral, C. (2013). «Delito de lavado de dinero. Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo» *Delitos Económicos*. Disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/derecho_penal_a2_n4_2.pdf
- Cadenas, C. (1994). «Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ.
- Calderón, Á. (1996). «El blanqueo de dinero y los delitos monetarios. El control de cambios como mecanismo de prevención», en *Blanqueo de dinero y salud pública*, Fiscalía General del Estado.
- ____ «Circulación de capitales: delitos monetarios, control de cambios y blanqueo de dinero», en *Gaceta Fiscal*.
- ____ (2000). «El blanqueo de capitales, aspectos penales y administrativos», en *Gaceta Fiscal*.
- ____ y Choclán, J. (1999). *Derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Carmona, C. (1995). «La receptación», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ.
- Carpio, J. (1997). *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Choclán, J. (2000). *La organización criminal*, Tratamiento penal y procesal. Madrid: Dykinson.
- Creus, del Rosal Blasco, Bernardo Morillas Cueva, Lorenzo Orts, Enrique Berenguer (2005). *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson.
- María Eloísa Quintero y Miguel Polaino-Orts, (Coordinadores) (2007). *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*. México: Flores.

- Cruz, R. (2004). *Crimen organizado, tráfico de drogas y lavado de dinero*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
- Díaz, J. (1997). *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. Madrid: Dykinson.
- Díez, J. (1994). «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la Legislación internacional en el ordenamiento penal español» *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ.
- _____. «La política legislativa penal Iberoamericana a principios del siglo XXI» *Política-Criminal* 5 A 7-5. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf
- Domínguez, J. (2003). *Sociología jurídico penal y actividad legislativa, sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fabián, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Ferrer, A. (1948). *Comentarios al Código Penal*, tomo 3 Murcia: Sucesores de Nogués.
- Ferré, J. (1999). *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada*. Universidad de Huelva.
- Ganzenmuller, C. (1998). Delitos societarios, de la receptación y contra la hacienda pública. Artículos 290 a 310 del Código Penal. Barcelona, Bosch.
- García, A. (1986). «Bases para una política-criminal de la droga», en *Problemática de la droga en España. Análisis y propuestas políticos criminales*.
- Goite, M. (coord) (2012). *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*. España: Tirant Lo Blanch.
- _____. (coord) (2013). *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. Barcelona: vLex. Disponible en <http://vlex.com/source/temas-derecho-proceso-penal-12247>
- _____. (1999). «La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal». *Revista Cubana de Derecho* 14. Disponible en <http://vlex.com/vid/responsabilidad-personas-juridicas-47205945>
- Gómez, D. (1996). *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Barcelona: Cedecs.
- Gómez, P. (1994). «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento». *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ.
- González, J. (1999). *Derecho penal mexicano. Parte general y especial*. México: Porrúa.

- Hassemer, W. (1989). «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico». *Doctrina Penal*, 46 (47).
- Huerta, S. (1994). «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras figuras afines». *Cuadernos de Derecho Judicial* (CGPJ).
- Jiménez, E. (1962). «Divagaciones en torno al fuero gubernativo fiscal», en *X Semana de Estudios de Derecho Financiero*. Madrid.
- Jiménez, C. (2009). *El blanqueo de capitales*, (tesis doctoral) Universidad Rey Juan Carlos. Disponible en <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2009/cjs/cjs.zip>
- Jordana, L. (1997). *Código Penal doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Trivium.
- Martos, J. (1998). *Receptación y blanqueo de bienes*. Sevilla: Fundación El Monte.
- Marx, C. (1977). *Líneas fundamentales (Grundrisse)*. Barcelona: Crítica.
- Mata, N. (1989). Límites de la sanción en el delito de receptación. La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546. bis. F) del Código Penal. Ministerio de Justicia.
- Medina, A. (2013). *Instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas*. Barcelona: vLex. Disponible en <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180>.
- ____ (coord) (2014). *El derecho penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*. La Habana: UNIJURIS. Disponible en <http://vlex.com/source/derecho-penal-inicios-del-siglo-xxi-encrucijada-entre-garantias-penales-expansionismo-irradi-cal-12330>
- ____ (coord) (2013). «Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI», en *Memorias del IX Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2013 sobre Temas Penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, en Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa*. La Habana: UNIJURIS. Disponible en <http://vlex.com/source/expansionismo-nuevas-formas-de-criminalidad-y-proceso-penal-en-los-inicios-del-siglo-xxi-12360>
- ____ (coord) (2013). *Comentarios a las leyes penales cubanas*. La Habana: UNIJURIS. Disponible en <http://www.lex.uh.cu/librosjuridicos/librospenal/UNIJURIS%20-%202014%20-%20Comentarios%20a%20las%20leyes%20penales%20cubanas.rar>

- Milanese, P. (2008). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf
- Mir, S. (2005). *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Morán, E. (2006). «El lavado de dinero, su entorno internacional y análisis de los ordenamientos jurídicos que en México lo han previsto y sancionado», [tesis de posgrado]. Universidad de la Colina, México. Disponible en http://digeset.ucol.mx/tesis_posgrado/Pdf/ENOC_FRANCISCO_MORAN_TORRES.pdf
- Morillas, L. (2008) *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- ____ (2005). «El derecho penal mínimo o la expansión del derecho penal». *Revista Cubana de Derecho*, 25.
- ____ *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal, Ley Penal*. Madrid: Dykinson.
- ____ (2002). «Reflexiones sobre el derecho penal del futuro». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html
- Moreno, A. y Ruiz, F. (1996). *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*. Castellón: Edijus.
- Muñoz, F. (2001). «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial». *Revista de derecho penal*, 2, pp. 761-762. Disponible en http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_9/59-99.pdf
- Hormazábal, H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Editorial jurídica ConoSur.
- ____ (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. España:Tirant lo Blanch.
- Pérez, M. (1994). «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ.
- Rodríguez, J. «Sobre la necesidad de una nueva política-criminal». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXIV.
- Roxin, C. (1976). *Sentido y límites de la pena estatal. Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Reus.
- Sarrabayrouse, D. y Degoumois, M. (coord) (2012). *Lavado de activos. Prevención y sanción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de*

- la Nación, Programa Nacional de Monitoreo de la implementación de Políticas para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.* Buenos Aires: Infojus.
- Serrano, J. (1998). «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo». *La Ley* 4.647.
- Terradillos, J. (1981). «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela Jurídico-penal». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.*
- Tiedemann, K. (1974). «El concepto de delito económico y de derecho penal económico». Conferencia. Traducción de Leopoldo H. Shiff.
- ____ (1993) *Lecciones de derecho penal económico.* Barcelona: PPU.
- Uribe, R. (2013). «Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos», en Observatorio Interamericano sobre Drogas, Unidad Antilavado de Activos, cicad/oea, Washington, El observador. Disponible en: www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/ElObservador/ElObservador2_2003/HistoriaLavado.doc
- United States InterAmerican Community Affairs (2012). *Prevención de lavado de dinero y activos. Revisión de las cuarenta recomendaciones.* Disponible en <http://interamerican-usa.com/artículos/Lavado-dinero/Lav-din-8-recom-adic.htm>
- Vidales, C. (1997). *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. (2012). *La cuestión criminal.* Argentina: Planeta.
- Zaragoza, J. «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación». *Cuadernos de Derecho Judicial.* (CGPJ).
- ____ (1996). *El comiso de bienes y la inversión de la carga de la prueba en el ámbito patrimonial. Blanqueo de dinero y Salud Pública.* Fiscalía General del Estado.
- Zugaldía, J. (1996). «Capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas». *Cuadernos del Poder Judicial.*

Fuentes Legales

Internacionales

1. Convención internacional sobre restricción en el tráfico del opio, morfina y cocaína de Ginebra, de 19 de febrero de 1925. Disponible en <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i2.pdf>
2. Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. Disponible en http://www.incb.org/incb/es/annual_report_1999.html
3. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 8 de noviembre de 1990. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/irpecrb.html
4. GAFISUD, estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, febrero 2012, p. 6. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>
5. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, Nueva York. Disponible en https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
6. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004, p. 8. Disponible en <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
7. Normas Internacionales contra el Blanqueo de Capitales, Financiación del Terrorismo y la Proliferación, las recomendaciones del GAFI. Versión aprobada el 15 de febrero de 2012, p. 34. Disponible en <http://www.aranzadi.es/blanqueodecapitales/pdf/4.40recomendacionessgafi.pdf>

Nacionales

1. Cuba. Código Penal. Ley No. 62 de 1987. Actualizado. Colección Jurídica. Ministerio de Justicia. La Habana, 1999.
2. Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, Gaceta Oficial No. 44 Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.juventudrebelde.cu/file/pdf/impreso/2013/12/21/isuplementos.pdf>
3. Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006, de 19 de julio de 2006. Disponible en http://www.mingob.gob.gt/images/legislacion/Ley_Contra_la_Delincuencia_Organizada.pdf
4. España. Código Penal Español y Ley Penal del Menor. 19 Edición anotada y concordada. Valencia:Tirant lo Blanch. 2013.
5. Ley Núm. 87 de 16 de febrero de 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria Núm. 1 de 15 de marzo de 1999. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_25.pdf

II. El lavado de dinero y la fe pública notarial

GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ¹

INTRODUCCIÓN

La actividad del lavado de dinero en sí misma no constituye un delito, sino que requiere de un hecho delictivo anterior para ser clasificado como tal; se ha establecido que es una manifestación del crimen organizado y también que menoscaba la administración de justicia y el orden socioeconómico. En este capítulo se trata de clasificar a esta actividad para su mejor estudio, así como mostrar el papel crucial que juega el notario público en su combate y a la falta de coordinación con el gobierno federal para combatir este delito.

DEFINICIÓN DE LAVADO DE DINERO

Como en todo estudio de un concepto resulta indispensable definirlo, y en el caso del lavado de dinero se debe establecer con mucha precisión, ya que es un concepto que al escucharlo aisladamente tiene significados diversos; además,

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, notario público, profesor e investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, integrante del Sistema Nacional de Investigadores (nivel ii), Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán y líder del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional de dicha facultad.

desde el punto de vista jurídico, al fenómeno al cual se refiere, no siempre se le denomina de la misma manera.

En países como España se le ha dado como nombre «blanqueo de dinero», concepto que al igual que el de lavado de dinero no lo considero adecuado, pues de la misma manera es un nombre erróneo.

La doctrina es coincidente en que el nombre de «lavado de dinero» surge del país vecino, de la expresión *money laundering* proveniente de la actividad ilícita relacionada con el narcotráfico, locución que hemos adoptado indebidamente como tantas otras locuciones que surgen de los Estados Unidos que resultan muy lejanas a nuestra realidad.

Blanco Cordero, en su obra *Blanqueo de Capitales*, hace un estudio de las múltiples denominaciones que al respecto se han dado:

La designación de este fenómeno es muy variada en los diversos idiomas. En España se ha utilizado la fórmula blanqueo de dinero, que empleaba el proyecto de Código Penal de 1992, en el capítulo xvi, del título xii, del Libro ii, rubricado: De la recepción y del blanqueo de dinero, y cuya Exposición de motivos decía expresamente que: la utilización del neologismo «blanqueo de dinero» obedece a la convicción de que es la expresión que mejor designa la clase de conductas que se describen.

En los países de habla hispana de América se utiliza la locución «lavado de dinero», traducción literal de *money laundering*. Otros países como Alemania y Suiza emplean expresiones similares en sus respectivos idiomas; en concreto, en Alemania se emplea la expresión *Geldwasched* y en Suiza y Austria, *Geldwaschered*.²

Independientemente que estemos o no de acuerdo con el nombre al que se refiere este fenómeno, que en lo particular considero que el más adecuado es el de dinero ilegal, es importante su definición para así poder iniciar con su estudio dogmático.

Son variadas las definiciones que desde que se formuló este fenómeno se han establecido, de esta forma los diversos diccionarios se refieren al lavado de dinero como «ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables».³

² Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. España: Thomson Reuters, pp.84-85.

³ Pérez, B. (2002). «Voz Lavado de Dinero», en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México:Porrua, p. 862.

De la misma manera, la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM establece una noción estricta frente a una más amplia; al respecto señala:

En lo que concierne al concepto legal de «lavado de dinero», conviene aclarar que hay que manejar una noción estricta frente a otra más amplia. En este último sentido se alude genéricamente al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de administración tributaria; en cambio, en su sentido estricto lavado de bienes es el referido exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo y es, consecuentemente, el que hace la intervención del derecho penal.⁴

Y concluye:

[...]el lavado de dinero es una forma típica y antijurídica de delinquir organizada, dando como consecuencia que las ganancias producidas del ilícito se transformen en ingresos aparentemente lícitos, que son manipulados por instituciones financieras, así como por otros tipos de empresas como si fueran ganancias lícitas.⁵

Otros autores, como Caparrós, citado en la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, define al lavado de dinero como:

[...] el proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas, de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad.⁶

Por último, Caparrós da una noción que se relaciona directamente con la actividad económica y se refiere al blanqueo de dinero como «el proceso por virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita».⁷

⁴ *ídem.* p. 864

⁵ *ídem.* pp. 864-865.

⁶ *ídem.* p. 864.

⁷ *Ídem.* p.92.

Así pues, en principio ha quedado claro que el blanqueo o lavado de dinero, en sí no constituye un delito, ya que su finalidad es invertir el dinero en actividades lícitas, por lo que el delito se efectúa antes de que se invierta el dinero, de esta manera lo podemos considerar como una figura compleja; sin embargo, esta figura ha sido tipificada como delito en la mayoría de los países, llegando al extremo que se constituye el ilícito por el solo hecho de la obtención de la riqueza sin comprobar, y es por eso que, sin considerar al lavado de dinero como tipo delictivo, lo podemos definir como la obtención de recursos de origen ilegal, los cuales se invierten en negocios lícitos.

EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Como se mencionó anteriormente, se puede considerar que por sí solo, el lavado de dinero no constituye un delito, pues no basta la adquisición de recursos, sino que estos recursos deben de proceder de una actividad ilícita, lo cual se corrobora con el artículo 400 bis del Código Penal Federal que establece:

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno 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.

No basta con que se adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, recursos, sino que es necesario que dichos recursos procedan precisamente de un ilícito. Al respecto Bacigalupo expresa que en:

Muchas ocasiones el delito de lavado de dinero va ligado al delito de defraudación fiscal, pues, en términos generales, se omite el pago del impuesto cuando el ingreso se obtiene ilegalmente, de esta manera se ha dicho que: no obstan-

te, es preciso reconocer la existencia de un cierto consenso de que el delito fiscal puede ser un delito del que provengan bienes susceptibles del blanqueo.⁸

También se ha discutido sobre el concurso que se deriva de estos dos supuestos, como Bacigalupo lo señala:

Aunque se considera que los hechos imputados a un mismo autor pueden ser formalmente subsumidos bajo los tipos del delito fiscal y del blanqueo de dinero, ambos tipos concurren en la forma de un concurso (aparente) de normas que excluye el delito de blanqueo por ser un hecho posterior copenado[...]⁹

Independientemente que se considere al lavado de dinero como un delito autónomo o dependiente de otro delito, el tipo penal ya se encuentra claramente definido, pues si entendemos al tipo como lo define Echandía: «la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible»¹⁰, la conducta que constituye el delito de lavado de dinero se encuentra perfectamente descrita en el Código Penal Federal.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Otro de los aspectos del cual en múltiples ocasiones se ha hablado y escrito es lo relacionado al bien jurídico protegido del lavado de dinero, y al respecto existen variadas opiniones, coincidiendo la mayoría que es la administración de la justicia, pues el delito de blanqueo o lavado de dinero surge como consecuencia de una conducta que oculta un delito ya cometido, y por lo tanto, se ha dicho que esta conducta actualmente tipificada como delito, lesiona la administración de justicia. Y es por ello que coincidimos que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, pues con el lavado de dinero se evita el descubrimiento por las autoridades de la comisión de un delito ya existente.

Se pudiera pensar que el bien jurídico protegido en el establecimiento del delito de lavado de dinero es la protección de las actividades empresariales;

⁸ Bacigalupo, E. (2012). *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*. España:Civitas, p.13-16.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Echandía, R. (1999). *Tipicidad*. Colombia:Temis, p. 7.

con lo cual no estamos de acuerdo, ya que el derecho penal económico en realidad protege la libre competencia, y en principio el fenómeno de lavado de dinero no lesiona la actividad empresarial, sino por el contrario la puede incentivar. Con esto no estamos afirmando que sea positivo para la empresa el lavado de dinero, pues a la larga, por tratarse de recursos obtenidos ilícitamente, son muy vulnerables y, por lo tanto, susceptibles de decrecer y a la larga desaparecer.

Peña Cabrera:

Definir el derecho penal económico no es empresa fácil, pero, podríamos decir que el derecho penal económico es un apéndice del ius puniendi estatal, que se encarga de prevenir y reprimir aquellas conductas disvaliosas, que se manifiestan en una grave perturbación y distorsión de la normatividad que regula la libre competencia y otros principios fundamentales, que se coligen de una economía social de mercado. En suma, el derecho penal económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso a utilizar por el Estado y luego de haber echado mano a todos los demás instrumentos de política económica o de control que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica.¹¹

El bien jurídico protegido no siempre ha tenido el mismo objeto, pues en la medida que ha evolucionado la sociedad, también ha venido evolucionando el objeto del bien tutelado, ya que, en un principio, y de acuerdo a las corrientes individualistas en materia penal, el bien jurídico protegido consistía en la protección del individuo en lo particular y actualmente se ha extendido a la protección del interés general. De esta forma Abanto hace un análisis histórico de esta figura y nos indica:

La creación del concepto «bien jurídico» (o por lo menos, el haber sentado las bases para ello se atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la «lesión de derechos» de Paul Johann Anselm Feurbach y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea uno que fuera independiente del mero

¹¹ Peña, F. (2007). *Modernas tendencias de dogmática penal y política-criminal*. Perú: Idemsa, p. 702.

concepto positivo. En contra de la concepción de Feurbach que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, Birnbaum quería resaltar aquello que sería realmente «lesionado» por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad.¹²

Autores como Ragués (citado por Blanco Cordero) señalan que el delito de blanqueo de dinero encuentra su justificación en tanto que «es un instrumento político-criminal necesario para reforzar la función de la pena prevista para los delitos previos. Se puede así concebir como un instrumento para hacer frente a los delitos de los que proceden los bienes cuyo origen se pretende ocultar».¹³

También se ha señalado que el bien jurídico protegido es la lucha contra la delincuencia organizada, pues trata de evitar que el crimen organizado cuente con recursos para realizar sus actividades ilícitas. Al respecto Stephan (citado por Blanco Cordero) señala que:

La norma penal pretende prevenir el peligro de una infiltración en la sociedad de la criminalidad organizada; no se dirige tanto a una represión retrospectiva de la lesión del bien jurídico, sino más bien hacia el impedimento de futuros hechos delictivos. Tiende a proteger a la sociedad del aumento de estructuras mafiosas y capitales ilícitos potencialmente peligrosos[...]¹⁴

Existe otra corriente que señala que el bien jurídico protegido es fundamentalmente económico, ya que el bien que protege es la circulación de los bienes en el mercado.

Por mi parte considero que cada uno de los autores citados tienen razón al indicarnos diferentes bienes protegidos por el delito de blanqueo de dinero y, por lo tanto, se puede hablar de un delito pluriofensivo, pues como lo señala el propio Blanco: «menoscaba la administración de justicia y el orden socioeconómico».¹⁵

¹² Abanto, M. (2007). *Modernas tendencias de dogmática penal y política-criminal*. Perú: Idemsa, p. 2.

¹³ Blanco, I. *op. cit.*, p.199.

¹⁴ *Ídem*. p.201.

¹⁵ *Ídem*. p.213.

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y EL LAVADO DE DINERO

Respecto a la delincuencia organizada, se debe de señalar que el lavado de dinero es una manifestación elemental de lo que conocemos por delincuencia organizada, pues sus acciones se realizan entre miembros tendentes a la creación de mercados de bienes y servicios de manera subrepticia para intervenir y, a su vez, generar más ganancias, que en realidad son producto de actividades ilícitas.

A través del lavado de dinero, los integrantes de la delincuencia organizada tienen acceso a las actividades de los mercados tanto nacionales como internacionales, independientemente de la rama de la economía de que se dediquen; de esta manera encontramos a la delincuencia organizada formando parte de empresarios supuestamente respetables, ya sea en la rama financiera, agrícola o industrial, e inclusive en el área de prestación de servicios, como es el ramo hotelero.

Para investigadores como Galain, se debe de entender como delincuencia organizada

el número plural de personas establecidas en el tiempo con carácter organizado, dedicadas a la comisión de delitos graves, con el fin de obtener beneficios, ya sea de carácter económico, y que la mayoría de las veces poseen un ámbito operacional del orden transnacional.¹⁶

Por su parte, De la Cruz considera que la delincuencia organizada es un fenómeno que, «por su desarrollo e impacto en las sociedades, debe ser analizada con nuevos instrumentos jurídicos que permitan tener en cuenta sus diferencias cualitativas con la criminalidad convencional».¹⁷

Estamos completamente de acuerdo con el razonamiento expuesto por De la Cruz, pues la delincuencia organizada se va sofisticando cotidianamente, ya que en la actualidad instituciones financieras internacional de gran importancia están participando dentro de este fenómeno delictivo; asimismo sectores económicos importantes de la sociedad en muchas ocasiones también en participan de la delincuencia organizada, formando consorcios que por su

¹⁶ Galain, P. y Romero, A. (2007). *Modernas tendencias de dogmática penal y política-criminal*. Perú: Idemsa, p.338.

¹⁷ De la Cruz, R. (2007). *Panorama internacional sobre justicia penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 187.

importancia y reconocimiento social se vuelven invulnerables ante las propias autoridades y, lo que es peor, participan en las grandes decisiones nacionales.

La delincuencia organizada como fenómeno trasnacional

El lavado de dinero lo encontramos en múltiples dimensiones internacionales, ya que no existe solamente en una nación, y afecta tanto intereses de un individuo como de grandes conglomerados y, en muchas ocasiones, de todo un Estado. En términos generales, su finalidad es en términos generales ampliar sus redes, pues el dinero es un bien que desconoce fronteras, sobre todo cuando se trata de monedas que en el comercio internacional cuentan con una gran fortaleza, como el euro o el dólar.

El nuevo orden económico mundial ha propiciado la aparición de nuevas figuras delictivas que tienen que analizarse con una perspectiva diferente a la delincuencia tradicional. De esta forma surge la delincuencia organizada a nivel trasnacional, la cual, como lo señala Márquez «trae en jaque a una considerable cantidad de países».¹⁸

Es por ello que los Estados están instrumentando nuevas políticas-criminales que han expandido el derecho penal, así como la prevención del delito. Al respecto, Márquez nos señala:

Naturalmente, la política-criminal de los Estados se ha bifurcado en dos grandes direcciones: una, basada en la expansión constante del derecho penal, con la frecuente creación de nueva conductas típicas, que intentan abarcarlo todo y que acaban por no abarcar nada y, por el carácter represivo de su lucha contra la criminalidad.

Otra, la de un derecho penal de carácter preventivo, sujeto al principio de intervención mínima y de la consideración de la herramienta jurídico-penal como la última ratio, que enlaza perfectamente con los postulados derivados de los principios democráticos de un estado de derecho.¹⁹

Ya que el lavado de dinero se ha constituido como un fenómeno internacional, diversos organismos internacionales han respondido tratando de contro-

¹⁸ Márquez, R. (2001). *Derecho penal y globalización*. México: Porrúa, p. 173.

¹⁹ *Ídem*.

lar y, de ser posible, eliminar este fenómeno, es por ello que se ha intensificado la cooperación en contra de este delito en todo el ámbito internacional. Sobre este punto Blanco ha mencionado lo siguiente:

Ello se ha manifestado, de un lado, en el deseo de reforzar y extender los mecanismos de cooperación internacional y, de otro, en la proliferación de acuerdos específicos en relación con las formas de actividad criminal de particular importancia internacional, tales como terrorismo, el *insider trading* y, fundamentalmente, en la materia que nos ocupa, el fenómeno del blanqueo de capitales.²⁰

Para evitar este fenómeno se han emitido importantes acuerdos a nivel internacional, entre los que destacan:

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000.
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción conocida como la Convención de Mérida en el 2003, mediante la cual se impone la obligación de tipificar penalmente el delito de lavado de dinero.
- Convenio de Varsovia de mayo del 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

Así pues, la estrategia para el combate al lavado de dinero se puede dividir en dos vertientes: la relativa al decomiso de bienes y la que se refiere al aspecto penal, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Por lo que se refiere a la lucha en el ámbito penal internacional, Blanco indica que la evolución internacional para tipificar penalmente al lavado de dinero ha tenido varias etapas, su última fase ubicada en el año 1989, con la

²⁰ Blanco, I. *op. cit.*, p. 94.

aparición del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y la aprobación de las cuarenta recomendaciones sobre el blanqueo de capitales.²¹

Una de las medidas internacionales que se han tomado es la referente a la actividad notarial, pues en muchas ocasiones se ha utilizado a los fedatarios públicos para cometer este tipo de ilícitos. Es por esto que es necesario un análisis de la actividad notarial y de la intervención del notariado dentro del combate al lavado de dinero.

La fe pública y el delito de lavado de dinero

El notario público es un profesionalista del derecho que dentro de sus funciones se encuentra facultado por el Estado para autenticar los actos jurídicos que se presenten ante él.

De esta manera lo ha definido la Ley del Notariado del Distrito Federal:

ARTÍCULO 10.- Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de Ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.

En la actualidad ya ha quedado claro que el notario público no es un funcionario o servidor público, tema ampliamente discutido, y para el presente estudio, es importante reiterarlo, pues de otra manera se le ubicaría como tal dentro del delito de lavado de dinero.

Fernández²² hace un estudio histórico sobre este tema, y refiere que en la Ley del Ventoso XI de 1803, se determinaba:

Artículo 1. Los notarios son los funcionarios públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a que las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad propio de los públicos, y para asegurar la fecha, conservar su depósito y librar copias y testimonios.

²¹ Ibid. p.99

²² Pérez, B. (1997). *Derecho notarial*. México: Porrúa, p. 165.

Fernández también señala que en México la ley de 1901 fue la que calificó al notario como funcionario público al igual las posteriores leyes (1932, 1945, y 1980) continuaron designándolo de esta manera; sin embargo por reformas del 13 de enero de 1986 se estableció que el notario es un profesional del derecho.²³

Es precisamente esa mas reciente autenticación la que lo vuelve susceptible notario público de participar en actividades de lavado de dinero.

La vigente Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de octubre de 2012, establece medidas para impedir que algunas operaciones jurídicas que se deben de elevar a escritura pública legitimen operaciones derivadas de actividades ilícitas.

La referida ley establece dos restricciones importantes para la actividad notarial: por una parte, la consideración de algunas operaciones vulnerables y, por otra la prohibición de pagar en efectivo determinadas operaciones que se celebren ante la fe del notario público.

A continuación se transcribe una tabla de las operaciones que se consideran como vulnerables y que, como consecuencia, el fedatario público debe dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

OPERACIONES LAS QUE EL FEDATARIO DEBE DAR AVISO

| | | | |
|-------------------------|---|--|---|
| Artículo 17.xii.a.a) | Transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles (salvo org. de vivienda). | Cuando la operación tenga un valor igual o superior a 16,000 veces el salario mínimo del DF. | Restricción: dar aviso y realizar la operación en cheque o transferencia bancaria. |
| Artículo 17.xii.a.b) | Poderes de administración o dominio irrevocables. | En todos los casos dar aviso a la SHYCP. | |

²³ *idem*, pp. 165-166.

| | | | |
|-------------------------|--|---|--|
| Artículo 17.xii.a.c) | Personas morales: constitución, modificación, aumento o disminución, escisión, fusión, compra-venta de acciones o partes sociales. | Cuando la operación tenga un valor igual o superior a 8,025 veces el salario mínimo del DF. | Dar aviso a la SHYCP. |
| Artículo 17.xii.a.d) | Constitución o modificación de fideicomisos traslativos de dominio o de garantía sobre inmuebles (salvo garantía a org. de vivienda) | Cuando la operación tenga un valor igual o superior a 8,025 veces el salario mínimo del DF. | Dar aviso a la SHYCP. |
| Artículo 17.xii.a.e) | Contratos de mutuo o crédito, con o sin garantía, en los que el acreedor no forme parte del sistema financiero ni sea organismo de vivienda. | | En todos los casos dar aviso a la SHYCP. |

RESTRICCIÓN DE USO DE EFECTIVO

| | | |
|--------------------|---|--|
| Artículo 32.I | Constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles. | Cuando la operación tenga un valor igual o superior a 8,025. |
| Artículo 32.VI | Transmisión de dominio o constitución de derechos de cualquier naturaleza sobre acciones o partes sociales. | Cuando la operación tenga un valor igual o superior a 3,210. |
| Artículo 32.VII | Constitución de derechos personales de uso o goce de inmueble, vehículos, joyería y relojes. | Cuando la operación tenga un valor igual o superior a 3,210. |

En todos estos casos las operaciones deberán hacerse en cheque o transferencia bancaria.

Como se puede observar del cuadro presentado, el notario público constituye un instrumento muy importante para el combate al lavado de dinero; sin embargo, lejos de apoyar la actividad notarial para que coordinadamente con el gobierno federal actúen contra esta nociva actividad económica, impone severas sanciones, ya sea por culpa o por descuido, no se le dé aviso de los actos vulnerables efectuados ante su fe.

| | | |
|--------------------------------|---|---|
| Artículo 53.I y 54.I | No cumplir con los requerimientos de la Secretaría. | Multa en salarios mínimos del D.F. 200 a 2,000 veces. |
| Artículo 53.II y 54.I | Incumplir con cualquiera de las obligaciones que la ley impone al notario. | Multa en salarios mínimos del D.F. 200 a 2,000 veces. |
| Artículo 53.III y 54.I | Incumplir con presentación en tiempo de avisos. | Multa en salarios mínimos del D.F. 200 a 2,000 veces. |
| Artículo 53.IV y 54.II | Incumplir en presentación de avisos sin medios electrónicos. | Multa en salarios mínimos del D.F. 200 a 2,000 veces. |
| Artículo 53.V y 54.II | Incumplir con obligaciones del artículo 33 (fedatarios que no identifiquen forma de pago) | Multa en salarios mínimos del D.F. 2,000 a 10,000 veces. |
| Artículo 53.VI y 54.III | Omitir presentar los avisos. | Multa en salarios mínimos del D.F. 10,000 a 65,000 veces. |
| Artículo 53.VII y 54.III | Participar en actos prohibidos (art. 32 uso de efectivo) | Multa en salarios mínimos del D.F. 10,000 a 65,000 veces. |

Delitos:

- De dos a ocho años y 500 a 2000 días multa a quien proporcione dolosamente datos, imágenes falsas o completamente ilegibles; a quienes deben dar avisos, información o documentación, modifiquen o alteren información, documentación, datos o imágenes destinados a ser incorporados a los avisos.

CONCLUSIONES

Primera. La actividad de lavado de dinero por sí misma no constituye un delito, sino que requiere de un hecho delictivo anterior para que se pueda tipificar como tal.

Segunda. Se puede hablar que el delito de lavado de dinero es pluriofensivo, pues menoscaba la administración de justicia y el orden socioeconómico.

Tercera. El lavado de dinero es una manifestación elemental de lo que conocemos por delincuencia organizada.

Cuarta. El notario público es un elemento importante para el combate al lavado de dinero.

Quinto. El gobierno federal no se coordina con el notariado con el objetivo de que colabore en contra del lavado de dinero, pues al contrario lo amedrenta para que participe en este combate imponiendo severas sanciones, tanto administrativas como penales.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. (2007). *Modernas tendencias de dogmática penal y política-criminal*. Perú: Idemsa.
- Bacigalupo, E. *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*. España: Civitas.
- Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. España: Thomson Reuters.
- De la Cruz, R. (2007). *Panorama internacional sobre justicia penal*. México: UNAM.
- Echandía, R. (1999). *Tipicidad*. Colombia: Temis.

- Galain, P. y Romero, A. *Modernas tendencias de dogmática penal y política-criminal*. Perú: Idemsa.
- Márquez, R. (2000). *Derecho penal y globalización*. México: Porrúa.
- Peña, F. (2007). *Modernas tendencias de dogmática penal y política-criminal*. Perú: Idemsa.
- Pérez, B. (1997). *Derecho notarial*. Porrúa: México.
- _____. «Voz Lavado de Dinero», en *Enciclopedia jurídica mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México: Porrúa.

LEGISLACIONES

Código Penal Federal.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, conocida como la Convención de Mérida del 2003, mediante la cual se impone la obligación de tipificar penalmente el delito de lavado de dinero.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Convenio de Varsovia de mayo del 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

Ley del Notariado del Distrito Federal.

Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

III. Concepto, tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. Lavado de activos

CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ¹

CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE BLANQUEO

La mayoría de los textos internacionales y de los autores que han estudiado esta materia coinciden al afirmar que los objetivos perseguidos por el blanqueo son la ocultación de las ganancias del delito y la introducción de las mismas en la economía legal. No obstante la forma de entender la relación entre esas dos metas del blanqueo varía en las distintas definiciones.

- a) Algunos se centran en la intención de ocultar el origen de los fondos, siendo la introducción de los capitales en los círculos económicos legales una consecuencia supeditada a ese objetivo prioritario.
- b) Otros autores resaltan la intención de incorporar los fondos ilícitamente obtenidos al tráfico económico legal. Para ellos, la ocultación del origen de los fondos es tan solo una condición para su pacífico disfrute.
- c) Existen también quienes aúnan ambas perspectivas, exigiendo tanto la voluntad de invertir los fondos en la economía legal como la de encubrir su origen.

¹ *Profesor titular de Derecho Penal por la Universidad de Granada.*

En mi opinión, una adecuada definición de blanqueo debe centrarse en la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales.

Desde luego, no se puede introducir el bien en la economía legal sin ocultar su ilícita procedencia, y toda introducción de ese bien en el tráfico económico legal le otorga una apariencia de legalidad que dificulta la averiguación de su origen y disminuye las posibilidades de decomisarlo.

La razón fundamental por la que consideramos que la esencia del blanqueo reside en la integración de capitales de procedencia ilícita a la economía legal y no en la ocultación del origen de los bienes, se debe a que concebimos el blanqueo como un delito socioeconómico (una cuestión que analizaremos detenidamente cuando tratemos el bien jurídico).

Esto significa que el encubrimiento del origen ilícito de las ganancias sin intención ulterior de incorporarla a la economía legal, no puede ser considerarse como un delito de blanqueo, sino en todo caso, como un delito de encubrimiento. Piénsese en el caso en el que un sujeto entierra el botín del robo que realizó otra persona. Pese a ello –como tendremos ocasión de analizar– el tenor literal del artículo 301 del Código Penal español sanciona esas acciones como constitutivas de blanqueo, cuando en realidad estas conductas de mero encubrimiento solo deberían considerarse como actos previos a las auténticas operaciones del blanqueo. Con los delitos de receptación, encubrimiento y con la punición de los actos preparatorios de blanqueo se hubieran satisfecho las necesidades político-criminales de reprimir tales comportamientos sin necesidad de incluirlas en el núcleo de tipo básico del delito de blanqueo.

Por tanto a nuestro entender, y en consecuencia con esta concepción, la reinversión de los fondos de origen ilícito en nuevas actividades ilícitas no es una forma de blanqueo. Ciertamente, y por necesidades extraordinarias del desarrollo de su actividad criminal, el delincuente habitual que blanqueó fondos puede verse forzado a volver a reinvertirlos en sus «negocios» ilícitos, del mismo modo que un empresario en la economía legal se ve obligado a capitalizar su plan de pensiones antes de su vencimiento para atender la falta de liquidez de su empresa. Pero ello, no quiere decir que el destino racional de una parte de los bienes blanqueados sea su reingreso en la economía ilegal, pues no tendría sentido alguno afrontar el coste que supone blanquear capitales para luego devolverlos al mundo criminal desaprovechando con ello todas las ventajas que se derivan de su legítima apariencia. En cualquier caso, el delito

de blanqueo está llamado a impedir que los bienes que circulan por el tráfico económico ilícito pasen a la economía legal, y no a la inversa.

Por último, debe precisarse que la incorporación de los bienes de ilícita procedencia a la economía legal no implica necesariamente la existencia de una única conducta. Contrariamente, el blanqueo suele presentarse como una cadena de actos dirigidas a un mismo fin, desvincular el capital de su origen ilícito para poder disfrutarlos en la economía lícita. Afirmar que una vez realizada una primera operación de blanqueo las posteriores ya no son constitutivas de tal delito dejaría impune la colaboración de terceros que intervinieran solo en esas posteriores etapas del blanqueo.

VIEJAS Y NUEVAS TÉCNICAS PARA BLANQUEAR CAPITALES

Por la propia naturaleza de los procesos de blanqueo es complicado describir las fórmulas en constante evolución con las que se procede a legitimar la posesión de fortunas basadas en la actividad ilícita. En el presente epígrafe, siquiera de modo sucinto, realizaremos un estudio fenomenológico de las formas de blanquear, basado en la jurisprudencia y en las investigaciones policiales más recientes, pues la bibliografía que aborda decididamente esta cuestión es muy escasa.

En una primera aproximación al tema, sorprende la variedad de técnicas empleadas para borrar el rastro que une a los capitales con su ilícita procedencia. Así, los procedimientos utilizados para conseguir ese propósito van desde los más rudimentarios (evasión física de divisas), hasta los más complejos, (como la constitución de una comunidad de bienes con la cualidad de comunero determinada por la mera tenencia de un título al portador). Por ello, en muchas ocasiones existen grandes problemas de prueba en los tribunales, pues la comisión del delito se oculta tras una maraña de documentos en los que se reflejan negocios jurídicos ficticios. A menudo se requieren conocimientos avanzados de economía financiera, derecho tributario, derecho mercantil y derecho laboral para poder comprender procesos utilizados para simular la legitimación de los fondos. De ahí la importancia de que nos acerquemos este tema desde una óptica multidisciplinar. Además, la aparición de nuevos métodos de blanqueo tiene como único límite la imaginación y habilidad de éste tipo de delincuentes de cuello blanco. Cuanto más novedoso sea un sistema, mayores posibilidades tendrá de pasar inadvertido a los órganos de persecu-

ción penal y de beneficiarse de lagunas legales. Así, mientras que la forma de realizar un delito de robo a mano armada no ha variado sustancialmente en los últimos siglos, los mecanismos para blanquear dinero aparecen y desaparecen en apenas un quinquenio, como por ejemplo sucedió con los seguros de prima única o los contratos de cesión de crédito. Por ello no pretendemos, ni podemos, comentar en esta clasificación todos y cada uno de los variadísimos mecanismos de blanqueo, sino aproximarnos a las líneas generales de una cuestión que merece una atención mayor que la que la doctrina le ha prestado hasta ahora.

Clasificaremos los distintos procedimientos de blanqueo de acuerdo a su realización en un único país (operaciones de interior) o en varios (operaciones de exterior), y a su vez distinguiremos si se trata de operaciones financieras (aquellas que combina únicamente instrumentos de financiación e inversión para conseguir un objetivo preestablecido) o comerciales (las que se basan en la producción e intercambio de bienes o la prestación de servicios).

Ante todo cabe señalar que realizamos esta clasificación siendo conscientes de las dificultades que supone la misma, ya que cualquier esquematización de estos mecanismos supone desmembrar procesos que general e intencionadamente se concatenan de la forma más complicada posible, pues esa será precisamente la mejor garantía de que el auténtico origen de las ganancias no sea demostrable.

En efecto, en la mayoría de las ocasiones, las operaciones de blanqueo no pueden considerarse como acciones aisladas, tal y como las presentaremos por motivos didácticos, sino que forman un proceso en el cual distintas técnicas de blanqueo se aplican simultánea o sucesivamente hasta que se ha conseguido el mayor alejamiento posible del producto delictivo respecto de su origen ilegal.

Pese a lo dicho nos parece que los criterios elegidos para ordenar la tipología del blanqueo pueden ser de recibo, ya que resulta de gran utilidad a la hora de extraer ulteriores conclusiones. La distinción entre operaciones de interior y exterior nos muestra, por ejemplo, lo imprescindible que resulta la consideración del blanqueo como un delito de carácter transnacional, y la diferenciación entre operaciones financieras y comerciales nos permite, entre otras cosas, deducir cuál será el alcance de las políticas preventivas que se basen exclusivamente en medidas que vinculan solo a las entidades financieras. Todo ello sin olvidar que cualquier sistematización que se haga parte necesariamente de criterios de ordenación artificiales.

Blanqueo mediante operaciones de interior

Las operaciones de interior son aquellas que no requieren que parte de su realización se lleve a cabo en un país extranjero –aunque ocasionalmente algunos de los procedimientos que vamos a describir bajo este apartado también puedan realizarse parcialmente en el extranjero– para premeditadamente implicar otra legislación y otros órganos de persecución penal, con lo que se dificulta la detección del delito. Pese a ello, lo característico de estos mecanismos es la posibilidad de que puedan desarrollarse sin necesidad de actuar fuera de las fronteras de un determinado Estado.

Mediante operaciones financieras

Las operaciones de ingeniería financiera suponen un reto para los órganos encargados de detectar la comisión de delitos económicos, fundamentalmente, por el enorme volumen y complejidad del mercado financiero, que exige un profundo conocimiento de la realidad económica y la regulación jurídica del mundo de las finanzas. Además, otras características del sistema financiero también favorecen el blanqueo, como el tradicional secreto bancario o la disparidad de reglamentaciones que regulan a entidades situadas en distintos países, pero que están conectadas por redes informáticas que agilizan las operaciones financieras hasta alcanzar un frenético ritmo casi imposible de controlar. Este es el motivo por el que en muchos países se ha optado por encargar la persecución de estos delitos a unidades especializadas de la policía o la jurisdicción.

a) Creación de sociedades ficticias o interposición de testaferros

La intermediación de «hombres de paja» o la constitución de personas jurídicas es uno de los medios más utilizados para ocultar la titularidad real y el origen de los capitales utilizados.

En el caso de interposición de testaferros se ha recurrido a las más variadas estrategias, como la utilización de identidades falsas o pertenecientes a colaboradores de la organización de blanqueo (indigentes, inmigrantes, ancianos, etcétera). En ocasiones se recurre a familiares, pero para evitar la confiscación

los blanqueadores toman «precauciones», tales como la ausencia del vínculo matrimonial o, en su caso, una supuesta separación legal (aunque realmente se mantiene la convivencia), alterar el orden de los apellidos de los hijos en el registro civil para dificultar la detección de los bienes a su nombre, etcétera.

Las entidades constituidas por el blanqueador han sido denominadas «sociedades pantalla», porque su función real reside en ofrecer cobertura a las operaciones ilícitas. Normalmente se utiliza el mecanismo de «cajas vacías», que consiste en la constitución o adquisición de sociedades para incluir luego en ellas otras empresas, lo que estratifica la organización y dificulta la investigación. Si, además, se distribuye esa estructura en distintos países, la averiguación de los verdaderos titulares y el origen del patrimonio resultan extraordinariamente complicado. El entramado de sociedades puramente instrumentales, sin que respondan a una lógica necesidad mercantil, ha sido considerado como un indicio revelador de la voluntad de blanquear por nuestra jurisprudencia.

De los diferentes tipos de sociedades mercantiles y civiles utilizadas para el objetivo que acabamos de exponer destaca por su novedad y efectividad el empleo de la comunidad de bienes. La Dirección General de la Agencia Tributaria ha alertado sobre la constitución de comunidades cuyo único objeto es la gestión de fondos de terceros fiscalmente opacos. En España, dichas comunidades no están sometidas ni al Impuesto de Sociedades ni al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), sino que debe ser cada comunero quien tribute por su parte de beneficios en el IRPF. Pero es muy difícil desmontar el entramado jurídico de distintas comunidades que, pese a carecer de personalidad jurídica, tienen su propio NIF.

Además, puesto que no existe un sistema de protección del nombre de la comunidad (similar, por ejemplo, al que existe para las sociedades anónimas) se pueden constituir sucesivamente distintas comunidades de bienes con idéntico nombre, lo que también dificulta la investigación. También se tiene cuidado de incluir en los estatutos fundacionales una cláusula por la que queda excluida la apelación general al ahorro público o cualquier forma de publicidad encaminada a captar nuevos comuneros. Con ello se evita la sujeción a la Ley 64/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, pues dicha ley establece rígidos sistemas de control que desbaratarían las turbias intenciones de estos comuneros.

Otra modalidad de este mismo artificio es la comunidad de bienes en la que la cualidad de comunero se puede adquirir por la tenencia de un simple título al portador. Así, esta institución se beneficia de una falta de regulación especí-

fica, que impidiera, por ejemplo, la transmisión de la condición de comunero a través de la entrega de un título al portador y de una absoluta opacidad fiscal.

Todas estas formas «irregulares» de la comunidad de bienes están basadas en que las escasas previsiones del título III del libro II del Código Civil español, tienen un carácter meramente supletorio, ya que se afirma en el artículo 392, que solo «a falta de contratos o disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

b) Inversiones en el sector inmobiliario

El sector inmobiliario tiene para cualquier inversor el atractivo de la segura apreciación de su patrimonio y su relativa liquidez, unida a los frecuentes incentivos y subvenciones con los que los Estados estimulan este mercado. Pero además, el blanqueador se ve favorecido por el sistema de «compras por precios diferenciales», consistente en adquirir un bien inmueble estipulando en el documento público que contempla la operación un precio inferior al realmente acordado, lo cual supone el abono de la diferencia con dinero no controlado.

Un caso, particularmente, conocido fue el del Pazo, que motivó la STS de 25 de febrero de 2004 (artículo 1843), una finca adquirida en realidad por más de doscientos millones de pesetas (más de 1 200 000 euros) y escriturada por solo por tres millones de pesetas (unos 18 000 euros).

Una variante especialmente frecuente en España de la especulación en el mercado inmobiliario es la compra por simple documento privado de un inmueble, aunque este negocio jurídico no es sino un punto de partida para ulteriores operaciones de legitimación, ya que la regularización de la operación, o mejor dicho la aparente regularización de la operación, (pues en el fondo el inmueble sigue proviniendo indirectamente de un acto delictivo), solo se produce cuando se eleve el contrato a escritura pública, y el blanqueador inscriba dicho inmueble en el registro de la propiedad, y se ve amparado por la fe pública registral.

Finalmente, no podemos olvidar que si el blanqueador está dispuesto a sufrir una mayor carga impositiva puede declarar que ha recibido un precio de venta por un inmueble superior al real, lo que difícilmente levantará sospechas habida cuenta del desfase existente entre el valor catastral y el valor real de un inmueble que, tras una operación de compraventa, puede ser reinscrito con un valor muy superior al anteriormente consignado.

c) *Inversiones en activos financieros opacos*

Este procedimiento se basa en constituir sociedades cuyos miembros son personas interpuestas y que tienen como administrador único a un colaborador de la organización criminal. El objeto de dichas empresas será gestionar la compra y negociación de activos financieros opacos.

No obstante, debemos señalar que cada vez existen menor número de estos activos financieros en nuestro país. En España, antes de la entrada en vigor de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Ley 31/1991 de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1992, los pagarés del tesoro y los Activos Financieros con Rendimientos Implícitos (AFROS) constituían instrumentos idóneos para el blanqueo por su absoluta opacidad fiscal. Actualmente, existe un eficaz sistema de control de sus titulares, y la emisión de AFROS está terminantemente prohibida. También los llamados «cheques de caja», anteriormente librados al portador y emitidos por entidades financieras contra sí mismas a cambio del depósito de una determinada cantidad en metálico, han perdido su opacidad, después de que el artículo 94.5 de la Ley Cambiaria y del Cheque exigiera como requisito para que el documento tenga validez que contenga «el nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar».

En cambio, aún quedan algunos activos totalmente opacos, como determinados pagarés forales que, como consecuencia de la ausencia de una estricta regulación jurídica, no se ven sometidos a las medidas de control establecidas para los pagarés del tesoro. Y, asimismo, se puede recurrir a la deuda pública especial, permitida excepcionalmente por la Ley 18/1991, y que pretendía la regularización de las situaciones tributarias anómalas existentes hasta esa fecha, pero que realmente constituyó una amnistía fiscal encubierta que posibilitó el blanqueo de miles de millones de pesetas de lícita o ilícita procedencia (nunca lo sabremos) con la colaboración del propio Estado.

d) Suscripción de seguro de prima única por el propio blanqueador o utilizando nombre de tercero

Durante un cierto tiempo, los seguros de prima única gozaron de una ausencia de legislación que los convirtieron en un mecanismo muy atractivo para el blanqueo de fondos tanto de origen legal como ilegal.

En un principio, el propio blanqueador suscribía un seguro de prima única, al confiar en que no se iba a investigar el origen del dinero invertido por estar exento de control fiscal, pero otro procedimiento más refinado que el anterior consiste en la apertura de un seguro de prima única a nombre de un tercero que no sabe que su identidad está siendo utilizada para tal fin. En este caso se requiere la colaboración de un empleado de banca. Se realiza de acuerdo al siguiente procedimiento: un cliente cualquiera deposita en una entidad financiera cierta cantidad de origen lícito, que produce la rentabilidad asignada al tipo de depósito de que se trate y cuyos beneficios tributan a Hacienda. Entonces interviene una organización criminal que capta a un empleado de la entidad financiera donde se ha realizado el depósito para que, sin conocimiento del depositante, suscriba un seguro de prima única a su nombre. Para ello, normalmente, se falsifica la firma del cliente, aunque en algunos casos el empleado bancario ha presentado los documentos del seguro de prima única al cliente, engañándole en cuanto a su contenido, (por ejemplo se le informa de que no son más que los justificantes de ese depósito inicial). Naturalmente, la operación debe mantenerse oculta para el cliente depositante y para la auditoría interna de la entidad, por lo que es necesario que la información que se envíe al cliente y los beneficios del dinero depositado se correspondan con los de la operación primitiva. Posteriormente, la organización criminal entrega al empleado del banco colaborador la misma cantidad que se ha invertido en el seguro de prima única, lo que permite mantener el depósito inicial con misma rentabilidad acordada con el cliente. Por último, se vuelve a la situación de partida y la organización criminal retira el importe colocado en el depósito para realizar otra inversión sin control fiscal (metales preciosos, depósito en entidad financiera de paraíso bancario, etcétera). Este, por tanto, no es un sistema que permita blanquear los capitales definitivamente, aunque sí sirve para obtener una rentabilidad de esos fondos y además ocultarlos durante el período que dura la operación.

e) Realización de un contrato de cesión temporal de un crédito

Este producto de ingeniería financiera comenzó a ofertarse por la banca privada a principios de 1980 con la intención de captar un pasivo enorme, que de otra forma se hubiera canalizado hacia otros activos financieros que ofrecían una rentabilidad y anonimato muy superior a los tradicionales depósitos ban-

carios. Su principal atractivo residía en su opacidad, amparada por la ausencia de una regulación legal de esta figura.

Las cesiones de crédito son operaciones a través de las cuales una entidad bancaria, tras facilitar un crédito a un cliente, distribuye temporalmente su nuda propiedad entre distintos inversores, de forma que el banco prestamista se lucra con el diferencial que se produce entre los intereses que recibe el prestatario y los que pacta con los inversores además de la captación de nuevos clientes, mientras que estos se benefician de la opacidad fiscal de la operación, que les permite tanto la colocación de capitales de origen ilícito como el fraude fiscal. Esa opacidad fiscal está en la base del interés por este tipo de productos de ingeniería financiera, hasta el punto de que llega a desvirtuar la naturaleza misma del contrato, tal y como afirma el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional, del 13 de enero de 1993. En cualquier caso, Hacienda reaccionó contra esta forma de ocultar dinero negro y solicitó a las entidades la identificación de los titulares de esos contratos con base en el deber genérico de información a la administración tributaria contemplado en el artículo 111.1 de la Ley General Tributaria.

f) Mediante sociedades de inversión filatélica

En este caso se constituye una sociedad de inversión filatélica que ofrece la venta de valores filatélicos y el pago de los mismos en cuotas mensuales, trimestrales o semestrales a largo plazo (por ejemplo diez años), que dan derecho a recuperar el importe de la inversión y los beneficios que produzcan, que se asegura van a ser elevados.

Después se selecciona a inversores que poseen dinero negro de origen legal o ilegal. Tras esto se simula un contrato privado de compraventa de sellos en el que el vendedor es el cliente que blanquea el dinero y el comprador la sociedad de inversión filatélica.

De esta forma se justifica un incremento patrimonial equivalente al importe de la compraventa por el vendedor que será la cuantía blanqueada. Los contratos normalmente tienen una antigüedad superior a los cinco años, de forma que haya prescrito la posible infracción tributaria y, en consecuencia, se dificulta que puedan ser controlados por la inspección de Hacienda.

Quizá la reciente quiebra de conocidas empresas españolas dedicadas a estas actividades, como el Fórum Filatélico, pueda estar vinculada a la sobrevalo-

ración de sus activos por la injustificada demanda que hasta la crisis financiera de 2007 tenían este tipo de productos.

Mediante operaciones comerciales

Una de las características esenciales de las sociedades modernas es el enorme volumen de las operaciones de intercambio de bienes y servicios que se realizan. Este gran tráfico mercantil dificulta la detección de operaciones que buscan la legitimación de fondos.

a) Declaración de beneficios de negocios superiores a los reales

Cualquier tipo de negocio que genere una gran cantidad de ingresos en efectivo y no emita factura, sino notas de entrega o tickets, es un buen instrumento para blanquear. Sin ánimo de exhaustividad podemos poner como ejemplo idóneo a grandes almacenes, restaurantes, bares, hoteles, aparcamientos, discotecas, lavanderías, etcétera. Desde un punto de vista económico, Solans advierte que existe una relación directa entre el peso de esas empresas de servicios y el blanqueo de capitales: «a mayor porcentaje de PIB generado por el sector servicios, mayor facilidad para blanquear». Se trata además de una forma de blanqueo no solo frecuente, sino además especialmente lesiva para la libre competencia.

Basta con declarar unos beneficios superiores a los reales para blanquear esos fondos, y el coste de la operación será únicamente el pago de los impuestos oportunos. Además, la mezcla del dinero de ilícita procedencia con el que se ha obtenido legalmente a través la actividad comercial, dificulta enormemente la prueba del delito del blanqueo.

Este mecanismo se ve especialmente favorecido por el sistema de tributación por signos, índices o módulos, con el que pretende estimar la base imponible de la persona sujeta al impuesto a través de determinados indicadores que sirven para calcular esa base imponible, lo que exime al contribuyente de la gravosa carga de llevar una contabilidad estricta. Pero, precisamente, esa relajación en los deberes contables es aprovechada por los blanqueadores que no tienen más que aumentar artificialmente los módulos para justificar enormes cantidades de efectivo en billetes pequeños. Por ejemplo, un narcotraficante no sabe cómo justificar los dos millones anuales de beneficio que le reporta la ven-

ta callejera de heroína en Madrid. Puesto que no tiene una actividad profesional conocida, levantaría sospechas si de repente adquiriera un coche deportivo o alquilara un apartamento en el centro de la ciudad. Además, los distribuidores que dependen de él le abonan la mercancía con billetes pequeños, de 20 o 50 euros, con lo cual incluso el espacio físico y el peso del dinero suponen una traba para el manejo de esos fondos. Así, compra un modesto restaurante, valorado en unos 120 000 euros, en el que realiza algunas reformas con el objeto de que la estimación por módulos se eleve, por ejemplo, aumenta el número de mesas a pesar de que nunca tiene tantos clientes, contrata una potencia eléctrica muy superior a la que emplea y adquiere maquinaria que luego ni siquiera utiliza. El resto es sencillo, basta llevar una contabilidad falsa por servicios no prestados para poder ingresar en el banco todos esos billetes de 20 y 50 euros para poder justificar su origen, así como argumentar que los ingresos producto del narcotráfico se obtienen de esa actividad empresarial.

Generalmente, el narcotraficante contrata a un gerente que se encarga de evitar que el restaurante sea un negocio ruinoso, pues si compensa los costes de la actividad, aunque no produzca beneficios, la mezcla del capital lícita e ilícitamente obtenido hará más difícil que se demuestre que el restaurante no es más que una «tapadera».

El cinismo de los que utilizan este sistema ha llegado al extremo de contratar a los pequeños distribuidores de la droga como presuntos mensajeros-transportistas de comida a domicilio que realizan su tarea fuera del restaurante, y por los que se abonaba la correspondiente cuota de seguridad social, lo que elevaba los módulos a efectos de estimación objetiva del impuesto y posibilitaba que se blanquearan más fondos. Obsérvese que el blanqueador de capitales ilícitos, lejos de intentar eludir el pago de tributos, intenta elevar al máximo su base imponible, ya que el reconocimiento por hacienda de la justificación de sus rendimientos supone un paso firme hacia el tranquilo disfrute de esos fondos.

Una variante más del mecanismo que acabamos de describir, es la compra de equipos deportivos en diferentes países del mundo por parte de personas vinculadas a grandes organizaciones criminales. La compra de dichos equipos proporciona la oportunidad de utilizar la recaudación de taquilla para blanquear, pero además posibilita otras formas de inversión del dinero de origen ilegal, como el pago extra de fichas o traspaso de jugadores, sin olvidar otras posibilidades delictivas distintas del blanqueo, por ejemplo, amañar el resultado para beneficiarse en las apuestas.

Igualmente, se podría incluir en esta sede el recurso a profesionales, como abogados, notarios y contables, y que tendría como ventaja principal respecto al uso de otros sectores de la actividad empresarial que el deber de confidencialidad con el cliente podría ser alegado para obstaculizar una hipotética investigación.

b) A través de juegos de azar

Casinos, hipódromos, bingos, loterías, quinielas, máquinas «tragaperras» y concursos con premios en metálico son utilizados para blanquear cantidades de dinero no excesivamente altas, pero por ser un método de una gran sencillez y con un alto grado de seguridad de no ser descubiertos, ha sido un sistema muy empleado, incluso también los controles administrativos se han preocupado por estas entidades.

Tratándose de casinos, un miembro de la organización compra una gran cantidad de fichas que otro individuo vuelve a cambiar por dinero alegando que las ha obtenido en el juego y exigiendo un recibo del casino que acredita haber conseguido esa cantidad como premio. La ventaja de este método es que el coste del blanqueo se limita al sueldo de los sicarios enviados al casino. Para evitar esa forma de blanqueo algunos casinos entregaban a los jugadores un determinado tipo de fichas y abonaban los premios con otro tipo de fichas. La medida resultó inútil: bastaba con que dos individuos pertenecientes al mismo grupo criminal jugaran a la ruleta al mismo tiempo apostando siempre uno el rojo y otro el negro, jugando siempre las fichas de cliente y guardando las que es entregaba la banca como premio; tras un cierto número de jugadas todas las fichas provenían de alguna jugada ganadora. El coste añadido de blanqueo solo era la pérdida de beneficios en aquellas jugadas en las que salía el cero, y por consiguiente solo ganaba la banca.

Mucho más efectiva ha sido la imposición de deberes de comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (artículos 2.2 y 16 del Real Decreto 925/1995 del 9 de junio). Con esta normativa, esta instrumentalización de los casinos requiere necesariamente la colaboración directa de los responsables de esa casa de juego.

En el caso de boletos premiados en las loterías, las quinielas o el hipódromo, un intermediario pone en contacto al premiado con el blanqueador, que le

abona el importe del premio más un porcentaje (que, junto a la comisión del intermediario, supone el coste del blanqueo). El intermediario puede ser un empleado de la banca en la que se suele depositar el boleto premiado, un directivo de una peña constituida para participar colectivamente en un juego de azar o un jugador patológico al que se le obliga a contactar con los ganadores de apuestas en un hipódromo, a cambio de perdonar cierta cantidad de dinero prestado clandestinamente por la organización criminal. El premiado obtiene como ventaja ese dinero suplementario, aunque corre con el riesgo de recibir una cantidad de dinero de ilícita procedencia; claro que en algunos casos ese riesgo es mínimo.

Por ejemplo, cuando una peña formada por un gran número de personas obtiene un premio, el dinero negro recibido por cada uno de los miembros no supone una cantidad llamativa, aunque el montante global sí lo es. El blanqueador ve justificado su incremento patrimonial ilícito, e incluso puede beneficiarse de las exenciones fiscales que algunas loterías disfrutaban. Este método es empleado tanto para blanquear capitales ilícitos como para eludir el control de la hacienda pública sobre fondos lícitamente obtenidos. De este modo los premiados pueden creer que cooperan en un delito fiscal cuando realmente participan en un delito de blanqueo de capitales ilícitos.

Según la STS del 10 de enero de 2000 (artículo 433), la excusa del dinero proveniente de un premio de la lotería es una explicación curiosa en ese procedimiento por blanqueo, pues es sabido que uno de los sistemas para blanquear consiste precisamente en la compra del billete de lotería premiado.

c) Compraventas de piedras y metales preciosos

Puesto que el dinero en efectivo es demasiado pesado y voluminoso, un buen sistema para ocultar esos fondos de origen delictivo e iniciar las operaciones de blanqueo puede ser su sustitución por joyas, ya que por su tamaño se prestan con más facilidad a su depósito en cajas de seguridad de entidades bancarias, o incluso a su evasión física del país.

El peso de la economía sumergida en el sector de la joyería es tan grande que algunos autores, como Herrero, incluyen la receptación en este ámbito como un delito económico, subrayando su lesividad para el equilibrio del mercado de este sector. Para evitar esta situación, la anticuada e insuficiente normativa que databa de 1935, fue sustituida por la Ley 17/1985, del 17 de julio,

y el Real Decreto 197/1988, del 22 de febrero. A raíz de esta profunda reforma se obligó a todos los negocios que realizaran compraventas de joyas usadas a llevar un libro-registro de su actividad, foliado y sellado en todas sus hojas por la jefatura superior o comisaría de su localidad, que además revisará semanalmente todos los asientos que se realicen en dicho libro. Estas medidas preventivas, aunque efectivamente dificultan las operaciones que comentamos, no han conseguido frenar la proliferación de un mercado negro de joyas.

d) Compraventa de obras de arte y antigüedades

Pese a que las grandes obras de arte y antigüedades están catalogadas, existe un cierto control informal sobre las mismas (generalmente, son los expertos los que alertan su circulación irregular). Debido a esta irregularidad en su control es que este mercado acumula buena parte del dinero de ilícita procedencia. De hecho, con frecuencia se comenta que algunas piezas están sobrevaloradas por este motivo.

En cualquier caso, la posibilidad de acumular una gran riqueza en un objeto que puede trasladarse a cualquier país y ser aceptado como medio de pago, resulta enormemente atractiva a los blanqueadores, aunque las condiciones de custodia para garantizar su buena conservación y seguridad pueden suponer un importante inconveniente.

e) La manipulación de facturas del IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido)

Recientemente, la policía ha puesto al descubierto la existencia de organizaciones dedicadas a emitir falsas facturas que, posteriormente, eran vendidas y utilizadas por otras empresas como justificantes en las declaraciones obligatorias del IVA. Estas conductas no deberían ser sancionadas como una simple infracción administrativa del artículo 76.4 de la ley del IVA, sino que merecen la atención del derecho penal en base a la comisión de un delito de falsedad, así como la posible participación en un delito contra la hacienda pública (siempre que se alcanzaran los requisitos establecidos para calificar esa defraudación fiscal como ilícito penal).

Evidentemente, estas actividades, que hasta ahora han sido realizadas con la única intención de defraudar a la hacienda pública, pueden ser utilizadas como un medio idóneo para el blanqueo de capitales. Para ello, bastaría que el

blanqueador creara una empresa dedicada a prestar servicios inexistentes (dic-támenes inexistentes o sobrevalorados, venta de patentes de supuestos inventos, pago de falsos *royalties*, etcétera). Dicha empresa vendería las facturas con las que otra empresa podría cometer fraude fiscal justificando haber abonado una cantidad en concepto de IVA que realmente no pagó, al tiempo que la otra empresa afloraba de su caja la supuesta cantidad percibida. De este modo una misma empresa puede cometer un delito contra la hacienda pública y cooperar en la comisión de un delito de blanqueo, todo ello al mismo tiempo.

Blanqueo mediante operaciones de exterior

Como afirmamos en la introducción, el blanqueo es un fenómeno transnacional, en muchas ocasiones se busca realizar la operación delictiva implicando dos o más países. Con ello se obtiene una situación ventajosa para el blanqueador, pues a menudo la falta de una adecuada colaboración entre autoridades y la heterogeneidad de legislaciones dificulta la persecución del delito. También hay que tener en cuenta que las inversiones extranjeras son imprescindibles en muchos países para cubrir el déficit público, de modo que esa dependencia de los recursos financieros que llegan del exterior puede provocar una flexibilización de la normativa orientada a comprobar su origen.

Mediante operaciones financieras

La interconexión de los distintos mercados bursátiles y la informatización de las operaciones bancarias entre los diferentes países, así como la consolidación de algunas divisas (dólar, marco, yen, etcétera.) como monedas aceptadas en cualquier transacción internacional han hecho que el mercado financiero se universalice, y la diversificación de inversiones nos lleve a un continuo flujo de capitales circulando por diversas economías nacionales, lo que ha facilitado la expansión del blanqueo al terreno internacional. Además, este proceso se ha visto además beneficiado por la progresiva liberalización del tránsito de capitales, como ha sucedido en el ámbito europeo.

a) Adquisición de divisas en el mercado oficial o en el mercado negro

Este procedimiento tiene por objeto facilitar ulteriores operaciones de blanqueo en el exterior del país; sin embargo, en la actualidad tiene mucho menos interés que antaño, pues la directiva 88/361/CEE, del 24 de junio, obligaba a suprimir antes del 1 de junio de 1990 «las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros», y por su parte, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, añadía el artículo 73 B que declaraba prohibidas las restricciones a los movimientos de capitales «entre Estados miembros, y terceros países».

Como consecuencia de estas normas, desde el 1 de enero de 1994, ha caído el sistema de control de cambios vigente hasta entonces. Desde entonces, para el combate del blanqueo de capitales u otros delitos, cabe la imposición de prudenciales y justificadas medidas de control administrativo y estadístico (artículo 73 D del tratado de la Unión Europea), pero en ningún caso será admisible imponer una autorización administrativa previa al movimiento de capital.

En el caso de compra en el mercado oficial, puede recurrirse a varios sistemas dependiendo de la cuantía de la operación. Si se trata de pequeñas cantidades se puede actuar del siguiente modo: tras la compra en España de divisas para gastos de viaje al extranjero por individuos integrados o colaboradores de la organización española, estos realizan el viaje a un país extranjero y entregan a personas pertenecientes a la organización de aquel país las divisas adquiridas en lugar de declararlas a su regreso como es obligatorio.

Al estar limitada la adquisición de divisas para gastos de viaje (al exterior de la UE), este sistema solo es apropiado para operaciones de escaso volumen. Asimismo, la existencia de cajeros automáticos que, durante las veinticuatro horas al día, cambian moneda nacional por extranjera, ha sido utilizada por los blanqueadores como un medio anónimo y rápido de conseguir pequeñas cantidades de divisas. Igualmente, para operaciones no demasiado ambiciosas puede recurrirse a los libre cambista, personas físicas que, tras la liberalización del mercado de capitales operada en la Unión Europea, tan solo deben inscribirse en el registro que para tal efecto se ha establecido en el Banco de España, y estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas.

En cambio, si se requiere la adquisición de una gran cantidad de divisas se puede proceder a la apertura de un negocio de una casa de cambio clandestina en España con el único objetivo de conseguir divisas de distintos países. Los

principales clientes de ese tipo de negocio son personas pertenecientes a las tripulaciones de líneas aéreas extranjeras, industriales hoteleros o titulares de otros establecimientos legales con posibilidad de conseguir regularmente divisas (comercios fronterizos, tiendas de recuerdos para extranjeros, etcétera). Es frecuente que el precio de compra de las divisas sea superior al normal del mercado y que no se cobren gastos. Después se venden las divisas a organizaciones delictivas a un precio superior al normal del mercado, de modo que el beneficio del vendedor (titular del negocio) está representado por la diferencia entre el precio de compra y el de venta. La organización puede utilizar esas divisas para evadirlas físicamente del país y ubicarlas en paraísos fiscales.

b) Depósitos en entidades financieras de paraísos fiscales

Como hemos comentado, el cambio de moneda nacional a divisas más fuertes se realiza, generalmente, con la intención de proceder posteriormente a su evasión física del país y su depósito en una entidad de un paraíso fiscal. Recordemos que, según el Informe del GAFI de 28 de junio de 1996, el transporte de moneda en efectivo continúa siendo uno de los principales métodos de blanqueo, incluso esta estrategia está en un momento de auge.

La proximidad geográfica del territorio español a lugares que operan como paraísos bancarios y fiscales (Andorra y Gibraltar) facilita las operaciones del blanqueo de dinero de origen legal e ilegal, mediante el depósito del mismo en entidades bancarias de aquellos territorios. Este procedimiento se practica con frecuencia con la asistencia de asesores jurídicos y economistas que ejercen su profesión en el paraíso financiero, y que perciben sus honorarios en metálico sin extender facturas. El dinero lo trasladan individuos integrados en organizaciones dedicadas especialmente a esta actividad o, en los casos más sencillos, los mismos propietarios. La rentabilidad que ofrecen estas entidades es normalmente superior al 14% neto (libre de impuestos), difícil de conseguir mediante un depósito en entidad financiera de nuestro país. Finalmente, se produce el retorno del dinero al país de origen.

c) Depósito en cuenta corriente y movimientos mediante transferencia internacional

En el caso de grandes sumas de dinero, la evasión física de los fondos resulta muy complicada por el volumen y el peso de billetes usados (en billetes de mil y cinco mil pesetas, los beneficios de la venta de cocaína pesan unas 30 veces más que la misma droga). A esto hay que añadir los problemas de seguridad que genera el movimiento de semejantes sumas. Por ello, con frecuencia se procede al ingreso en efectivo en cuenta corriente del dinero ilícitamente obtenido. Los titulares y apoderados de estas cuentas son «hombres de paja» y, en muchas ocasiones, utilizan personas jurídicas como cobertura. Este es el caso que sirve de base a la STS del 10 de enero de 2000 (artículo 433), en la que distintos intermediarios se comprometen a llevar fondos a Andorra cambio de una comisión del 4 %.

La adopción de unas mínimas medidas de seguridad para comprobar la identidad de los titulares y apoderados de estas cuentas puede ser válida desde una perspectiva preventiva, sobre todo, cuando se trata de cuentas espontáneas; es decir, cuando la entidad de crédito ni conoce a los que abren la cuenta o sus apoderados ni son clientes habituales de la misma. Los esfuerzos por detectar el origen delictivo de los fondos deben concentrarse en este momento en el que el dinero llega por vez primera a una entidad bancaria o de crédito, pues es entonces cuando hay la posibilidad de establecer y demostrar la existencia de un vínculo directo entre el capital y su ilícito origen.

Para evitar el deber de información que la mayoría de legislaciones establecen sobre los movimientos de efectivo que superan una determinada cantidad, se recurre al fraccionamiento de la cuantía global de la operación en ingresos que no superen el límite. Evidentemente, si no se quiere llamar la atención, esa acción deberá llevarse a cabo con la colaboración de un mayor número de testaferros y sucursales posibles, pues de lo contrario no pasará desapercibida para el empleado de la banca que la considerará como una «operación sospechosa», y emitirá los pertinentes informes (a menos, claro está, que dicho empleado esté involucrado también en el proceso de blanqueo). Del mismo modo, y con la intención de evitar los férreos controles establecidos por bancos y cajas de ahorro, se ha recurrido a transferir esas elevadas sumas de dinero a través de otros canales alternativos, como por ejemplo, servicios telegráficos o postales, casas de cambio de divisas, agentes de seguros, etcétera.

Posteriormente, el dinero de esta manera depositado se traslada mediante orden de transferencia de la cuenta corriente original a otra de una entidad de crédito distinta. Este procedimiento se repite en varias ocasiones implicando a entidades de distintos países con la intención de dificultar una posible investigación. Esta operación resulta sencilla pese a los controles de identidad que requieren las transferencias, que generalmente se realizan a través de medios informáticos que permiten el movimiento de elevadísimas cantidades de dinero prácticamente en segundos; de modo que antes de que se pueda advertir la maniobra, y pese a que queda constancia documental de la misma, el dinero ha podido circular en una sola mañana por media docena de países, mezclándose con miles de operaciones lícitas. Debido a esto, una hipotética investigación tardaría meses en analizar toda la documentación y seguir el rastro financiero.

Por último, se da una orden de transferencia internacional del dinero de la entidad financiera ubicada en el paraíso financiero a un banco de otro país extranjero. Para dificultar la investigación de las autoridades fiscales, monetarias y policiales que puedan relacionar el dinero depositado con su origen ilícito, se utilizan cuentas fiduciarias, que identifican a un titular con un número clave, al permitirlo la normativa bancaria de algunos centros de blanqueo internacionales.

En otros casos las transferencias al exterior han sido camufladas alegando los motivos más irónicos; por ejemplo, un cártel colombiano abona la «nómina» de sus sicarios en otros estados a través de una fundación cuya aparente misión es conceder becas para el estudio del idioma del país extranjero. No obstante, el problema para el delincuente es que este método permite blanquear una limitada cuantía de capitales.

d) Inversión en títulos valores, desinversión y envío de fondos al exterior

En este supuesto, los fondos que tienen su origen en las actividades delictivas que se realizan generalmente en distintos países, se concentran en cuentas secretas de paraísos financieros a través de los canales habituales en las operaciones bancarias nacionales, como son cheques de viaje, órdenes internacionales de pago, cheques de caja, etcétera. La conversión del efectivo en estos activos proporciona la posibilidad de transportar grandes sumas al exterior, disminuyendo el riesgo de ser descubiertos.

En otros casos, con la intermediación de las entidades financieras en las que han sido depositados los fondos a nombre de personas o sociedades interpuestas, se invierten en títulos –valores emitidos por entidades financieras españolas (obligaciones, bonos, pagarés, etcétera), o bien, en acciones, seleccionando inversores a corto o medio plazo, ya que se tiene la idea de continuar los actos de distanciamiento del origen ilícito. Al vencer el plazo de amortización de los títulos– valores suscritos, se van situando los fondos en otros países y en inversiones diversificadas. Como en otros casos, eligen los países que más favorecen las inversiones extranjeras y seleccionan los sectores en los que existen menos controles administrativos o policiales. Después, las sociedades o testaferros instrumentalizados para realizar la operación desaparecen dificultando una eventual indagación.

Inversión en entidades financieras clandestinas

Ante todo debemos señalar que este no es siempre un método de blanqueo, pues en la mayoría de los casos no se da el definitivo traspaso de los capitales de la economía ilegal a la legal, pero en cualquier caso su inclusión en esta tipología del blanqueo puede quedar justificada por nuestro interés en diferenciar este sistema de otros que constituyen genuinos procedimientos de blanqueo.

Además de las entidades financieras oficiales, existen intermediarios financieros clandestinos que realizan todo tipo de operaciones internacionales, y que se encuentran muy extendidas en el sureste asiático. Mediante su utilización una persona física o jurídica puede transferir dinero en efectivo o títulos valores a otro país, sin constancia documental ni control de las autoridades de ninguno de los dos países. Este tipo de entidades recibe denominaciones diversas: en Estados Unidos y Latinoamérica se la conoce como «*stash house*», en los países musulmanes como «*banca hawala*», en algunos países asiáticos «*banca chiti*», en China como «*banca chop*». En general, pueden considerarse como distintos tipos de redes ilegales. Se trata de grupos organizados dedicados a gestionar esta «bolsa de inversión ilícita», que a menudo no tienen implantación en todos los países en los que operan, sino que distintas organizaciones criminales se interconexionan entre sí, funcionando entre ellas un mecanismo de compensación similar al que existe entre las entidades que operan de acuerdo a la legalidad.

Estas peculiares instituciones elaboran una doble contabilidad: la oficial, que aparentemente refleja la actividad del negocio bajo el que se encubren, y la real, que suele ser cifrada. De este modo mantienen un flujo monetario clandestino por el que sus clientes pueden invertir su dinero sucio en negocios ilegales, como la producción de heroína en Pakistán o venta ilegal de armas en Centroamérica, pero también lícitos, como la exportación de alimentos a Oriente Medio o la compra de diamantes en Amsterdam. De aquí que unas veces sea un instrumento de blanqueo y otras no, dependiendo de la implicación o la ausencia de maniobras en negocios legales. Si se opta por esta última posibilidad, finalmente, el «inversor» recibe sus ganancias justificadas como si solo hubieran sido obtenidas por esos negocios legales (descontando, claro está, el porcentaje que retiene esa red como comisión por sus servicios). La colocación del dinero blanqueado en un país distinto al del cliente, generalmente, un paraíso fiscal dificulta enormemente la averiguación de su origen, y la utilización de sociedades tapadera, la determinación de su auténtico propietario.

Simulación de un crédito o préstamo internacional

Una vez que el dinero se ha colocado en un centro de blanqueo internacional a través de la evasión física de divisas o cualquier otro procedimiento de los que ya hemos comentado, el «problema» para el blanqueador reside en poder disponer de los fondos de nuevo en su país sin que su devolución pueda considerarse como injustificada.

Para ello con frecuencia se recurre a la llamada «técnica del préstamo-retorno», según la cual el banco situado en el paraíso financiero concede un falso préstamo cuya auténtica garantía no es otra que el mismo dinero sucio depositado por el blanqueador, aunque en el contrato de préstamo figuren otras garantías aparentes, como por ejemplo, unas inexistentes o sobrevaloradas propiedades inmobiliarias que el blanqueador alega poseer en ese centro *off-shore*. Esto permite al blanqueador justificar esos fondos depositados, al tiempo que se abona a él mismo unos intereses de los cuales el banco retiene un porcentaje en concepto de comisión. Además los presuntos intereses pueden ser desgravados por el blanqueador. El secreto bancario característico de los centros internacionales de blanqueo dificulta la averiguación de esta maniobra.

Por ejemplo, un narcotraficante lleva a las Islas Caimán un millón de euros en billetes de quinientos euros que ha obtenido mediante la venta callejera

de heroína en Madrid. Traslada el dinero oculto en el casco de fibra de vidrio de una embarcación de recreo. El escaso peso y volumen de los billetes de quinientos euros facilita su ocultación. Una vez llega al paraíso fiscal contacta con un despacho de abogados local que le gestiona la compra de una pequeña charca, de apenas doscientos metros cuadrados, sin apenas valor inmobiliario alguno, por mil euros. Con el título de propiedad busca un empleado de banca con pocos escrúpulos y en su establecimiento entrega el millón de euros en efectivo –sin solicitar recibo alguno–, pero al mismo tiempo pide formalmente un crédito hipotecario por importe de novecientos mil euros ofreciendo como garantía la charca. Ese dinero se transfiere a Madrid electrónicamente, justificando la operación como un crédito hipotecario. El primer mes deja de abonar la cuota de amortización, con lo que el banco ejecuta la hipoteca, se queda con la charca que vuelve a vender al despacho de abogados por mil euros y, por supuesto, se queda con el millón de euros en efectivo. El coste del blanqueo para el narcotraficante sería ligeramente superior al 10 %, una cantidad que puede ser asumida como un gasto más de su ilícita actividad.

Inversiones inmobiliarias a través de sociedades constituidas en el extranjero

La legislación mercantil que regula la constitución de sociedades en el territorio de ciertos paraísos fiscales, como Gibraltar, está orientada a favorecer el tráfico mercantil con unos mínimos controles. Esta circunstancia determina que las sociedades constituidas al amparo de esa normativa sean utilizadas con mucha frecuencia como sociedades instrumentales para la evasión fiscal y el blanqueo de dinero de origen ilícito, generalmente a través del mercado inmobiliario.

De acuerdo a ese plan, se constituyen varias sociedades anónimas en paraísos fiscales. Sus consejos de administración estarán formados por testaferros que no ejercen ningún control efectivo sobre la sociedad, limitándose a realizar tareas administrativas. Siempre suelen ser las mismas personas las que figuran como socios y miembros del consejo de administración de distintas sociedades. Dichas sociedades se constituyen con el capital mínimo exigido de acuerdo con la normativa sobre sociedades del país en cuestión y tienen como objeto social la gestión de operaciones de inversión en otros países.

Se procede entonces a la constitución en España de otra sociedad, de la que son socios mayoritarios las sociedades extranjeras previamente constituidas y que tienen como objeto social la intermediación y gestión en operaciones internacionales de inversión inmobiliaria. Como representante o apoderado con plenos poderes de esta sociedad, suele actuar alguna persona con responsabilidad dentro de la organización criminal, controlando de esta forma la actividad económica que se realiza a través de la misma.

Después, las sociedades extranjeras realizan inversiones en el sector inmobiliario español, actuando como representante para la gestión del capital invertido la sociedad constituida en España. El capital colocado cumple la normativa sobre inversiones extranjeras en nuestro país, al momento que están las operaciones autorizadas o, en su caso, verificadas por la Dirección General de Transacciones Exteriores.

La sociedad constituida en España limita su actividad a la gestión de inversiones de sociedades extranjeras que son controladas por la organización criminal sin gestionar las inversiones de ninguna otra sociedad-cliente. Tras la venta de los inmuebles adquiridos en España, se procede a una nueva inversión en inmuebles o en activos financieros en otros países. La gestión de los nuevos inversores la realizan normalmente bufetes de abogados de los países donde se realiza la inversión, a los que se les otorgan poderes notariales para que representen a los inversores.

Completado este círculo de operaciones, es extremadamente complicado seguir el rastro de los capitales ilícitos, que siempre tropieza con la falta de colaboración de la sociedad constituida en el paraíso fiscal.

Otra posibilidad es la compra de acciones por la sociedad de inversión inmobiliaria del «paraíso fiscal» a la sociedad anónima constituida en España, con la consiguiente sobrevaloración de los beneficios y de los incrementos patrimoniales que producen las acciones adquiridas. Al declararse más beneficios de los que en realidad se han generado, se encubre el regreso del dinero de origen ilegal, aunque ello suponga una mayor tributación.

Constitución de sociedad de intermediación en el sector bursátil

Otro procedimiento que, según informes policiales, también ha sido utilizado en nuestro país es la constitución de una sociedad que tiene como objeto social la intermediación en el sector bursátil y se encuentra fuera del control de la

Comisión Nacional del Mercado de Valores. Para evitar dicho control se puede recurrir a varias estrategias; una de las más efectivas es realizar inversiones directas desde el exterior de nuestro país, teniendo cuidado de que cada uno de los testaferros o empresas interpuestas extranjeras no supere el límite de 500 000 000 de pesetas o más del 10 % del capital social, pues en ese caso sería necesaria verificación administrativa de la operación.

Así, tras la contratación personal administrativo y el montaje de una oficina utilizada como única sede social, se organizan campañas publicitarias selectivas que se instrumentan mediante la edición y difusión de boletines de inversión, garantizando altas rentabilidades. De este modo se contacta con organizaciones delictivas que desean colocar dinero procedente del tráfico de drogas u otras actividades delictivas. Por supuesto, el anonimato de las operaciones de inversión interesa tanto a la sociedad que intermedia como a la organización que realiza la inversión, y la garantía del secreto de las operaciones para cualquiera de las partes es que la otra parte está realizando una actividad delictiva, por lo que nunca va a denunciar los hechos.

Finalmente, se produce el envío del importe de la inversión y la rentabilidad que ha producido a un paraíso fiscal. Al actuar la sociedad de intermediación al margen de los controles administrativos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Banco de España y de la Dirección General de Transacciones Exteriores, no queda constancia de las operaciones realizadas. En ciertos casos, se ha llegado a renunciar expresamente al derecho de voto en la sociedad extranjera receptora de estos fondos, para eludir así los referidos controles administrativos establecidos por el artículo 4.1 del real decreto 672/1992, del 2 de julio, sobre inversiones españolas en el exterior.

Mediante operaciones comerciales

El enorme volumen de las operaciones de tráfico comercial internacionales favorece la posibilidad de que una operación de blanqueo pase inadvertida si se toma la preocupación de elegir los mercados con un menor control o bien se reviste la operación de una apariencia de licitud.

Compraventa internacional de mercancías supervaloradas o inexistentes

En este caso el blanqueador abre una cuenta corriente en divisas o en pesetas convertibles, usualmente, utilizando a personas o entidades interpuestas y a menudo contando dentro del banco o caja con algún colaborador que consiga que las cuentas corrientes no se registren, y de este modo se evita el control de los órganos de auditoría interna de la entidad respecto a la auténtica titularidad de las mismas.

Posteriormente, ese testaferro realiza o simula un contrato de importación de una determinada mercancía con una compañía del país donde se quieren situar las divisas. El importe de la operación se sobrevalora, o incluso, se inventa si se trata de un contrato simulado.

El importador realiza el pago de la operación mediante un cheque bancario o una orden de transferencia contra las cuentas en moneda extranjera para abonar en otra cuenta que se ha abierto en un banco del lugar donde se quiere situar el dinero.

Devolución de las mercancías a través de contrabandistas

En este caso se procede a realizar un contrato de compraventa internacional por parte de una empresa española cuyo objeto sea la adquisición de un bien muy valioso pero de fácil transportación, como por ejemplo, piedras preciosas. Al mismo tiempo se constituye una sociedad en el extranjero que será la que venda tal mercancía.

En efecto, se abona el precio de las piedras preciosas que realmente llegan a nuestro país y queda la constancia documental oportuna en la inspección aduanera. Pero una vez en España, son devueltas a través de contrabandistas a su lugar de origen. La operación se repite cuantas veces se crea oportuno, y finalmente, la empresa española se declara en quiebra y desaparece. El dinero transferido al país elegido se puede justificar siempre como el producto de esas ventas de piedras preciosas.

La ventaja de este método respecto al anterior reside en que se cuenta con los documentos aduaneros que acreditan que efectivamente circuló la mercancía; recordemos que al realizarse generalmente estas operaciones mediante un crédito documentario internacional, se requieren las citadas certificaciones aduaneras para hacerlo efectivo.

Una variante de este sistema es descrita por Zaragoza, quien se refiere a la posibilidad de utilizar un contrato de compraventa de mercancías a futuro. En este caso, el blanqueador pretende repatriar fondos previamente depositados en otro país en el que se constituyó una sociedad tapadera. La sociedad del país extranjero firma un contrato de exportación de mercancías a la empresa del país donde se pretende introducir el dinero blanqueado. Sobra decir que ambas compañías son controladas realmente por el blanqueador a través de testaferros. El blanqueador espera el momento en el que el mercado de ese producto experimente un alza (la inflación por la inercia del paso del tiempo facilitará que se produzca esa situación). Para reclamar la mercancía, con lo que la compañía compradora se imputa un determinado beneficio que, lógicamente, será contabilizado como pérdida en la sociedad exportadora. Con esto se ha justificado el movimiento de efectivo de un país a otro, aunque ciertamente este procedimiento requiere de una gran infraestructura en relación a la cantidad de dinero que se puede blanquear sin llamar la atención.

Reventa de pasajes aéreos en vuelos internacionales

Se trata de un mecanismo que tiende a eludir los controles establecidos en países con un estricto control de cambio, y que ha generado numerosas perturbaciones en el comportamiento normal del mercado de billetes de avión.

Los billetes se adquieren a la compañía aérea en moneda local, y posteriormente se vuelven a vender, en el país elegido a través de agencias de viaje, normalmente a un precio inferior al de compra (este sería el coste del blanqueo). El gran inconveniente de este procedimiento para el blanqueador es que la inestabilidad de la demanda de billetes de avión no le garantiza cuál será el precio de reventa.

BIEN JURÍDICO

Pese a que existe un consenso generalizado sobre la necesidad de incriminar el blanqueo de capitales, la identificación del concreto interés tutelado en este delito no es en absoluto una cuestión pacífica. Dejando al margen posturas minoritarias, la doctrina se debate entre dos gradaciones opciones: considerar que estamos ante un delito contra la administración de justicia o entender que se trata de un delito socioeconómico.

En cuanto a la administración de justicia, es evidente que el blanqueo de bienes de ilícita procedencia puede entorpecer la detección del ilícito previo por los órganos encargados de la persecución de tales delitos y, al mismo tiempo, dificulta el comiso de esos bienes por parte del Estado. Por tanto, en determinadas ocasiones el blanqueo de capitales lesiona la administración de justicia. Sin embargo, no creemos que este sea el interés tutelado prioritariamente por el blanqueo en base a las siguientes consideraciones:

- a) El blanqueo no siempre afecta al descubrimiento del delito previo o al comiso del producto de un delito:
 - En los casos en los que el delito previo se comete en el extranjero y nuestros tribunales no son competentes para enjuiciar, difícilmente, podremos hablar de una tutela de la administración de justicia. Por el contrario, la interferencia para la lealtad en la competencia que genera el blanqueo de delitos cometidos fuera de nuestra jurisdicción es la misma.
 - El artículo 300 del Código Penal español establece la punición del blanqueo pese a que el autor del delito previo sea irresponsable o estuviera exento de pena. En tales casos es evidente que una alteración operación de blanqueo sobre esos bienes no lesiona la administración de justicia.
- b) Optar por la administración de justicia como único bien jurídico supone renunciar en realidad a la existencia de una nueva necesidad político-criminal que conduce a incriminar el blanqueo, pues estas conductas no serían, desde esa perspectiva, sino simplemente una nueva forma de comisión del tradicional delito de encubrimiento (en sus modalidades de favorecimiento real o complementario).
- c) Partiendo de la administración de justicia como bien jurídico protegido y entendiéndose el blanqueo como una conducta afín al encubrimiento, no puede explicarse por qué no tiene cabida la excusa absolutoria entre parientes, (establecida también para la ocultación de los efectos del delito por el artículo 453 del Código Penal), ni las razones por las que se incrimina el blanqueo imprudente.

- d) Desde esta perspectiva tampoco se comprende por qué todos los textos internacionales y la mayoría de los ordenamientos internos sancionan al autor o partícipe del delito previo por el posterior blanqueo de sus ganancias, sin recurrir al «privilegio del autoencubrimiento» que mantienen para el delito de encubrimiento.
- e) Si se parte de que la administración de justicia es el único interés tutelado por el blanqueo, no se explica por qué todos los ordenamientos sancionan con mucha mayor severidad el blanqueo que el encubrimiento. Y tampoco tendría sentido que no se limitara la pena del delito que nos ocupa por la que le corresponde al delito previo, pudiendo sancionarse más duramente el blanqueo que el delito que le sirve de base.
- f) En cuanto a la prevención de la comisión de delitos como finalidad perseguida por la administración de justicia, deberíamos cuestionarnos si es de recibo establecer un delito que tiene como misión desincentivar la comisión de otros delitos distintos. Pero la crítica a este planteamiento es más evidente; un delincuente dedica las ganancias del delito a alguno o algunos de estos dos fines: reinversión en la actividad criminal o blanqueo. El dinero que promueve con mayor intensidad el mantenimiento en la actividad ilícita será el que se reinvierte en la actividad delictiva, y solo más indirectamente, el que se blanquea.

Por todo ello, pensamos que las conductas de blanqueo no tiene una naturaleza esencialmente encubridora, sino que ese favorecimiento que, efectivamente, se produce tiene un carácter accidental, en cuanto que solo es resultado inevitable de la realización del interés principal del blanqueador, que es la incorporación de los bienes a la economía legal. Debido a esto, incidir únicamente en la ocultación de la procedencia del bien, supone centrarse en un aspecto muy puntual, que no agota la totalidad del fundamento de la lucha contra el blanqueo. Así, el conocimiento de la realización del delito previo, solo debe ser un elemento del blanqueo, pero ello no implica que exista voluntad de encubrir, sino que, al igual que en la receptación, el blanqueador solo oculta el origen del bien con el ánimo de integrarlo en el mercado como si de un bien lícitamente obtenido se tratase.

Insistimos en que todo lo dicho no impide considerar que el blanqueo de las ganancias del delito previo no pueda dificultar su averiguación, debido a

que el blanqueo es un delito de referencia, criminalidad de segundo grado, en el sentido de que depende de la comisión de otro delito previo, no obstante no debemos concluir que la administración de justicia sea el bien jurídico tutelado. También el delito de receptación perjudica la investigación del delito patrimonial o socioeconómico que le sirve de base y no por ello se considera como un delito contra la administración de justicia.

El delito de blanqueo atenta contra el orden socioeconómico y, concretamente, contra la libre competencia.

La expansión de la economía vinculada al crimen y su confusión con círculos económicos legales es la razón última por la que el delito de blanqueo, ha pasado a ser un delito presente en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Según creemos, ese reconocimiento del blanqueo como delito no es fruto de una simple moda, sino que se debe a su enorme lesividad para uno de los pilares esenciales de nuestro modelo socioeconómico.

Como hemos dicho, el blanqueo afecta directamente al principio de libre competencia. La defensa de la libre competencia es encomendada a los poderes públicos en virtud del mandato contenido en el artículo 38 de la constitución española. Además, el legislador se ha esforzado por promocionar la libre competencia y tutelarla a través de la Ley 16/1989, del 17 de julio, de defensa de la competencia, y la Ley 3/1991, del 10 de enero, de competencia desleal. De acuerdo al artículo 15 de esta última ley, constituye un acto de deslealtad competitiva adquirir cualquier tipo de ventaja a través de la comisión de una infracción legal. El principio que inspira este precepto es claro: el empresario que vulnera el marco normativo de desarrollo de su actividad, atenta simultáneamente contra la leal competencia, pues se sitúa en una inmerecida posición de privilegio respecto a sus competidores en el mercado. Precisamente, la máxima expresión de esta forma de deslealtad competitiva es el blanqueo de capitales de ilícita procedencia, pues en este caso, la ventaja obtenida por el blanqueador respecto a quienes concurren con él en el mercado alcanza sus máximas cotas.

Como es sabido, el capital con el que cuente una determinada empresa constituye una de sus principales bazas para desarrollar con éxito sus actividades en un mercado competitivo. Por ello, la existencia de agentes económicos que cuentan con una fuente de capital ilícita, casi ilimitada y a un coste económico muy inferior al del capital legalmente obtenido, supone un duro golpe a la competencia leal.

El blanqueo es el punto de inflexión entre la economía legal y la ilegal, y existe un interés en que ambos ámbitos sigan separados. Quizá esta afirmación no pueda realizarse desde una perspectiva puramente económica, pero no vamos a discutir aquí si la afluencia de capitales de origen ilícito hacia la economía legal puede o no desestabilizar nuestros mercados. Nuestra constitución no se limita a proteger el orden económico, sino que busca la promoción de un orden socioeconómico justo, y desde esa perspectiva existe un claro interés en que las ganancias ilegales no puedan reintegrarse al tráfico comercial con absoluta normalidad.

Algunos autores han señalado que una de las características de las organizaciones criminales dedicadas al blanqueo es la de infiltrarse en la economía legal, con el objetivo de alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de sus competidores. De admitirse esta idea, encontraríamos un nuevo argumento para defender que la competencia se ve quebrantada por la presencia de agentes económicos que intervienen en los mercados apoyándose en un ilícita financiación. Desde luego estas afirmaciones tendrían que ser respaldadas con el oportuno análisis criminológico y económico, pero a falta de tal estudio (además de complicadísima realización), intuimos que tal argumentación debe ser asumida con reservas.

En muchas ocasiones, como ya hemos tenido oportunidad de comprobar, los blanqueadores utilizan empresas para legitimar la tenencia de fondos, aunque su mantenimiento suponga un coste (que será, precisamente, el coste de blanquear ese capital). Por tanto, el interés de controlar el mercado no se deriva, en nuestra opinión, de la intención de blanquear, sino de las leyes naturales de la economía, pues una vez que se ha iniciado la actividad empresarial, su gestión apoyada por los fondos ilícitos le suele conducir a liderar el mercado. En otras palabras, no compartimos la opinión de que los blanqueadores busquen sectores de actividad en los que puedan alcanzar posiciones monopolísticas, sino que creemos que una constante actividad de blanqueo de ingentes cantidades de fondos ilícitos a través de una determinada empresa termina por llevar a esa empresa a apoderarse de la mayor cuota de mercado que sus competidoras, pues podrá minimizar sus gastos al financiarlos con un capital ilegal obtenido a un bajísimo precio. Piénsese en una empresa dedicada aparentemente a servir comidas a domicilio, pero que realmente tiene como finalidad el blanqueo de las ganancias obtenidas por la venta de cocaína. La intención del blanqueador será conseguir el mayor volumen de negocios posibles, ya que cuanto más crezca su empresa mayor cantidad de fondos ilícitos podrá justi-

ficar sin levantar sospechas. Por ello, su empresa servirá las comidas a precio de coste, con lo que no obtendrá beneficios reales, pero sí podrá justificar unos beneficios ficticios que en realidad ha obtenido con el narcotráfico. Ante esta situación, las demás empresas del sector no podrán subsistir durante demasiado tiempo, de esta manera el blanqueador obtiene una privilegiada posición en el mercado.

En realidad las posiciones monopolísticas que obtienen determinadas empresas-tapadera, más que como una finalidad buscada por el blanqueador, pueden ser entendidas como una consecuencia normal del desarrollo de algunas actividades blanqueadoras. De hecho, cabe imaginar que una empresa tapadera no quiera asumir el liderazgo del sector legal en el que desarrolla su actividad por temor a llamar la atención sobre su gestión y ser investigada por ello, con lo que una medida prudente para el blanqueador puede ser la de tolerar un cierto nivel de competencia en su sector; es decir no eliminar a todas las empresas que rivalicen con ella por captar una determinada cuota de mercado.

Si bien es cierto que aquí se ha establecido que el origen del monopolio y la poca competitividad que se le presenta a las empresas blanqueadoras se debe en gran medida por la ventaja del capital adicional extraordinariamente económico –característica que no tienen las empresas legales–, existen otras formas y estrategias mucho más comunes de las organizaciones criminales. Colomboa posición monopolística señala que también puede ser obtenida a través de sobornos y amenazas, en tal caso estaremos ante un problema vinculado a la delincuencia organizada, pero no directamente al blanqueo de capitales, pues este puede ser realizado sin recurrir a métodos «mafiosos».

Aunque el principal interés tutelado por el delito de blanqueo es la libre competencia, existen otros aspectos del orden socioeconómico que indirectamente también pueden ser lesionados por estas conductas, como la «credibilidad del sistema financiero». En nuestra opinión, esa pérdida de confianza de los inversores en las instituciones financieras instrumentalizadas para blanquear fondos es debida a la ausencia de transparencia de las operaciones de blanqueo. Por ejemplo, la compra masiva de activos opacos con dinero procedente del crimen puede incidir sobre su rentabilidad, sin que otros intermediarios del sector financiero hayan podido predecir un flujo financiero que tiene un origen ilegal. De este modo, el blanqueo produce la desconfianza de los ahorradores que respetan la ley.

Ahora bien, esa falta de credibilidad del mercado financiero no es sino una consecuencia de la lesión del principio de competencia leal en este mercado;

no creemos que se trate de un aspecto distinto al que ya hemos comentado anteriormente. La restricción de la competencia genera además un empobrecimiento del sistema productivo del país, ya que la actividad económica no es desarrollada únicamente por empresas eficaces y competitivas, sino que también se mantienen activas las empresas constituidas para blanquear fondos, con independencia del acierto o infortunio con el que sean gestionadas, ya que un cierto nivel de pérdidas será admisible como coste del blanqueo, y su finalidad principal no es la obtención de beneficios, sino garantizar un pacífico disfrute de los beneficios ilícitamente obtenidos.

Desde nuestra perspectiva, la inyección de fondos ilícitos en la economía legal no puede tener nunca efectos positivos, pues a medio plazo los intereses de los blanqueadores se separarán del interés general.

Otro atentado a la competencia en el mercado surge de la imprevisibilidad de la conducta del blanqueador que no se comporta de acuerdo a criterios de racionalidad económica, así invierte en títulos de bajo rendimiento, pero opacos al control de la hacienda pública, porque no busca rentabilidad, sino tranquilidad. Lo mismo sucede cuando suscribe un seguro, no busca cubrir un riesgo, sino camuflar un depósito. Así, el blanqueo, en nuestra opinión, atenta contra las reglas de comportamiento económico en el mercado que disciplinan la leal competencia, un interés tutelado también por delitos, como alteración de precios, publicidad engañosa, detracción del mercado de bienes de primera necesidad, abuso de información privilegiada en bolsa, etcétera.

A la luz de estas reflexiones, no es difícil intuir que la internacionalización del blanqueo, así como la necesidad de una respuesta jurídica coordinada a nivel mundial, no son sino el resultado de esa dimensión supranacional que caracteriza al orden económico de nuestros días.

En resumen, centrarnos en la lesividad del blanqueo para el orden socioeconómico, supone desconocer otros efectos perniciosos del blanqueo, pues eventualmente, la incriminación del blanqueo puede servir para desincentivar la comisión de futuros delitos, ya que se dificulta la acumulación de riqueza que persiguen en muchas ocasiones los delincuentes, y ciertamente, también la inclusión del delito de blanqueo en la legislación penal puede ser un factor que coadyuve a la pérdida de poder de las organizaciones criminales, y de esta manera asestar un duro golpe a su infraestructura económica. Pero estos no son sino efectos colaterales e incidentales, el interés fundamental al que está llamado a tutelar el blanqueo de capitales es la leal competencia en nuestro orden socioeconómico. Pero desde luego, consideramos preferible señalar un único

interés que cumpla la misión de justificar la intervención penal porque, como pone de manifiesto Bottke, la superposición de diversos objetos de protección dentro del delito de blanqueo, siendo estos heterogéneos, supone una mezcla contraproducente para la seguridad jurídica.

De este modo, el bien jurídico por el que hemos optado nos permite excluir del ámbito del artículo 301 del Código Penal conductas que no deberían conformar un delito que, en su tipo básico, puede ser castigado con penas de hasta seis años de prisión. Así, no creemos que actos básicos de consumo, como la compra de alimentos o los gastos de enfermedad se puedan incluir en el delito de blanqueo, justamente, por no poner en peligro la libre competencia. De este modo, la mujer de un pequeño narcotraficante que abona la cuenta del supermercado con el dinero que obtiene su marido por la venta callejera de hachís no merece, a nuestro juicio, una pena de prisión de dos años y nueve meses hasta seis años (artículo 301.1, inciso segundo, Código Penal). No obstante, no solo desde la doctrina científica se ha reivindicado tan expansiva consideración del delito de blanqueo, pues un supuesto similar al que hemos descrito fue penado como blanqueo de capitales por la STS de 5 de octubre de 1992 (artículo 7726) y la de 20 de mayo de 1997 (artículo 3636). Para evitar tan pernicioso entendimiento de la ley, proponemos una interpretación acorde con el principio de insignificancia, que excluya la tipicidad cuando el objeto material, los bienes, no tengan una cuantía relevante, y *de lege ferenda* el establecimiento de un límite a partir del cual se justifique la intervención penal.

CONCLUSIONES

El delito de blanqueo de capitales, también denominado en los países latinoamericanos como «lavado de activos», es un ilícito penal relativamente reciente. Desde que EU lo introdujo en su legislación a mediados de los años setenta, la implementación de políticas para combatir el blanqueo de capitales se ha extendido a la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo.

Ese reconocimiento del blanqueo como delito no es fruto de una simple moda, sino que se debe a su enorme lesividad para uno de los pilares esenciales de nuestro modelo socioeconómico: la libre competencia.

Precisamente, en estos momentos la crisis económica deja ver con toda crudeza la debilidad y la importancia que el sistema financiero tiene para nuestra

vida cotidiana. Por ello es fácil comprender que la protección de ese interés, la justa formación de precios en los mercados, no es una cuestión que solo afecte a las abstractas cifras macroeconómicas, sino que constituye un factor esencial para el desarrollo económico de los países y para la generación de una justa y equitativa distribución de la riqueza para los individuos.

Un adecuado orden socioeconómico es la base del bienestar individual, y el blanqueo de capitales, que altera las reglas naturales de la competencia, atenta frontalmente contra ese interés.

Pero lejos de existir una unanimidad sobre su concepto y lesividad, estos aspectos esenciales del blanqueo son objeto de una profunda polémica. El legislador, con una redacción más clara y precisa de estos tipos penales, puede cerrar el agrio debate doctrinal y jurisprudencial que él mismo ha provocado.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel, M. (2002). *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- _____ (2005). «Década y media de vertiginosa política-criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003», en *La Ley Penal*, 20:5-26.
- _____ (2005). *El delito de blanqueo en el Código Penal español*. Barcelona: Bosch.
- Álvarez, D. y Eguidazu, F. (1998). *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.
- Antenen, J. (1996). «Problématique nouvelle relative a la poursuite pénale du blanchissage d'argent, à la confiscation et au sort des avoirs confisqués», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht / Revue Penale Suisse*, 1.
- Aránguez, C. (1997). «Tipología del blanqueo de capitales», en *La Ley y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Granada: Ayuntamiento de Motril.
- _____ (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. *La falsificación de moneda*. Barcelona: Bosch.
- Arroyo, L. y Tiedemann, K. (1994). *Estudios de derecho penal económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- _____ (coords.) (1995). *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: B.O.E.

- Bacigalupo, E. (1998). «Estudio comparativo del derecho penal de los estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons.
- Blanco, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.
- _____ (1999). *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares.
- _____ (2002). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.
- Blanco, C. (1996). «El blanqueo de capitales procedentes de tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en *Comentarios a la legislación penal*. [Tomo 17] T. xvii. Madrid: Edersa.
- Calderón, Á. (1996). «El blanqueo de dinero y los delitos monetarios. El control de cambios como mecanismo de prevención», en *Blanqueo de Dinero y Salud Pública*. Madrid: Fiscalía General del Estado.
- _____ (coord.) (1996). *El Código Penal. Concordado y anotado*. Barcelona: Gaceta fiscal.
- _____, y Choclán, J. (2010). *Derecho penal. Parte general y parte especial (dos tomos)*. Barcelona: Bosch.
- Cardenas, C. (1994). «Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Monográfico sobre el encubrimiento, la receptación y el blanqueo de capitales. Normativa comunitaria*.
- Carmona, C. «La receptación», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la propiedad*.
- Chaves, C. (1995). «El problema de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas», en *CISS. Noticias de la Unión Europea*, 121.
- Cobo, M., Carmona, C., González, J., Morillas, L., Quintanar, M., Del Rosal, B. (2005). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (1955). *Encubrimiento y receptación. Ley de 9 de mayo de 1950*. Barcelona: Bosch.
- _____ (1997). *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Trivium.
- Cornejo, A. (1991). *Los delitos del tráfico de estupefacientes*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Cortés, E. (1996). «Comentario al art. 344 bis k/ del Código Penal», en *Comentarios a la legislación penal*. T. xvii. Madrid: Edersa.

- Cuello, J. y Borja, C. (2011). *Curso de derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos.
- Faria De, J. (1995). «El blanqueo de capitales. Algunas reflexiones a la luz del derecho penal y de la política-criminal», en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: B.O.E.
- De la Mata, N. (1989). *Límites de la sanción en el delito de receptación: La recepción substitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546 bis f) del Código Penal*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.
- Del Carpio, J. (1997). *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz, J. (1999). *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.
- Díez, J. (1994). «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *Actualidad Penal*, 32.
- Espín, C. (1991). «Comentario a la Guía Contra el blanqueo de dinero de la Federación de Banca de la Comunidad Europea», en *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 44.
- _____ (1995). «Aprobado el Reglamento de la Ley contra el blanqueo de capitales», en *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 59.
- Fabián, E. (1993). «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. (Especial referencia al tratamiento de las actividades económicas ligadas al narcotráfico)», en *ADPCP*, mayo-agosto.
- _____ (1996). «El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales. Un estudio sobre su tipificación desde las perspectivas jurídica y políticocriminal», en tesis doctoral inédita, Salamanca: Universidad de Salamanca.
- _____ (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Fernández, J. (1994). «Blanqueo de dinero: Normativa vigente y su equiparación en el Derecho internacional y en la legislación de los países comunitarios. Problemática policial», en *Ciencia policial. Estudios*, 24.
- Fernández, P. (1997). *Las consecuencias accesorias*. Trabajo inédito.
- Ferrajoli, L. (1991). «Riciclaggio, evasione e verifica fiscale», en *Il Fisco*, 46.

- Ganzenmüller, C. (y otros). *Delitos societarios, de la receptación, y contra la Hacienda Pública. Artículos 290 a 310 del Código Penal*. Barcelona: Bosch.
- García, J. (1993). «Las operaciones de ingeniería financiera», en *Policía*, 87.
- García, C. (1993). «Alcance de la reforma del Código Penal en lo referente a los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en *Prevención del blanqueo de origen criminal*. Madrid: Grupo Santander.
- Garzón, B. «El límite del delito de blanqueo», en *INFOFEBA*, 2.
- _____ (1996). «El blanqueo de capitales de ilícita procedencia», en ponencia inédita del I Congreso de Estudiantes de la Universidad de Granada. 26 de abril de 1996.
- Gimeno, V. (1996). «Los delitos económicos en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 249.
- Gómez, D. (1994). «Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español», en *Estudios de derecho penal económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- _____ (1996). *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Barcelona: Cedecs.
- Gómez, P. (1988). *El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal*. Madrid: Trivium.
- _____ (1994). «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en *Cuadernos de Política-criminal*, 53.
- González, J. (1992). «Delitos contra la propiedad», en *Manual de derecho penal. Parte especial*. Madrid: Edersa.
- Gullén, M. (1997). *El secreto bancario y sus límites legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Herrero, C. (1992). *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*. Madrid: Secretaría Técnica del Ministerio del Interior.
- Hormazabal, H. (1995). «Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho, y la necesaria reforma del sistema penal español», en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: B.O.E.
- Huerta, S. (1996). «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras figuras afines», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Monográfico dedicado a los Delitos Socioeconómicos en el Nuevo Código Penal*, 20.
- Jiménez, M. (1988). «Notas sobre la relación entre el encubrimiento y receptación. Comentario a la STS de 10 de enero de 1990», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 15.

- Lamas, L. (1992). *Tráfico de drogas y lavado de dinero*. Lima: Ed. Didi de Arteta.
- Langón, M. (1992). «La Convención de Viena de 1988 y los Reglamentos modelo sobre delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y psicotrópicos». *Revista del Instituto Uruguayo de derecho penal*, 12.
- Llobet, J. (1990). «El lavado de dólares producto del narcotráfico». *Ivstitia*, 38.
- Lombardo, J. (1993). «El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico en la legislación comparada». [tesis doctoral] UNED.
- Maqueda, M. (1991). «Exigibilidad y derecho a no declararse culpable» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 44.
- Martínez-Buján, C. (1999). *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martinot, S. (1997). «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero, ¿una política-criminal europea?» *Actualidad Penal*, 42.
- Martos, J. (1985). *El delito de receptación*. Madrid: Montecorvo.
- _____ (1987). *Derecho penal económico*. Madrid: Montecorvo.
- Moreno, A. y Ruiz, F. (1996). *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*. Castellón: Edijus.
- Morillas, L. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, vol. 1. Madrid: Dykinson.
- Muñoz, F. (1995). «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: B.O.E.
- Olmedo, M. (1998). *La inducción como forma de participación accesoria*. Madrid: Edersa.
- Palomo, A. (1996). «Receptación y figuras afines» en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Panizo, G. (1993). «Operaciones de “blanqueo” de fondos de origen criminal por medio de la utilización del sistema financiero», en *Prevención del blanqueo de origen criminal*. Madrid: Grupo Santander.
- Pérez, M. (1994). «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero» *Cuadernos de Derecho Judicial. Monográfico sobre el encubrimiento, la receptación y el blanqueo de capitales. Normativa comunitaria*.
- Pesquera, M. (1993). «Introducción al blanqueo de dinero negro y propuesta de la Federación Estatal de Banca y Ahorro». *INFOFEBA*, 2.
- Plasencia, R. (1995). *Los delitos contra el orden socioeconómico. La responsabilidad penal de la persona jurídica*. México: UNAM.
- Polaino, M. «Ocultación de bienes», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo 18.

- Portilla, G. (1989). «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», en *Cuadernos de Política-criminal*, 39.
- Quintero, G. (2011). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Queralta, J. (1993). «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 96.
- _____ (2010). *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Atelier.
- Ruiz, L. (1992). «Receptación sirviéndose de establecimientos abiertos al público», en *Comentarios a la legislación penal*. Tomo 14, vol. 2. Madrid: Edersa.
- Ruiz, L. (2003). «Blanqueo de capitales» en *Memento Penal de Empresa 2004-2005*. Santiago de Compostela: Francis Lefebvre.
- Ruiz, E. (1992). «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1641.
- Sáinz-Cantero, J. (1989). «Algunas consideraciones sobre la internacionalización del derecho penal», en *Estudios de derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UNED*.
- Sánchez-Calero, J. (1992). «Nuevas iniciativas para la prevención del “blanqueo” de dinero a través del sistema financiero», en *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 45.
- _____ (1993). «Aprobada la Ley contra el blanqueo de capitales», en *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 52.
- Sánchez-Ostiz, P. (1998). *El encubrimiento como delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Serrano, A. y Serrano, A. (2010). *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Serrano, A. (2004). *Introducción a la criminología*. Madrid: Dykinson.
- Serrano, J. (1998). «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», en *La Ley*, 4647.
- Silva, Je. (1990). «La receptación específica. El art. 546 bis f/ del Código Penal», en *Comentarios a la legislación penal*. Tomo 7. Madrid: Edersa.
- _____ (1995). «El derecho penal bancario en España». *Actualidad Penal*, 48.
- Solans, M. (1990). «Blanqueo de dinero y movimientos financieros», en *Política Exterior*. 4 (16).
- Soto, F. (1996). «El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo», en *La Ley*, 4015.
- _____ (1997). «El secreto profesional del abogado: deontología y tipicidad penal», en *La Ley*, 4429.

- Suárez, C. (1996). «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en *Cuadernos de Política-Criminal*, 58.
- _____ (1998). «Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de derecho penal. Parte especial vol. 2*. Madrid: Ceura.
- Vidales, C. (1993). «La última reforma del Código Penal en materia de drogas. Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992», en *Revista General de Derecho*, 583.
- _____ (1998). *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*. Miami: CAJ.
- _____ (1998). «Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 21.
- Zaragoza, J. (1994). «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Monográfico: El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1.
- _____ (1998). «Receptación y blanqueo de capitales», en *El Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Granada: Comares.

IV. Evolución legislativa del delito de blanqueo de capitales en la legislación penal español

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR¹

DETERMINACIONES PREVIAS

La trama conducente a incorporar el dinero obtenido de la actividad delictiva al circuito económico y financiero legal es un fenómeno, como se ha apuntado acertadamente, «intemporal, de larga trayectoria histórica».² Bajo la denominación de «blanqueo de capitales»³ o de «lavado de activos»,⁴ se está haciendo referencia a los bienes procedentes de una actividad delictiva que, mediante una serie de actividades diversas, trata de ser incorporado (blanqueado, lavado) en el circuito oficial del mercado económico y financiero.

A pesar de que se trata de un fenómeno de origen antiguo, solo recientemente ha sido objeto de una tipificación específica en la legislación penal ordinaria. La existencia de una actividad delictiva antecedente unido a los tradicionales delitos (o forma de participación en el delito ajeno) de encubrimiento y receptación, junto a la muy discutible problemática de la incriminación específica del autoencubrimiento, parecía ser suficiente respuesta punitiva ante un problema criminológico *in crescendo*, conforme iba haciéndose más complejo el sistema económico y financiero.

¹ Catedrático de derecho penal de la Universidad de Jaén (España).

² Morillas Cueva, L., «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», Foro, FICP, p. 51.

³ Código Penal español tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010.

⁴ Código Penal cubano tras la reforma operada por decreto ley núm. 316 de 19 de diciembre de 2013.

La primera llamada de atención a nivel internacional y, por derivación de la misma, también nacional se produce como consecuencia del fenómeno económico derivado del tráfico ilícito de drogas. En la década de los años ochenta, la criminalidad organizada en materia de tráfico de drogas dio lugar a una incipiente legislación tendente a impedir la entrada y circuito financiero legal de las ingentes cantidades de dinero que se generaban en ese mercado ilegal. Más adelante, al tiempo que la delincuencia organizada iba diversificando su actividad –terrorismo, tráfico de personas, tráfico de armas, tráfico de material nuclear– se fue ampliando el ámbito del delito de blanqueo de capitales. La globalización ha dado lugar a relaciones económicas transnacionales con liberalización de los movimientos económicos que, necesariamente, han llevado aparejadas la internacionalización de la delincuencia económica y, con ello, la profesionalización de las organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales de origen delictivo.⁵ Obviamente, el nudo gordiano de la trama de blanqueo va a girar en torno al funcionamiento, sistemas de control y transparencia de los sistemas financieros.

En esta línea, a nivel internacional, en 1988, surge la Declaración de Basilea,⁶ que, con una particular referencia al dinero ilícito derivado del tráfico de drogas, tenía el objetivo principal de impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizados para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita. Además, en el mismo año, en el seno de las Naciones Unidas se aprueba la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, más conocida como la Convención de Viena, en la que se plantea por primera vez la necesidad de que los distintos Estados en sus legislaciones internas incorporen los mecanismos necesarios para definir conductas delictivas relacionadas con el producto de los delitos relativos al tráfico de drogas. En concreto, la Convención de Viena parte de varias premisas: 1. La conversión o transferencia de bienes procedentes del tráfico de drogas, con el objetivo de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; 2. La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen ubicación, destino o derechos relativos

⁵ Con la separación progresiva entre las actividades criminales y las de blanqueo, el aumento de los blanqueadores profesionales y una organización de servicio de blanqueo ofertada a delincuentes y organizaciones profesionales; al respecto véase Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra 2012, p 60.

⁶ «Declaración de principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de operaciones Bancarias» sobre previsión de utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, de 12 de diciembre de 1988.

a tales bienes, a sabiendas de su origen ilícito; 3. La adquisición, posesión o utilización de dichos bienes, a sabiendas de su origen ilícito; 4. La participación en alguna de las actividades anteriores, la confabulación para cometerlas, así como la tentativa, incitación, facilitación o asesoramiento. Con la previsión de las agravaciones por la participación en un grupo organizado, en actividades internacionales organizadas, participación en otras actividades ilícitas que se faciliten por la comisión del delito, por la concurrencia en el sujeto de un cargo público y la reincidencia.⁷

En julio de 1989, con un carácter intergubernamental, en una reunión plenaria de entonces llamado Grupo de los Siete, se crea en París el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) con el objetivo de fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad el sistema financiero internacional. Este grupo, que trabaja sin efectos vinculantes a través de recomendaciones e informes, se ha convertido en el instrumento con mayor incidencia práctica en las legislaciones internas de los diferentes Estados.

Más adelante, el seno de las Naciones Unidas, la Convención de Palermo, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del 15 de noviembre de 2000, índice en la línea iniciada en 1988, en relación a las medidas para afrontar el blanqueo de capitales, con la novedad de que amplía el alcance del delito inicial, en la «convención de Viena» limitado al tráfico de drogas, a cualquier tipo de delito grave. Al respecto, de acuerdo con el artículo 6.2.b:

Cada Estado parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente convención. Considerando por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

En concreto, la convención propone en su artículo 6 la penalización de las siguientes conductas: a) La conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

⁷ Véase Morillas Cueva, L., «Aspectos dogmáticos...», *op. cit.*, p 58.

b) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; c) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: I) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;. II) La participación en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos y la ayuda, incitación, facilitación y asesoramiento, en aras de su comisión.

En el marco regional, se sitúa el Convenio del Consejo de Europa del 8 de noviembre de 1990, «relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito», y adopta la línea en la que el «delito principal» no está limitado a una tipología de delitos. Más recientemente, de modo más específico en la lucha contra la financiación del terrorismo, se elabora el Convenio del Consejo de Europa «relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo» de 16 de mayo de 2005, que se refiere al blanqueo de capitales procedentes de cualquier delito principal.

La Unión Europea, por su parte, sitúa la directiva 91/308/CEE del consejo del 10 de junio, «relativa a la prevención y utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales». Esta opera esencialmente en materias administrativo-preventivas en relación a entidades de crédito, instituciones financieras y otros tipos de profesionales y empresas que pueden ser medio para el blanqueo de capitales. Por otra parte, la directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del consejo, del 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la anterior directiva 91/308/CEE, incorpora nuevas tipologías delictivas, como la figura del delito subyacente, refiriéndose a la participación en cualquier delito grave. Por último, en la Unión Europea se elabora la directiva 2005/60 del Parlamento Europeo y del consejo del 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la directiva 2006/CE de la comisión del 1 de agosto.

En el marco del derecho penal positivo español, el problema del blanqueo de capitales no adquiere carta de naturaleza hasta la ley orgánica 1/1988, del 24 de marzo, «de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas». Hasta ese momento la única figura relativa al aprovechamiento de los bienes derivados del delito era la incluida en el capítulo VII, del título XIII, del libro segundo «del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación», de los

artículos 546 bis a) y siguientes del Código Penal Texto refundido de 1973.⁸ La ley orgánica 1/1988, cuya elaboración corre paralela a la elaboración en el marco de las Naciones Unidas de la Convención de Viena, incluye expresamente en el artículo 546 bis f) la tipificación del lavado de las ganancias obtenidas como consecuencia de alguno de los delitos relativos al tráfico de drogas de los artículos 344 a 344 bis b) Código Penal TR-73⁹. En su preámbulo, dicha ley establecía que se incorporaba un nuevo delito «con el objetivo de hacer posible la intervención del derecho penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas», sancionando «las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de “blanqueo” de dinero de ilícita procedencia».

Se configura de este modo el delito de blanqueo de capitales por primera vez en el derecho positivo hispano como una modalidad de «receptación especial».¹⁰ De este modo, el legislador renunciaba a la autonomía del delito de blanqueo, haciéndola dependiente del delito de receptación, dejando fuera las conductas de favorecimiento real, más cercanas al encubrimiento¹¹ y el autoblanqueo.

⁸ Disponía el artículo 546 bis a) Código Penal tr-73 lo siguiente: «El que con conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes se aprovechara para sí de los efectos del mismo será castigado con prisión menor y multa de 30.000 a 60.000 pesetas. En ningún caso podrá imponerse una pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si este estuviere castigado con pena de otra naturaleza, se impondrá la de arresto mayor. Los reos habituales de este delito serán castigados con prisión mayor y multa de 75.000 a 1.500.000 pesetas».

⁹ Artículo 546 bis f) Código Penal tr-73 –tras la reforma operada por lo 1/1988): «El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas. Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo. En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo. Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código».

¹⁰ Morillas Cueva, L. «Aspectos dogmáticos y político-criminales...» *op. cit.*, p. 66. Aránguez Sánchez, C., *Delito de Blanqueo de Capitales*, Madrid, 2000, p. 158.

¹¹ Véase Díez Ripollés, J. L. (1993) «Tendencias político-criminales en materia de drogas», en *Jueces para la Democracia*, núm. 2. P. 43.

Poco tiempo después, una vez elaborada la Convención de Viena de 1988 y las primeras recomendaciones del GAFI de 1990, se elabora la Ley Orgánica 8/1992 del 23 de diciembre, «de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», cuya exposición de motivos señala que España está obligada a introducir en su ordenamiento penal las medidas que figuran en la dicha convención y no tenían aún validez expresa en su sistema legal, incluyendo dentro de los delitos de tráfico de drogas los artículo 344 bis h)¹² y 344 bis i),¹³ relativos a las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económico obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas.

Con este panorama legislativo se llega a la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, del 24 de noviembre, que mantiene la estructura anterior, pero unifica las distintas figuras delictivas en el capítulo XIV, bajo la rúbrica «de la recepción y otras figuras afines», dentro del título XIII, «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», del libro segundo del Código Penal, y amplía el tipo, en la línea de la convención de Palermo, al reciclaje de las ganancias y beneficios obtenidos por todos los delitos graves, e incorpora unos tipos agravados específicos atendiendo a la pertenencia a la organización dedicada a los fines de blanqueo, y castiga con mayor pena a los jefes o administradores, y por la especial cualificación del sujeto activo del delito cuando éste es empresario, intermediario financiero, facultativo, funcionario público, trabajador

¹² Artículo 344 bis h) Código Penal TR-73, tras la reforma operada por LO 8/1992-: 1. «El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos.

3. Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas.»

¹³ Artículo 344 bis i) Código Penal TR-73, tras la reforma operada por LO 8/1992-: El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

social, docente o educador; además incluye la modalidad imprudente de blanqueo, en los artículos 301 a 304 del Código Penal de 1995.¹⁴

¹⁴ La Ley Orgánica 10/1005, del 24 de noviembre, del Código Penal, en su redacción original, recogía lo siguiente: artículo. 301: 1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

2. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este código.

3. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

4. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

5. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Artículo 302: En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.

c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.

Artículo 303: Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

La reforma del Código Penal de 1995 aprobada por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, modifica los artículos 301 y 302 del texto punitivo, ampliando el ámbito típico del reciclaje de las ganancias obtenidas de actividades ilícitas a todos los delitos, sean o no graves, con lo que se amplía considerablemente el ámbito del delito principal que da lugar al blanqueo,¹⁵ con modificaciones en las consecuencias jurídicas derivadas del delito, tales como la previsión de una pena facultativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria, la posibilidad de acordar la clausura temporal o definitiva del establecimiento o local utilizado para el reciclaje de las ganancias de origen delictivo y se reglamenta el comiso de los bienes objeto del delito y los productos o beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo.¹⁶

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 304: La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigarán, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

¹⁵ Morillas Cueva, L., "Aspectos dogmáticos...", *op. cit.*, p. 68.

¹⁶ La ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, modifica los artículos 301 y 302, dándole la siguiente redacción:

Artículo 301: 1. "El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizan por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Ya en ese momento se había alertado de que los artículos 301 y siguientes del Código Penal contenían «dos ingredientes que combinados entre sí, lo hacen ciertamente peligroso. En primer lugar una descripción típica intencionadamente amplia e indeterminada, y en segundo lugar, unas penas muy elevadas».¹⁷

La Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, por la que se reforma el Código Penal, vuelve a modificar las previsiones penales dirigidas al reciclaje del dinero y otras ganancias derivadas del delito, incidiendo aún más en la vertiente expansionista de la intervención penal, que hace que el blanqueo esté presente prácticamente en cualquier actividad delictiva. Desde una perspectiva político-criminal, aparece por vez primera en un texto legislativo penal en España la rúbrica «blanqueo de capitales», dentro de la estructura en la que se divide el título XIII, del libro segundo del Código Penal. Se abandona así el eufemismo de «otras figuras afines» a la receptación que aparecía en el Código Penal, desde su aprobación por Ley Orgánica 10/1995, pasando primera vez a rubricarse el capítulo IV, del título XIII, del libro segundo, «de la receptación y del blanqueo de capitales». Se configura de este modo el «blanqueo» como una figura delictiva autónoma.

El expansionismo punitivo que manifiesta la Ley Orgánica 5/2010, respecto de las figuras delictivas relacionadas con el blanqueo de dinero o bienes procedentes de una actividad delictiva, no queda solo en los aspectos dogmáticos

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este código.

Artículo 302: 1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, asimismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este código.

b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

¹⁷ Reclusa Etayo, A. (2009) «Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art-301 Código Penal y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos», en *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 22, parte Opinión Profesional, p. 1 (versión online).

derivados de que es dotado de una autonomía formal del delito. Desde un punto de vista material, la incorporación de los verbos típicos «poseer» y «utilizar» en la descripción del tipo, así como la expresa tipificación del autoblanqueo da lugar a un desmesurado espectro punitivo, tanto desde un prisma meramente dogmático como desde el político-criminal.¹⁸ Por otra parte, en la misma línea expansionista, se cambia el término «delito» por el más ambiguo de «actividad delictiva», que conlleva una toma de posición de no exigir como precedente un delito juzgado y sentenciado, sino una actividad integrada en el texto punible como típica.¹⁹ Amplía, de otra parte, el tipo agravado relativo a que los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a los delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función, corrupción en las transacciones nacionales e internacionales, delitos contra la administración pública y delitos sobre la ordenación del territorio y terrorismo.

En un inicitático esquema comparativo con el artículo 346.1 del Código Penal Cubano,²⁰ tras la reforma operada por Decreto-Ley. 316, modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, el legislador cubano, aun cuando incorpora los verbos típicos de «utilizar» o «tener en su poder» recursos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, describe expresamente los delitos que pueden constituir el delito inicial (si bien incluyendo un desmesurado elenco de figuras delictivas) y, por otro lado, no hace referencia expresa al castigo del autoblanqueo o del autolavado.²¹

¹⁸ Véase Corcoy Bidasolo, M. (2012). *Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales*. Madrid:Constitución y Sistema Penal, p. 161.

¹⁹ Morillas Cueva, L. *Aspectos dogmáticos...*, op. cit., p. 71.

²⁰ *Lavado de Activos*. Capítulo II del título XIV, *Delitos contra la Hacienda Pública*.

²¹ El artículo 356.1 del Código Penal Cubano dispone lo siguiente:

El que adquiera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia transnacional, el tráfico de artículos robados, o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, venta o tráfico de menores, extorsión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, proxenetismo, corrupción de menores, cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, tráfico de influencias, estafa, falsificación de moneda, tráfi-

LA INCLUSIÓN DEL «BLANQUEO DE CAPITALES» COMO *NOMEN IURIS* EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como se ha comentado, la denominación de «blanqueo de capitales» no aparece como figura autónoma hasta la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. La terminología en cuestión, en cualquier caso, no mantiene una línea unívoca. Así, en algunos ámbitos es común hablar de «lavado de dinero», «lavado de activos», «reciclaje de los efectos del delito», «legitimación de activos», «blanqueo del producto del delito», «blanqueo de dinero» o «legitimación de capitales»; por poner algunos ejemplos de nomenclaturas que se utilizan o se han utilizado para nombrar la conducta consistente en ingresar en los circuitos legales del dinero y otros bienes de naturaleza económica obtenidos a través de actividades delictivas. El Convenio de Varsovia de 2005, por ejemplo, usa indistintamente el término blanqueo de dinero, blanqueo de capitales y blanqueo de los efectos del delito. La Directiva de la Unión Europea 2005/60/CCE, opta por el de «blanqueo de capitales», mientras que, por su parte, las Recomendaciones del GAFI hablan de «lavado de activos». El legislador español, tal vez siguiendo la nomenclatura de la Directiva 2005/60/CCE, opta por la denominación «blanqueo de capitales», a pesar de que este término ha sido calificado como una fórmula perteneciente a la «jerga de la criminalidad económica»,²² en este sentido, constituye una formulación imprecisa desde una perspectiva técnico jurídica, ya que es un «antitético híbrido de imprecisión y exactitud», el cual supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el blanqueo y la precisión que se pretende con el término de «capitales».²³ A pesar de lo ante-

co ilegal de monedas, divisas, metales y piedras preciosas, contrabando, transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural, y falsificación de obras de arte, sacrificio ilegal de ganado mayor, falsificación de documentos públicos, falsificación de documentos bancarios y de comercio, evasión fiscal, insolvencia punible, enriquecimiento ilícito, malversación, apropiación indebida, actos en perjuicio de la actividad económica, o de la contratación, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

²² Bajo Fernandez, M. Bacigalupo Saggese, S. (2010). *Derecho penal Económico*, Madrid, p. 715.

²³ Véase. Abel Souto, M. (2011). «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal*, núm. 79, p. 4.

rior, es la formulación que debe considerarse más acertada, en tanto que la referencia a «dinero» puede generar más dudas, en tanto que podrían quedar fuera otros bienes o activos procedentes de una actividad delictiva, tales como bienes inmuebles, títulos valores, cheques, pagarés, etcétera.

Finalmente, la opción que elija el legislador español, la fórmula más específica ya sea como de «lavado de activos»,²⁴ es el caso de Cuba (utilizada en las recomendaciones GAFI), o la fórmula más extensiva de «blanqueo de capitales» (utilizada por la directiva 205/60/CCE) el objetivo primordial es encontrar los mecanismos tendentes a luchar una conducta que parte de una doble finalidad: por un lado, la de ocultar las ganancias del delito, y por otro, el de introducir dichos beneficios en la economía legal.²⁵

En cuanto al bien jurídico protegido, se parte de una posición inicial genérica tuteladora del «orden socioeconómico»,²⁶ en coherencia al lugar que ocupa en el título XVIII del libro segundo del Código Penal, dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en los que se refieren expresamente a los delitos socioeconómicos. No obstante, la doctrina hispana matiza a la hora de concretizar el bien tutelado. Así, se ha señalado que el valor tutelado es la idea de «licitud de los bienes que circulan en el mercado que ha de ser tutelada frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva»,²⁷ la estabilidad «de las condiciones mínimas de la competencia y del mercado»,²⁸ o la «leal competencia» en el orden socioeconómico.²⁹

Otros autores, sin dejar de considerar el orden socioeconómico como el bien jurídico tutelado, se han decantado por considerar la existencia de una naturaleza pluriofensiva, en la que, junto al orden socioeconómico que se ve lesionado con el tráfico ilícito de bienes, se tutela la administración de justi-

²⁴ De acuerdo con el Decreto ley núm. 316 modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, (*Gaceta Oficial de la República de Cuba*, núm. 44, de 19 de diciembre de 2013, cuyo artículo 3 modifica la denominación del capítulo ii «Lavado de dinero», de título xiv «Delitos contra la Hacienda Pública», por la de «Lavado de Activos».

²⁵ Aránguez Sánchez, C. *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁶ Morillas Cueva, L., *Aspectos dogmáticos...*, *op. cit.*, p. 78.

²⁷ Martínez.-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 499.

²⁸ Quintero Olivares, G. (2011). «De la receptación y el blanqueo de capitales», en *Comentarios al Código Penal Español II*, Navarra, p. 444.

²⁹ Aránguez Sánchez, C. *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 101.

cia en su función de prevenir y reprimir delitos³⁰ o el orden socioeconómico y la «propia esencia del sistema democrático».³¹

TIPOS DELICTIVOS

Finalmente, tras las últimas reformas operadas por la Ley Orgánica 5/2010, los artículos 301 y subsecuentes del Código Penal español, que son los que tipifican al blanqueo de capitales, quedan con la siguiente redacción:

Artículo 301. [Blanqueo]

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, descritos

³⁰ González Rus, J.J., *et al.* (2011) *Sistema de derecho penal español. Parte especial*. Madrid, p. 638; Vifales Rodríguez, C. «los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995», Valencia, 1997, p. 92; Faraldó Cabana, P., «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1998, p. 127.

³¹ Zaragoza Aguado, J.A. (2011). «Artículo 301», en *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, p. 1157.

en los artículos 368 a 372 de este código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX o en alguno de los delitos del capítulo I del título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.
3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.
4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.
5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este código.

Artículo 302. [Agravación por ejecución en organizaciones]

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad, en su mitad superior, a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.
2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:
 - a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
 - b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 303. [Cualificación por determinados cargos, profesiones u oficios]

Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 304. [Actos preparatorios]

La provocación, conspiración y propuesta de cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigarán, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

Sistemáticamente, el artículo 301 del Código Penal describe las distintas modalidades típicas del delito de blanqueo; el artículo 302 prevé una agravación específica en los casos en los que el delito se realiza por personas que pertenecen a una organización dedicada a los fines de blanqueo, hiperagrándose cuando los responsables sean lo jefes, encargados o administradores de dichas organizaciones, así como las previsiones punitivas para cuando sea responsable una persona jurídica; el artículo 303 prevé la pena de inhabilitación especial para el caso en el que en el responsable del delito concurra unas características personales y/o profesionales concretas, y por su parte, el artículo 304 tipifica los actos preparatorios.

El núcleo de la actividad tipificada como delito aparece en el apartado primero del artículo 301 del Código Penal, en donde, con un marcado expansionismo punitivo, describe una modalidad de conducta mixta alternativa. De un lado, el verbo típico gira en torno «adquirir», «poseer», «utilizar», «convertir» o «transmitir» bienes, sabiendo que tienen su origen en una actividad delictiva; y por otro lado, realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a encubrir a las personas que ha-

yan participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos. La primera modalidad de conducta, que abarca también el autoblanqueo, se corresponde más intensamente con la concepción de blanqueo en sentido estricto; la segunda modalidad conductual se corresponde más con el encubrimiento, en tanto que, sin requerir expresamente ánimo de lucro, tipifica cualquier conducta de un tercero dirigida a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de una actividad delictiva o a ayudar a eludir las consecuencias legales de las mismas.

El blanqueo tal y como aparece tipificado en el inciso primero del artículo 301.1 del Código Penal se proyecta con unos límites indeterminados, en tanto que, además de la laxitud de los verbos típicos, hace referencia a cualquier actividad delictiva, al margen de la necesidad de una sentencia firme respecto del delito previo y de la gravedad de delito inicial. El tipo exige que el sujeto activo del delito de blanqueo conozca que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva; una vez afirmada este elemento subjetivo, la vertiente objetiva de la conducta abarca cualquier actividad que pueda ser incluida en los verbos «adquirir», «poseer», «utilizar», «convertir» o «transmitir».

En concreto por «adquirir» los bienes sabiendo que tienen su origen en una actividad ilícita, debe interpretarse como la conducta consistente en ingresar con plena disponibilidad y cambio de titularidad de bienes de origen delictivo, con independencia del título jurídico con el que se hace esa transmisión, incluyendo aquellas formas jurídicas de transmisión de la titularidad de un bien a título gratuito, ya sea por donación o incluso por herencia.³²

Los verbos típicos «poseer» y «utilizar», incorporados por la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, permiten ampliar el ámbito típico hasta límites insospechados. A diferencia de otros instrumentos que hacen referencia a las conductas relativas al blanqueo de capitales, tal y como sucede en el artículo 1.c.i) de la Convención de Viena y con la directiva 2005/60, se señalaba la necesidad de castigar la posesión o la utilización de los bienes, «a sabiendas en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos». Sin embargo, el legislador ha obviado esta limitación típica,

³² Véase Morillas Cueva, L. «Aspectos dogmáticos...», *op. cit.*, p. 82; Palma Herrera, J.M. *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, p. 423; Blanco Cordero, I., *El delito de Blanqueo...*, *op. cit.*, p. 452. En contra, exigiendo una contraprestación económica por la transmisión de la titularidad del bien de origen delictivo, Molina Mansilla, C. y Moliana Mansilla, L. *El delito de Blanqueo*, Biblioteca virtual Bosch, 2013.

ampliando la conducta a quienes posean o utilicen los bienes simplemente con conocimiento de que tienen su origen en una actividad delictiva; conducta que abarcaría también al autoblanqueo.

Al respecto, una interpretación literal del tipo (siendo difícil cualquier otra limitación interpretativa), «las referidas acciones de poseer o de utilizar no suponen ineludiblemente actos de enmascaramiento del origen de los bienes porque, incluso, no suponen un real o aparente cambio de titularidad como acontece con otras».³³

Otra interpretación restrictiva del alcance típico parte de que con su inclusión el legislador se está refiriendo de forma de ejemplo a «cualquier otro acto», tendente a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes procedente de una actividad delictiva que se incorporan al mercado económico y financiero legal.³⁴ Interpretación, de otro lado, si bien con una loable lógica restrictiva del tipo, no alcanza a explicar por qué el legislador la incluye en la primera modalidad conductual y no en la segunda modalidad de conducta típica; además, de ser así, cualquier acto que pretende ocultar o encubrir el origen de bienes procedentes de actividades delictivas, siendo innecesaria la expresa mención uso o del posesión, por no ser estas más que actos dirigidos a dicha finalidad.³⁵ El problema del alcance del verbo típico «poseer» o «utilizar» se vuelve más complejo cuando se refiere a la conducta de autoblanqueo, en tanto el tipo no distingue si la actividad delictiva precedente ha sido cometida por el sujeto activo del blanqueo o por terceros. Así, la duda sobre si la simple posesión o la utilización del bien, procedente de una actividad delictiva, se debe considerar un concurso real de delitos entre el delito precedente y la posesión o utilización, por el mismo sujeto, del bien, sin que se produzca una transmisión a un tercero. En el caso de la posesión posterior al delito, parece que, de considerar el concurso real de delitos, supondría la violación del principio de *ne bis in idem*; en tanto que la disponibilidad del bien daría lugar a la comisión del delito previo, de modo que no podría ser además utilizado como fundamento para la construcción del delito de lavado. En éste sentido se ha afirmado, con razón, que con la inclusión del verbo típico «poseer» o «utilizar» se está cambiando el delito,

³³ Morillas Cueva, L. *Aspectos dogmáticos...*, *op. cit.*, p. 84.

³⁴ Carpio Delgado, J. (2011) «La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *Revista general de derecho penal*, núm. 15, 2011, p. 22.

³⁵ *idem*.

«puesto que el solo hecho de utilizarlos o poseerlos no conlleva una utilización o conversión del producto del delito, están más cerca estas conductas del agotamiento de la precedente actividad delictiva, cuando lo hace el partícipe del delito antecedente, que de una distinta que se pueda incluir en el concepto de blanqueo de capitales».³⁶

Esta afirmación, tal y como está redactado el texto del artículo 301, no es fácilmente aplicable al caso de la utilización. Al respecto, por ejemplo, puede considerarse que, quien utiliza un televisor a sabiendas de que es fruto de un delito de delito contra la propiedad, sería culpable de blanqueo de capitales en su modalidad de utilización de un bien, a sabiendas de su procedencia ilícita. Situación que se alarga más cuando permitiría afirmar que el sujeto que siendo autor de un delito contra la propiedad cuyo objeto material ha sido un televisor, cuando lo instala en su casa y se sienta a ver un partido de futbol, estaría realizando un delito autónomo respecto del precedente contra la propiedad, relativo al blanqueo de capitales. Aunque el tenor literal del texto del artículo 301.1 no permita una interpretación diferente, esta no es la finalidad político-criminal de los distintos instrumentos internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales. Se da la circunstancia además, que, ante la naturaleza autónoma del delito de blanqueo, se otorgue una mayor pena por utilizar o poseer un bien ilícito que por la propia actividad delictiva inicial.³⁷ Situación que puede dar lugar a

«situaciones esperpénticas desde la percepción garantista del derecho penal y de respeto a sus más relevantes principios, como el de intervención mínima, *non bis in idem* y proporcionalidad».³⁸

Por «convertir», se debe comprender hacer que alguien o algo se transforme en algo diferente a lo que era inicialmente; es decir, que material o inmaterialmente se transforme el bien de procedencia ilícita; así, el verbo típico abarcaría conductas como la inversión en activos financieros, compra de moneda extranjera, adquisición de premios en juegos legales, etcétera.

³⁶ Muñoz, F. J. (2013) «El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal». *Revista Aranzadi Doctrinal* 2.

³⁷ Véase Abel, M. *La expansión penal del blanqueo...*, *op. cit.*, p. 16.

³⁸ Morillas, L. «Aspectos dogmáticos... », *op. cit.*, p. 87.

Por «transmitir» se entiende cualquier forma de traspasar los derechos de los bienes procedentes del delito, es decir, trasladar a terceros bienes ilícitos. Terceros que podrían estar obrando de buena fe o con conocimiento del origen ilícito, en cuyo caso también sería responsables, a través de la modalidad de adquisición.

Los bienes de origen ilícito, objeto material del delito de blanqueo de capitales, son determinados por proceder de una «actividad delictiva». Como se ha señalado, el legislador español no exige la comisión previa de un delito grave, basta con la existencia de una «actividad delictiva», lo cual se ha interpretado jurisprudencialmente como la no necesidad de esperar a una sentencia condenatoria firme que califique como delito la conducta de origen, lo cual, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012: «haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo de dinero». Planteamiento éste, que podría encontrar un argumento político-criminal cuando el delito de origen sobre el que se articula el blanqueo de los bienes con el obtenidos se limitaban a los relativos al tráfico de drogas, tal y como argumentaba, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2001, afirmando que

«tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de esas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien hubiera participado en el tráfico».

El problema, no obstante, se complica al no limitar el nuevo tipo de blanqueo a los actos con los bienes procedentes de delitos previos de una determinada naturaleza, ni de una determinada gravedad. En definitiva, el objetivo principal es admitir como valor probatorio del delito de origen en el blanqueo de capitales la prueba indiciaria con los problemas de seguridad jurídica y de legalidad que plantea, tal y como lo señala la sentencia del 5 de diciembre de 1995 de 2012 del Tribunal Supremo:

se exige convicción judicial en el concreto proceso penal se pueda sustentar sobre indicios basados en hechos concluyentes y plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios, razonablemente explicitados y nunca basados en meras sospechas o conjeturas»,

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en la sentencia del 30 de octubre de 2012, considera como prueba indiciaria consistente para articular el blanqueo de capitales sin una sentencia condenatoria del delito de origen cuando se dan los siguientes requisitos: 1. incremento inusual del patrimonio o el manejo de unas cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; 2. La existencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial; 3. La constatación de algún vínculo o conexión con las actividades delictivas base o con personas o grupos relacionados con ellas.

A ello se le pueden añadir otros indicios, tales como la existencia de complejos entramados societarios, creación de sociedades pantalla para soslayar las consecuencias provenientes de la procedencia ilícita del delito, manejo de grandes cantidades de dinero en efectivo, apertura de cuentas bancarias por cortos periodos de tiempo, ausencia de movimientos en actividades legítimas, fraccionamiento de depósitos bancarios, etcétera.

La conducta alternativa a la de «adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir» los bienes de procedencia delictiva, que recoge el apartado primero del artículo 301 del Código Penal, consiste en «ocultar o encubrir su origen ilícito» o ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. La conducta aparece tipificada como «cajón de sastre», y abarca cualquier acto realizado con esa finalidad.

En este sentido, llama la atención que no es solo la laxitud de la redacción típica y el amplio espectro de conductas que abarca esta conducta, sino que también su similitud con el tipo de conducta recogido en el apartado segundo del artículo 301 cuando castiga con igual pena (seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes de prisión) la conducta consistente en «la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen ubicación, destino o movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos».

En esta línea, con la referencia a los delitos del apartado anterior, permitiría incluir la conducta subsiguiente a la del blanqueo, si bien es una interpretación discutible. También es acertado afirmar, en estos casos, que por su «amplitud y escasa concreción se aleja de los principios básicos y exigibles en el

orden punitivo, como los de taxatividad, derivación, de legalidad o seguridad jurídica».³⁹

Al respecto, en un análisis comparativo con la regulación del lavado de activos del artículo 346 cubano, en su apartado segundo aglutina las conductas del inciso segundo del apartado primero el artículo y del apartado segundo del 301 Código Penal español, con la siguiente redacción:

En igual sanción incurre el que encubra, oculte o impida la determinación real de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad verdadera de recursos, fondos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, o debiendo conocer racionalmente, por la ocasión, que procedían de los actos referidos en el apartado anterior.

En la línea expansionista por la que opta decididamente el legislador español, se incluye como figura autónoma del delito de origen la actividad de blanqueo, tanto para el tercero que participa en la introducción en los cauces legales del sistema económico y financiero de las ganancias de un delito en el que no ha participado como cuando el sujeto que realiza la conducta del blanqueo es el propio autor del delito de origen. La construcción en todo caso, cuando el autor del delito de origen es el que realiza las conductas del blanqueo, de un concurso real de delitos, podría tener una finalidad político-criminal de respuesta a la gran delincuencia organizada relacionada con determinados delitos muy graves, propios del crimen organizado, como por ejemplo, los relativos al tráfico de drogas, de personas o de órganos humanos, de armas o al terrorismo, o incluso, determinados delitos propios de la corrupción pública. Sin embargo la fórmula utilizada por el legislador español que, por un lado, no limita la gravedad del delito de origen y, por otro, incluye los verbos típicos de «utilizar» y «poseer», unido a la identidad subjetiva entre la actividad delictiva previa y la de blanqueo, puede dar lugar a castigar doblemente conductas, en sí mismas, consideradas de bagatelas.

De inicio, el problema del castigo del autoblanqueo se plantea con el autoencubriendo, que es considerado en sí mismo impune. Obviamente, el sujeto que comete un delito intenta hacerlo lo mejor posible para obtener los beneficios (económicos o no) y evitar ser descubierto. Esta realidad justificaba la

³⁹ Morillas, L. «Aspectos dogmáticos...», *op. cit.*, p 88.

impunidad del autoencubimiento, en tanto que el sujeto mismo se consideraba parte de la consumación completa del hecho ilícito de origen.

En este tenor, en delitos patrimoniales, por ejemplo, el apoderamiento del delito se consumaba con la disponibilidad del mismo, que se produce cuando se incorpora a su esfera patrimonial su posterior uso, posesión o transmisión, no podría ser considerada punible. Sin embargo, esto se rompe con la redacción del artículo 301, que en una interpretación literal permitiría, por ejemplo, considerar un concurso de delitos entre un delito de hurto o robo en concurso real con otro de blanqueo de capitales del artículo 301, cuando el sujeto sustrae una televisión, la cual instala en su casa y usa para ver un partido de fútbol. Está poseyendo y utilizando un bien que tiene su origen en una actividad delictiva de la que él mismo ha sido su autor, por lo que tiene pleno conocimiento de su origen. Lo cierto que es una situación un tanto absurda, pero real.

Al respecto, el acuerdo no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo del 18 de julio de 2006 asumía que el artículo 301, antes de la redacción dada por la LO 5/2010, no excluía el concurso real con el delito antecedente, cuando este había sido realizado por el mismo autor que ejecutaba el blanqueo. La situación se confirma con la LO 5/2010, que incorpora expresamente, como se ha dicho los verbos típicos «poseer» y «utilizar», bienes procedentes de una actividad delictiva cometida por la misma persona que los posee o utiliza.

Alguna loable interpretación trata de restringir la concurrencia de delitos en estas actividades delictivas de baja intensidad (de bagatela), al argumentar el principio de insignificancia y al utilizar una interpretación teleológica fundamentada en la afectación del bien jurídico protegido (el orden socioeconómico); el cual no es afectado por estos comportamientos típicos, en tanto que no son idóneos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico y financiero legal.⁴⁰ Obviamente, las actividades delictivas de «bagatela» pueden producir un beneficio ilícito, pero la incorporación de ese beneficio en el complejo sistema económico y financiero legal no tiene capacidad potencial para desestabilizar las condiciones del mercado y de la competencia.

No obstante, el Tribunal Supremo sigue sin mantener una línea interpretativa homogénea, así que, partiendo de la punición expresa del autoblanqueo en el Código Penal español en la reciente sentencia del 19 de noviembre de 2013, elabora una interpretación restrictiva, destinada a evitar una doble punición por el mismo hecho, para lo que se exige distinguir dos situaciones distintas

⁴⁰ Abel, M. «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por...», *op. cit.*, p. 10.

que dan lugar a dos conclusiones diferentes:⁴¹ por un lado, aquellas en las que el patrimonio ilícito procede de una actividad previa a la que es objeto de la concreta actividad delictiva que se enjuicia (en este caso, relativa al tráfico de drogas, en el que es posible la construcción del concurso real de delitos entre el delito de tráfico de drogas y el de blanqueo de capitales en su modalidad de autoblanqueo); y por otro, aquellos casos en los que se trata de una operación de tráfico de drogas puntual (un delito previo puntual), que da lugar a una tenencia y a unas posteriores ventas que generan un patrimonio, de tal modo que en este caso la adquisición de unos bienes con las ganancias procedentes del delito puntual anterior, y una vez sancionado el delito de tráfico de drogas, los actos posteriores tienen por objeto asegurar o realizar el beneficio obtenido, por lo que ya son penados en el tipo penal en el que él mismo se encuadra, sin poder ser penados por el delito de blanqueo de capitales del artículo 301 de nuevo. Al respecto, la sentencia del 19 de noviembre de 2013 afirma que:

el delito de tráfico de drogas absorbe los posteriores hechos de aprovechamiento de los efectos del delito cuando el patrimonio que se transforma es el que directamente procede del delito contra la salud pública, pues este tipo penal comprende, en su total dimensión, conducta y penalidad, de manera que afecta a la totalidad del patrimonio, ilícitamente generado por el delito objeto de la sanción. Cuestión distinta es que el patrimonio formado procediera de actos típicos distintos a los que son enjuiciados en el caso concreto en cuyo caso cabría la punición separada pues los objetos son distintos en uno y otro delito.⁴²

Más discutible es determinar el alcance de la comisión imprudente del blanqueo de capitales tipificada expresamente en el artículo 301.3 que castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo cuando los hechos se realizaran con imprudencia grave.⁴³ Esta dificultad se entiende en mayor medida ante la problemática de afirmar dogmáticamente la comi-

⁴¹ En la línea que se había pronunciado con anterioridad en un voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de diciembre de 2012.

⁴² Un comentario sobre esta sentencia del Tribunal Supremo del 19 de noviembre de 2013, puede verse en Villegas, M. (2014) «El castigo del autoblanqueo: precisiones jurisprudenciales» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 880.

⁴³ En esta línea, el apartado cuarto del artículo 346 Código Penal cubano castiga con pena privativa de libertad de dos a cinco años si los hechos constitutivos de lavado de activos se realizan por imprudencia inexcusable.

sión imprudente, es decir, la introducción de unos bienes procedentes de una actividad delictiva en el circuito económico y financiero legal por no guardar la debida diligencia cuando el tipo doloso exige, para su comisión, el conocimiento por parte del blanqueador de la procedencia delictiva de dichos bienes. Por ello, si se admite que el primer apartado del artículo 301 exige, junto al dolo genérico, el elemento subjetivo del tipo de actuar «para ocultar o encubrir el origen ilícito», parece imposible afirmar el tipo imprudente, en tanto que en este el sujeto debe actuar con falta de conocimiento del origen de los bienes, por actuar con «olvido de normas elementales de conducta, haciéndolo de una manera totalmente descuidada, sin la mínima atención que es exigible al ciudadano medio»⁴⁴, lo cual es incompatible con la afirmación del elemento subjetivo del tipo exigido en el tipo doloso. Distinto sería la posibilidad de admitir la modalidad imprudente respecto de la conducta del apartado dos del artículo 301, relativa a ocultar o encubrir los bienes procedentes de cualquier delito, en tanto que la falta del deber de cuidado o la violación de la debida diligencia puede venir referida al conocimiento del origen de los bienes objeto del delito.⁴⁵

El tribunal supremo se ha pronunciado respecto de la comisión imprudente en el caso del primer apartado del artículo 301 en la sentencia del 20 de febrero de 2013 y ha ratificado en la sentencia del 20 de mayo de 2014 al afirmar lo siguiente: «el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su “ambigüedad e inespecificidad”», y por contradecir el criterio de «taxatividad» de los tipos penales.

⁴⁴ Muñoz, F. J. *El delito de blanqueo de capitales*. Alcance después de la reforma del artículo 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal...», *op. cit.*, p. 3.

⁴⁵ *Ibid.* Donde se citan las sentencias del Tribunal Supremo del 1 de junio y 2 de noviembre de 2011, que admiten la comisión imprudente del delito de blanqueo de dinero en el caso, en la primera, de la apertura de una cuenta corriente por indicación del coacusado usada para labores de blanqueo y ocultación de dinero proveniente de la droga sin realizar averiguaciones sobre la procedencia del dinero, y, en la segunda, cuando el acusado compra un vehículo con dinero del narcotraficante.

A pesar de ello, la doctrina sostiene que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito. La imprudencia se exige que sea grave, es decir temeraria. Así, en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia que recae precisamente sobre aquel elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas solo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas ignorando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso en ciertas forma de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. Es claro que la imprudencia recae no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así, objetivamente, la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel, M. (2011). «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio». *La ley penal*, 79.
- Aránguez, C. (2000) *Delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid.
- Bajo, M. y Bacigalupo, S. (2010). *Derecho penal económico*. Madrid.
- Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra.
- Carpio, J. (2011). «La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales». *Revista General de Derecho Penal*, 15.
- Corcoy, M. (2012). «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en *Constitución y Sistema Penal*. Madrid.
- Diez, J. L. (1993). «Tendencias político-criminales en materia de drogas». *Jueces para la Democracia*, 2.

- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2011) «El blanqueo de capitales», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 11 de junio y 3/2011, de 28 de enero*. Navarra.
- Faraldó, P. (1998). «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*.
- González, J.J. (2011). *Sistema de derecho penal español. Parte especial*. Madrid.
- Molina, C. y Moliana, L. (2013). *El delito de blanqueo*. Biblioteca virtual Bosch.
- Morillas, L. (2013) «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales». *Foro, FICP*, 28.
- Muñoz, F. J. (2013) «El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del artículo 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal». *Revista Aranzadi Doctrinal* 2.
- Palma, J.M. (2000) *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid.
- Quintero, G. (2011). «De la receptación y el blanqueo de capitales», en *Comentarios al Código Penal Español II*. Navarra.
- Reclusa, A. (2009) «Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del artículo 301 Código Penal y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos». *Quincena Fiscal Aranzadi* 22.
- Vifales, C. (1997). *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia.
- Villegas, M. (2014). «El castigo del autoblanqueo: precisiones jurisprudenciales». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 880.
- Zaragoza, J.A. (2011) «Artículo 301», en *Comentarios al Código Penal*. Valladolid.

FUENTES LEGISLATIVAS

- Código Penal Cubano.
Código Penal Español.
Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
Convención de Palermo.
Convenio del Consejo de Europa.
Convenio de Varsovia de 2005.
Convención de Viena.
Directiva 91/308/CEE.

Directiva 2001/97/CE.

Directiva 2005/60.

Ley Contra Actos de Terrorismo.

Ley Orgánica 1/1988.

Ley Orgánica 8/1992.

Ley Orgánica 10/1995.

Ley Orgánica 15/2003.

Ley Orgánica 5/2010.

V. Lavado de dinero en territorio mexicano. Sondeo sobre la Percepción Ciudadana con Relación a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

LIZBETH GARCÍA MONTOYA¹

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público identifica que en el sistema financiero mexicano se registra un excedente de 10 millones de dólares al cierre del año fiscal que presuntamente provienen de actividades ilícitas.²

INTRODUCCIÓN

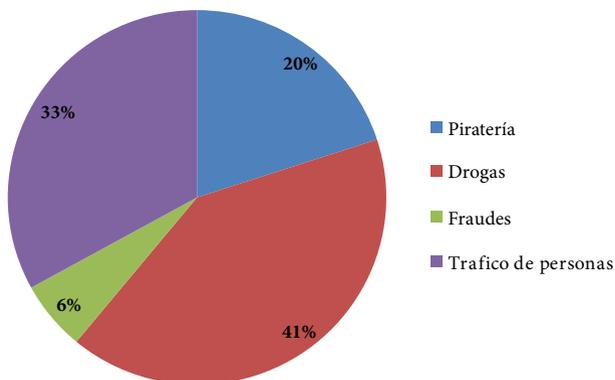
Cuando se habla de delincuencia organizada o crimen organizado, no se refiere propiamente a, un delito específico; sino que engloba muchos delitos que son realizados por los grupos de delincuentes constituidos con fines nocivos, por ejemplo, el secuestro, robo organizado, prostitución infantil, tráfico de drogas³ u operaciones con recursos de procedencia ilícita, mejor conocido como lavado de dinero.

¹ Doctora en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha, profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, adscrita a la Facultad de Derecho y colaboradora con el Cuerpo Académico de Derecho Constitucional

² Fernández Espelel, Gabriel y Efrén Arellano Trejo. (2012). *¿Por qué legislar el combate al lavado de dinero?* Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, p. 35.

³ La Oficina para la Política Nacional de Control de Drogas de la Agencia Antidrogas de Estados Unidos (DEA, por sus siglas en inglés), estima que, en el país anualmente, se destinan 65 mil millones de dólares a la compra de drogas ilegales, de los cuales se cree son confiscados únicamente mil millones por agencias federales en el país. Disponible en http://www.justice.gov/dea/pubs/pressrel/moneylaunder_index.html

Para inicio de éste capítulo es importante que el lector tenga conocimiento general de la conceptualización que engloba el problema de lavado de dinero, así como un conocimiento general en el campo jurídico relacionado al tema.



En el primer apartado se expone una conceptualización desde el punto de vista de diversos autores sobre el lavado de dinero, también se citan las ordenancias jurídicas,⁴ tanto de carácter internacional como nacional, que regulan la figura de lavado de dinero, apareciendo en algunas de ellas con el nombre que representa el delito como tal en nuestro país: obtención de recursos de procedencia ilícita.

En el segundo apartado se proporciona cifras de la Procuraduría General de la República, en relación al delito de lavado de dinero y también se aborda los datos obtenidos de un pequeño sondeo realizado en la ciudad de Culiacán la percepción ciudadana de los habitantes, con relación a la eficacia o ineficacia de la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI).

ASPECTOS GENERALES DE LAVADO DE DINERO

Actualmente, vivimos en una sociedad problemática en la que la delincuencia se hace presente a toda hora, forma o lugar, sin respetar sexo, edad o naciona-

⁴ Solo se citarán a las ordenancias jurídicas, ya que el objetivo de este capítulo no es profundizar en cada una de ellas, sino visualizar el panorama de crimen organizado que se vive en el estado de Sinaloa.

lidad. El delito de tráfico de drogas es uno de los problemas que hoy en día es difícil de prevenir, pero sobre todo, erradicar.

No se debe olvidar que el tráfico de drogas es un delito que se clasifica dentro de la delincuencia organizada, y por ende, es un problema antiguo pero nuevo en sus formas de operar, pues a través del tiempo se da a conocer por diversos medios de comunicación los nuevos modos en que operan los grupos delictivos.

El concepto de crimen organizado fue acuñado por primera vez en Estados Unidos durante los años veinte del siglo pasado. Fue visto desde el principio como sinónimo de la mafia italiana, con su organización jerárquica y cerrada, sus relaciones particulares de patronazgo y clientelismo, y sus formas de extorsionar y controlar ciertos grupos de la sociedad.⁵

Para obtener una conceptualización de lavado de dinero como producto de ciertas conductas operables en un grupo delictivo y organizado, es ineludible hacer referencia a una variedad de palabras que se han percibido como sinónimas. Al respecto, Sánchez argumenta que «no puede hablarse de una terminología universalmente aceptada, aunque ya existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito»⁶. Por ejemplo, en inglés se usa el término *money laundering*; en español, el más conocido, «blanqueo de activos», «blanqueo de dinero» o el más conocido, «lavado de dinero» y en italiano, *riciclaggio*.

Cabe señalar que la terminología más utilizada en América es la de «lavado de dinero» ya que se retoma del inglés *money laundering* en los años setenta, debido a que existía una red de mafia colombiana que obtenían dinero de manera ilícita, lo transformaba en lícito, haciéndolo pasar como productos de una línea de negocios de lavandería, la cual era utilizada para encubrir la verdadera procedencia de la cantidad de dinero obtenido por prácticas de narcotráfico.

En cuanto a la conceptualización de este delito, que la jurista suiza Cassani ha señalado que el lavado de activos es

⁵ Garrido, Vicente, Pet Stangeland y Santiago Redondo (2006). *Principios de criminología*. Madrid: Tirant Lo Blanch, p 752.

⁶ Aránguez, Sánchez, Carlos (2008). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 21.

el acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos parecer como adquiridos de forma lícita. Lavar dinero es reintroducirlo en la economía legal y darle apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto.⁷

Por otro lado, Iniesta han definido al lavado de activos como aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, sustituido o transformado y restituidos a los circuitos económicos-financieros legales incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita».⁸

Asimismo, Ashin ha argumentado que «el lavado de dinero es un componente básico de todo delito generador de ganancias, ya que si el delito no se lava, el delito no es rentable».⁹

Por su parte, Nando ha apuntado que el lavado de dinero es «la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los productos bienes de la comisión de delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores».¹⁰ Además, ha mencionado que este delito

consiste en la conducta por la cual se pretende “maquillar” o dar el carácter de lícito a beneficios, productos, ganancias de actividades ilícitas por lo regular en delitos de carácter patrimonial, de “cuello blanco” o de peligrosidad, como narcotráfico, evasión fiscal, tráfico de armas, fraude, etcétera.¹¹

En este mismo tenor, pero desde el punto de vista criminológico, Figueroa ha argumentado el lavado de dinero se caracteriza por lo siguiente:

- Es un conjunto de operaciones materiales e inmateriales, numerosas, complejas y estructurales entre sí;
- Efectuadas por organizaciones de narcotráfico existentes al interior de un grupo de poder fuerte;

⁷ Bautista Norma, Heiromy Castro, Olivo Rodríguez, Alejandro Moscoso y Maximiliano Rusconi (2005). *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales de lavado de activos*. p. 23.

⁸ *Ídem*, p. 24.

⁹ Ashin, Paul (2012). «Dinero sucio un verdadero problema», en *Finanzas y desarrollo*, p. 38.

¹⁰ Nando Lefort, Víctor Manuel (2009). *El lavado de dinero nuevo problema en el campo jurídico*. México:Trillas, p. 17.

¹¹ *Ídem*, p. 68.

- Mediante las cuales los recursos ilícitos provenientes u obtenidos del narcotráfico, se les transforma en lícitos mediante la adquisición de otros bienes, de consumo o inversión que tengan esa calidad;
- A su vez, el narcotráfico dispone de una organización mediante la cual accede a la posibilidad de legitimar los recursos y en el obvio entendido que todo este proceso, como actividad humana que es, está sometido a la contingencia espacio-temporal.¹²

Por último, Núñez también ha externado como principios o características de los elementos de lavado de dinero las siguientes:

- En general, la mayoría de las definiciones acepta que el lavado de dinero es un proceso, atendiendo a que los bienes adquiridos ilícitamente no obtendrán de forma instantánea una apariencia de legitimidad; sino que para su consecución, se requiere el desarrollar diversas fases o etapas sucesivas.
- El elemento material y objetivo principal del lavado de dinero no es otro que el ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; es decir, el impedir, conocer su origen, disfrazando, disimulando o mezclando su verdadera naturaleza, con el fin de dificultar la detección de su procedencia.
- Dar una apariencia de legitimidad a los bienes de origen delictivo tendrá como consecuencia utilizarlos en cualquier transacción comercial o financiera, sin que se tenga desconfianza alguna respecto de su origen, es decir, no existirá obstáculo para disponer libremente de los mismos, ya que igualmente existirá la posibilidad de contar con una justificación en lo tocante a su procedencia.¹³

Como se puede ver, todas estas definiciones se hacen desde diversos enfoques, sin embargo todas concluyen que el lavado de dinero no es otra cosa que transformar un producto ilegítimo en uno aparentemente legítimo, lo que logra que los ingresos o ganancias, como resultado de una acción delictiva, llámese narcotráfico, fraude, robo organizado, tráfico de personas etcétera, parezcan los frutos de una conducta señalada como legal en la ley reguladora.

¹² Figueroa Velázquez, Rogelio Miguel (2002). *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. México: Porrúa, p. 864.

¹³ Núñez Camacho, *op. cit.*, p. 7.

Diversos países, como Colombia, Estados Unidos y México, por citar algunos de América, han debatido la prevención y erradicación de la problemática del lavado de dinero, argumentando que este fenómeno no solo trae problemas de corrupción, inseguridad ciudadana, descontrol económico del país, sino que además refuerza o fortalece a los grupos criminales que bajo la impunidad siguen operando y dando vueltas al proceso de lavado de dinero.

Tomando en cuenta lo anterior y debido a la lucha constante de diversas organizaciones que buscan encontrar una mejor forma preventiva del fenómeno en estudio, desde el ámbito internacional y nacional se han creado, diversos ordenamientos jurídicos, que desde diferentes enfoques tratan de concientizar a la ciudadanía del problema, pero además buscan que su incidencia disminuya y poco a poco este fenómeno se erradique.

A nivel mundial, el antecedente de los primeros sistemas normativos es la Ley del Secreto Bancario (*The Bank Secrecy Act*), promulgada en Estados Unidos en 1970. Esta ley estipulaba que era obligación de las instituciones financieras informar asolamente las autoridades competentes sobre operaciones inusuales. Posteriormente, en 1986, entró en vigor la Ley de Control de Lavado de Dinero que penalizaba a quien cometiera dicho delito.

FIGURA 1. Representa la normatividad a nivel internacional de actos relacionados con el lavado de dinero en México



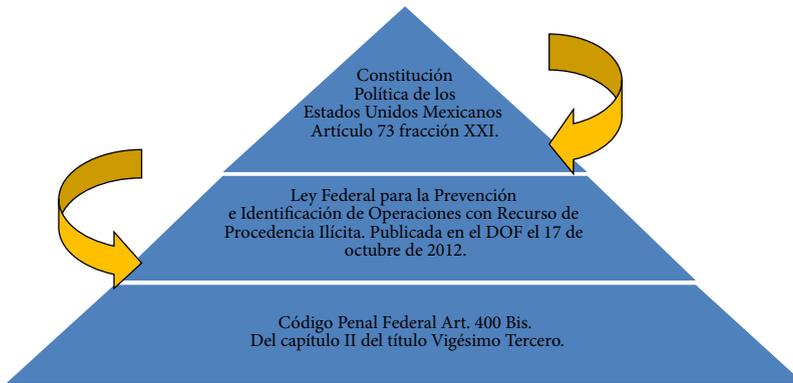


FIGURA 2. Representa la normatividad a nivel nacional¹⁴

Desde el aspecto normativo, la incansable lucha por detener la problemática de lavado de dinero ha rendido frutos, pues actualmente se puede contar con ordenamientos que han exigido a diversos grupos sociales sumarse al compromiso de llevar a cabo las acciones encomendadas por los ordenamientos antes citados. Sin embargo, aún queda mucho por hacer, pues se vive en una sociedad donde el sistema de control formal es deficiente y la misma cultura y todo lo que conlleva esta, sigue facilitando las prácticas delictivas. Al respecto, Fernández argumenta que

los organismos internacionales puntualizan que el lavado de dinero aumenta la corrupción y el crimen organizado. Sin un combate efectivo a esta práctica, las organizaciones criminales pueden infiltrar instituciones financieras, adquirir el control de sectores de la economía por medio de inversiones así como corromper a servidores públicos o al gobierno en todos sus niveles.¹⁵

¹⁴ A nivel nacional, regulando el delito denominado «operaciones con recursos de procedencia ilícita».

¹⁵ Fernández Espejel y Arellano Trejo, *op. cit.*, p. 31.

PANORAMA SOBRE EL LAVADO DE DINERO EN SINALOA

Por una parte, en este apartado se pretende dar a conocer qué tan incidente es el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita en el estado de Sinaloa, según datos proporcionados por la Procuraduría General de la República, y por otra, visualizar la percepción general que la población de Culiacán tiene respecto a la entrada en vigor de la LFPIORPI.

Cifras oficiales de la Procuraduría General de la República

Con el objetivo de tener un panorama sencillo sobre el problema de lavado de dinero en Sinaloa, se solicitó, mediante un oficio con fecha del 4 de octubre de 2013,¹⁶ a la Procuraduría General de República (PGR delegación Sinaloa), la siguiente información:¹⁷

1. Número de denuncias registradas por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.
2. Número de denuncias registradas por el delito de delincuencia organizada.
3. Número de denuncias registradas por otros presuntos delitos que podrían relacionarse con el lavado de dinero.
4. Número de consignaciones realizadas por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.
5. Número de consignaciones realizadas por el delito de delincuencia organizada.
6. Número de consignaciones realizadas por delitos que podrían relacionarse con lavado de dinero.
7. Número de aseguramientos provisionales, derivados de casos que podrían relacionarse con lavado de dinero (delincuencia organizada, enriquecimiento ilícito, etcétera). Además, aseguramiento provisional

¹⁶ La información que se solicitó fue apegándonos al derecho que tiene todo ciudadano al acceso a la información pública.

¹⁷ Toda la información fue solicitada para el periodo de 2010-2013 (los últimos cuatro años concluidos) y desglosado por año y municipio del estado de Sinaloa.

dentro de los últimos cuatro años (2010-2013), desglosado por año y municipio que se realizaron de los siguientes aspectos:

- Dólares
- Pesos mexicanos
- Cuentas bancarias
- Negocios asegurados en los últimos cuatro años, desglosados por municipio y por año, y
- Resultados.

TABLA 1. Número de denuncias por delito, municipio y año.¹⁸

| Municipio | Número de denuncias interpuestas por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita | | | | Total | Número de denuncias interpuestas por el delito de delincuencia organizada | | | | Total |
|-------------------|---|------|------|------|-------|---|------|------|------|-------|
| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | |
| Ahome | 4 | 5 | 3 | 2 | 14 | 0 | 1 | 7 | 3 | 11 |
| Guasave | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 5 | 10 | 5 | 20 |
| Salvador Alvarado | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 1 |
| Culiacán | 17 | 4 | 1 | 0 | 22 | 1 | 6 | 5 | 0 | 12 |
| Mazatlán | 3 | 0 | 0 | 0 | 3 | 0 | 3 | 9 | 1 | 13 |
| Total | 24 | 9 | 4 | 2 | 39 | 1 | 15 | 32 | 9 | 57 |

Respecto al delito de enriquecimiento ilícito, Culiacán fue el municipio en donde hubo más registros de denuncias, alcanzando en el año 2010 su mayor número.

¹⁸ Para empezar el análisis cabe aclarar que, tanto en la tabla 1 como en la tabla 2, solo aparecen los municipios donde hubo registro de denuncias y consignaciones, ya sea por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita o de delincuencia organizada. Asimismo, no aparecen en las tablas antes citadas datos relacionados sobre las denuncias interpuestas o consignaciones por hechos probablemente relacionados con lavado de dinero, debido a que la PGR delegación Sinaloa informó que no había.

En cuanto al delito de delincuencia organizada el municipio de Guasave fue donde se registraron más denuncias en el 2012.

Si se desglosa los datos por año, se tiene que en el 2010 fue cuando se registró mayor número de denuncias por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita con un total de 24, y en el 2012, se registró el mayor número de denuncia por el delito de delincuencia organizada 32.

TABLA 2. Número de consignaciones por delito, municipio y año.

| Municipio | Número de consignaciones por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita | | | | Total | Número consignaciones por el delito de delincuencia organizada | | | | Total |
|-------------------|---|------|------|------|-------|--|------|------|------|-------|
| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | |
| Ahome | 0 | 3 | 0 | 1 | 4 | 0 | 1 | 7 | 3 | 11 |
| Guasave | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Salvador Alvarado | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Culiacán | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 4 | 2 | 0 | 7 |
| Mazatlán | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Total | 0 | 3 | 0 | 1 | 4 | 1 | 5 | 9 | 3 | 18 |

Es necesario destacar que en el municipio de Ahome, tanto en las consignaciones por presuntos delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita como en la de delincuencia organizada, fue la entidad que tuvo mayor incidencia de consignaciones.

TABLA 3. Número de aseguramientos provisionales por delitos, municipio y año.

| Municipio | Aseguramiento provisional en Dólares | | | | Aseguramiento provisional en pesos | | | | Aseguramiento provisional de negocios | | | |
|--------------------|--------------------------------------|------|------|------|------------------------------------|------|------|------|---------------------------------------|------|------|------|
| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
| Ahome | 0 | 1 | 0 | 1 | 2 | 0 | 1 | 1 | 0 | 2 | 0 | 0 |
| Guasave | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 | 0 | 2 | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 |
| Salvador Alvarado. | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 |
| Culiacán | 4 | 6 | 0 | 1 | 11 | 5 | 10 | 7 | 0 | 22 | 0 | 1 |
| Mazatlán | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 |
| Total | 5 | 8 | 0 | 2 | 15 | 6 | 14 | 8 | 0 | 28 | 0 | 1 |

En cuanto el aseguramiento provisional de cuentas bancarias, la PGR delegación Sinaloa informó que no había hecho ningún aseguramiento de este tipo en el periodo de 2010 a 2013.

Ahora bien, Culiacán es el municipio en donde se han realizado la mayoría de los aseguramientos provisionales de dólares, seis en el 2010 y cuatro en el 2011. Con lo que respecta al aseguramiento provisional en pesos, igualmente la capital sinaloense es la entidad donde se han realizado la mayoría de los aseguramientos con un total de 22 aseguramientos que podrían estar relacionados con el lavado de dinero; en 2011 y 2012 fueron los años en los que se alcanzó la mayor cantidad de aseguramientos.

Con relación al número de negocios que se han asegurado de manera provisional en el estado de Sinaloa, solo un negocio se ha asegurado en los últimos cuatro años, esto fue en la ciudad de Culiacán en el 2013.

A partir de la información obtenida, es preciso puntualizar que la denuncia y el ejercicio de la acción penal en nuestro sistema federal deja mucho que decir es verdad que la LFPIORPI es reciente, pero también es cierto que con antelación a su entrada en vigor, el Estado ya tenía la obligación de ver por el problema que se aborda y; no sólo en sentido penal,¹⁹ sino también en sentido financiero, ubicando éste fenómeno como un problema que afecta también a nuestro sistema económico.

Si se hace conciencia de la incidencia de delincuencia organizada que prevalece en el estado de Sinaloa, se puede apreciar que las cifras presentadas anteriormente procedentes de la PGR, podrían ser escasas si se considera la magnitud del problema que se percibe en el día a día, magnitud que es visualizada hoy por la mayoría de los ciudadanos. Es cuando se tiene que preguntar ¿qué pasa con la seguridad de todos los mexicanos, cuyo goce recae dentro de las responsabilidades del Estado?, ¿qué pasa con la impunidad?, la cual pareciera que ya es parte de la costumbre mexicana, y por último, ¿qué pasa con la denuncia? Aunque esta no es sinónimo de justicia.

¹⁹ No hay que olvidar que los principales frutos lavables son de procedencia de la delincuencia organizada.

La percepción ciudadana en Sinaloa sobre la LFPIORPI

Para nuestra investigación se realizaron 320 encuestas; poco más de la mitad, 41.1 % son hombres y 56 % son mujeres.

TABLA 4

| SEXO | | |
|--------|------------|------------|
| Sexo | Frecuencia | Porcentaje |
| Hombre | 138 | 43.1 % |
| Mujer | 182 | 56.9 % |
| Total | 320 | 100 % |

TABLA 5

| EDAD | | |
|-----------------|------------|------------|
| Edad | Frecuencia | Porcentaje |
| De 18 a 30 años | 119 | 37.2 % |
| De 31 a 45 años | 123 | 38.4 % |
| De 45 a 60 años | 64 | 20 % |
| Más de 60 años | 13 | 4.1 % |
| No contestó | 1 | 0.30 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

La mayoría de las personas que participaron en el sondeo pertenecen al rango de edad entre 18 a 30 años, es decir 37.2 %.

TABLA 6

| INSTRUCCIÓN | | |
|--------------|------------|------------|
| Instrucción | Frecuencia | Porcentaje |
| Primaria | 44 | 13.8 % |
| Secundaria | 53 | 16.6 % |
| Preparatoria | 88 | 27.5 % |

| | | |
|--------------|-----|--------|
| Licenciatura | 116 | 36.3 % |
| Maestría | 10 | 3.1 % |
| Doctorado | 2 | 0.60 % |
| Sin estudios | 5 | 1.6 % |
| No contestó | 2 | 0.60 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

De la misma manera la mayoría de las personas que participaron tuvieron como máximo nivel de estudios (terminados) licenciatura con 36.3 %. Como dato importante, la categoría sin estudios es del 1.6 %, esto refleja que muy pocas personas (cinco) de las encuestadas no están académicamente preparadas.

TABLA 7

¿Ha escuchado hablar de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|-------------|------------|------------|
| Sí | 215 | 67.2 % |
| No | 104 | 32.5 % |
| Total | 319 | 99.7 % |
| No contestó | 1 | 0.3 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Específicamente, sobre la interrogante que se les hizo a los encuestados si habían escuchado hablar de la LFPIORPI, 67 %, es decir, la mayoría contestó afirmativamente.

TABLA 8

¿Qué tanto conoce la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|------|------------|------------|
| Nada | 218 | 68.1 % |
| Poco | 88 | 27.5 % |

| | | |
|-------------|-----|--------|
| Mucho | 7 | 2.2 % |
| Bastante | 3 | 0.9 % |
| Total | 316 | 98.8 % |
| No contestó | 4 | 1.3 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Al preguntarle a los participantes qué tanto conocían la LFPIORPI, la mayoría dijo que no la conocían (68 %), y solo 27.5 % dijo que la conocían poco (ver la tabla 8).

TABLA 9

¿Está de acuerdo con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|-------------|------------|------------|
| Nada | 184 | 57.5 % |
| Poco | 83 | 25.9 % |
| Mucho | 26 | 8.1 % |
| Bastante | 12 | 3.8 % |
| No contestó | 15 | 4.7 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Ahora bien, al preguntarle a y los participantes sobre qué tan de acuerdo estaban con la entrada en vigor de la LFPIORPI, alrededor de la mitad no están de acuerdo con la entrada en vigor de dicha ley (ver tabla 9).

TABLA 10

¿Considera usted que con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero se podrá disminuir el problema de lavado de dinero?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|-------|------------|------------|
| Nada | 150 | 46.9 % |
| Poco | 146 | 45.6 % |
| Mucho | 11 | 3.4 % |

| | | |
|-------------|-----|-------|
| Bastante | 2 | 0.6 % |
| No contestó | 11 | 3.4 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Al interrogar a las y los participantes sobre su percepción con relación si la entrada en vigor de la LFPIORPI traería como beneficio la disminución del problema de lavado de dinero, 46.9 % de los encuentros respondieron que no y 45.6 % en las categorías nada y poco respectivamente. Lo anterior refleja que poco menos de la mitad de las y los encuestados no consideraron la Ley Antilavado de Dinero, como el medio idóneo para disminuir el problema en estudio.

TABLA 11

| ¿Considera usted que con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero se podrá evitar la corrupción? | | |
|--|-------------------|-------------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Nada | 127 | 39.7 % |
| Poco | 169 | 52.8 % |
| Mucho | 7 | 2.2 % |
| Total | 303 | 94.7 % |
| No contestó | 17 | 5.3 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

El 52.8 % externó que con la entrada en vigor de la LFPIORPI, de los encuestados se evitará un poco la corrupción; no obstante un porcentaje considerable (39.7 %) manifestó que no se evitará la corrupción con la entrada en vigor de dicha ley.

TABLA 12

| ¿Considera usted que con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero se podrá atrapar a personas del crimen organizado? | | |
|--|-------------------|-------------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Nada | 126 | 39.4 % |

| | | |
|-------------|-----|--------|
| Poco | 167 | 52.2 % |
| Mucho | 5 | 1.6 % |
| Bastante | 1 | 0.3 % |
| Total | 299 | 93.4 % |
| No contestó | 21 | 6.6 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

De igual forma, la mayoría de las personas encuestadas (52.2 %) externó que la entrada en vigor de la LFPIORPI se podrá atrapar un poco a personas del crimen organizado; sin embargo, un porcentaje no menos apreciable (39.4%) manifestó que no se atraparán o detendrán con la entrada en vigor de dicha ley a personas del crimen organizado.

TABLA 13

¿Considera usted que con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero se podrá disminuir la violencia en el país?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|-------------|------------|------------|
| Nada | 122 | 38.1 % |
| Poco | 175 | 54.7 % |
| Mucho | 4 | 1.3 % |
| Bastante | 1 | 0.3 % |
| Total | 302 | 94.4 % |
| No contestó | 18 | 5.6 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Respecto a que si la entrada en vigor de la LFPIORPI traería como beneficio la disminución de la violencia en el país, 54.7 % (porcentaje mayor) mencionó que disminuiría la violencia y, 38.1 % con mucho menos entusiasmo respondera que en nada disminuiría con dicha ley.

TABLA 14

| ¿Considera usted que con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o mejor conocida como Ley Antilavado de Dinero se podrá aumentar la seguridad nacional? | | |
|--|-------------------|-------------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Nada | 113 | 35.3 % |
| Poco | 178 | 55.6 % |
| Mucho | 5 | 1.6 % |
| Bastante | 1 | 0.3 % |
| Total | 297 | 92.8 % |
| No contestó | 23 | 7.2 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

De la misma forma, la mayoría de los encuestados (55.6 %) piensa que con la entrada en vigor de la LFPIORPI podrá aumentar un poco la seguridad nacional; sin embargo, 35.3 % manifestó todo lo contrario, que esta ley no podría mejorar a la seguridad nacional.

TABLA 15

| ¿Qué tan de acuerdo está a que los negocios reporten a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHYCP) el nombre del cliente y otros datos personales de aquellas personas que compren en efectivo más de cierta cantidad de dinero? | | |
|---|-------------------|-------------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Nada | 134 | 41.9 % |
| Poco | 148 | 46.3 % |
| Mucho | 11 | 3.4 % |
| Bastante | 9 | 2.8 % |
| Total | 302 | 94.4 % |
| No contestó | 18 | 5.6 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Respecto a la aprobación de que los negocios reporten a la SHYCP el nombre del cliente y otros datos personales de aquellas personas que compren en

efectivo más de cierta cantidad de dinero, la mayoría de los encuestados 46.3 % estaban de acuerdo dijeron que poco; no obstante, 41.9 % manifestó no estar de acuerdo con esto.

TABLA 16

¿Usted cree que los patrones de los negocios van a dar los datos a la SHYCP: el nombre del cliente y otros datos personales de aquellas personas que compran en efectivo más de una cierta cantidad de dinero?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|-------------|------------|------------|
| Si | 106 | 33.1 % |
| No | 204 | 63.8 % |
| Total | 310 | 96.9 % |
| No contestó | 10 | 3.1 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

En este sentido, la mayoría de los participantes 63.8 % externaron que no creen que los patrones de los negocios vayan a dar los datos a la SHYCP de aquellas personas que compran en efectivo más de una cierta cantidad de dinero.

TABLA 17

¿Considera que se castigará por parte de las autoridades competentes a quienes resulten responsables del delito de lavado de dinero?

| | Frecuencia | Porcentaje |
|-------------|------------|------------|
| Sí | 165 | 51.6 % |
| No | 137 | 42.8 % |
| Total | 302 | 94.4 % |
| No contestó | 18 | 5.6 % |
| TOTAL | 320 | 100 % |

Por otro lado, la mayoría de los encuestados (51.6 %) sugirieron que las autoridades castigarían a quienes incurrieran en el delito del lavado de dinero; sin embargo, 42.8 % piensan lo contrario.

CONCLUSIÓN

El lavado o blanqueo de dinero, es un tema que ha proliferado, no sólo en nuestro país, sino en muchos países americanos con especial énfasis. El lavado de dinero no es un tema nuevo en cuanto a su aparición, pero sí en cuanto a su regulación. Tomando en cuenta lo anterior y sin omitir que Sinaloa es uno de los Estados con mayor índice de delincuencia organizada en el país, siendo de manera generalizada la práctica de narcotráfico, una de las actividades principales cuya ganancia monetaria es sujeta a ser lavada y convertida en dinero «legalmente» obtenido, fue que se decidió a indagar un poco en las cifras que sustentan el inicio de un panorama en dicho estado con relación al problema de lavado de dinero, concluyendo en el análisis de resultados en lo siguiente:

Según datos obtenidos de la PGR

En Sinaloa hubo una disminución de las denuncias registradas por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita de 24 a 2 registros. No obstante, el número de denuncias por el delito de delincuencia organizada aumentó del año 2010 al 2011 y éste último al 2012, pero decayó en el 2013. No hay que olvidar que la LFPIORPI fue publicada a finales de 2012, dicha disminución podría tener aparentemente relación con la entrada en vigor de esta ley.

Asimismo, se obtuvo que en el municipio de Culiacán y en el municipio de Guasave, fueran donde se registraron más denuncias de operaciones con recursos de procedencia ilícita y delincuencia organizada respectivamente. Sin embargo sorprende que no hubiera consignaciones en Culiacán por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, ni en Guasave por el delito de delincuencia organizada.

En relación al aseguramiento provisional de dinero y negocios en su mayoría fueron estos ejecutados en el municipio de Culiacán.

La mayoría de las personas encuestadas, si han escuchado hablar de la LFPIORPI, pero pocas la conocen, más de la mitad no están de acuerdo con la entrada en vigor de dicha ley, y la mayoría considera que la ley no disminuirá el problema de lavado de dinero. Sin embargo, más de la mitad considera que sí disminuirá (aunque sea poco) otros problemas, como corrupción,

violencia, se atraparán a más personas del crimen organizado; pero también considera la mayoría que no habrá seguridad nacional.

Por otro lado, la mayoría de las personas en Culiacán están poco de acuerdo a que los negocios reporten a la SHYCP el nombre del cliente y otros datos personales en ciertos casos donde se pague en efectivo alguna mercancía.

Asimismo, la mayoría de las personas encuestadas no creen que la SHYCP dará aviso al Ministerio Público Federal de los casos sospechosos de llevar a cabo el delito de lavado de dinero.

Los datos anteriores suman y reflejan aspectos trascendentes, pues nos damos cuenta, por una parte, de la deficiencia de las autoridades encargadas de la persecución del delito en estudio, y en segunda, la poca fe de la comunidad sinaloense a la nueva ley, cuyo objetivo es regular la conducta delictiva del lavado de dinero.

Desde nuestra perspectiva, la LFPIORPI, solo ha llegado a «parchar» otras leyes existentes en el sistema jurídico mexicano, ya que es obvio que esta ley entró porque las existentes son deficientes, es justo aquí donde cabe preguntarse ¿si son las regulaciones actuales las que son deficientes o es todo el sistema de control formal a través de quienes lo ejercen, lo que deja mucho que desear?

Por último, se puntualiza lo siguiente: para que en la sociedad mexicana se pueda ver un avance en la prevención del problema de delincuencia organizada y todo lo que esta implica, necesariamente se debe emprender, un trabajo que se enfoque en una reeducación cultural, pues es desde allí donde se puede empezar a abordar el problema y no seguir en el error de elaborar y publicar leyes, cuya aplicación está muy lejos de la realidad, mientras que la cultura del narcotráfico siga en auge.

BIBLIOGRAFÍA

- Aránguez, C. (2002) *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Jurídicas y Sociales.
- Ashin, P. (2012) «Dinero sucio un verdadero problema», en *Finanzas y desarrollo*.
- Bautista, N.; Castro, H., Olivo Rodríguez Huertas y Maximiliano Ruscona Moscoso Segarra. *Proyecto justicia y gobernabilidad*.

- Fernández, G. Kim Nicolas Brien, María Fernanda Danh, Julieta Estrada, Max Rish Méjía Ibañez, Tee Maureen y Ahn Jae Bin. (2012) *¿Por qué legislar el combate al lavado de dinero*. México: CESOP.
- Figuroa, M. (2002). *Enciclopedia jurídica mexicana*. México: Porrúa.
- Gamboa, C. (2013). *Lavado de dinero: estudio teórico conceptual, derecho comparado, tratados internacionales y de la nueva ley en la materia en México*. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Recuperado el 7 de octubre de 2013 de <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SAPI-ISS-01-13.pdf>.
- Garrido, Vicente, Pet Stangeland y Santiago Redondo. (2006) *Principios de criminología*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- González, P. (1995) «Lavado de dinero un desafío criminológico», en *Revista chilena de derecho* 22.
- Nando, Víctor Manuel. (2009) *El lavado de dinero nuevo problema en el campo jurídico*. México: Trillas.
- Núñez, M. (2008). *El fenómeno de lavado de dinero en México, causas efectos y propuestas para reforzar su combate*. México: Porrúa.
- Rodríguez, A. (2006). «El narcotráfico como crimen organizado transnacional desde una perspectiva criminológica», en *Revista Scielo* V. 34 1.

Páginas consultadas

- www.shcp.gob.mx. Consultada el 4 de octubre de 2013.
- http://www.justice.gov/dea/pubs/pressrel/moneylaunder_index.html. Consultada el 9 de octubre de 2013.

Fuentes legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal Federal
- Convención del Consejo Europeo sobre el Lavado, Seguimiento, Embargo y Decomiso de las Ganancias Provenientes de la Comisión de Delitos 1990.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada
- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Declaración de las Cumbres de las Américas 1994.

Declaración de Principios de Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilia 1988.

Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

VI. La lucha contra el lavado de activos: análisis de una experiencia novedosa

MARIANO RODRÍGUEZ GARCÍA¹

INTRODUCCIÓN

El lavado de activos es una figura delictiva que ha tenido una marcada vigencia en el derecho penal contemporáneo, ya que ha sido una relevante influencia e impacto en la vida socioeconómica de las naciones no solo por el aumento del volumen de transacciones comerciales lícitas como efecto directo de la globalización neoliberal, sino también por la apertura de mercados, la desregulación o inadecuada regulación en materia financiera y las políticas nacionales e internacionales de los estados que no operan de forma sistémica, lo que invariablemente crea brechas por donde los autores de estos hechos pueden, de manera eficaz, lograr sus cometidos y, como colofón final, desnaturalizar la economía global al insertar los capitales ilícitos en el flujo tradicional de los caminos financieros que mantienen la estructura socioeconómica de los países que son afectados por éste fenómeno.

Para hacer una valoración consecuente sobre el estado de la lucha contra el lavado de activos, tomando como análisis el caso novedoso de Cuba en la era contemporánea, es necesario analizar, primariamente, el comportamiento de este tipo penal e ir desarrollando un seguimiento de esta figura, con vistas a realizar una evaluación crítica de los mecanismos que combaten este actuar delictivo. Esto es un paso previo a la caracterización del tipo penal, su marco

¹ Vice Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Especialista en derecho penal, profesor asistente, juez profesional suplente no permanente del tribunal provincial popular de La Habana.

lógico, los mecanismos de investigación, así como las formas de protección en contra de los efectos del lavado de dinero.

ORÍGENES Y MARCOS CONCEPTUALES

Para tener un marco lógico de acción en nuestro trabajo, primeramente, debemos identificar qué entendemos por «lavado de activos», también denominado coloquialmente como lavado de dinero.² En nuestra opinión el lavado de activos puede ser identificado como aquella actividad o proceso en el que el dinero, bienes, derechos y recursos de origen ilícito o de naturaleza ilegal, propiamente dicha, pasan a un estatus de legalidad luego de ser enmascarado su viso de ilegitimidad para insertarse en la economía nacional e internacional.

Por esos mismos derroteros han transitado diversas definiciones que han dado determinados organismos y autores, en particular en Latinoamérica. Ejemplo de ello, podemos citar el aportado de la Conferencia Anual Latinoamericana sobre Lavado de Activos que establece lo siguiente:

La conversión o transferencia de propiedad a sabiendas que tal propiedad es derivada de cualquier delito o de un acto de participación en tal delito con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de la propiedad o de ayudar a cualquier persona que está involucrada en la comisión de tal delito a evadir las consecuencias legales de esta acción.³

Esta visión, que es un tanto reduccionista en el sentido de que se fundamenta en la forma de propiedad sobre los bienes, derechos u activos que están en la esfera del autor del hecho delictivo y que está en su afán el de darle una apariencia legítima para encausarlo hacia la economía legal, en nuestra opinión este delito va más allá de eso, respecto a que puede abarcar más supuestos, teniendo siempre en cuenta la taxatividad, pero estando conscientes de que esta tipología adquiere cada día variadas y novedosas formas de ejecución.

² Las denominaciones que ha recibido son innumerables desde lavado de dinero, blanqueo de capitales, reciclaje de capitales sucios, hasta legitimación de activos provenientes de ilícitos, entre otros, de ahí su indistinta denominación en la investigación.

³ IV Conferencia Anual Latinoamericana sobre Lavado de Activos celebrada en Panamá el 25 de septiembre 2003.

Es por eso que somos más afines con la definición otorgada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI):

La conversión o transferencia de activos, a sabiendas de que deriva de ofensa criminal, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal, también ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar. Ocultar o disfrazar la naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal. La adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo al momento de su recibo, que deriva de una ofensa criminal o de la participación en algún delito.⁴

Desde nuestro punto de vista, esta definición debe estar delimitada consecuentemente, en cuanto a que no debería identificarse esta figura delictiva con cualquier actividad criminal previa, ni debería tener incidencias de escasa entidad en las estructuras financieras nacionales e internacionales, ya que se corre el riesgo de caer en un maximalismo penal, que la experiencia ha demostrado que poco o ningún provecho ha aportado en el combate contra la delincuencia y en cambio sí ha construido símbolos de protección que solamente funcionan para proporcionar una imagen de control y triunfo en contra de un fenómeno tan complejo.

Dicho de ese modo, pudiera pensarse que es un fenómeno de reciente data, sin embargo este fenómeno viene transitando desde la Edad Media, ya que se han identificado prácticas similares en prestamistas y comerciantes que encubrían actos de usura, lo que llegó a ser considerado por la Iglesia pecado mortal, y si no, por lo menos un delito sancionado con penas graves. Los infractores utilizaban mecanismos que permitían que sus transacciones operaran ocultas bajo diferentes formas, por ejemplo, en el supuesto de débitos de una parte a la otra, elevar artificialmente el tipo de cambio con el fin de hacerse con la diferencia y cobrar de esta forma sus adeudos a la parte acreedora o se cobraban los intereses por la vía de las penalizaciones en los aparentes supuestos de mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, previo, un acuerdo entre las partes.

⁴ Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), <http://www.lavadodinero.com/QueEs-Lavado.aspx>, (8 de junio de 2002).

Dichas prácticas siguieron evolucionando y adquirieron con el tiempo variadas y complejas formas de empleo, como lo son los paraísos fiscales de hoy atencedentes de los refugios financieros que se le ofertaban a los corsarios y piratas en determinados territorios y países, ya fuera por la vía de poder adquirir bienes y derechos con dividendos obtenidos de conocidas o sospechadas operaciones delictivas o, incluso, el de poder recibir perdones reales a pesar de sus antecedentes delictivos y de conservar los botines de sus andanzas, como fue en el caso de los piratas que apresaban las naves comerciales europeas en el Atlántico a comienzos del siglo xvii.

Sin embargo, no es hasta el siglo xx, específicamente entre las décadas de 1920 y 1930 que en Estados Unidos realmente se consolida el lavado de activos con el auge y empoderamiento de determinados grupos criminales. En este sentido, se requiere por parte de los grupos criminales de una sistematización de las prácticas de lavado, empezando por la adquisición de negocios, preferentemente, con servicios de pago en efectivo y la elevación artificial de sus ganancias, debido a una multiplicidad de factores claves, como son evitar ser identificados por las fuerzas del orden, también, no ser objeto de extorción por sectores corruptos de esas mismas fuerzas de seguridad, impedir el auge de la competencia, independiente del objeto esencial de la misma, y asegurar los lucros de sus prácticas ilícitas.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para poder encuadrar el bien jurídico protegido en este tipo penal, requerimos, en primer lugar, explica que entendemos por bien jurídico. En nuestra opinión, una definición del bien jurídico debe llevar aparejada la concepción de relación social, cuestión que debe estar matizada por un carácter dialéctico de naturaleza dinámica. Esta afirmación se debe a que el hombre, a lo largo de su historia y a medida que se desarrolla, provoca procesos de tesis, antítesis y síntesis de la convergencia de ideas. Esta concepción que proponemos es, por lo tanto, una representación fidedigna de momentos históricos dados que serán en ese presente el sumario de una idea concreta, pudiendo ser posteriormente, unas tesis dignas solo como criterio diferenciador o como muestra del crecimiento ascendente del pensamiento.

Como relación social, será capaz de absorber todos los elementos que la rodean, de forma que influya sobre la misma, la identidad cultural del espacio

donde se desempeñe, la ideología propia del Estado, los grupos políticos y la sociedad en general. Pero el elemento que hace distintiva a esa relación social como bien jurídico radica en la existencia de los hombres y sus necesidades que constituyen el fundamento de la misma.

Es clara la opinión al respecto de autores, como Bustos, quien establece que el bien jurídico es «una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica»,⁵ o de Quiroz, quien nos recuerda que los bienes jurídicos son «son vínculos entre los hombres, establecidos en el proceso de su actividad en común»,⁶ de forma que requieren la tutela de variadas ramas del derecho, ya sea administrativa, civil, penal, etcétera, para lograr un desempeño adecuado para propiciar el desarrollo humano.

Sin embargo, no podemos quedarnos solo con la noción de bien jurídico, sino que debemos analizar, en primera instancia, qué es este concepto para posteriormente cuestionarnos qué presenta lo protegido por el derecho penal en delitos como el lavado de activos. De acuerdo a la opinión de grandes teóricos en el campo de las ciencias penales, como Jakobs, los bienes jurídicos protegidos no deben verse como objetos físicos dignos de tutela penal, sino que son la norma, la expectativa garantizada de la defensa de una norma penal que destruye determinadas conductas que lesionan la estructura de las relación entre personas.⁷ Frente a esto, Mir sostiene que lo protegido son intereses fundamentales para la vida social que reclame defensa penal.⁸ Por su parte, Cobo y Vives establecen que el bien jurídico es «todo valor de la vida humana protegido por el derecho».⁹ Esto es apoyado por una colectividad de autores representados por Berdugo, quienes le atribuyen un concepto de valores ideales (inmateriales) del orden social, sobre los que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad.¹⁰

⁵ Bustos, J. (1994). *Manual de derecho penal. Parte general*. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., p. 123.

⁶ Quirós, R. (2005). *Manual de Derecho Penal*. La Habana:Félix Varela, p. 190.

⁷ Günther, J. (2001). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Argentina:Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 28-29.

⁸ Recuperado el día 30 de marzo de 2008, del <http://www.neopanopticum.com.ar/1/Mir.htm>.

⁹ Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Vives Antón. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Valencia:Editorial Lo Blanch, p. 318.

¹⁰ Berdugo, I. et al. (1999). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Editorial Praxis, S.A., p.151.

Nosotros nos acogemos a la teoría dialéctica, asociados a la opinión de Hormazábal y Bustos, quienes afirman que:

los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativas de procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicas pues están en permanente discusión y revisión.¹¹

Es decir, se sustentan en la relación social basada en la satisfacción de necesidades. De ahí que se haya discutido arduamente en dónde ubicar, especialmente, al lavado de capitales en las familias de tipos penales. Un sector precisa que lo que se protege es la administración y la jurisdicción desde el punto de vista de una situación eventual de concurso con un delito de encubrimiento, o igual en el caso de delito de receptación, ubicado en los actos contra los derechos patrimoniales.

Por otra parte, otros consideran que la objetividad jurídica radica en la hacienda o erario público, analizada desde el punto de vista dinámico, es decir a la actividad de captación de recursos financieros para el proceso de concentración, distribución y utilización de las finanzas para la satisfacción de las obligaciones que le vienen impuestas al estado de manera independiente al resto del sector de la economía.

Se estima que protege el orden socioeconómico como bien jurídico macro social, en tanto afecta la economía del país en su conjunto y de forma sistémica e integral. De ahí que se entiende al bien objeto de protección en esta tipicidad como el adecuado estado de las relaciones financieras de la hacienda pública que contribuyen a un orden socioeconómico estable y fructífero.

NATURALEZA DEL LAVADO DE ACTIVOS

Doctrinalmente ha habido arduas polémicas en torno a la verdadera naturaleza del reciclaje de capitales «sucios», así como de la responsabilidad del delincuente, tanto en el delito primario como en este accesorio que se analiza.

Un sector de la doctrina ha establecido, que el lavado de dinero es un supuesto de otras figuras delictivas, como la receptación y el encubrimiento.

¹¹ Bustos, J. y Hernán, M. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, p. 59.

Cuando estudiamos la receptación es fácil determinar las diferencias que lo ubican lejos de sus preceptos, pues en la misma, el bien jurídico que protege son los derechos patrimoniales, mientras que la figura del lavado de activos protege el orden socioeconómico y, dentro de ella, la hacienda pública,¹² ya que esta última es receptora de los ingresos estatales y expendedora de los gastos nacionales dentro del marco de las relaciones financieras que imponen las legislaciones financieras nacionales y los tratados de la materia a nivel internacional que firman los estados.

Sin embargo, cuando se compara el lavado de activos con el encubrimiento, observamos que comparten caracteres, como el de la presencia de actos ilícitos anteriores a su comisión para que puedan configurarse, lo que hace más difícil su distinción. En nuestra opinión, radica en que en el encubrimiento la reside sobre cualquier objeto u accionar de carácter delictivo, en el sentido de que se encubre desde el instrumento delictivo hasta las ganancias obtenidas del mismo, mientras que el lavado de dinero consiste no solo en ocultar el origen ilícito del dinero o recursos monetarios, sino de transformarlo en dinero lícito, ya sea creando compañías o empresas con ese capital o transformándolo con transacciones que los hagan parecer legítimos.

En cuanto a la discusión de la responsabilidad de si el autor del delito previo puede ser autor o partícipe del lavado de capitales, se han ofrecido varias soluciones. Por un lado, existe la concepción de considerar responsable al comisario del delito primario y subsumir la figura de lavado de dinero, por lo que se le exigiría solamente por el delito base.¹³

Otra opinión es la de considerar una mixtura, es decir que pueda, de acuerdo a las legislaciones nacionales, optarse por no castigar el delito accesorio como la posibilidad de llevar por la figura concurso el delito primario y el accesorio.¹⁴

¹² «la hacienda pública debe ser entendida en sus acepción subjetiva como el sujeto que realiza la actividad financiera, en su acepción objetiva como el objeto de esa actividad, y en su acepción funcional como la propia actividad financiera; imbricándose en esta última ambos conceptos». AA.VV. (2005). *Apuntes de Derecho Financiero Cubano*. La Habana: Varela.

¹³ Posición asumida por el Convenio del Consejo de Europa (artículo 6, apartado 2 incisos b). Recuperado el 25 de marzo de 2014, de www.imolin.org/pdf/imolin/overview.pdf

¹⁴ Posición asumida por la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional. Recuperado el 25 de marzo de 2014, de www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/.../TOCebook-s.pdf

Existe la concepción de penalizar como delito autónomo independiente de la comisión de un delito base cualquiera que sea su naturaleza, aunque en caso de tener pruebas del primero, deberá expresamente llevarse por concurso.¹⁵ La anterior es acertada por la relevancia de este tipo delictivo y sus características particulares que demanda un tratamiento independiente de los delitos base que hayan generado los activos que deban lavarse.

MODOS DE EJECUCIÓN DEL LAVADO DE CAPITALES

Entrando a formar parte, el dinero obtenido por las organizaciones criminales en sus operaciones ilícitas, quienes aprovechan la modernización de las tecnologías y el acortamiento de las distancias para introducirlos en entidades financieras como bancos, agencias de viajes, etc. Necesitando darle un viso de legalidad a esas ganancias obtenidas de esas actividades; alcanzando los activos líquidos de origen ilegal en la actualidad de un porcentaje más preocupante dentro de las economías de muchos países afectados, directa o indirectamente, por esta pandemia que son las denominadas mafias. El fenómeno del lavado de dinero se explica por su carácter socioeconómico.

Es social, por estar determinado por una serie de situaciones delictivas que, a su vez se generan en el desorden y la descomposición social, donde se retroalimenta y fortalece. Es económico, en virtud de que en sus acciones opera, no solo desde un entramado de dominio de los marcos lógicos de estructuras financieras previamente establecidas, de acuerdo siempre al sistema socioeconómico y político donde se desenvuelve esta actividad, sino que también contribuye, desde esas mismas arquitecturas macro económicas a reproducir los sistemas de relaciones económicas que posibilitan su manutención en el tiempo así como su diversificación en cantidad y calidad, al penetrar los centros

¹⁵ Posición asumida por el Reglamento Modelo de la cicad (Convención Interamericana para el Control y Administración de Drogas Artículo 2 apartado 6). Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves. Incluye las modificaciones introducidas por el grupo de expertos para el control de lavado de activos en Santiago de Chile, Chile, en octubre de 1997, en Washington D.C, en mayo de 1998 y Buenos Aires, en octubre del mismo año. Aprobado por la cicad en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Lima, Perú, en noviembre de 1997, y en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C, en mayo de 1999. Recuperado del 25 de marzo de 2014. www.oas.org/juridico/espanish/mesic3_blv_reglamento.pdf

de poder, que directa o indirectamente protegen, con el establecimiento de determinadas políticas, que se reste eficacia a los tradicionales instrumentos de lucha contra éste particular tipo penal.

Las formas que adopta esta particular forma de actuación de los grupos u organizaciones criminales que blanquean capitales son múltiples; a saber exponemos una variedad de actuaciones de los mismos, como son:

- I. Estructurar: acción en la que uno o varios individuos, realizan una multiplicidad de transacciones con dividendos ilegítimos en un período de tiempo determinado a través de una o varias entidades financieras.
- II. Compañías fachada: las constituyen empresas legítimas que mezclan sus ganancias legas con los fondos que provienen de actividades delictivas y las disfrazan de activos de la propia organización legal. No requieren necesariamente de tener una oficina física, basta con tener un frente comercial.
- III. Complicidad de los miembros de una organización: cuando los funcionarios o empleados de las instituciones comerciales o financieras permiten el depósito de grandes montos en efectivo, sin llenar ni presentar los formularios de control de transacciones en efectivo, cuando es necesario, llenando reportes falsos.
- IV. Mezclar: cuando se realiza una combinación entre los activos provenientes de los negocios ilegítimos con los bienes o ganancias de las entidades legales para ocultar el origen de esos fondos.
- V. Compras de bienes o instrumentos monetarios en efectivo: el lavador de dinero compra bienes muebles fungibles, como autos, yates, etcetera. O también pueden ser instrumentos monetarios (giros bancarios y postales, cheques de gerencia o de viajero y valores), con el efectivo originado de la actividad ilícita.
- VI. Contrabando de efectivo: aunque es de las más arriesgadas y de las menos utilizadas, no deja de ser utilizada; en esta se transporta directamente el efectivo; puede ser escondido en equipajes, o por la persona que actúa de correo. Esta actuación conlleva mucha creatividad por parte de los comisores, debido a la elevación de los controles aduaneros con respecto al trasiego de dinero en efectivo.
- VII. Transferencias vía telegráfica o electrónica: es de las más usada para estratificar fondos ilícitos, debido a que supone una de las formas menos riesgosas para los autores de estas actividades cuando se compara

el volumen de dinero que puede moverse, la rapidez y la frecuencia de estas transferencias y menores controles que se realizan por estas vías.

VIII. Ventas fraudulentas: se realiza comúnmente con bienes inmuebles cuando el que lava los fondos ilícitos compra una propiedad con el producto ilícito por un precio declarado significativamente mucho menor que el valor real.

IX. La formación de compañías de portafolio o nominales (*shell company*): es una entidad que usualmente existe únicamente en el papel; no participa en el comercio ni tiene una entidad física o frente comercial (lo que lo diferencia de una compañía de fachada).¹⁶

Se ha demostrado en la práctica que las actividades económicas que generan altas sumas de dinero son las más apropiadas para acometer la tarea de blanquear capitales, debido a lo fácil que resulta deformar la realidad financiera al declarar ingresos superiores a los obtenidos verdaderamente.

Por eso los negocios con grandes ventajas para el desarrollo ininterrumpido y eficaz de esta actividad, se encuentran en cadenas hoteleras que tienen asiento en zonas veraniegas rentables que pueden haberse creado recientemente o haber funcionado por décadas, o también en los casinos o casas de juego, en el que los juegos de azar hacen completamente imposible seguirles el monto real de las ganancias propias del lugar, lo que permite realizar constantes erogaciones y transacciones financieras sin sospecha a diferentes lugares. Incluso en el negocio de las obras de arte, en el que influyen determinados factores, como la oferta y la demanda, además de la antigüedad y la incertidumbre acerca del costo real de esos bienes que provocan la oscilación constante de los precios de forma que se adquieran generalmente precios más altos que los que realmente vale la obra permitiendo introducir más capitales a la actividad.

En el caso de los negocios hoteleros pueden incluso construirse con dinero propio del lavado a partir del ingreso en la economía formal de aportes de inversores extranjeros. El *modus operandi* que utilizan es el de generar en grandes ganancias del negocio creado, para luego poder justificar los nuevos ingresos ilegales que necesiten blanquear, esto a pesar del costo de establecer precios inferiores a la media de empresas similares para justificar su actividad a pleno, compitiendo con otros que sí han obtenido sus inversión inicial de

¹⁶ Recuperado el 25 de marzo de 2014, de http://www.ecured.cu/index.php/Lavado_de_Dinero

forma lícita o registrando una capacidad plena durante todo el año, aunque no se haya llevado a la realidad. Es característico de estas empresas la puntualidad en los pagos los impuestos y en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, con el fin de no ser objeto de las inspecciones estatales.

Sin embargo, no es solo en los negocios donde se lava el dinero, también se lleva a cabo en instituciones financieras de países donde no se realizan controles efectivos de antilavado, debido a políticas de confidencialidad hacia el cliente o porque no esté tipificado el delito propiamente dicho.

Los países que cumplen con estos requisitos y que se denominan en la doctrina como «paraísos fiscales», por la gama de facilidades que tienen los delincuentes organizados para introducir sus ganancias en esos lugares, están desplegados por todo el mundo, como: Bahamas, Bermudas, Hong Kong, Islas Cook, Islas Vírgenes (EE.UU.), República Dominicana o Luxemburgo.

De ahí la necesidad de acabar con las brechas que permiten el florecimiento de este negocio ilícito que genera inmensas ganancias para el crimen organizado transnacional que los hacen uno de los problemas más acuciantes de la humanidad en la actualidad.

MECANISMOS DE INVESTIGACIÓN

Al ser una tipología delictiva que adquiere características poco convencionales, es preciso utilizar mecanismos poco habituales que equiparen el desnivel entre los sofisticados modos de comisión que evolucionan constantemente entre los delincuentes, las agencias y organismos de seguridad encargados de perseguir estas formas de criminalidad, acostumbrados a la investigación clásica de tradicionales figuras delictivas.

Y es entonces que viene a colación técnicas especiales de investigación, aclarando en todo momento que las técnicas convencionales nunca se dejaron de utilizar, pero en este ámbito es preciso e imprescindible la utilización de estas novedosas formas de esclarecimiento de los hechos delictivos, como son la intervención de las comunicaciones, entrega vigilada y el agente encubierto.

Como toda técnica de investigación especial, es usual que traiga aparejada la colisión con determinados derechos de los involucrados, o al menos la puesta en riesgo, especialmente, en asuntos que pueden poner en peligro la privacidad de los mismos, que podrían originar daños y perjuicios esenciales a los involucrados en cuestiones que a la administración de justicia no interesa

por no ser objeto del proceso. Es por eso que para su correcto uso, los organismos encargados de la persecución penal han coincidido, fundamentalmente, en varios aspectos a respetar con el objetivo de lesionar lo menos posible los derechos y garantías de las personas, como son:

- Que las técnicas especiales de investigación deben hacerse sobre actividades delictivas de especial peligrosidad que justifiquen el riesgo de determinados bienes, como la intimidad, en aras de proteger intereses de importancia vital para la sociedad, como es la vida.
- La permisión de estos derechos y garantías debe hacerse sobre la base de una información fundamentada y aprobada por una autoridad que tenga dentro del contenido de sus responsabilidades la salvaguarda de la legalidad y el respeto de las garantías constitucionales.
- Las acotaciones, reportes, informes, traducciones y transcripciones que se realicen sobre la información obtenida deben realizarse solo sobre la información de interés de la investigación en curso y no se hará mención de otros aspectos de la misma, especialmente, los que involucren información confidencial de las personas involucradas, debiendo destruirse posterior a la terminación del proceso.
- Requisitos que deberán tener establecido un mecanismo de control y supervisión que evite la filtración de la información obtenida, no solo porque pueden ser afectadas las personas objeto de la intervención, sino también por la salvaguarda de la eficiencia del sistema de justicia en su combate a la criminalidad.

Como medida de protección y fundamento legal de las técnicas especiales que se han presentado determinados principios adaptados a las particularidades de estas formas de exploración son:

- Principio de legalidad: cualquier injerencia en el ámbito de los derechos de las personas, debe estar debidamente instrumentado en una disposición constitucional o legal, que avale esa violación de la individualidad y que pueda adquirir validez probatoria en un proceso penal.

- Principio de motivación o fundamentación: establece que cualquier resolución que acepte la utilización de las mismas debe estar lo suficientemente explicada para poder justificar su incursión en los derechos fundamentales, que permita una adecuada proporción entre la violación que se está llevando a cabo y la finalidad prevista.
- Principio de necesidad, utilidad e idoneidad: esta técnica especial debe utilizarse solamente como fuente de prueba cuando no pueda obtenerse la información de otra forma que sea menos lesiva a los derechos de las personas.
- Principio de proporcionalidad: debe evaluarse la peligrosidad planteada por el o grupos de ilícitos a investigar y la puesta en peligro por parte de la técnica a utilizar, con vistas a esclarecer hechos con el menor daño posible.
- Principio de exclusividad probatoria: este principio indica que solamente la intención de utilizar esta técnica es descubrir la comisión de delitos y la participación de sujetos en ellos, implicando que las informaciones adicionales obtenidas y que no tengan relación con el objeto de investigación, no deben utilizarse ni difundirse bajo ningún pretexto, manteniéndose en total secreto.
- Principio de limitación temporal: indica que la utilización de esta técnica de investigación debe emplearse solo por un tiempo limitado que ponga en riesgo o lesione lo menos posible los bienes de los investigados.
- Principio de especialidad: solo debe autorizarse o emplearse para determinadas actividades delictivas especificadas por ley y no para descubrir indiscriminadamente cualquier hecho y que los mismos sean particularmente graves o que vengan de organizaciones criminales.
- Principio de limitación subjetiva: este método solo se utilizará en aquellos envíos identificados como pertenecientes a una persona determina-

da y con destino a otra persona determinadas o usuarios habituales que se sospeche por indicios que están involucrados en actividades ilícitas.

- Principio de limitación objetivo: dispone la existencia previa de indicios que evidencien al menos la posibilidad o en alta medida de la existencia de acciones ilícitas que ameriten la utilización de la misma.
- Principio de procedibilidad: es necesaria la existencia previa de un proceso investigativo que posibilite con sus formalidades la solicitud y autorización de la interceptación de las comunicaciones.
- Principio de control judicial: el mismo dispone la actuación de autorización, seguimiento, control y término de la interceptación de las comunicaciones

LA LUCHA CONTRA ESTE DELITO A NIVEL MUNDIAL

A nivel internacional se han agrupado una serie de entidades y organizaciones para combatir el lavado de dinero, por ejemplo, se ha conformado el Grupo Mundial de Trabajo Contra el Lavado de Dinero (GMT-CLD),¹⁷ que trabaja con especialistas y entidades, y que además se dedican y especializan en la detección y combate de actividades de blanqueo de capitales, entre las cuales podemos identificar al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (FMI) e INTERPOL, entre otros.

El GMT-CLD ha desarrollado un enfoque complementario dentro de la lucha contra la corrupción, en particular en lo que respecta al lavado de dinero, y promueve el empleo de herramientas y técnicas prácticas para limitar y, a la postre, erradicar esta actividad.

Para ayudar a los parlamentarios en su lucha contra la corrupción y, particularmente, contra el lavado de dinero, el GMT-CLD ha desarrollado una guía de acción de GOPAC contra el lavado de dinero. Esta guía constituye una fuente de recursos para los parlamentarios puesto que contiene información y herra-

¹⁷ Recuperado el 26 de marzo de 2014, de www.gopacnetwork.org/Docs/Brochure_GTFAML_ES.pdf

mientas que les fortalecerán en sus actividades contra el lavado de dinero. La guía les permite acopiar el conocimiento necesario para presentar y promulgar legislación contra el lavado de dinero y crear una coalición con otros miembros del parlamento para que se persiga y se lleve ante los estrados judiciales a quienes lavan dinero en sus países.¹⁸

El caso de Argentina

En América tenemos ejemplos palpables de como se han llevado a cabo medidas para combatir directamente el lavado de activos. Ejemplo de ello es Argentina, país donde se han desplegado una serie de modificaciones en los elementos de combate contra esta tipicidad y aquellas que son sustento de la misma, atendiendo siempre los factores de autodeterminación de los pueblos, y respeto a las diferencias, y guiados por la presidenta Cristina Fernández de Kishner.

Con ese fin es que la presidenta de la nación dictó el decreto núm. 1936 de 2010, que permite una nueva organización del sistema de prevención contra el blanqueo de capitales. Este decreto dispone que se le otorgue a la presidenta argentina la dirección a nivel nacional de todos los organismos estatales para el control y lucha contra el lavado; además determina que la Unidad de Información Financiera (UIF), sea la organización que represente a Argentina ante el Grupo Mundial de Trabajo Contra el Lavado de Dinero (GMT-CLD), así como ante Grupo de Acción Financiera de América del Sud (GAFISUD) y la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (LAVEX-CICAD-OEA).

Posteriormente, y siguiendo la política de incentivar todos los esfuerzos de lucha anti lavado es que se dispuso la Ley 26.683 de junio de 2011, modificativa del Código Penal, en la que se crea un título específico dedicado a los delitos contra el orden económico y financiero, y donde se ubicó directamente el blanqueo de capitales «sucios», lo que contribuye con nuevas medidas que posibilita adjudicar responsabilidad por estos supuestos a las personas jurídicas, y posibilita el decomiso de bienes como medida preventiva previa a una sentencia.

¹⁸ Recuperado el 26 de marzo de 2014, de www.gopacnetwork.org/Docs/GOPAC_AML_ActionGuide_ES.pdf

Asimismo, en una escala sin precedentes, se envió por parte del Ejecutivo, dos proyectos de modificación al Código Penal, que fueron subsecuentemente aprobados por el Legislativo en diciembre de 2011, en los que se trataron desde distintas aristas el financiamiento de actividades criminales y su encubrimiento ilícito, como fueron la Ley 26.734, que abarca el terrorismo y su financiamiento, además se modificó el título relativo a los delitos contra el orden económico a partir de la Ley 26.733, que se creó entre otros aspectos para incluir este nuevo tipo penal de lavado de activos, donde se regula todo lo que se relaciona con la manipulación del mercado y todas las actividades relativas al uso de las estructuras financieras para desarrollar sus actividades criminales y lucrar con las ganancias obtenidas de las mismas.

Por lo cual, para poder sustentar y dinamizar estas políticas macro en el orden penal, es que la misma presidencia de la República Argentina dictó el decreto núm. 1642 de 2011, a partir de la cual se crea el Programa Nacional de Monitoreo de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo que dirige directamente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encargándose de coordinar las tareas de todas las entidades involucradas en la prevención y el combate al lavado.

Se establecen de esta manera una serie de mecanismos que permiten la coordinación de actividades y estrategias de lucha antilavado que van a estar orientadas al cumplimiento de las directivas del programa, las cuales ilustramos a continuación y que son un ejemplo de cómo se pueden crear directivas bien diseñadas:

1. Coordinar a nivel nacional las actividades, planes y programas de evaluación y monitoreo de las estrategias de prevención y persecución del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.
2. Producir estudios, investigaciones y diagnósticos respecto de cuestiones críticas en la materia.
3. Realizar el seguimiento y programar los cursos de acción para evaluar y adecuar la implementación de las reformas legislativas antilavado de activos y financiamiento del terrorismo.
4. Promover ámbitos de trabajo y participación que permitan generar consensos, fijar metas y formular políticas en la materia de su competencia.

5. Convocar a los poderes del Estado, instituciones privadas y organizaciones de la sociedad civil que actúen en forma directa o indirecta en la temática. Prestar colaboración y apoyo técnico a los organismos responsables en la prevención, persecución y sanción del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.¹⁹

Análisis de un caso novedoso: Cuba

Previa a las recientes modificaciones que en el ámbito penal y administrativo se realizaron sobre esta figura delictiva tenemos que ver que la ley 87 de 1999, que modificó el actual Código Penal de 1987, incluye esta figura en su artículo 346.

Sobre la figura del lavado se suscita una cuestión interesante, ya que se hace alusión expresamente al crimen organizado en la constitución de la figura base, pero en ningún lugar del Código Penal se refiere qué significa esta terminología. Esto trae consecuencias adversas de índole procesal, ya que los operadores del derecho tienen que hacer una interpretación de *lege ferenda*.

Además de esto, se torna aún más complejo si tenemos en cuenta la proliferación de conceptos que afloran en la doctrina sobre la figura delictiva del crimen organizado, lo que puede llevar a una administración de justicia injusta. Ello se halla en estrecha relación con el principio de legalidad, que este caso adquiere gran elasticidad si tenemos en cuenta que uno de los elementos de su contenido es la taxatividad, es decir, que la ley debe ser clara, precisa y su regulación no se hace en este precepto con el crimen organizado.

Ahora bien, recientemente se han introducido determinadas modificaciones legales que tratan de crear una estructura que propicie un marco de protección adecuado en contra de esta práctica delictiva en estos momentos de profundas transformaciones económicas, en particular, en lo referente a la inversión extranjera y el esquema de financiamiento que tiene la nación en pro del sustento y desarrollo de Cuba.

¹⁹ Decreto núm. 1642 de 2011, Programa Nacional de Monitoreo de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo. Recuperado el 26 de marzo de 2014, de [www. Jus.gob.ar](http://www.Jus.gob.ar)

En diciembre de 2013, surge el decreto-ley 316 del Consejo del Estado de Cuba,²⁰ en el que se le hacen modificaciones al Código Penal de la República de Cuba de acuerdo a los compromisos de la nación con los internacionales, además de la potenciación de las finanzas nacionales, mediante la pronta introducción de nuevas disposiciones que permitirán potenciar las inversiones extranjeras, lo que por demás requiere de un marco penal que pueda dar respuesta a hechos delictivos que a la sombra de estas actividades legales se pudieran gestar.

Posteriormente, aparecen los decretos-ley 317 y 322 de 2014 de la misma instancia,²¹ donde se establecen los mecanismos que debe seguir el Estado cubano con vistas a combatir el lavado de activos, mediante la creación de estructuras de colaboración entre distintos organismos dentro del organigrama estatal y crear las jerarquías necesarias para la dirección oportuna y eficaz de los procesos de investigación, detección y combate de este tipo de actividades, con el objetivo de impedir, mediante la prevención y la represión, que se dañe la economía.

Y, finalmente, la resolución número uno del Ministerio del Interior,²² que estructura la forma en la que se lleva a cabo la participación del ministerio, quien tiene el mando dentro del territorio para asegurar la seguridad pública y es el encargado por excelencia de la lucha contra toda actividad delictiva, estableciendo los mecanismos pertinentes para que pueda colaborar, no solo con los organismos dentro de la administración central del estado, sino también con organizaciones internacionales, como INTERPOL.

Ahora bien, este nuevo escenario que, como toda obra humana, tiene en nuestra consideración aportes significativos y a la vez aspectos a mejorar, es preciso valorarlo, con vistas a propiciar vías que posibiliten un mejoramiento de los mecanismos, estructuras y formas de operar que permitan cumplir eficazmente con el combate al blanqueo de capitales.

Como aportes positivos de estas recientes modificaciones, encontramos que se tiene a nivel nacional la conciencia de que con la potenciación de la inversión

²⁰ Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, núm. 44, AÑO CXI <http://www.gacetaoficial.cu/>, Ministerio de Justicia, La Habana, Jueves 19 de Diciembre de 2013.

²¹ Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, núm. 8, AÑO CXII <http://www.gacetaoficial.cu/>, Ministerio de Justicia, La Habana, Jueves 23 de Enero de 2014.

²² Gaceta Oficial de La República de Cuba, Edición Extraordinaria, Número 10, AÑO CXII <http://www.gacetaoficial.cu/>, Ministerio de Justicia, La Habana, Jueves 7 de Febrero de 2014.

extranjera y el proceso de reformas económicas que vienen llevando la nación se eleva el riesgo de poder ser objetos de operaciones de blanqueo de capitales.

Además se ha estructurado un grupo multisectorial de entidades, que desde distintas funciones y disciplinas se encargaran de monitorear las distintas actividades donde pudiera desarrollarse este actuar delictivo. Empezando por el Banco Central de Cuba (BCC), que se erige como el organismo rector del combate contra esta manifestación delictiva, que actúa a través de la Dirección General de Investigación de Operaciones Financieras, que será la secretaria de ese comité, y que preside, a través del presidente del BCC, a los otros organismos que contribuyen a esta lucha, como son: la Fiscalía General de la República, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores (MINREX), el Ministerio del Interior (MININT), la Aduana General de la República, la Oficina Nacional de la Administración Tributaria (ONAT) y, de acuerdo al texto normativo, cualesquiera otra entidad o experto que se requieran para aportar elementos en contra de manifestaciones delictivas de esta naturaleza. Lo cual permitirá, de forma coordinada, un combate eficiente en contra de este actuar, que defienda los intereses de la república, en particular la economía nacional.

Cuando estudiamos las variaciones que se introdujeron en el Código Penal de la mano de este nuevo decreto ley 316, apreciamos que acertadamente se denominó como «lavado de activos», en vez de «lavado de dinero», pues de esta manera se incluye, como ocurre en la práctica, no solo este tipo de bienes, sino también pueden incluirse, otros bienes materiales, así como derechos, acciones y recursos o elementos parte de los anteriores que pueden ser objeto de ocultamiento de su origen o naturaleza.

También consideramos adecuado el tratamiento que se le ha dado a esta tipología de considerarlo como un delito de consumación anticipada, pues estimamos que esta tipología delictiva es sumamente peligrosa, al poner los mecanismos propicios para que se reproduzcan los actos delictivos que generan las ganancias requeridas de lavar; es decir, esta misma manifestación asegura la permanencia en el tiempo de los hechos típicos que le dan sustento al permitir precisamente su ocultamiento y su posterior inserción en la economía legal, por lo que requiere que cualquier acto en pro de cometer este tipo de ilícito sea perseguido directamente como si hubiese sido consumado.

No fue fácil hacer un listado amplio de figuras delictivas base, sobre la cual pudieran generarse los activos, teniendo en cuenta que se incluyen en la misma una variedad de comportamientos de menor a mayor relevancia en el orden lucrativo, capaces de generar ingresos suficientes e importantes que re-

quierieran ocultarse por parte del o los partícipes de esos hechos delictivos. Es necesario también destacarse que varias de estas figuras, compaginado con la experiencia internacional en la lucha contra este delito, no generan ganancias suficientes que dificulten la introducción de las ganancias ilícitas al mercado legal, como sí lo son, en nuestra consideración, los tipos delictivos de lesiones graves, homicidio, hurto, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas.

Con relación a este tema, siempre vale aclarar que no hay todavía un acuerdo en la doctrina y la praxis de cuáles deberían ser exactamente los ilícitos base y sobre los cuáles se debería erigir el lavado de capitales, pero en cierta medida, y atendiendo a los niveles de ganancia que requieren ocultarse por sus partícipes y la propia naturaleza del delito y el bien jurídico que es afectado por esta tipología delictiva, es que consideramos que deberían ser aquellos relacionados con el crimen organizado, dígase tráfico de drogas, personas y cualesquiera otra de las actividades propias de estas organizaciones criminales que sean de relevancia y generen ingresos importantes. También es necesario ubicar en esta categoría las actividades relacionadas con el terrorismo, que también requieren para su funcionamiento del ocultamiento de los ingresos o bienes de las organizaciones de esa naturaleza. Finalmente, también sería adecuado limitar estas regulaciones a los hechos delictivos contra la economía, pues representan un claro ataque directo de la estructura socioeconómica de las naciones.

También hacemos especial hincapié en que a pesar de lo novedoso de este tratamiento del lavado de activos, en la legislación penal cubana, no fue sistémica su redacción, ya que no solo consiste en realizar un listado de multiplicidad de delitos base, que en la práctica poco o nada tienen que ver con las operaciones de lavado de bienes o ganancias obtenidos de estos, sino que se hace referencia en esta tipicidad de tipos delictivos que no están determinados directamente en nuestra propia normativa penal, a saber los delitos relacionados y establecidos en normativas foráneas, como son los delitos ambientales y el tráfico de armas, cuando en nuestra ley en primer lugar no se les denomina como tal y su tratamiento es indirecto. Por lo tanto, caeríamos en uno de los riesgos de crear un derecho penal máximo, que solamente nos servirá como símbolo de protección, pero que realmente no tiene una incidencia práctica en la administración de justicia y, consecuentemente, en el combate a este tipo penal.

CONCLUSIONES

Finalmente, podemos decir que el lavado de activos se ha erigido como una figura novedosa que tiene elementos poco convencionales que requieren pocos métodos tradicionales y estilos de combate, para lo cual se requiere de un conocimiento profundo y detallado de esta tipicidad delictiva, que nos permita encontrar las vías adecuadas de combate contra el lavado de capitales «sucios». Por lo que podemos concluir lo siguiente:

El blanqueo de capitales tiene una larga data de manifestación, desde sus inicios incipientes con el desarrollo en la edad medieval del comercio y la imposición de controles a la actividad de mercaderes y usureros, pasando por una evolución en la era de las conquistas en América con el auge de la piratería y la lucha entre los Estados coloniales, hasta la época contemporánea en que el desarrollo de las tecnologías y el imperio de la globalización neoliberal permiten un desarrollo exponencial y acelerado de este tipo de actividades.

El lavado de activos es aquella tipicidad delictiva en la que el dinero, bienes, derechos, recursos y elementos de los mismos, de origen o naturaleza ilícita, son enmascarados para pasar a formar parte del flujo legal de la economía a niveles nacionales e internacionales.

El bien jurídico objeto de protección en el blanqueo de capitales es el adecuado estado de las relaciones financieras de la hacienda pública que contribuyen a un orden socioeconómico estable y fructífero.

Consideramos que el lavado de capitales «sucios» es un delito autónomo, que es independiente de la comisión de un delito base cualquiera que sea su naturaleza, aunque en caso de tener pruebas del primero, deberá expresamente llevarse por las reglas del concurso.

Que el ámbito de desarrollo del lavado de dinero es amplio y compuesto de una variedad compleja y poco convencional de formas de comisión, que involucra múltiples actores y entidades que posibilitan el movimiento de grandes cantidades de activos financieros que permiten la replicación de los delitos base y el sostenimiento de las organizaciones e individuos que cometen hechos delictivos que sostienen estas tipicidades.

Que para poder llevar consecuentemente una pesquisa eficiente y eficaz de manifestaciones de este tipo delictivo se impone la utilización de técnicas especiales y poco convencionales de investigación, como son la intervención de las comunicaciones, la entrega vigilada y la intervención de un agente en-

cubierto. Esto es debido a las características poco tradicionales que conlleva la ejecución del lavado de activos y siempre bajo la égida de principios necesarios e imprescindibles para llevar adelante el debido proceso.

Que a nivel internacional se ha fortalecido la lucha contra el lavado de capitales, tanto a nivel global como en áreas de nuestra región, como es el caso de Argentina, mediante la creación de estructuras o agrupaciones que se dedican desde sus esferas de influencia a la prevención, investigación y combate contra las prácticas de lavado, utilizando para ello las experiencias obtenidas y estableciendo estrategias y mecanismos que propicien la colaboración entre naciones que permita mantener a raya la comisión de esta tipicidad.

Que el caso analizado, Cuba, ha potenciado, a partir de las recientes y prontas modificaciones que fomentan en el marco de su desarrollo económico, la creación de mecanismos y entidades, la atribución de responsabilidades y novedosas regulaciones que, con sus aciertos y errores, contribuyen al combate de esta práctica delictiva que tanto daño ocasiona a la economía a niveles nacionales e internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons.
- Blanco, I. (1997). *El delito de capitales*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Cervini, R. (noviembre del 2007). «Abordaje metodológico de la delincuencia económica sofisticada», en conferencia dictada en el Curso de Especialización en Derecho Penal Económico de la Facultad de Derecho, Universidad Getulio Vargas de San Pablo, San Pablo, Brasil.
- Cesano, J. *Criminalidad económica y e internacionalización del derecho penal. Experiencias en La Unión Europea y en el Mercosur*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico,
- Cobo, M. y Antón, T.. (1984) *Derecho penal parte general*. Universidad de Valencia.
- David, P. (1999) «Globalización, prevención del delito y justicia penal». Buenos Aires: Zavalía.
- De la Cruz, R. (2004). *Crimen organizado, tráfico de drogas, lavado de dinero y terrorismo*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- D'Estéfano, M. (1998). *Fundamentos del derecho internacional público contemporáneo*. México.

- Gil, A. (1999). *Derecho penal internacional: Especial consideración del delito de genocidio*. Ed. Tecnos.
- González, B. (2005). «Análisis de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos y las repercusiones en cuanto a la función del Ministerio Público en la aplicación de medidas cautelares». (Tesis) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Quirós, R. (2002). *Manual de derecho penal*. La Habana:Félix Varela.
- Ramos, G. (1983). *Derecho penal general*. Ed. Ciencias Sociales.
- Swinarski, C. (1984). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Ginebra: San José de Costa Rica.
- Vervaele, J. (10 de mayo de 2010). «Blanqueo de capitales y cooperación internacional en los delitos económicos», conferencia presentada en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

VII. Consideraciones sobre los obstáculos en la lucha contra las operaciones con recursos de procedencia ilícita

AUREA ESTHER GRIJALVA ETERNOD¹

INTRODUCCIÓN

La realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita, también denominada lavado de dinero, legitimación de recursos, blanqueo de capitales, reciclaje de activos, etcétera, es una conducta difícil de definir con precisión dado que su conceptualización varía a través del tiempo y es diferente en las diversas legislaciones en el mundo. Quizá una de las definiciones más completas para poder entender a qué se refiere este fenómeno es la proporcionada en la propia página electrónica de la Procuraduría General de la República (PGR):

El lavado de dinero es un fenómeno antisocial de carácter criminal, generalmente con implicaciones internacionales, donde regularmente participa la delincuencia organizada y cuyo proceso consiste en ocultar, disfrazar o encubrir el origen ilícito de las ganancias derivadas de la comisión de actividades ilícitas, a fin de darles una apariencia de legitimidad.²

Otra definición muy completa es la proporcionada desde la doctrina por Núñez Camacho:

¹ Doctora en criminología por la Universidad de Castilla La Mancha y especialista en derecho penal por la Universidad Nacional Autónoma de México.

² Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.pgr.gob.mx/combate%20a%20la%20delincuencia/delitos%20federales/delincuencia%20organizada/Operaciones%20con%20recursos%20de%20procedencia%20ilicita.asp>

el lavado de dinero es el proceso utilizado para ocultar y disfrazar, mediante diversos mecanismos, el origen del producto de actividades ilícitas a fin de darles una apariencia de legitimidad, es decir, la realización de todo tipo de operaciones para disimular la procedencia delictiva de dinero, bienes y derechos, a fin de invertirlos impunemente en los circuitos financieros o económicos lícitos, y cuyas ganancias generalmente se destinan para alentar actividades ilícitas.³

Pero la razón por la que este tipo de prácticas se denomine internacionalmente como «lavado de dinero» obedece a que las mismas se han relacionado con las prácticas usadas por Al Capone, quien, literalmente, utilizaba lavanderías para disfrazar las ganancias provenientes de la producción y contrabando de alcohol ilegal durante la prohibición de esta sustancia en los EE.UU.⁴ Aunque también se ha dicho que esta denominación deriva de la inversión de las ganancias de la venta de heroína de origen colombiano en una cadena de lavanderías para encubrir su procedencia ilícita.⁵

Independientemente del origen de su denominación, la realidad es que esta conducta no es nueva;⁶ es decir, siempre en la sociedad se han suscitado conductas ilícitas que generan ganancias económicas y beneficios para una persona o un grupo de personas, y siempre ha existido la necesidad de utilizar estas ganancias de una manera libre y dentro de la economía formal, ocultando la procedencia real de dichos ingresos. Sin embargo, por mucho tiempo, el realizar operaciones con recursos de procedencia ilícita no se consideró una conducta tan relevante como para ser merecedora de sanciones penales y, por lo tanto, no era incluida en las legislaciones penales de los diversos países. En realidad, no fue sino hasta tiempos relativamente recientes que los Estados se han encargado de combatir esta conducta, mediante la elaboración de estrategias, tanto nacionales como internacionales, para intentar prevenirla.

En el ámbito internacional, la lucha contra estas operaciones, comienza aproximadamente en los años ochenta cuando, principalmente, EE.UU. y Reino Unido plantean un ataque frontal contra las operaciones del narcotrá-

³ Núñez, M. (2008). *El fenómeno del lavado de dinero en México. Efectos y propuestas para reforzar su combate*. México: Porrúa, p. 7.

⁴ Unger, B. (2013). «Can Money Laundering Decrease», en *Public Finance Review*, 41 (5): 658-676.

⁵ Núñez, M. *op. cit.*

⁶ Nando, V. (1997). *El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico*. México: Trillas.

fico mediante el combate de las ganancias de esta actividad.⁷ Esta intención quedó plasmada en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, realizada en Viena el 20 de diciembre de 1988,⁸ conocida también como la Convención de Viena, en la que las partes declaraban lo siguiente:

estar conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles

Por lo tanto, era necesario de «privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad».⁹ En consecuencia, con la firma y ratificación de este instrumento, los Estados firmantes se obligaban a tipificar el delito de lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas en sus legislaciones.

Por ello, en un principio, el lavado de dinero al estar vinculado únicamente con este tipo de operaciones, solo se podía proceder penalmente en contra de los recursos que derivaban de la producción y venta de narcóticos, pero no cuando provenían de otro tipo de actividades ilícitas. Sin embargo, con el paso del tiempo y con la globalización de los mercados, las operaciones con recursos de procedencia ilícita se fueron convirtiendo en una actividad transnacional y en uno de los problemas más importantes de las políticas públicas contra la criminalidad organizada a nivel nacional e internacional. De hecho, se fue suscitando una gran infiltración del producto de actividades ilícitas en los sistemas económicos, comerciales y financieros de

⁷ Unger, *op. cit.*

⁸ Este instrumento fue firmado por México el 16 de febrero de 1989, su ratificación quedó depositada ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas el 11 de abril de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de septiembre de 1990.

⁹ Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://www.tsjyuc.gob.mx/publicaciones/Convencionalidad/Archivos/Penal_Mundial/36_ConvencionNacionesUnidasTráficoIlícitoEstupefacientesSustanciasSicotropicas.pdf

las principales naciones industrializadas, y ello puso en riesgo la estabilidad de los gobiernos.¹⁰

Por este motivo, como una consecuencia lógica, la conceptualización de la conducta de lavado de dinero se fue ampliando y vinculando a otras conductas ilícitas diferentes al narcotráfico. En concreto, a partir de los sucesos del 11-S en EE. UU. y del 11-M en España, las medidas implementadas se fueron ampliando y endureciendo debido a que la financiación de actividades terroristas se volvió parte de la definición de lavado de dinero, por ello, se ha llegado a decir que la conducta de lavado de dinero se ha expandido de Al Capone a Al Qaeda.¹¹ Y con ello, se ha generado una vigilancia financiera acompañada de un cambio regulatorio basado en una perspectiva del cumplimiento de la ley hasta otro basado principalmente en el riesgo.¹²

En nuestro país, en virtud de los compromisos internacionales adquiridos con la firma y ratificación de la Convención de Viena, anteriormente referida, el lavado de dinero se incluyó en los ordenamientos jurídicos como una conducta provista de una sanción penal. En primer término, en 1990, el lavado de dinero se incluyó en el Código Fiscal de la Federación como un delito fiscal innominado que, en términos generales, sancionaba con penas de tres a nueve años de prisión:

a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita, realice una operación financiera, compra, venta, garantía, depósito, transferencia, cambio de moneda o, en general, cualquier enajenación o adquisición que tenga por objeto del dinero o los bienes antes citados, con el propósito de evadir, de cualquier manera, el pago de créditos fiscales, ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate, alentar alguna actividad ilícita; transporte, transmita o transfiera la suma de dinero o bienes mencionados, desde algún lugar a otro del país, desde México al extranjero o del extranjero a México.

¹⁰ García, R. "La determinación del delito precedente en el lavado de dinero", en *INACIPE Digital*. <http://digital.inacipe.gob.mx/post/18009659657/la-determinacion-del-delito-precedente-en-el-lavado-de>

¹¹ Unger, *op. cit.*

¹² Amicelle, Anthony, "Towards a 'new' political anatomy of financial surveillance", en *Security Dialogue*, 42 (2), 2011, pp. 161-178.

Este numeral estuvo vigente en la legislación mexicana hasta 1996, pero posteriormente bajo los principios de solidaridad y cooperación internacional y con la intención de dar cumplimiento cabal a la Convención de Viena de 1988 (en su artículo 3, apartado 10), se consideró que en realidad esta conducta no era lesiva únicamente del interés fiscal del Estado, sino que la misma también lesionaba otros bienes jurídicamente tutelados, como salud pública, vida, integridad física y patrimonio, seguridad de la nación, estabilidad y sano desarrollo de la economía nacional, así como la preservación de los derechos humanos y seguridad pública.

Por lo anterior, el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación quedó derogado y en 1996 entraron en vigor las reformas por las que se adicionó el artículo 400-bis al Código Penal Federal. En este artículo se contemplaba el lavado de dinero bajo el nombre de «operaciones con recursos de procedencia ilícita», con lo cual, esta conducta dejó de ser considerada como un delito especial y pasó a formar parte del Código Penal Federal, rigiéndose, por lo tanto, por todas las reglas generales establecidas en dicho ordenamiento para los delitos comunes.

Asimismo, en un intento de proteger más eficazmente el sistema financiero y la economía nacional, pero también con la idea de promover la coordinación institucional, el 17 de octubre de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, con lo cual se da cumplimiento a algunas de las recomendaciones emitidas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) del que México es miembro activo.¹³

Como puede observarse, han existido grandes intentos por combatir este fenómeno, pero a pesar de los avances que han existido, tanto a nivel internacional como a nivel local, desafortunadamente las medidas no han sido del todo exitosas. De hecho, puede afirmarse que en el mundo las operaciones con recursos de procedencia ilícita van en aumento y no en dismi-

¹³ El Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) es un grupo de trabajo intergubernamental creado por el Grupo de los Siete (G-7), conformado en 1989 y el cual ha emitido recomendaciones que han tenido una mayor influencia en los esfuerzos preventivos y punitivos frente al lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo en el mundo. México es miembro de pleno derecho de este organismo desde 2000.

nución¹⁴. En efecto, a pesar de la gran dificultad que existe para conocer la extensión real del lavado de dinero, algunos estiman que a la criminalidad organizada (una de las principales actividades generadoras de lavado de dinero) se le puede atribuir del 15 % al 20 % de la actividad económica global, y hasta el 50 % del PIB en países en vías de desarrollo y en procesos de transición.¹⁵

En nuestro país, se estima que el monto de las operaciones con recursos de procedencia ilícita asciende a casi 10 mil millones de dólares al año, lo que representa, aproximadamente, el 3,6 % del PIB.¹⁶ Sin embargo, se han realizado otras estimaciones menos optimistas, como la de la consultora en seguridad Stratfor, la cual estima que cada año en México la cantidad de dinero que se lava asciende a entre 19,000 y 39,000 millones de dólares y que dichas ganancias derivan de la delincuencia organizada y provienen, en su mayoría, de EE. UU.¹⁷

De cualquier forma, es evidente que las estrategias diseñadas hasta ahora no han sido suficientes y, en cambio, sí han sido generadoras de una vigilancia extrema basada en el riesgo, que ha dado primacía la seguridad sobre la libertad. Por ello, muy posiblemente la discusión sobre el análisis y la lucha contra este fenómeno debe ser renovada y el enfoque utilizado debe ampliarse, delimitando los principales obstáculos que favorecen que dichas medidas no sean del todo efectivas.

Bajo esta perspectiva, el propósito del presente capítulo es realizar una aproximación a los obstáculos tanto jurídicos como sociales y estructurales que pueden impedir que estas estrategias sean efectivas. Todo ello, con la intención de generar nuevas líneas de investigación, sobre todo a nivel empírico, pero también para originar nuevas ideas en relación con las estrategias en la lucha contra el lavado de dinero.

¹⁴ Unger, *op. cit.*

¹⁵ Hall, T. (2012). «Geographies of the illicit: Globalization and organized crime». *Progress in Human Geography*, 37 (3):. 366-385; Dijk, J. (2007). «Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies». *Trends in Organized Crime*, 10. 39-56.

¹⁶ Gamboa, C. y Valdés, S. (2013). *Lavado de dinero. Estudio teórico conceptual, derecho comparado, tratados internacionales y de la nueva ley en la materia en México, SAPI-ISS-01-13*. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados: México.

¹⁷ Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/07/130717_mexico_negocio_lavado_de_dinero_ley_an.shtml

PROBLEMAS JURÍDICOS

Si bien es cierto que la principal motivación para realizar las reformas legislativas en las que se incluyó la conducta del lavado de dinero como una hipótesis prevista de una sanción penal en nuestro país, fue simplemente dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos, no obstante, es una realidad que a partir de esta decisión han existido verdaderos aciertos y avances en la lucha contra este fenómeno.

En este sentido, se puede decir que incluir la conducta como un tipo penal común dentro del catálogo de delitos del Código Penal Federal fue un gran acierto. Efectivamente, la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita es una conducta que no solo afecta a las instituciones financieras, sino que los bienes jurídicos que lesiona son mayores. De hecho, en la literatura se ha identificado que su presencia atenta contra el patrimonio, la estabilidad de las naciones, la seguridad pública y la administración de justicia,¹⁸ además de permear en la cultura de la sociedad una manera fácil y pronta de hacerse de riquezas de todo tipo,¹⁹ sin embargo, lo más grave que proporciona nuevos recursos para las actividades delictivas, genera un aumento de la inflación, empobrece a los Estados, desestabiliza las tasas de interés, etcétera, e incluso ha sido relacionado con algunas crisis económicas nacionales.²⁰

Sin embargo, también existen algunos aspectos jurídicos que la propia literatura identifica como serias dificultades al implementar las estrategias contra el lavado de dinero. Los principales se describen a continuación.

Diversidad conceptual y legislativa

El lavado de dinero también es denominado en las diferentes legislaciones como legitimación de capitales, operaciones con recursos de procedencia ilícita, blanqueo de activos o de capitales, reciclaje de activos, etcétera. Esta ausencia de homogeneidad en el derecho comparado, que puede resultar aparentemente banal, no lo es si se tiene en cuenta que la diversidad legislativa ha sido

¹⁸ García Gibson, *op. cit.*

¹⁹ Gamboa y Valdés, *op. cit.*

²⁰ Hall, *op. cit.*

identificada por muchos como uno de los principales obstáculos en la lucha que se realiza a escala internacional.²¹

El problema es que la diversidad en las legislaciones no solo es nominal, sino que también existen grandes diferencias en relación con la penalidad prevista, con la necesidad o no de que exista una vinculación a un delito precedente específico, con la exigencia de que exista sentencia respecto de ese delito precedente, etcétera.

En definitiva, mientras para las diversas legislaciones y estrategias la globalización representa un problema, para los lavadores de dinero, dada la propia naturaleza internacional de este fenómeno,²² su proceso se ha visto favorecido, no solo porque una o más de sus etapas pueden realizarse dentro y fuera del territorio de los países,²³ sino también porque para la criminalidad las barreras internacionales se han ido disminuyendo a partir de las nuevas tecnologías, la existencia de paraísos fiscales, etcétera.²⁴

Delito precedente

Aunado a la diversidad conceptual y legislativa del lavado de dinero, se encuentra el hecho de que, desde el punto de vista penal, una condición para que se configure la hipótesis jurídica del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita es la acreditación del delito precedente, es decir, de la conducta ilícita o la ofensa criminal concreta que dio origen a las ganancias y que hizo necesario el lavar el dinero.²⁵

Por un lado, en ciertas legislaciones, como por ejemplo en EE.UU., Alemania, Canadá, Italia y Grecia, el tipo penal de lavado de dinero exige como condición que existan elementos o indicios en relación con delitos precedentes específicos previstos en un listado concreto; y en otras legislaciones, como las de Suiza y Austria, se requiere que el delito precedente sea considerado grave y

²¹ Unger, *op. cit.*

²² Rodríguez Huertas, Olivo. (2005) «Lavado de Activos. Generalidades», en *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, Santo Domingo:Usaid.

²³ García Gibson, *op. cit.*

²⁴ Unger, *op. cit.*

²⁵ *Ídem.*

sancionado con una pena determinada.²⁶ Lo anterior, evidentemente, limita la acreditación del lavado de dinero, pues existen muchas conductas ilícitas que pueden dar lugar a esta conducta.

En nuestra legislación, uno de los aciertos fue el hecho de tipificar esta conducta como una figura independiente y autónoma. En este sentido, se ha intentado dar cumplimiento a las recomendaciones del GAFI en las que se ha establecido que el delito de lavado de dinero debe ser independiente del tipo penal precedente, pues, no solo el tráfico de esupecíficos, sino que son muchas las conductas que pueden preceder a la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Por ello, es muy adecuado, que a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones de otras partes del mundo, el artículo 400-bis del Código Penal Federal no limite el delito precedente a solo ciertas figuras, como el narcotráfico o el terrorismo, sino que lo deje abierto a cualquier conducta ilícita. En efecto, el párrafo sexto de dicho número establece que se entiende que existe una conducta ilícita «cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito», sin exigir la existencia de un delito concreto.

En México, en realidad, el artículo en cuestión ni siquiera exige el hecho de que exista una investigación en curso en la que se haya acreditado el cuerpo del delito precedente. Lo anterior se desprende del propio numeral citado, pero también encuentra sustento en la siguiente tesis jurisprudencial:

OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO. Para que se acredite la corporeidad del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, párrafo primero, del Código Penal Federal, no es imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso, porque de conformidad con el párrafo sexto del mismo artículo, basta que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y que existan indicios fundados de la dudosa procedencia de los mismos para colegir la ilicitud de su origen; de otra

²⁶ Nassar, José Luis. *Lavado de dinero. Algunas consideraciones en relación al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*. Recuperado el 25 de marzo de 2014, de <http://www.losabogados.mx/?page=lavado-de-dinero-algunas-consideraciones-en-relacion-al-delito-de-operaciones-con-recursos-de-procedencia-ilicita>

manera, la intención del legislador de reprimir tales conductas se anularía ante la necesidad de demostrar plenamente el ilícito que dio origen a esos recursos.²⁷

Sin embargo, el tipo penal sí requiere de un elemento de tipo normativo, que necesita una valoración del juzgador, consistente en la existencia de indicios fundados o la certeza de que los recursos provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia, tal y como se ha sostenido en la tesis:

OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. PARA SU CONFIGURACIÓN SE REQUIERE LA COMPROBACIÓN, ENTRE OTROS, DE UN ELEMENTO NORMATIVO. El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto y sancionado por el artículo 400 bis del Código Penal Federal, requiere para su integración que se demuestre en autos, entre otras cuestiones, que los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, provienen efectivamente de actividades ilícitas, si se toma en cuenta que dicha circunstancia es un elemento normativo de dicho injusto, de conformidad con lo previsto en el penúltimo párrafo del citado artículo 400 bis, el cual dispone: «Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia». Lo anterior es así si se considera que el elemento normativo se define como aquellas situaciones o conceptos complementarios impuestos en los tipos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica, cultural o social. De ahí que en el caso se estime el concepto aludido como un elemento normativo por definirlo así el propio tipo penal.²⁸

A pesar de lo anterior, es decir, del hecho de que el tipo penal del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no exija una sentencia por el delito precedente, ni la existencia de un delito en específico, es un hecho que

²⁷ [Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XII, septiembre de 2000, p. 629, tesis I.20.P. J/13, jurisprudencia (penal)].

²⁸ [Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XII, septiembre de 2000, p. 779, tesis: V.20.35 P, tesis aislada (penal)].

las investigaciones se suelen centrar en delitos como el narcotráfico y la criminalidad organizada, dejando de lado otro tipo de conductas que pueden dar lugar a operaciones con recursos de procedencia ilícita. Por ello, es necesario que se amplíe la visión investigadora y se atienda a otras conductas precedentes posibles, como puede ser corrupción, secuestro, fraude, etcétera.

Autor del delito precedente y autor del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita

Por lo general, en los distintos tratados internacionales no se suele establecer de manera expresa si la hipótesis del tipo penal que prevé el delito de lavado de dinero puede aplicarse al sujeto activo del delito precedente. De manera excepcional, en el Convenio del Consejo de Europa, también conocido como Convenio de Estrasburgo relativo al dinero, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, conocido también como Convenio de Estrasburgo, se establece que:

Artículo 6. Delitos de blanqueo...

2. A los fines de la puesta en práctica o aplicación del apartado 1 del presente artículo.

b. podrá disponerse que los delitos a que se refiere aquel apartado no sean de aplicación a las personas que cometieron el delito base.

En las legislaciones internas se han adoptado diversas soluciones para dar respuesta a esta laguna jurídica: crear tipos especiales que exijan una calidad especial del sujeto activo (normalmente que no sea el autor del delito precedente o que se trate de un sujeto distinto), el permitir que la conducta delictiva se presente solo cuando no exista concurso de delitos, o bien, no requerir ninguna característica especial del sujeto activo.²⁹

En nuestro país, la legislación ha optado por esta última solución, y en el tipo penal no se requiere alguna calidad específica del sujeto activo; sin embargo, la redacción de este artículo da lugar a diversas interpretaciones y posturas, tanto en la doctrina como en la aplicación de la norma.

²⁹ *Ídem.*

Algunos expertos sostienen que se debe excluir al autor o partícipe en el delito precedente del delito de lavado de dinero. Las razones por considerarlo así son diversas en la doctrina.³⁰ En este sentido, se ha considerado que el no hacerlo sería una violación del principio *non bis in idem*, toda vez que existe una unidad de acción entre la conducta que dio lugar al delito precedente y la que dio lugar al blanqueo de los activos. También se ha dicho que se debe excluir su autoría en razón del criterio de la no exigibilidad de otra conducta diversa, pues se considera que el ocultar el origen de los bienes obedece a la necesidad de realizar acciones para no verse perseguido por la justicia. Otros consideran que al ser el lavado de dinero un tipo especial de encubrimiento, se rige por las mismas normas que este último y que, por lo tanto, el autor no puede ser el mismo que el delito principal.

Sin embargo, otros consideran que el hecho de que sea imposible declarar al propietario del dinero como autor de un delito de operaciones con recurso de procedencia ilícita reduce la habilidad para luchar contra este fenómeno, pues este beneficio no solo se reduce al autor, sino que se extiende al ejecutor y al cómplice del delito principal. Asimismo, se ha considerado que en realidad, el lavado de dinero constituye una nueva conducta que debe sancionarse, ya que es lesiva de bienes jurídicos diferentes que los que se lesionan con el delito principal y, por ello, debe ser valorado como un hecho posterior.³¹

En definitiva, este punto es polémico y no tiene una solución sencilla, por lo tanto es necesario estudiar con profundidad los casos concretos para determinar si existe alguna causa de exclusión de la culpabilidad, un concurso ideal o un concurso aparente de leyes, etcétera. Pero también es conveniente que esta situación fuera aclarada en la propia legislación en un apartado concreto.

Elemento subjetivo diverso del dolo

En nuestra legislación, al igual que en la de la mayoría de los países que sancionan el lavado de dinero, el tipo penal exige un elemento subjetivo diverso

³⁰ Pinto, R. y Chevalier, O. *El delito de lavado de activos como delito autónomo*. Comisión Interamericana para el Control y del Abuso de Drogas (cicad). Recuperado el 20 de marzo de 2013, de <http://new.pensamientopenal.com.ar/16032011/dnco1.pdf>

³¹ *Ídem*.

del dolo, en concreto, se exige que el sujeto activo tenga conocimiento de que los recursos con los que ha realizado operaciones, proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Este elemento es especialmente difícil de acreditar, y por ello, se ha revisado que sería adecuado plantear la existencia de un nivel de culpa o negligencia en la conducta de operaciones con recursos de procedencia ilícita. De hecho, el GAFI, como resultado de la primera evaluación que se realizó a México en el 2000, señaló que se podría estudiar y considerar la posibilidad de introducir en la legislación un delito menor de lavado de dinero basado en la negligencia. Incluso, desde la doctrina ya se ha señalado que sería prudente proponer un delito de comisión por omisión en el caso del delito de lavado de dinero, puesto que existen personas que por razón de su profesión, empleo, cargo o comisión, tienen el deber de tomar las medidas indispensables para cerciorarse de la procedencia legítima de los recursos, bienes o derechos.³²

Responsabilidad penal de las personas morales

De acuerdo a la literatura, las empresas fantasmas pueden ser una de las principales formas para enmascarar las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La posibilidad de establecer responsabilidad penal a las personas morales es uno de los puntos que más controversia causa en la comunidad jurídica. No existe consenso al respecto, de hecho, se dice que existen dos extremos doctrinales:³³ en el primero se encuentran los países cuyos sistemas doctrinales se basan en los principios del derecho continental europeo y en el principio *societas delinquere non potest*, en los que no es admisible la punibilidad de personas morales o jurídicas, y solo hay posibilidad aplicarles sanciones administrativas o civiles; y, en el otro extremo, se encuentran los países en los que se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta postura predomina fundamentalmente en el derecho anglosajón.

Si bien, este trabajo no tiene el objetivo de profundizar sobre las razones jurídicas, sociales y filosóficas por las que se debe permitir o no el establecimiento de responsabilidad penal en el caso de las personas morales. Sin embargo, es

³² Núñez, *op. cit.*

³³ *Idem.*

un hecho que la globalización de los mercados y la complejidad de las nuevas empresas transnacionales se han convertido en un facilitador de la corrupción y la infiltración de la delincuencia en las organizaciones.³⁴

Por lo anterior, es conveniente profundizar sobre la delimitación y vigilancia no solo en la creación de empresas, sino también analizar la posibilidad de establecer un doble sistema de imputación en el que, por un lado, se mantenga la responsabilidad individual de las personas físicas que se aprovechen de la cobertura de la persona jurídica para realizar delitos y, por el otro, se diseñe un sistema de imputación equivalente para las personas jurídicas aplicable solo cuando se presente un delito propio de la persona moral, es decir, cuando se produzca un daño social evitable y que sea imputable a toda la organización.³⁵

El papel de las instituciones financieras

Históricamente, la lucha contra el lavado de dinero ha reflejado una conjunción de intereses entre profesionales de la seguridad (ministros del interior, departamentos policiales, servicios de inteligencia) y profesionales de las finanzas (ministros financieros, supervisores bancarios, instituciones financieras).³⁶

Luchar en contra del lavado de dinero no es solo un asunto de combatir la conducta criminal en sí misma, sino además se busca en realidad es preservar la integridad de las instituciones financieras y de todo el sistema financiero.³⁷ Por ello, las instituciones financieras también deben estar interesadas en el diseño de medidas efectivas y contar con una buena coordinación con los demás cuerpos encargados de atacar este fenómeno.

Por otro lado, puesto que el delito de lavado de dinero no cuenta con víctimas directas, es un delito muy poco reportado a las autoridades, esto entorpece su persecución.³⁸ Aunado a lo anterior, este delito es mucho más difícil su detección que en la criminalidad tradicional, dado que la naturaleza de las operaciones con recursos de procedencia ilícita es el ocultamiento de su origen

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ Amicelle, A., *op. cit.*

³⁷ *Ídem.*

³⁸ Ping, H. (2006). «Is Money Laundering True Problem in China», en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 50 (1): 101-116.

a través de su mezcla en actividades lícitas, lo cual se hace con una alta secrecía y un alto profesionalismo³⁹ y debido, a que por lo general, se comete por personas de estatus social alto que aprovechan las actividades profesionales que desempeñan habitualmente, el prestigio que les da su posición y los conocimientos técnicos que derivan de la misma.⁴⁰

En la literatura se han identificado tres etapas o fases en el lavado de dinero cuando se realiza exitosamente:⁴¹

1. Etapa de colocación, introducción o prelavado: en esta fase el principal objetivo es colocar el dinero en una institución financiera. Esto normalmente se realiza a través de pequeños depósitos bancarios y la compra de órdenes, con el fin de pasar inadvertido ante las instituciones financieras.
2. Etapa transformación, estratificación, intercalación, ensombrecimiento o distribución: en esta segunda fase el objetivo es encubrir el origen ilícito. Lo que se suele hacer es complicar el monitoreo de las transacciones y disfrazar la fuente del dinero sucio, normalmente se utilizan bajas denominaciones para formar capas.
3. Etapa de integración, inversión o reconversión: en esta última fase ya se ha logrado integrar el dinero en la economía legítima y entonces se puede hacer uso de él de manera libre y seguro.

Evidentemente, es en la primera etapa donde más se puede actuar, pues en la fase de integración hay muy pocas posibilidades de poder distinguir el lavado de dinero de las ganancias legítimas,⁴² sobre las que las instituciones financieras tienen un papel fundamental, de ahí la necesidad de que se involucren ampliamente en la lucha contra el lavado de dinero.

Asimismo, los que cometen el lavado de dinero, normalmente, tienen un perfil profesional y niveles de conocimientos altos, con un gran talento no solo para cometer las operaciones con recursos de procedencia ilícita, sino también

³⁹ *Ídem*. Véase también Hall, *op. cit.*

⁴⁰ Nando, *op. cit.*

⁴¹ Anaya, J., Trejo, R. y Fernández, R. (2008). «Políticas contra el lavado de dinero aplicables a instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto limitado», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41: 121: 13-43. Véase también Rodríguez Huertas, *op. cit.*, Núñez Camacho, *op. cit.*; Ping, *op. cit.* y Nando, *op. cit.*

⁴² Ping, *op. cit.*

para encubrirlas, y el sector financiero es un sector altamente vulnerable para el reclutamiento por parte de las organizaciones criminales y los lavadores de dinero.⁴³ En este sentido, como bien ha recomendado el GAFI, se necesita una amplia coordinación entre instituciones bancarias, autoridades fiscales y financieras y autoridades penales que se encargan de la investigación.

ESTRUCTURAS SOCIALES

Hasta aquí se han revisado algunos aspectos jurídicos que obstaculizan la lucha contra el lavado de dinero; sin embargo, las estrategias jurídicas no son ni pueden plantearse como las únicas herramientas contra este fenómeno.

El lavado de dinero es un fenómeno económico pero sobre todo social. Su origen está determinado por una serie de situaciones ilícitas que, a su vez, se gestan en el desorden y la descomposición de la sociedad, y surge y se mantiene a través de ciertas estructuras y circunstancias que se presentan en un contexto político y social y, por ende, tiene como fuentes otros fenómenos sociales que lo alimentan y lo fortalecen.⁴⁴

En consecuencia, las estrategias para combatirlo no solo deben ser directas, sino que es necesario ampliar el enfoque y tener en cuenta el contexto en el que se presenta este fenómeno para plantear, además, métodos «indirectos» en la lucha contra el mismo, los cuales tengan como consecuencia natural, la disminución del lavado de dinero en nuestro país. Algunos de los principales aspectos sociales se revisan a continuación.

Un contexto favorecedor

Como se ha venido señalando, las operaciones con recursos de procedencia ilícita no solo derivan del narcotráfico, sino que son múltiples las conductas ilícitas que pueden derivar en lavado de dinero. Sin embargo, es un hecho que este tipo de operaciones, son el brazo derecho del crimen organizado, pues los grupos criminales dependen de esta actividad delictiva⁴⁵, y estos, a su

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ Nando, *op. cit.*

⁴⁵ *Ídem.* Véase también Hall, *op. cit.*

vez, necesitan un ambiente propicio para instalarse en una sociedad y sobre todo para mantenerse en la misma.

En efecto, existen estructuras económicas, sociales y culturales, tales como las economías informales, las zonas conflictivas, el terrorismo, la ausencia de seguridad, los altos niveles de corrupción, los controles monopólicos, la violencia geopolítica, la conducta de desviación dentro del gobierno,⁴⁶ las cuales son favorecedoras de la existencia del crimen organizado y, por ende, del lavado de dinero. Pero además, los grupos criminales organizados pueden jugar como agentes próximos de gobernanza, que se extienden a los ámbitos informales, especialmente, en aquellas áreas a las que a los Estados se les dificulta controlar, como las fronteras, las prisiones y el bajo mundo.⁴⁷ Incluso, se ha dicho que las operaciones con recursos de procedencia ilícita pueden constituir una alternativa de ingreso de capitales y de inyección económica en los países subdesarrollados.⁴⁸

Asimismo, no hay que olvidar que existen sectores dentro de la economía lícita que resultan beneficiados por el narcotráfico, la criminalidad organizada y el lavado de dinero. Por ejemplo, el sector industrial puede resultar beneficiado indirectamente, pues el flujo monetario contribuye a la mayor demanda de bienes producidos y el aumento de los precios de bienes raíces.⁴⁹ De hecho, la investigación actual relacionada con los delitos de «cuello blanco» está cada vez más preocupada por la relación entre las actividades económicas legales, semi-legales e ilegales.⁵⁰

México cuenta con prácticamente todos los fenómenos antes mencionados, y muchos de ellos en un nivel extremo. Estos problemas sociales son favorecedores de la criminalidad organizada y del lavado de dinero y ello se agrava con la ausencia de gobernabilidad que existe en el territorio. Por ello, es de esperar que, mientras esta situación perdure, nuestro país seguirá siendo un terreno fértil para la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ Rodríguez, *op. cit.*

⁴⁹ Nando, *op. cit.*

⁵⁰ Nelken, D. (2007). «White-Collar and Corporate Crime», en *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press: UK, pp. 733-770.

Corrupción

En México, la corrupción es un problema sistémico y con un largo arraigo.⁵¹ El Índice de Percepción de Corrupción (IPC) del 2012, elaborado por TI, otorgó a México una calificación de 34, ubicándose así en la posición 105 de 176 países calificados. Asimismo, de acuerdo al Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno (INCBG), realizado por TMX, en el 2010 se presentaron en el país, aproximadamente, doscientos millones de actos de corrupción en el uso de servicios públicos, los cuales implicaron un costo de treinta y dos mil millones de pesos para los hogares mexicanos, y un equivalente al 14 % de los ingresos familiares (se evidenció un impacto aún mayor en los hogares con ingresos que rondan el salario mínimo para los que representó un 33 % de su ingreso).

Pero además, en nuestro contexto existe un gran entremezcla entre delincuencia organizada y Estado. En las etapas de influencia desde la delincuencia organizada al Estado, se puede decir que en nuestro país hemos llegado al quinto nivel de infiltración, pues existen actos de soborno de manera continua y periódica, por lo que se ha comprometido a las agencias gubernamentales en todos los niveles, y una evidente infiltración política. Pero también hay una influencia en el sentido contrario, desde el Estado hacia la delincuencia organizada, que ha culminado en un amafiamiento del Estado y, como ya se ha señalado, cuando la delincuencia organizada se vincula con la corrupción a los altos niveles, representa una amenaza latente para la estabilidad política y social, ya que atenta contra la legitimidad y legalidad del Estado amenaza que se extiende a la seguridad nacional.⁵²

En gran medida, las operaciones con recursos de procedencia ilícita no disminuyen porque las prácticas corruptas no lo hacen.⁵³ La corrupción se ha llegado a relacionar hasta tal punto con las operaciones con recursos de procedencia ilícita que se han llegado a considerar gemelos y parte del mismo problema.⁵⁴

⁵¹ Morris, S. y Klesner, J. (2010). «Corruption and Trust: Theoretical Considerations and Evidence from Mexico», en *Comparative Political Studies*, 43 (10): 1258-1285.

⁵² Buscaglia, E.; González, S. y Prieto, C. (2006). «Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate», en *Terrorismo y Delincuencia Organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM.

⁵³ Unger, *op. cit.* Véase también Núñez, *op. cit.*

⁵⁴ Ping, *op. cit.*

Evidentemente, la corrupción es uno de los principales obstáculos para terminar con el lavado de dinero, especialmente, si se tiene en cuenta que los vínculos entre la delincuencia organizada y la corrupción son cada vez más fuertes y más sofisticados y que la corrupción burocrática es una condición esencial y previa para el crecimiento del crimen organizado en una sociedad,⁵⁵ pero también, porque la corrupción es uno de los principales delitos que pueden ser precedentes al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues los funcionarios públicos que reciben dinero derivado de la malversación de fondos, cohecho o cualquier delito relacionado con corrupción; también tienen que lavar dichas ganancias para utilizarlas en la economía lícita.

En consecuencia, es necesario trabajar mucho más en el combate de la corrupción en las propias instituciones si se quiere disminuir el lavado de dinero.

Evasión fiscal

La evasión fiscal es otra conducta que, de acuerdo a la literatura, se encuentra íntimamente relacionada con las operaciones con recursos de procedencia ilícita.⁵⁶ De hecho en muchos países, en los que se establece específicamente un catálogo de delitos precedentes, la evasión fiscal es considerada como uno de ellos.⁵⁷

Lograr que los individuos cumplan con su obligación de cobrar impuestos no ha sido una tarea fácil para los gobiernos. La existencia de evasión fiscal, por lo general, da lugar a una economía subterránea que a su vez genera un ambiente propicio para el lavado de dinero, ya que todo el dinero ganado en la economía informal sin pagar impuestos tiene que llevarse en algún momento a la economía legítima, es decir, tiene que lavarse.⁵⁸

Como ya se ha señalado en la propia literatura, el Estado para cumplir cabalmente con sus funciones requiere obtener las contribuciones necesarias bajo los principios de equidad y proporcionalidad, y cuando esto se realiza

⁵⁵ Buscaglia, E., *et al.*, *op. cit.*

⁵⁶ Block, A. y Griffin, S. (2002). «Transnational Financial Crime. Crooked Lawyers, Tax Evasion, and Securities Fraud», en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 18 (4): 381-193. Véase también Unger, *op. cit.*

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ Alm, J. y Prinz, A. (2013). «The Shadow Economy, Tax Evasion, and Money Laundering», en *Public Finance Review*, 41 (5): 507-509.

con exceso, pero también con defecto u omisión arbitrariedad por parte de la autoridad encargada de la recaudación, propicia no solo la defraudación fiscal sino que también se favorece el lavado de dinero.⁵⁹

Legitimidad de las instituciones, justicia procedimental y comportamiento normativo

En los últimos años ha surgido un interés en las ciencias sociales por conocer los aspectos que favorecen que gran parte de la gente sea respetuosa de las leyes y de las autoridades. Al respecto, se ha considerado que la perspectiva tradicional de las leyes penales, basada en la disuasión mediante la amenaza de aplicación de penas no siempre es efectiva para lograr el cumplimiento de la ley, sino que existen otros mecanismos que pueden favorecer el comportamiento normativo en las personas.

Al respecto, la literatura ha identificado a la percepción de eficiencia, la justicia procedimental, el trato digno y respetuoso brindado por los operadores de justicia y la justicia distributiva como aspectos que no solo favorecen el cumplimiento de las normas, sino que mejoran la relación de las instituciones con la ciudadanía y, por lo tanto, producen confianza de los ciudadanos en las instituciones, lo cual se traduce en la legitimidad de las mismas para actuar y una mayor cooperación de la ciudadanía con los actos de autoridad; aspectos que son fundamentales para el buen funcionamiento de un sistema de justicia.⁶⁰

Por ello, estos aspectos deben fomentarse para que, en relación con el lavado de dinero, exista menor capacidad de reclutamiento por parte de las organizaciones criminales, y también porque la justicia procedimental y la legitimidad es una de las vías para lograr mayor cooperación, lo cual es necesaria para toda política-criminal y se traducirá en una menor cifra negra del lavado de dinero.

⁵⁹ Nando, *op. cit.*

⁶⁰ Tyler, T. (2006). *Why people obey the law?*. New Haven:Yale University Press, CT; Tyler, T. (2011). «Trust and legitimacy: Policing in the USA and Europe», en *European Journal of Criminology*, 8 (4): 254-266; Jackson, J., et al. (2011). *Trust in Justice: Topline Results from Round 5 of the European Social Survey (ESS Topline Results Series, issue 1)*. London:European Social Survey.

CONCLUSIONES

La lucha contra el lavado de dinero en el mundo y en nuestro país ha sido intensa; sin embargo, falta mucho por hacer. Aquí se pretendió la realizar una aportación delimitando los principales aspectos, tanto jurídicos como sociales que han obstaculizado que las medidas implementadas sean del todo exitosas.

Algunos aspectos jurídicos deben revisarse y estudiarse con profundidad. Si lo que se pretende es ser eficaz contra el lavado de dinero, es necesario que, en la medida de lo posible, las legislaciones sean homogéneas en cuanto a los procedimientos que se deben aplicar en relación a los delitos precedentes al lavado de dinero; también es menester que se aclaren en las propias legislaciones las circunstancias especiales de autoría, así como que se analice la posibilidad de que existan delitos de culpa y de comisión por omisión, y que se reabra un nuevo debate en relación a la responsabilidad de las personas morales. De igual forma, es imprescindible favorecer la incursión y coordinación con las instituciones financieras en esta lucha, pues su papel es fundamental en la detección de las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Asimismo, se debe ampliar el enfoque de análisis. La relación del lavado de dinero con ciertas estructuras y fenómenos sociales debe revisarse empíricamente, y en su caso, se debe trabajar mucho más allá de las estrategias directas contra este fenómeno. Si trabajamos en generar una sociedad menos corrupta, donde reine el cumplimiento de la ley, pero también en la que las propias instituciones favorezcan dicho cumplimiento a través de la confianza y la legitimidad, seguramente, en esa sociedad habrá menos lavado de dinero.

BIBLIOGRAFÍA

- Amicelle, A. (2011). «Towards a “new” political anatomy of financial surveillance», en *Security Dialogue*, 42 (2): 161-178.
- Anaya, J.; Trejo R. y Fernández, R. (2008). «Políticas contra el lavado de dinero aplicables a instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto limitado», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41 (121): 13-43.
- Buscaglia, E.; González, S.; Prieto, C. (2006). «Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate», en *Terrorismo y Delincuencia Organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*. México: UNAM.

- Block, A. y Griffin, S. (2002). «Transnational Financial Crime. Crooked Lawyers, Tax Evasion, and Securities Fraud», en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 18 (4): 381-193.
- Dijk, J. (2007). «Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies», en *Trends in Organized Crime*, 10: 39-56.
- Gamboa, C. y Valdés, S. (2013). *Lavado de dinero. Estudio Teórico Conceptual, Derecho Comparado, Tratados Internacionales y de la nueva ley en la materia en México*, SAPI-ISS-01-13. México: Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados.
- García, R. (2014). «La determinación del delito precedente en el lavado de dinero», en *INACIPE Digital*. Recuperado el 1 de abril de 2014, de <http://digital.inacipe.gob.mx/post/18009659657/la-determinacion-del-delito-precedente-en-el-lavado-de>.
- Hall, T. (2012). «Geographies of the illicit: Globalization and organized crime», en *Progress in Human Geography*, 37 (3): 366-385.
- Jackson, J.; Hough, M.; Bradford, B.; Pooler, T.; Hohl, K. y Kuha, J. (2011). «Trust in Justice: Topline Results from Round 5 of the European Social Survey», en (ESS Topline Results Series, issue 1). London: European Social Survey.
- Morris, S. y Klesner, J. (2010). «Corruption and Trust: Theoretical Considerations and Evidence From Mexico», en *Comparative Political Studies*, 43 (10): 1258-1285.
- Nando, V. (1997). «El lavado de dinero». *Nuevo problema para el campo jurídico*. México: Trillas.
- Nassar, J. *Lavado de dinero. Algunas consideraciones en relación al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*. Recuperado el 25 de marzo de 2014, de <http://www.losabogados.mx/?page=lavado-de-dinero-algunas-consideraciones-en-relacion-al-delito-de-operaciones-con-recursos-de-procedencia-ilicita>
- Nelken, D. (2007). «White-Collar and Corporate Crime», en *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press. pp. 733-770.
- Núñez, M. (2008). *El fenómeno del lavado de dinero en México. Efectos y propuestas para reforzar su combate*. México: Porrúa.
- Ping, H. (2006). «Is Money Laundering True Problem in China», en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 50 (1): pp. 101-116.
- Pinto, R. y Chevalier, O. *El delito de lavado de activos como delito autónomo, Comisión Interamericana para el Control y del Abuso de Drogas (CICAD)*.

Recuperado el 20 de marzo de 2013, de <http://new.pensamientopenal.com.ar/16032011/dnc01.pdf>

Rodríguez, O. (2005). «Lavado de activos. Generalidades», en *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*. Santo Domingo: USAID.

Tyler, T. (2006) *Why people obey the law?* New Haven: Yale University Press.

_____. (2011) «Trust and legitimacy: Policing in the USA and Europe», *European Journal of Criminology*, 8 (4): 254-266.

Unger, B. (2013). «Can Money Laundering Decrease», *Public Finance Review*, 41 (5): 658-676.

VIII. El delito de lavado de activos: nudos problemáticos en su configuración

IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA¹

ARLÍN PÉREZ DUHARTE²

INTRODUCCIÓN

La sensación que caracteriza, al siglo XXI es la de la duda, o peor aún, la de una profunda incertidumbre. Los diarios locales difunden día a día los horrores de las guerras en diferentes sitios del planeta, la red de redes aumenta sus hiper-vínculos y tentáculos haciendo la vida cotidiana más rápida y truculenta, los artistas de la plástica plasman en sus lienzos la teoría del caos y los escritores de mejor pluma nos impulsan a pensar en una Alicia que no requiere de introducirse en el espejo para ver el mundo al revés (Galeano) o que los locos no son los que se guardan tras los muros del manicomio, sino los que deambulan por las calles (Coelho) o, peor aún, están sentados en otros lugares más altos.

Esta indescriptible expresión de la postmodernidad rebasa los marcos sociales, y se extiende a los predios del derecho en toda su expresión y en particular a las ciencias de derecho penal, las que se debaten entre lo máximo y lo mínimo, la peligrosidad o la culpabilidad, los ciudadanos o los enemigos, el respeto irrestricto a la legalidad o su «flexibilización» por conveniencia, un

¹ Profesora auxiliar del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

² Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

proceso penal garantista o un proceso penal «seguro», entre otros aspectos. Todo esto permite hablar de un derecho dividido en dos lados extremos o puntos paralelos, entre los que también se debate el delito de lavado de activos.

LA CUESTIÓN DEL NOMBRE, ¿LAVADO DE ACTIVO *VERSUS* LAVADO DE DINERO?

Se ha llegado a considerar que la terminología usada para identificar este tipo penal no obedece en ocasiones a criterios estrictamente jurídicos, sino a neologismos empleados.³

Los términos «lavado de dinero» y «lavado de activos» se han valorado en ocasiones como sinónimos, así lo podemos encontrar en parte de la literatura y de la normativa internacional;⁴ sin embargo su valoración debe partir de lo que se entiende por dinero y por activos, lo cual conlleva a afirmar que nos encontramos ante una posibilidad de relación entre género y especie, pues el dinero perfectamente queda identificado como un tipo de activo. La especie es una parte significativa del todo, pero solo una arista que no permite englobar todo el fenómeno cuando de lavado de activos se trata.

El empleo de la expresión «lavado de activos» permite incorporar, dentro de la regulación del tipo penal, una amplia gama de posibilidades que subyacen del objeto material del delito. Este término es más amplio que el de «lavado de dinero», ya que este último especifica solamente el caudal, el capital que surge posteriormente a la comisión de determinadas actividades ilícitas. El lavado de activos, sin embargo, incorpora cualquier bien que pueda ser adquirido, o

³ Véase. Reglamento modelo de la CICAD-OEA, (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, incluye las modificaciones introducidas por el grupo de Expertos para el control de lavado de activos en Santiago, Chile, en octubre de 1997, en Washington, D.C., en mayo de 1998 y en Buenos Aires, en octubre del mismo año aprobadas por la CICAD en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Perú, en noviembre de 1997, y en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C., en mayo de 1999). En esta normativa jurídica internacional se emplea la expresión lavado, utilizada de la traducción en inglés de *money laundering*, o del alemán *gledwasche*. Existen otras locuciones. Como «blanqueo» del francés *blanchiment* y del portugués *branqueamiento*, o el término reciclaje que deriva del italiano *riciclaggio*.

⁴ Cruz, Ochoa, Ramón de la. *op. cit.*, pp.76-77 y 84.

apropiado, que provoque un enriquecimiento ilegítimo. En este tenor, entiéndase por «bien» teniendo en cuenta el concepto brindado por la Convención de las Naciones Unidas en 1988, «los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos».⁵

Consideramos que la introducción de la terminología «activos»,⁶ se ha basado en un criterio extensionista, que permite, sin lugar a dudas, incluir cualquier beneficio que presente un carácter económico y que se derive del objeto del delito, evitando lagunas legislativas que den cobertura a los rápidos movimientos de la criminalidad organizada.

Para convertir en legítimo un bien, que sea producto de transacciones ilícitas, necesita ser blanqueado;⁷ esta operación se realiza a partir de la configuración del delito de lavado de activos. Este delito ha de entenderse como todo el proceso que se integra por las operaciones posteriores a las conductas delictivas ejecutadas, y de las cuales se han obtenido bienes o dinero que tienen una procedencia ilícita que requieren de una serie de procedimientos que pueden ser reales o artificiales con el fin de legalizar. En este sentido, Caparrós conceptualiza el blanqueo como «el proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa

⁵ Véase la convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que fue aprobada en Viena por la Conferencia el 19 de diciembre de 1988, de conformidad con sus disposiciones.

⁶ La denominación del autor refleja el objeto sobre el que recaen tales acciones, en el que se comprenden a bienes o activos en general, más allá de hablar únicamente de dinero. Véase Barral, J. (2003). «Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos», Buenos Aires, p.39.

⁷ La expresión «lavado o blanqueo de dinero» hace referencia a un mismo conjunto de actividades delictivas. Fuera del aspecto terminológico, no existen diferencias de concepto, operatividad y alcance entre ambas denominaciones. Prado, V. (1994). El delito de lavado de dinero. IDEMSA. Lima, p.14. En contra de esta opinión, Lamas sostiene que el concepto de delitos de lavado encuadra mayor número de conductas que el blanqueo. Teniendo en consideración diferentes definiciones que se han dado sobre ambas palabras o conceptos, la figura del lavado aunque persigue similares fines y objetivos que el blanqueo encierra mayor variedad de conductas que pueden cometer personas naturales o jurídicas. Lamas, P. *Tráfico de drogas y lavado de dinero*. Servicios Editoriales AIDI de Arteta S.A. Lima, pp. 74-88.

masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad».⁸

Por su parte, Cordero considera el blanqueo⁹ como: «el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita».¹⁰

El concepto de dinero sucio debe ser valorado a partir de su origen o derivación. Este provoca inconvenientes a la hora de ser reciclado, requiriendo utilizar el sistema financiero y comercial, con el objetivo de incorporarlo dentro de la economía interna. Para lograr la legitimación de las ganancias ilícitas, una persona natural o jurídica realiza diferentes operaciones dirigidas a disfrazar la ilicitud de los bienes obtenidos y, finalmente, colocarlo fuera del alcance de los controles de la ley y los organismos correspondientes.

EL BIEN JURÍDICO COMO PARTE DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

Discurrir sobre el bien jurídico protegido es considerar cuando el objeto que resulta de la interrelación de los sujetos que intervienen en una relación social,¹¹ precisa adquirir categoría jurídica; lo cual parte de la esencia y la fina-

⁸ Fabián Caparros, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Colex: Madrid, p. 115.

⁹ Colectivo de autores. (2005). *Derecho penal especial*, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, p. 280. En el afán de rentabilizar el producto del delito, incorporan los ingresos obtenidos, sucios o negros a las economías de los diferentes países con el objetivo de lavar o blanquear sus capitales. En dependencia de la terminología empleada en el producto del delito previo, al lavado de dinero sucio o negro, se definiría su nomenclatura lavado o blanqueo de dinero.

¹⁰ Blanco, I. (1999). *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Aranzadi, p. 99.

¹¹ El problema del bien jurídico ha originado, a veces, algunas confusiones en la interpretación de su concepto como amenaza o agresión a las relaciones sociales. Tal confusión se ha suscitado cuando se ha intentado hallar siempre en toda infracción penal (delito) una relación social real, materializada, completa. Este punto de vista no es exacto ni se corresponde con la teoría de la relación social en su condición de bien jurídico. Las relaciones sociales son vínculos entre los hombres, establecidos en el proceso de su actividad en común; la norma penal las protege no solo en su fase dinámica, sino también en su estructura, en todos sus elementos esenciales, en los diversos aspectos que conforman esa relación social determinada. Véase Quirós, R. (1999). *Manual de derecho penal*, tomo I. Félix Varela: La Habana, p. 190.

lidad que se persigue con la protección dentro de una disposición jurídica de una institución determinada.

El origen del bien jurídico es preexistente al derecho y se convierte como tal cuando es protegido por alguna rama de este para lograr establecer el orden, asegurar la disciplina y mantener la paz social.¹²

Sin embargo, es necesario reflexionar sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para que un bien jurídico pueda ser considerado como un bien jurídico-penal. La tendencia para incorporar dentro de la esfera penal la protección de un bien jurídico ha sido la de supeditar ese respaldo legal a su precedencia en otra rama del derecho o disposición normativa.

El derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico y, por ende, del derecho en su sentido abstracto; debe tener pleno reconocimiento el incorporar dentro de su regulación cualquier objeto que no haya sido protegido con anterioridad por otra rama jurídica.

El maximalismo penal¹³ como nueva corriente criminológica ha desplegado, fundamentalmente, por dos razones: primero, por la utilización desmedida del derecho penal ante la imposibilidad de encontrar nuevas alternativas de solución ante conflictos que violen o laceren las relaciones sociales, lo que ha implicado que el ordenamiento jurídico se apoye, fundamentalmente, en el derecho penal, lo cual permite que entre a jugar su rol represivo cuando este es considerado en un Estado social y democrático de derecho como una instancia de última *ratio*,¹⁴ así como obviar los parámetros o elementos que deben tenerse en cuenta para poder incorporar dentro de esta materia un bien considerado jurídico-penal.

Entonces, resulta lógico plantear que no todo bien jurídico es merecedor de tutela jurídico-penal, existen factores que deben subsistir para considerar

¹² Véase García, A. (1994). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Valencia:Tirant lo Blanch, p.68.

¹³ Véase Arranz, V. (2006). «Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una Proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución Cubana en ocasión de su XXX Aniversario», en *Revista Cubana de Derecho*, 28: pp. 4-28.

¹⁴ El derecho penal debe ser concebido como un límite al poder punitivo y no como una herramienta habilitante de dicho poder. Véase, Silvestroni, M. (2004). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, p.90.

su inclusión en el marco de protección del derecho penal, como el daño social que genera el hecho¹⁵ y su trascendencia social.

El alcance y contenido del daño social¹⁶ se materializa desde el concepto de delito, por ser un elemento intrínseco de este, así como los puntos de contacto que permite establecer entre la figura de delito y el hecho concreto. Ello permite puntualizar y afiliarnos al criterio esgrimido por Vera,¹⁷ al plantear un concepto más allá que el referido por Quirós, pues el autor considera que además del aspecto objetivo que caracteriza al daño social, debe tenerse en cuenta el aspecto subjetivo, el cual está presente en determinados tipos penales. Sostenemos este criterio porque consideramos que toda institución o proceso parte de la interrelación que debe, congruentemente establecerse entre los aspectos objetivos y subjetivos, los cuales conforman un todo único.

La incorporación del elemento subjetivo en el análisis del concepto de peligrosidad social permite a su vez partir de la clasificación de uno de los componentes de la estructura de la figura de delito: la parte subjetiva. Esta se integra tanto por la culpabilidad como por la finalidad; aunque es preciso aclarar que la finalidad no es un componente que se encuentre presente en todos los tipos penales a *contrario sensu* de la culpabilidad que es el factor imprescindible de la parte subjetiva del delito.

En ocasiones es inescindible la bifurcación que existe entre el reconocimiento constitucional de un bien y su incorporación como bien jurídico-penal, no obstante, no puede considerarse una unión indisoluble, pues existen objetos de protección para el derecho penal que no se encuentran reconocidos en la carta magna por cumplir con las condiciones o requisitos que precisan de la intervención penal o viceversa, estar incluidos en la Ley general y por su

¹⁵ Como hemos expuesto, el rasgo material del delito o su esencia, ha sido señalada con la utilización de varias categorías: daño social, nocividad social, peligrosidad social o necesidad de pena. El término peligrosidad social ha sido el que ha preferido utilizar la doctrina cubana y del antiguo campo socialista, toda vez que, posibilita abarcar en mejor medida y de una manera global, todas las posibles variantes del fenómeno delictivo; además resulta más abstracto y comprensivo de las acciones y omisiones con perjuicio real o potencial. Los términos nocividad social o dañosidad social se refieren a los hechos delictivos cometidos y se relacionan más con el daño ocasionado, al hecho consumado. Véase, Vera, Y. (2009). «El fundamento de la esencia del concepto de delito», en *Revista Justicia y Derecho*, 12, (7): p. 46.

¹⁶ Es un término que ha conllevado a cuestionamientos por su propia denominación. Véase, Quirós, R., *op. cit.*, p. 98.

¹⁷ Véase, Vera, Y., *op. cit.*, p. 49; Quirós, R., *op. cit.*, p. 98.

propia naturaleza o por el escaso grado de afectación al bien, no merece tutela penal.¹⁸

Al respecto, Silvestroni menciona lo siguiente:

si queremos que la pena sea impuesta de forma racional, conforme a su sentido constitucional y como último recurso del Estado, debemos despojarla del mito preventivo porque, de lo contrario (y tal como ocurre en la actualidad), todo problema social querrá ser resuelto recurriendo a su imposición, con independencia de su utilidad real.¹⁹

El presupuesto de la utilización de una sanción severa, como la pena, es precisamente encontrarse ante un hecho igualmente grave, lo cual permite instituir la autonomía que debe existir entre el bien jurídico *in genere*, que compartiendo las ideas de Mir, es: «limitar el derecho penal a sancionar los ataques a bienes reconocidos en otros sectores del derecho»,²⁰ y el reconocimiento de la intervención penal debe permitir al unísono con plena autonomía la determinación bajo los conceptos, condiciones y criterios estrictos del derecho penal; qué bienes jurídicos merecen tutela dentro de esta rama.

Hoy día no solo se protege por el derecho penal, los bienes jurídicos que subyacen de la criminalidad convencional, sino que paralelamente a estos han surgido una nueva gama de ilícitos que ha sido registrada dentro de la delincuencia no convencional. Pero sin lugar a dudas la más temida por la sociedad es la delincuencia tradicional, los que la afectación o lesión recae directamente en el individuo, lo que ha sido denominado doctrinalmente como bien jurídico individual *versus* bien jurídico colectivo.

Esta trascendencia social se enmarca, fundamentalmente, en la importancia que los propios ciudadanos le concedan al bien jurídico, de ahí su necesidad de tutela jurídico-penal, siempre que realmente pueda ser afectado ese bien, pues el derecho penal no debe proteger bienes jurídicos que posteriormente su manifestación sea prácticamente nula.

Sin embargo, no es suficiente la significación social del bien jurídico para que este se incorpore como bien jurídico-penal, sino que es preciso que revis-

¹⁸ Véase, Silvestroni, M., *op. cit.*, p.71.

¹⁹ *Ídem.* p.72.

²⁰ Mir, S. (1999). «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos*, 14. Universidad de Santiago de Compostela, p. 206.

ta peligrosidad social, porque de lo contrario no es justificable su inclusión dentro del derecho penal si puede ser resguardado por otra rama que aplique sanciones menos severas y represivas.

Es indudable que por la propia connotación de la sanción penal y lo que ella conlleva, la utilización de esta rama jurídica debe quedar reducida a su mínima expresión, por tanto este tipo de sanción solo debe aplicarse cuando por la entidad del bien, su trascendencia social y la dañosidad que revisten para las relaciones sociales, sea preciso; fundamentos que dan al traste para que se proteja, dentro de esta esfera del derecho, el delito de lavado y activos.²¹

El bien jurídico que se protege del delito de lavado de activos²² es la hacienda pública, a pesar de existir aun doctrinalmente disparidad en cuanto a su ubicación dentro de la parte especial de los códigos penales y por ser un delito pluriofensivo, el cual ataca a más de un bien jurídico.

Tomar postura sobre un concepto de hacienda pública es un tanto complicado, teniendo en cuenta que ni dentro del propio sector doctrinal, en el cual es debate constante, existe una unanimidad de criterios. Estas discrepancias nos han permitido retomar para el análisis de la hacienda pública las ideas expuestas por Sainz. Este autor para referenciar este particular parte de la integración de tres puntos de vista o «realidades distintas»²³. El primer punto de vista es desde su sentido objetivo, como el conjunto de medios, métodos y procedimientos que logran conformar la actividad financiera del Estado. Desde esta acepción se valora la hacienda pública como: «el conjunto de medios económicos merced a los cuales el Estado y los restantes entes públicos proceden a la cobertura del coste de los bienes y servicios que producen y que ofrecen a la colectividad».²⁴

²¹ La legitimidad de la norma depende del bien jurídico y, además, la infracción a aquella solo acontece ante una voluntad de afectación a este. A su entender son estas las únicas razones que impiden la desviación del derecho hacia la moral y no el acontecer fortuito de un resultado. Considera que esta posición puede ser tan crítica del sistema como cualquier otra, porque la pregunta acerca del ilícito no se puede separar del interrogante sobre la legitimidad de la norma que le da fundamento. Para Sancinetti: «No hay nada, en la teoría del bien jurídico, que no sea una teoría sobre la función de la norma». Véase, Poquet, A. (2005) *Temas de derecho penal y criminología*. Buenos Aires:Ediar, p. 7.

²² Cfr. Colectivo de Autores, *op. cit.*, p. 281.

²³ Sainz, F. (1977). *Sistema de derecho financiero*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 22-24.

²⁴ *Ídem*, pp. 25- 26.

Desde el plano subjetivo, puede entenderse como aquel sujeto que interactúa en el orden jurídico, económico o político dentro del Estado; y desde el marco funcional, debe ser vista como el conjunto de actuaciones administrativas, procederes que deben distinguirse, primeramente, en la obtención de recursos en el orden financiero de cualquier índole²⁵ o los que se componen por el empleo de estos recursos que se adquirieron para los gastos y pagos necesarios.

Situar este tipo delictivo en el título que recoge los delitos contra la hacienda pública permite salvaguardar por parte del Estado el interés común, expresado en la protección de las finanzas públicas, la transparencia en la gestión y utilización de las mismas, evitando en sentido general que la conducta dañe o perjudique el erario público.²⁶

En otro sentido, otros cuerpos legales foráneos han asumido otras posturas, una encaminada a su ubicación en otra familia delictiva conservando su carácter de delito pluriofensivo o reservándole una titularidad diferente a la protección de la hacienda pública; aspecto que viene a resaltar aún más lo complejo del análisis de esta tipicidad delictiva.

LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN

En el transcurso de los últimos diez años el lavado de activos ha adquirido mayor envergadura, ya que no se limita a una circunscripción territorial determinada, pues por lo regular, su ámbito de acción es de carácter internacional, afectando no solo intereses individuales sino también colectivos. En su realización intervienen casi siempre organizaciones de índole delictiva que disimulan sus operaciones bajo aparentes actividades lícitas que bien pueden ser empresariales, comerciales o bancarias.

Los adelantos tecnológicos y la globalización, entre otros factores, han facilitado la utilización de mecanismos o tipologías de lavado, en los cuales se

²⁵ *Idem*, p. 24-26. Cuando el autor se refiere a recursos de cualquier índole incluye los tributarios, crediticios o patrimoniales

²⁶ «El delito de lavado de dinero, con independencia de la afectación que implica el delito que lo antecede, supone la enajenación de su autor, el incumplimiento de obligaciones personales, industriales, satisfacción de créditos, incluido el pago de tributos, que de cualquier forma acarrearán perjuicios para el erario público». Véase. Colectivo de autores, *op. cit.*, p. 282.

hace más compleja la identificación estructural de la operación o de etapas de la misma dificultando el proceso mismo de detección y comprobación de la operación de lavado.

En consecuencia, es considerado como un delito económico y financiero, perpetrado generalmente por delincuentes de «cuello blanco» que manejan cuantiosas sumas de dinero que le dan una posición económica y social privilegiada, e integra un conjunto de operaciones complejas con características, frecuencias o volúmenes que se salen de los parámetros habituales o se realizan sin un sentido económico.

El lavado de activos se convierte así en una conducta que atenta contra diferentes bienes jurídicos protegidos, así como requiere de una condición objetiva de punibilidad o condición de la acción penal (*condictio actio puniendi*); es decir, que provenga de un delito anterior, y en su fase subjetiva, requiere conocimiento y voluntad para realizar el ilícito, dolo que puede ser directo o eventual, ceñido tan solo a la contingencia que el dinero emane de una contravención punible.

Dicha particularidad unida a que el delito de lavado de activos es, a la postre, un delito instrumental, cuyo objetivo en la política-criminal es combatir en principio los delitos subyacentes, y básicamente combatir al crimen organizado, surgiendo en la vida jurídica como una manera de «cercar» económicamente a los miembros de esta modalidad delincuencial, su configuración legislativa y consecuente punición dependerá de la postura que sea asumida en relación al elemento de la conducta dentro del andamiaje del concepto de delito, pues, en pura técnica, estamos ante un ilícito peculiar. En ese contexto, la autonomía del lavado de dinero como tipo penal desemboca en soluciones racionales, pero también en verdaderos desbordes a un derecho penal liberal, y en dicho panorama nos aventuramos a adoptar una postura que, desde el concepto de acción, nos permita sumar puntos en la disputa centrada en la referida autonomía del delito centro de nuestro trabajo.

La conformación de un catálogo de delitos es fruto de un profundo análisis de las relaciones e intereses de la sociedad en un momento histórico determinado, e implica para el legislador el «arte» de escoger entre todas aquellas relaciones las que requieren de mayor tutela para ser incluidas en las normativas penales.

Por otra parte, el ciudadano o sujeto en general percibe el derecho como una realidad externa, fruto de la expresión humana de una voluntad heterónoma que limita la libertad y la autonomía de la persona; en consecuencia, el centro de sus normas y estipulaciones lo ocupará la conducta de esos seres que intenta dirigir o guiar.

Si esta es la percepción social del derecho, el derecho penal no puede desempeñar ningún papel allí donde el daño o lesión para el orden jurídico no tiene causa en una actividad personal, en un actuar humano voluntario y externo, que es descrito de forma positiva o negativa en los tipos penales, apoyando en tales comportamientos la fijación en última instancia de la sanción. De tal relación se deduce que cualquier camino que se escoja para llegar al estudio del derecho penal deberá de pasar por el análisis de la acción y su trascendencia en la teoría general del delito es decir, todos los caminos conducen a la acción, siendo rubricada con los términos de comportamiento, conducta o acontecimiento, el sentido de las diferentes palabras es siempre el mismo, destacar el quehacer humano como cimiento del delito. Y en este propósito el vocablo más empleado es el de acción.

El apogeo de las ciencias de la naturaleza y el entusiasmo científico gestado en sus alrededores conducen a que en los finales del siglo XIX e inicios del XX y teniendo como base al naturalismo nazca el concepto causal de acción, el que se desdobra a partir de las metodologías imperantes y de las exigencias del derecho penal en un concepto causal naturalista y un concepto valorativo de acción.²⁷

El primero de ellos se formula, según Mir, a partir de la metodología positivista y constituye en la dogmática alemana la piedra angular del esquema clásico del delito,²⁸ por lo que en nada extraña que sus principales representantes fueran Liszt y Beling y que quedara fundamentado por la consideración del «acto como la conducta voluntaria en el mundo exterior»,²⁹ causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el referente externo, entendida como un puro acto psicológico a través del cual se consigue la extensión o contracción de los músculos y se establecen las causas.³⁰

La intención caracteriza la manifestación de voluntad, y por consiguiente, el acto significa simplemente el impulso de esta, movimiento que a su vez

²⁷ Las transformaciones que experimenta el concepto causal de acción tienen su base en el origen y desarrollo de sus postulados, nace en la Escuela Clásica y por tanto su basamento radica en la realización de un cambio en el mundo exterior y cristaliza con las ideas del neokantismo y las ciencias del espíritu, por lo que se une a la observación de los hechos, la valoración de su sentido.

²⁸ Mir, S. (2002). *Derecho penal. Parte General*. Sexta Edición. Editorial Reppertor. Barcelona pp.179.

²⁹ Von Liszt Franz. *op. cit.*, p. 285.

³⁰ G. Stratenwerth: *Strafcht, Allgemeiner Teil*, I, Berlín, 1971, p 57. citado por Rodríguez, M. (1977). *Derecho penal. Parte General*. Civitas. pp. 214.

causa una modificación en el universo exterior perceptible por los sentidos, siendo el núcleo central del concepto la categoría de causalidad.

La concepción neoclásica del delito, inspirada en las ideas neokantianas de Stammler, Rickert y Lask, llevó a los predios del derecho penal la jerarquización de los valores y de la ética axiológica, transformando el concepto de acción al tener, que junto a la observación y descripción de los hechos, prepararse para entenderlos, todo lo cual determina la aparición de un concepto valorativo de la acción, conceptualización que intenta introducir un elemento cualificativo (valor) en el mero naturalismo clásico, pero en nada cambia la esencia puramente objetiva de la acción y su desentendimiento de los aspectos subjetivos relacionados con el agente activo del delito; la finalidad y los objetivos perseguidos no forman parte de la voluntad aún y cuando consistan en la propia realización de una actividad o inactividad.

La aplicación del método fenomenológico³¹ y ontológico al derecho penal, junto a las ideas del filósofo alemán Hartman,³² posibilitan a Welzel concebir una propuesta finalista, partiendo de la psicología humana y utilizando en lugar de la categoría de causalidad, las de la intencionalidad y finalidad. La acción humana es ejercicio de actividad final, es acontecer final y no solamente causal; nace así la denominada concepción final de acción.

Destaca en este sentido Rodríguez coincidiendo con Muñoz, en que la dirección final se desarrolla en dos fases que pueden entrecruzarse en las acciones más simples. La primera se efectúa en el pensamiento y consta de varios submomentos: anticipación del fin, selección de los medios necesarios para su consecución y consideración de los efectos concomitantes que pueden ir unidos a los factores elegidos; y la segunda fase transcurre ya en el plano real, don-

³¹ Movimiento filosófico del siglo xx que describe la estructura de la experiencia tal y como se presenta en la conciencia. Se destaca dentro de esta tendencia las ideas del alemán Edmund Husserl sobre el contenido de la mente y sus «significados», los que, siguiendo el criterio del pensador, permiten a un acto ser dirigido hacia un objeto bajo una apariencia concreta, por lo que afirmó que la direccionalidad, que él denominó «intencionalidad», era la esencia del conocimiento.

³² Filósofo idealista alemán con fuerte influencia de las ideas neokantianas de la Escuela de Marburgo en su primera etapa, contra las que luego reacciona, manteniendo como postulado que la realidad es anterior al proceso reflexivo y que el conocimiento humano no refleja por entero a la naturaleza, pero en sí mismo es solo una parte de esa realidad.

de, teniendo como base los presupuestos de la primera etapa, el autor realiza la acción deseada en el entorno social y procura alcanzar la meta propuesta.³³

El paralelismo en la larga historia de la acción no es propio de la relación entre postulados filosóficos y corrientes penales, sino también que se conforma entre las propias tendencias de la ciencia penal.

De manera consensuada se plantea que junto a la génesis y vida del finalismo, surge la denominada teoría objetivo-final, cuya exigencia radicaba en el requerimiento objetivo³⁴ para la acción y cuya pretensión más marcada se localiza en la distinción de la llamada visión subjetiva-formal, que por demás gobernaba la concepción final, siendo definitivamente bautizada esta nueva tendencia en la ciencia criminal como doctrina social de la acción.

Su conformación constituye, sin lugar a dudas, un apreciable intento de construir una doctrina intermedia entre el causalismo y el finalismo, capaz de aglutinar en un macroconcepto de acción a los delitos dolosos, culposos y de omisión, escogiendo como denominador común un particular que no puede centrarse en el ámbito del ser, sino que debe estar focalizado en una mira valorativa, que aúne lo incompatible de esta primera esfera y que ha de ser, por tanto, la perspectiva social: será acción todo comportamiento humano, socialmente relevante.³⁵

Como teoría unificadora y de evidente tránsito de viejas a nuevas nociones, se produce desde los años treinta del pasado siglo la irrupción de una fracción doctrinal³⁶ que defiende que en los cursos causales objetivamente imprevisi-

³³ Interesante coincidencia la que se crea entre las mencionadas etapas de la concepción final de acción y las tradicionales fases del *iter criminis*, también clasificadas en interna y externa y referidas en lo fundamental al contenido sobre el que apunta la teoría finalista. Sin embargo las coincidencias son sumamente extrañas en el entorno de las ciencias, la respuesta puede estar en la marcada intencionalidad y finalidad que debe poseer la acción delictiva, según la apreciación de Welzel y sus futuros seguidores. Esta direccionalidad también posibilita explicar con mejor tino metodológico el camino por el que transita el acto delictivo, desde la idea hasta la consumación, y deja en el plano de inferioridad a los «llamadas formas especiales del delito», dígase la imprudencia y la omisión, parcialmente abandonadas por la teoría final y modernamente marginadas por la doctrina contemporánea.

³⁴ Desde la perspectiva de Luzón Peña esta exigencia de finalidad objetiva significaba los requerimientos de previsibilidad, calculabilidad o adecuación del curso causal que conduce al resultado, *op. cit.*, pp.152.

³⁵ Mir, S. *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, pp. 183.

³⁶ Larenz, H.; Mayer, A. y Maihofer expuestos por Heinz Gossel Kart y Zipf Heinz. (1995) *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Astrea: Buenos Aires, pp. 221.

bles debe excluirse la imputación objetiva³⁷ como presupuesto de tipicidad; sin embargo, reconocen que debe haber pretendibilidad objetiva, o dominabilidad objetiva a la vez respecto del curso causal o su resultado; mientras. Casi al mismo tiempo otros estudiosos del tema comenzaban a utilizar el concepto de acción como significado social,³⁸ fundiéndose luego las ideas de todos los autores bajo el postulado del reconocimiento de la relevancia social del comportamiento, su significado y posibles resultados.³⁹ Desde esta postura, la acción será realización de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por el individuo.⁴⁰

Al igual que en las construcciones doctrinales anteriores, la tendencia social de la acción está basada en postulados filosóficos encabezados por Hart, para quien el concepto de acción depende, como otros conceptos, de reglas de conducta generalmente aceptadas y, además esta tendencia social esta basada en las valoraciones que aportara Wright al admitir la concepción de intención, no sólo desde lo meramente subjetivo, sino también en su relación estrecha con factores externos, sociales y por el conjunto de prácticas institucionalizadas. Al respecto, Wright ha mencionado que: «podemos interpretar las acciones de otros porque presumimos cuáles son sus intenciones, a partir del hecho de que compartimos una comunidad de vida».⁴¹

³⁷ Construcción teórica que focaliza sus postulados en la conexión típicamente relevante entre acción y resultado, sobre la base de la creación o incremento del riesgo.

³⁸ Schmidt citado en Heinz Gossel Kart y Zipf Heinz. *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 214.

³⁹ Larenz, Honing, English y Maihofer, partidarios primeramente del concepto objetivo-formal, vinculan en una nueva proyección de pensamiento a la acción con la relevancia social, por ejemplo, English expone sobre «producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes», y Maihofer de «conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible». Ver Luzón Peña en *op. cit.*, pp.153. Se destaca en el caso particular de Maihofer la incidencia perdurable de su pensamiento, expuesto en su tesis doctoral sobre «El concepto de acción en el sistema del delito» (1953), donde analiza las funciones que debe cumplir todo concepto de acción y que se resumen en función clasificatoria, función de límite, de base y de enlace. Postulados de gran acogida en el mundo de los penalistas y que ha guiado diversos estudios sobre el tema en cuestión. Sirva de ejemplo los reflexiones que al respecto hacen Landecheo Velasco y Molina Blázquez *op. cit.*, pp. 191-202.

⁴⁰ Morant Vidal Jesús. *El Delito Imprudente en la Teoría del Delito*, publicado en Noticias Jurídicas, www.noticiasjuridicas.com. Recuperado en enero de 2003, pp. 4.

⁴¹ Von Wrigh. *Explicación y Comprensión*, pp. 139 citado por González Lagier Daniel. *op. cit.*, pp.180

El concepto social de acción, por tanto, bien se mire desde el prisma filosófico como penológico, responde a una noción normativa al remitir como mínimo. En éste sentido, mostramos nuestra conformidad con Luzón, a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o impacto social de lo que no alcanza esta condición, invocando que solo lo socialmente notable va a ser también jurídicamente trascendente, y lo que carezca de esa cualidad se descartará definitivamente como acción y, por consiguiente, dejará de ser la base de un delito.⁴²

Sin embargo, en el último tercio del siglo xx llama la atención el resurgimiento del estudio del concepto jurídico-penal de acción, estimulación que se origina desde tendencias del derecho penal relativamente próximas en el plano metodológico, calificadas con el denominador común de funcionalistas,⁴³ finalistas-rationales o racionalistas a pesar de las particularidades que sus principales exponentes imprimen al caudal teórico común.

⁴² Luzón Peña en *op. cit.*, pp.153-145. Interesante polémica la que se vislumbra en los predios del derecho español en relación con la aceptación del concepto social de acción. El propio Luzón Peña adelanta, que el concepto de acción no debe alcanzar la normativización al que han querido someterla las diversas teorías y que debe partir de un concepto ajustado a las condiciones manifestadas por un sector del mundo real, es decir la imbricación de un modesto concepto ontológico al que se añadan los restantes elementos del delito. Se suman a esta lista de modestos detractores, como Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, los que en su libro de 1996 abogan por un concepto final de acción y tildan a la versión social de este elemento de excesivamente ambiguo y carente de interés directo para el jurista. Por su parte, Landecho Velasco y Molina Blázquez la califican como una doctrina de escasos seguidores en la dogmática penal. Rodríguez Mourullo califica de forma categórica en su obra «que en sentido jurídico-penal se llama acción a todo comportamiento socialmente relevante, dando luego largo discurso acerca de los méritos de la teoría social».

⁴³ El funcionalismo tiene su base en los escritos de Maquiavelo (*El Príncipe*), libro que estableció un nuevo curso a la Historia al poner en crisis la idea de una sociedad sustentada en la moral, para situar el centro de análisis en la primacía por el gobierno de los actos de conquista y de mantenimiento a ultranza del poder. Maquiavelo dice que «los principales fundamentos de los Estados, ya sea nuevos o antiguos, son las buenas leyes y las buenas armas. Y [...] no puede haber óptimas leyes sin armas idóneas...», siendo el monarca o el Estado el elemento esencial del entramado social, donde todos juegan una papel, unos mandan y otros obedecen y a este último le corresponde el rol de mantener el buen funcionamiento del resto de los elementos de la sociedad. Para esto cuenta con todos los recursos a su alcance desde la persuasión hasta la violencia, «eso depende del uso bueno o malo que se haga de la crueldad, quien usurpe y gobierne un Estado debe realizar de una vez todos los actos de crueldad que considere necesarios para lograr sus objetivos[...]». Vidal, C. (2000). *Los textos que cambiaron la Historia*. Editorial Planeta: España. pps. 271, 274 y 275.

Esta nueva dirección doctrinal adopta como «rosa náutica» la sistematización de los diversos conceptos y principios del derecho penal, los que encamina hacia criterios de política-criminal, finalidad y funcionamiento de la sanción; específicamente, en este último caso, a la prevención general, colocando en el funcionalismo estructural de Parsons,⁴⁴ que se aclimata a la ciencia penal como funcionalismo teleológico, valorativo o moderado, y en el denominado funcionalismo sistémico de Luhmann, que el terreno penológico origina la versión funcionalista estratégica, normativista o radical.

La postura funcionalista moderada de Roxin, le hace crear un concepto de acción que el mismo denomina «acción exteriorizada de la personalidad», y que otros prefieren llamar «concepto personal de acción»,⁴⁵ con el cual su creador coincide con Kaufman en el particular de que la acción jurídico-penal es una objetivización de la persona, una exteriorización de su ser.

Junto a las concepciones funcionalistas alemanas, se alinea la perspectiva de Gimbernat, cuyos pilares descansan en las modernas tesis del psicoanálisis postfreudiano,⁴⁶ y para quien los diversos componentes de la estructura del delito son examinados a tenor de la función que desempeñan, situando el punto climático en los fines que persiguen las normas y su consecuencia fundamental: la sanción fruto del castigo; la norma cumple la función motivadora y la acción responde a un concepto causal psicológico.

En esa aspiración de la dogmática penal por facilitar la solución de los casos que constituyen el quehacer diario de las salas de justicia y contribuir con el ordenamiento del sistema y, por ende, con la consecuente aplicación equitativa del derecho, aparecen otros modelos metodológicos, entre los que se destaca «la concepción significativa de la acción» de Antón.

⁴⁴ Talcott Parsons, sociólogo estadounidense conocido por sus teorías acerca de los mecanismos de la acción social y los principios organizativos que rigen las estructuras sociales. Considerado un funcionalista, al concebir a la sociedad como un organismo en el que cada parte cumple una finalidad o realiza una función. Todos los miembros del estrato social cooperan para cubrir sus necesidades porque tienen objetivos y valores comunes. Enciclopedia ENCARTA, versión 2005.

⁴⁵ Armonizan en el particular Luzón Peña *Op. cit.*, pp. 159; Mir, *Op. cit.*, pp. 183, Muñoz y García, M. (1996). *Derecho penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial Tirant lo Blanch: Valencia, pps. 231 a 233.

⁴⁶ El término del psicoanálisis se refiere a la estructuración sistemática basada en la relación entre los procesos mentales conscientes e inconscientes. *Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2005*.

La novedad de sus planteamientos no solo radica en la reinterpretación que ofrece de la acción y del resto de los elementos del delito, sino también en los presupuestos filosóficos en lo que se inspira; son los «giros pragmáticos» efectuados en la construcción de Wittgenstein,⁴⁷ quien a su vez se declara seguidor de Habermas,⁴⁸ los que le determinan encaminar sus pasos hacia el lenguaje en materia de acción, en lugar de continuarlos por la senda del sujeto. En este sentido, se produce un cambio de paradigma en el marco de la filosofía, de manera que la concepción ontológica de la acción se entienda no como algo que los individuos hacen, sino como el significado de lo que hacen.⁴⁹

Es por esto que nuestra postura se perfila hacia la aceptación del reconocimiento del valor, tanto objetivo como subjetivo, del comportamiento, lo que posibilita la admisión de un macroconcepto o concepción superior de acción, donde tienen cabida los actos de hacer y dejar de hacer desde su prisma natural ontológico hasta su necesaria configuración normativa, reiterando la transformación que estos sufren, de proceder humano voluntario a figuras delictivas propias, adicionándose a estas manifestaciones activas o pasivas su consecuente impacto social.

Por ende, la idea que colocamos como pilar básico de este acercamiento teórico es la de entender que el elemento de la acción será el sustrato de la definición y estructura del delito, a partir del cual se concebirán los caracteres que debe reunir el comportamiento para ser objeto del derecho penal, además de los elementos que configurarán su regulación en las correspondientes figuras delictivas; en palabras de Mir, «la específica función de la acción consiste en ofrecer el soporte mínimo del edificio del delito».⁵⁰

En consecuencia, la expresión típica del delito de lavado de activos se sustenta en la expresión del impacto social y daño que representa, tanto para los países de forma individual como para la comunidad de Estados. La conducta

⁴⁷ Wittgenstein Ludwig, filósofo austriaco, considerado uno de los pensadores más influyentes del siglo xx. Concibió a la filosofía como un análisis conceptual o lingüístico, llegando a sostener en el *Tractatus*, una de sus obras cruciales, que el lenguaje se compone de proposiciones complejas que pueden ser desmembradas y valoradas en proposiciones más sencillas hasta llegar a una fórmula simple. El lenguaje requiere de estipulaciones elementales.

⁴⁸ Habermas Jürgen, se conoce como el filósofo y sociólogo vivo de mayor realce en la actualidad, máximo exponente de la Escuela de Frankfurt, seguido por muchos a partir de su teoría sobre la racionalidad, la habilidad de pensar de forma lógica y analítica.

⁴⁹ Martínez-Buján, C. *La concepción significativa de la acción de T. S Vivés. op. cit.*, p.4.

⁵⁰ Mir, S. *Derecho Penal. op. cit.*, pp.189.

base del delito no es una forma única de acción o de omisión, sino la interrelación de estas en un comportamiento de mayor complejidad, unido al componente subjetivo de la intencionalidad directa o eventual y a la imprudencia del sujeto comisor.

Estos planteamientos nos hacen sumar nuestros votos a la postura que identifica a este delito como una figura autónoma, lo que en modo alguno apunta hacia una liberalidad ilimitada del legislador ni tampoco del juzgador; su integración, probanza, juzgamiento y castigo son retos de la generación de juristas de la llamada sociedad postmoderna.

EL CONCURSO DE DELITOS. EL CONCURSO REAL

Las reflexiones sobre el sujeto activo en el delito que se analiza, subyacen ante la existencia de dos delitos, uno previo y otro posterior, en los cuales puede existir sus propios protagonistas. Sin embargo, si bien existen los traficantes como actores en el delito base y el lavador en el delito posterior, por las relaciones que surgen entre estos; no solo de negocios sino también por las consecuencias jurídicas que se desprenden de esta relación, no es impedimento que el sujeto activo del lavado de dinero pueda ser el mismo autor del delito previo.

Los instrumentos jurídicos internacionales no establecen un criterio unánime ante esta situación,⁵¹ pero en gran medida sugieren, que al autor del delito previo no se le juzgue, adicionalmente, por el delito de lavado de bienes.

El elemento que se ha tenido en cuenta para exonerar de responsabilidad penal al autor del delito de lavado de activos cuando en él recae también la comisión del delito previo, ha sido lo que se reconoce doctrinalmente como hechos posteriores copenados.⁵²

Por actos posteriores puede comprenderse todas aquellas acciones posteriores a la ejecución del hecho delictivo que no son consideradas autónomas, por no afectar un nuevo bien jurídico; son actos que permiten asegurar o afianzar la finalidad perseguida. Su producción presupone necesariamente su

⁵¹ Convención de las Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, artículo 3; Reglamento modelo sobre delitos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de la CICAD, de 1999, artículo 2.

⁵² Quirós Pérez lo ha denominado la consunción y los actos posteriores. Véase Quirós, R., *op. cit.*, p. 280.

dependencia a la imputación del hecho principal.⁵³ La consumación material del delito permite afirmar la unidad alcanzada por ser el centro de gravedad del ataque criminal al no ocasionar un nuevo daño o perjuicio a la víctima o perjudicado con el hecho delictivo o afectar de manera general otro bien jurídico.

Seguir esta línea de pensamiento, resulta incongruente, pues cada uno de los delitos que puede ser cometido por el sujeto, o sea, el delito previo y además el lavado de activos, lesionan bienes jurídicos diferentes como bien se dejó establecido *ut supra*. Por tanto, consideramos que no debe ser beneficiado quien comete dos delitos autónomos, lo justo y atinado a los hechos realizados, es la aplicación de una sanción por cada delito cometido.

La regulación por tanto debe basarse en establecer la posibilidad de sancionar al autor por el delito de lavado de activos con independencia de su participación en el delito previo, lo cual hace que se constituya un concurso real, por la existencia de una pluralidad de hechos realizados por un mismo agente, lo que conlleva a una pluralidad de delitos.

El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable. En la doctrina se analizan varios principios que la fundamentan, en dependencia de la acogida que tenga en la doctrina penal y en los códigos penales de cada país en particular.

1. Sistema de acumulación material o aritmética: consiste en la aplicación estricta del principio *quot delicta tot poenae*, (a cada delito corresponde una pena) como consecuencia estricta de su empleo; implica que deben ser aplicadas cada una de las sanciones que en su momento se dictaron por la comisión de cada uno de los delitos perpetrados, unas a continuación de las otras de manera escalonada; por tanto todas deben ser fijadas y ejecutadas. Este procedimiento ha sido criticado porque en ocasiones no es posible física ni psicológicamente cumplir cada una de ellas; por ejemplo, la pena perpetua de libertad que excede en su cúmulo la vida del hombre. La acumulación

⁵³ El acto posterior será impune solamente cuando estrictamente pueda ser considerado como tal, es decir sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejecutada en otra dirección, lo cual no se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido en relación al poder de absorción de la figura anterior. Véase. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 222.

de todas las penas privativas de libertad es igual a sumar todas las penas por cada delito autónomo. La simple suma mecánica de estas penas impuestas al sujeto puede llegar a cantidades tan desproporcionadas con la esperanza de vida de un hombre, que entrañan una especie de hipócrita imposición de penas perpetuas.

2. Sistema de acumulación jurídica: nace del sistema de acumulación material y también es denominado de combinación; procede sumando las penas, pero fijando límites que no pueden exceder en dependencia de las regulaciones establecidas en los códigos penales; la responsabilidad es una sola y en consecuencia la pena de los casos de concurso debe ser una.
3. Sistema de absorción, *poena major absorvet minorem*: parte en tomar la pena correspondiente al delito más grave y considerar a los demás como circunstancias agravantes. Con la aplicación de este procedimiento se puede caer en crasos errores al presentar determinadas incongruencias en la práctica jurídico-penal, su insuficiencia puede ser tal que se lograría dejar en la impunidad un conjunto de hechos delictivos, lo que provocaría falta de certeza y de seguridad jurídica.

La segunda de las variantes es una de las más utilizadas, pero a la vez no niega los restantes numerales que se señalan, destacándose, además, por frenar el deseo del juzgador de sumar desenfrenadamente las penas previamente fijadas, sino de buscar una única pena con verdadero sentido de justicia.

La naturaleza compleja del delito de lavado de activos lo hace ser una tipicidad *sui generis* desde su denominación hasta su ritual probatorio y de castigo; no es un nuevo problema para los estudiosos del derecho penal, sino una forma diferente de análisis del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Arranz, V. (2006). «Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución cubana en ocasión de su XXX Aniversario», en *Revista Cubana de Derecho*, 28.
- Bacigalupo, E. (1998). *Principios de derecho penal*. Madrid.

- Barral, J. (2003). *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*. Buenos Aires.
- Blanco, I. (1999). *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Aranzadi.
- Vidal, C. (2000). *Los textos que cambiaron la Historia*. España: Planeta.
- García, A. (1996). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lamas, P. (1992). *Tráfico de drogas y lavado de dinero*. Lima: Servicios Editoriales AIDI de Arteta S.A.
- Heinz, K. y Heinz, Z. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Martínez-Buján, C. (1994). «La concepción significativa de la acción de T. S. Vivés», en *Estudios penales y criminológicos*.
- Mir, S. (1991). «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos, XIV*. Universidad de Santiago de Compostela.
- Morant, J. (2003). «El delito imprudente en la teoría del delito», en *Noticias Jurídicas*. Recuperado en enero de 2003, de www.noticiasjuridicas.com
- Muñoz, F. (1991). *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quirós, R. (2007). *Manual de derecho penal general*. La Habana: Félix Varela.
- _____. (2007). *Manual de derecho penal general*, La Habana: Félix Varela.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus.
- _____. (1992). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Editorial Argentina.
- _____. (1997). *Derecho penal, Parte general Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- _____. (2001). *Derecho penal, Parte general*. Madrid: Editorial Civitas,.
- _____. (1992). «Los últimos desarrollos de la política-criminal», en *Política-criminal y estructura del delito*. Madrid: PPU.
- Sainz, F. (1977). *Sistema de derecho financiero*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

FUENTES LEGALES CONSULTADAS

- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976.
- Ley núm. 87 de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria No.1 de 1999.
- Decreto Ley núm.316 de 2013.
- Ley 62 de 1987, Gaceta Oficial Núm.3 de 1987.

IX. La prevención, un medio para combatir el lavado de dinero

EDUARDO RAMÍREZ PATIÑO¹

INTRODUCCIÓN

Después de un largo proceso llevado a cabo por la comunidad internacional y por las autoridades mexicanas para atacar el problema del narcotráfico y del crimen organizado en general, donde el lugar común eran las medidas penales, con la tipificación de nuevos delitos y con el aumento de las penalidades, se ha entrado a una nueva etapa en que se considera como un factor importante contar con acciones de carácter preventivo y persuasivo en la comisión de ese tipo de hechos ilícitos, como es el de identificar las operaciones realizadas con recursos de procedencia ilícita a través de medidas de carácter administrativo, con un control encomendado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHYCP).² De ahí la denominación de este capítulo que tiene ese objetivo: analizar cómo se combate el lavado de dinero en México desde el ámbito administrativo.

Por ello, este trabajo tiene como propósito analizar la Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia ilícita, dado que es un intento federal de atender el flujo de recursos que generan una economía sustentada en actividades ilícitas, lo que ha permitido un círculo vicioso, por medio del cual se efectúan hechos indebidos con los que se obtiene un capital y, posteriormente, se financia la delincuencia.

¹ Eduardo Ramírez Patiño es doctor en Derecho, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, es Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Sinaloa, con adscripción en la Facultad de Derecho Culiacán.

² En lo sucesivo se utilizará la palabra Secretaría al referirse a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Esto permitirá no solo atender con tipos penales a quienes participan en la comisión de delitos en la denominada delincuencia organizada, sino también, revisando a otras fuentes sospechosas, intervenir en estos crímenes en contra de la humanidad, que en principio tenían que ver con las drogas, pero que han mutado a otros delitos, como secuestros, prostitución, tráfico de personas y de órganos, comercio informal, entre muchos más. Lo cual implica que es una razón de Estado combatir de manera eficaz estas manifestaciones criminales, porque de no hacerlo habría consecuencias más graves que las que ahora se viven.

El Estado mexicano se ha enfrentado desde hace varios sexenios a la delincuencia organizada como un factor real de poder, expresión acuñada por Lassalle, al considerar que son elementos a tomar en cuenta al momento de hacer una constitución.³

De acuerdo con los postulados de Lassalle, se diría que este tipo de organizaciones criminales tienen un poder de tal magnitud que hace que se elaboren políticas públicas⁴ de alto nivel para poder enfrentarlo, por ejemplo, las reformas constitucionales efectuadas al artículo 16 para tipificar la delincuencia organizada, así como las leyes en la materia y otras acciones de carácter administrativo. Porque esto es de la mayor trascendencia: «Tener en cuenta los factores reales de poder, que hincan su raíz en la conciencia social, constituye un límite político a la tarea del Constituyente».⁵ Entonces debe tomarse en consideración al crimen organizado ante el poderío que han generado. Por lo tanto, hoy es un tema de Estado.

Sin embargo, se debe de aceptar que en la historia de la humanidad siempre han existido medios ilícitos para conseguir dinero y recursos en general. Desde siempre las actividades económicas han tenido fuentes legales o ilegales, o bien en esta última hipótesis de carácter ilegítimo.

Por ejemplo, las invasiones entre comunidades o países, tomando como botín lo considerado en cada época como valioso, lo que incluyó a las personas en los tiempos del esclavismo o el vasallaje.

Era legítimo para el grupo vencedor, obtener beneficios a costa de los vencidos, y se prolongaba por el tiempo que duraba el dominio, para luego pasar, de ser el caso, a manos de otros pueblos guerreros.

³ Lassalle, F. (2002). *Qué es una Constitución*. España: Ariel.

⁴ Aguilar, L. (2007). *La hechura de las políticas*. México: Miguel Ángel Porrúa, p. 22.

⁵ Tena, F. (2011). *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa, p. 29.

También tuvo su legitimidad el coloniaje, donde las grandes potencias como España o Inglaterra, llegaban a un país y ponían a sus propios gobernantes con la encomienda de poblarla para dedicarse a la explotación de metales preciosos.

En los tiempos modernos, con las dos guerras mundiales, se generó la industria del armamento que da multimillonarias ganancias, porque quienes trafican con armas no tienen límites morales para hacerlo, creando situaciones conflictivas para que los países eroguen importantes recursos para adquirirlo, lo cual también es ilegítimo.

La explotación del petróleo ha sido otra fuente de hacerse de recursos de forma indebida para dominar al mundo en el plano económico y, con ello, los demás aspectos de las vidas de los países, como se ha visto con las relaciones existentes entre Estados Unidos de América y los países árabes.

Asimismo, se tiene el trabajo de las personas que se dedican a la producción de bienes y servicios, quienes reciben salarios ínfimos que no les permiten cubrir las necesidades más apremiantes, mientras que los patrones y dueños del capital cada día son más ricos, como es el caso de varios mexicanos considerados grandes millonarios del mundo.⁶

En la historia reciente se inscribe el surgimiento del fenómeno de la delincuencia organizada, organizaciones que no solo de manera ilegítima, sino también en franca contravención al orden jurídico establecido, han encontrado formas de hacerse de patrimonio.

En los primeros años del siglo xx fue el tema del alcohol, luego de la marihuana, heroína, cocaína, entre otras drogas, generando una amplia cadena de implicados desde su siembra, producción, traslado y distribución, lo cual implica involucrar de forma directa a miles de personas. Junto a ello también se requirieron personas para hacer que ese dinero circulara sin mayor problema y fuera socialmente aceptable, lo que provocó el denominado lavado de dinero.

El lavado de dinero se integra por dos voces. La primera que es «lavado» se considera como efecto de lavar, del latín *lavare*, la cual tiene entre otros sig-

⁶ En una nota periodística de *Milenio* se decía que: «Gates desbanca a Slim como el más rico del mundo: Forbes». En el texto se menciona que Bill Gates es el hombre más rico del mundo, mientras que el mexicano Carlos Slim ocupa el segundo lugar. Luego dentro de la lista aparecen varios mexicanos poseedores de grandes riquezas. Recuperado el 4 de marzo de 2014, de http://www.milenio.com/negocios/millonarios_Forbes-Gates-Slim-hombres_mas_ricos_del_mundo-Carlos_Slim_o_255574552.html

nificados el del: «limpiar algo con agua u otro líquido», también de «purificar, quitar un defecto, mancha o descrédito».⁷ Y la segunda voz dinero, del latín *denarius*, se considera como moneda corriente, así mismo como hacienda o fortuna.⁸

Conjugando las dos voces se puede decir que el lavado de dinero es quitar manchas a una fortuna, ya que las mismas son producto de actividades ilícitas, por lo cual es una conducta indebida.

Esto es porque la fortuna se generó a través de hechos ilícitos, por lo cual sus poseedores no tienen cabida socialmente y, además de ser un delito que se castiga con prisión, se considera como grave por estar catalogado como delincuencia organizada.

Los procedimientos de lavado de dinero son muy diversos y la cadena de actividades se suceden de tal manera que se generan varias conductas ilícitas. Esto porque «no basta con limpiar el dinero sino generar todo un esquema de protección para impedir que se pueda en una investigación detectar la procedencia ilícita de los mismos».⁹ Los componentes del lavado de dinero son la existencia de un delito previo, ocultar el origen de los activos y la inversión, goce y disfrute de los bienes.¹⁰

Las situaciones que generan el lavado del dinero son de variada índole, lo que ha permitido establecer que:

- a) Los bienes obtenidos ilícitamente, para contar con una apariencia legal, deberán de pasar por una serie consecutiva de actos.
- b) El elemento material y objetivo principal del lavado de dinero consiste en esconder la procedencia ilícita de los bienes, para lo cual se realiza una serie de actos que disfracen y le den un carácter de legal.
- c) El acto de simulación tiene como propósito el que dichos bienes puedan ser aplicados en mercados financieros o en transacciones mercantiles u otras totalmente legales que no generen desconfianza en el origen del recurso.¹¹

⁷ Real Academia Española, (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. México: Espasa, p.1355.

⁸ *Ídem*, p. 826.

⁹ Ferrusquía, M. (2013). *El sistema jurídico en lavado de dinero*. México: Flores Editor, p. 20.

¹⁰ *Ídem*, p. 16.

¹¹ *Ídem*, p. 7.

De lo transcrito se derivan elementos para ubicar la existencia del lavado de dinero, al decir que los bienes de procedencia ilícita serán sometidos a un proceso para esconder el origen ilegal con una serie de actos que los disimulan como lícitos, y así puedan ingresar al mundo financiero o comercial como bienes obtenidos de manera normal.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹² en el artículo 16, en su párrafo noveno, se dice que «Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia». La caracterización de esa conducta se podría decir que engloba al lavado de dinero, en virtud de que, como ya se dijo anteriormente, este es todo un procedimiento que abarca varias actividades para que se configure como tal.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, en su numeral dos, se recoge el contenido del párrafo noveno del citado artículo 16 constitucional y se enlistan los delitos en que se da la hipótesis, donde se incluye a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, con lo cual de forma expresa se le tipifica como delincuencia organizada.

El delito de lavado de dinero se encuentra en el artículo 400 bis del Código Penal Federal, el cual en siete párrafos establece los tipos y las sanciones a que se harán acreedores quienes se ubiquen en las hipótesis descritas en dicho numeral.

En los párrafos primero y sexto del mencionado artículo 400 bis se mencionan los elementos del tipo del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los cuales de manera textual expresan que:

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer

¹² En lo sucesivo se utilizará la palabra constitución al referirse a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

El delito de lavado de dinero se imputa a las personas que utilicen bienes o servicios con conocimiento de que son resultado de acciones fuera de derecho, con el objetivo de ocultar su origen o con los mismos impulsar una actividad ilícita.

El mismo artículo 400 bis expresa que se aplicará la misma sanción a los funcionarios de las instituciones financieras que se involucren; no obstante, cuando se trate de servidores públicos la pena se aumentará en una mitad, además de que se les inhabilitará para ejercer el cargo.

Finalmente, en esta descripción de los ordenamientos jurídicos se tiene a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, de carácter administrativa, cuya aplicación corresponde a la SHYCP.

De tal forma que en el tema del lavado del dinero se tiene lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo expresado en el numeral 400 bis del Código Penal Federal y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, siendo esta última la que se analizará en éste espacio.

De lo reseñado tenemos que a nivel nacional se tienen ordenamientos diversos para atender el lavado de dinero, como son los de carácter penal y administrativo, lo cual hace ver que este problema está atendido desde diferentes ópticas, interesando para efectos de trabajo solo la última ley.

ATENCIÓN AL LAVADO DE DINERO DESDE LO ADMINISTRATIVO

Después de muchos años de proyectos e intentos de crear una regulación jurídica de carácter administrativo para atender el problema del lavado de dinero, el 17 de octubre de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de

Procedencia Ilícita,¹³ la cual inició su vigencia el 17 de julio de 2013, nueve meses después de su publicación conforme a lo dispuesto en su artículo primero transitorio.

En diferentes etapas de la historia se implementaron medidas de carácter penal o fiscal para atacar el lavado de dinero, pero los resultados no fueron lo suficiente satisfactorio, ante lo cual se pensó en una ley que, aunque su naturaleza jurídica es de orden administrativo, se relacionara con el derecho penal, mercantil, financiero, de responsabilidades de servidores públicos, entre otros.

Es decir que se abordara el tema desde el mayor número de puntos de vista que tuvieran relación con las operaciones con recursos de procedencia ilícita para efectos de que fuera una ley guía o rectora de la actividad estatal para contrarrestar los ilícitos financieros, pero que en la realidad constituyen un círculo de acciones que se involucran.

El denominado lavado de dinero es para blanquear el dinero negro, que es el obtenido de delitos, que van desde el narcotráfico, secuestro, extorsión, comercio de bienes con origen ilícito, ya sea por robo o ingreso ilegal al país.

Esto hace que ese dinero se convierta en circulante lícito, que luego permitirá financiar actividades delictivas, de las que se obtendrán recursos económicos que se tendrán que blanquear para otra vez seguir el ciclo citado.

Entonces el objetivo del gobierno federal es tener un marco jurídico que permita, con un abanico de disposiciones variadas, atacar todos los aspectos visibles de esta actividad criminal.

Por eso, llama la atención que se prevea como de aplicación supletoria el Código de Comercio, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.

Ello porque existe un concepto fundamental en la Ley, como eje de la misma, que es el de actividades vulnerables, las que se refieren a los actos jurídicos que se consideran que pueden ser indicio de una operación con recursos de procedencia ilícita. De tal manera que, toda persona que entre relación con quienes efectúen actividades vulnerables deba dar un aviso a las autoridades administrativas rectoras en la materia para que, de ser el caso, se realicen las investigaciones que correspondan.

¹³ En lo sucesivo se utilizará la palabra «Ley al referirse a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia ilícita».

Así en los actos de comercio que se realicen pueden involucrarse actividades vulnerables, ya sea por personas físicas o morales, lo que regula el Código de Comercio y que, por tanto, de presentarse el supuesto, este se deberá aplicar de manera supletoria.

Del mismo modo, cuando se realicen actos jurídicos de enajenación, como compraventas de bienes inmuebles, se aplicará el Código Civil Federal, y en su caso los códigos civiles de las entidades federativas, donde por cierto, intervienen notarios públicos para la celebración de las operaciones respectivas, por lo cual también serán de aplicación las leyes del notariado según sea la entidad federativa de que se trate.

En la Ley se establecen sanciones que se impondrán en las hipótesis que se precisan en la misma. Para hacerlo, y de acuerdo con lo previsto por el artículo 16 de la Constitución, deberá hacerse mediante mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, lo cual podrá hacerse con la aplicación supletoria, para este caso, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que contiene las etapas y trámites que se deben seguir para la aplicación de la sanción.

En lo que se refiere a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, será de aplicación supletoria por la obligación que tienen las autoridades que tengan acceso a los datos de actividades vulnerables para guardar secrecía y no divulgarlos cuando se trate de información que sea considerada como confidencial o de carácter reservado en los términos de la ley citada en este párrafo.

En cuanto a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, también se aplicará de forma supletoria para garantizar que los datos personales deban ser resguardados en las condiciones que esta última ley previene.

El marco jurídico supletorio que de manera expresa señala la Ley, como se observa, constituye un amplio espectro, además de otros ordenamientos jurídicos que serán aplicables, por ejemplo, las leyes del notariado de las entidades federativas que se mencionan anteriormente, por lo cual comprenden un catálogo extenso, por la naturaleza de la ley y de lo que se deriva su objeto, que es para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Como se mencionó con anterioridad, el objetivo de la ley es de largo alcance, porque lo que regula conductas que provocan situaciones graves para la economía y la seguridad pública del país, e incluso de impacto internacional,

porque como es ampliamente conocido, las redes de la delincuencia organizada se extienden en todo el mundo.

En el caso de Culiacán, Sinaloa, por ejemplo, es comentado que existen muchas empresas que se han creado simplemente para lavar dinero, porque, por ejemplo, al ver los movimientos de clientes, la ubicación de los comercios, el tipo de bienes que venden, no justifican la inversión que tiene que ver con pago de rentas, de servicios y de personal, sin embargo siguen funcionando.

En otros ejemplos de situaciones que sucedían, no hace muchos años, los casos de personas que llegaban a una agencia de vehículos y compraban con dinero en efectivo un automóvil de lujo, o bien adquirirían casas o departamentos de esa misma forma.

Por supuesto que esto generaba una derrama económica que impactaba de manera positiva, a corto plazo, la economía local, pero que tenía sus altibajos cuando las ganancias por los hechos ilícitos disminuían y muchas personas que dependían de esas ganancias se quedaban sin ellos, lo que generaba sobre todo en los jóvenes, por ejemplo con las propinas desproporcionadas en los restaurantes, que quedaban mal acostumbrados, a que buscaran la manera de reponer esos ingresos lo que provocaba que los llevara a delinquir.

De esa manera se vivía una economía de ficción que no correspondía a la realidad de lo que se producía o se hacía, generando condiciones que la mayoría no podía asumir, con ritmos de vida que no eran compatibles con los ingresos reales.

Esto ha provocado, se decía con anterioridad, un círculo vicioso de ingresos indebidos, de una actividad ilícita se pasa al lavado de dinero, más actividad ilícita y luego otra vez lavado de dinero, ante lo cual ahora se están pagando las consecuencias de una delincuencia organizada y fuerte que desafía al Estado mexicano.

Por eso, con la ley y con otras acciones legislativas el gobierno de la república atiende el problema, y se espera que a corto plazo se tengan resultados positivos, pero que deben ir acompañados de la creación de fuentes de empleos bien remunerados.

Además, y como ya se planteó en otra parte, éste problema es de carácter mundial, por lo cual se han adoptado instrumentos jurídicos de derecho uniforme, donde destacan la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Peligrosas –también llamada Convención de Viena–, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional –denominada también Convención de Palermo.

DERECHO INTERNACIONAL CONTRA EL LAVADO DE DINERO

En esta parte del trabajo se retomarán las convenciones citadas, con el propósito de rescatar los objetivos que persiguen, en general para atacar el problema de la delincuencia organizada a nivel internacional y la cooperación de los Estados, de manera particular se comentarán aquellos aspectos que tengan que ver con el lavado de dinero y las disposiciones que las regulan para su atención.

En primer término hay que decir que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Peligrosas fue adoptada el 20 de diciembre de 1988, la cual contiene treinta y cuatro artículos, dentro de los cuales se contienen disposiciones aplicables a la materia.

Por supuesto que la Convención de Viena es más que nada para el tema del tráfico de estupefacientes, donde se contemplan aspectos que tienen que ver con el lavado de dinero con operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Por esa razón los rubros de los artículos corresponden, entre otros, a delitos y sanciones; decomiso; extradición; asistencia judicial recíproca; remisión de actuaciones penales; formas de cooperación y capacitación; cooperación internacional y asistencia a los Estados de tránsito; entrega vigilada; sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas; medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; transportistas comerciales; documentos comerciales y etiquetas de las exportaciones; tráfico ilícito por mar; zonas y puertos francos; utilización de los servicios postales; información que deben suministrar las partes.

En el preámbulo de la Convención de Viena, en su párrafo cuarto se reconocen: «los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados». Con ello, los efectos perniciosos del tráfico, el que en el ámbito de las economías de los Estados son una amenaza para su estabilidad en todos los órdenes. De ahí la importancia de atender el tema del lavado de dinero.

También se expresa, en el párrafo sexto que: «el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las

estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles». Esas ganancias que generan tanta riqueza, hacen que las estructuras del gobierno y de la propia sociedad civil se vean ante el peligro de sucumbir, como se ha vivido en varios países del mundo.

Llama la atención que en el mismo preámbulo se hable de la preocupación por la utilización de niños en el tráfico en sus diversas modalidades, lo que implica una descomposición social y el crecimiento de una generación dañada desde sus cimientos lo que preocupa por la falta de tranquilidad que posteriormente se tendrá. Esto también se observa en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en el 20 de noviembre de 1989, la que en su artículo 33 expresa que, entre otras cosas, los Estados partes deben tomar medidas para impedir que se utilice a los niños en la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes.

Dentro de las definiciones que se contienen en el artículo 1 de la Convención de Viena, son de citarse los de decomiso y embargo preventivo o incautación.

También se define al decomiso expresando que se le entiende como «la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente». Por su parte, se dice que: «es la privación de bienes de una persona, decretada por la autoridad judicial a favor del Estado, aplicada como sanción a una infracción».¹⁴ Por lo cual podrán optar, como una sanción, los Estados parte para atacar el problema del tráfico, incluidos los bienes y los recursos económicos con los que se pretenda lavar dinero.

En cuanto al embargo preventivo o incautación se le entiende como «la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente». Esta es una medida preventiva para evitar la movilidad de bienes y recursos, en tanto se toman acciones definitivas, para que los autores de los hechos ilícitos no los vayan a esconder o a enajenar.

En el artículo 2 de la citada convención se previene que se promoverá la cooperación entre los Estados partes, a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional, entre ellas las

¹⁴ (2011) *Diccionario Jurídico Mexicano*, México: Porrúa-UNAM, p. 994.

de carácter legislativo, como sucede con la Ley que regula las operaciones con recursos de procedencia ilícita que es la que se comenta en éste trabajo.

Son de la mayor importancia las disposiciones contenidas en los incisos b y c del párrafo uno del artículo 3, que se refiere a delitos y sanciones que los Estados partes deberán de crear en su legislación, donde se habla de tres tipos de conductas que encuadran en el tema del lavado del dinero, como son la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes son de procedencia ilícita; la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes; adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes son de origen ilícito.

Por su parte la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, firmada el 15 de noviembre del año 2000, que contiene cuarenta y un artículos, es un antecedente y referencia al tema del lavado de dinero, porque además de tratar en general la regulación internacional de la delincuencia organizada, toca de manera específica el lavado del dinero y la cooperación mundial para atacar éste problema.

En su preámbulo, en su párrafo décimo primero, menciona que se considera que la citada convención constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, que es parte de la serie de ilícitos que se derivan de la delincuencia organizada y que hay que combatir por los efectos perniciosos que tiene, lo cual es congruente con los fines de la misma según lo previene su artículo primero.

En el número dos, se contienen las definiciones de grupo delictivo, bienes, producto del delito, embargo preventivo o incautación, decomiso y entrega vigilada que ya contenía la Convención de Viena de 1988.

En la misma convención, en su artículo 6 se dan reglas para la penalización del blanqueo del producto del delito, de manera particular en su párrafo primero, que dice que los Estados parte, tomarán medidas legislativas y de cualquier otra índole para tipificar como delito, cuando de manera intencional se dé la conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

Sigue diciendo el artículo 6, que será delito la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propie-

dad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

Entonces será delito la conversión de bienes de origen ilícito para disimular su origen y aparentar que es lícito. Y por otro lado, la ocultación de bienes productos de delitos. Estos son los fundamentales además de otros que se derivan de estos tipos penales y que se desarrollan in extenso en el mencionado artículo 6 de la Convención de Palermo.

Por su parte, su artículo 7, señala las medidas que se deben implementar para combatir el blanqueo de dinero a través de establecer una reglamentación y supervisión de instituciones financieras, así como de cualquier otro ente que pueda servir para el blanqueo de dinero.

Así mismo, se verá la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

Lo que en alguna medida se está haciendo en México, con la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, con leyes de carácter fiscal, con una codificación penal *ad hoc* con leyes electorales y con la ley de instituciones de crédito, entre otras, de tal manera que el denominado secreto bancario cada día es menor en relación a lo que pueden hacer las autoridades para detectar situaciones de blanqueo de dinero.

De manera prioritaria es el establecimiento de la cooperación internacional como lo promueve la Convención de Palermo, para detectar y tener conocimientos de los movimientos financieros y el flujo de dinero en efectivo, porque el problema fundamental, para los Estados partes, es que la delincuencia organizada tiene conexiones en todos los países.

El párrafo quinto del numeral 12 de la Convención de Palermo, que hace referencia al decomiso e incautación, alude de forma directa a los bienes obtenidos por el blanqueo de dinero, los que podrán sustraerse de la propiedad de los delincuentes en los términos siguientes: «Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito».

ACTIVIDADES VULNERABLES

El Estado mexicano en cumplimiento de las Convenciones de Viena y de Palermo ha realizado una serie de acciones de carácter legislativo y de otra naturaleza, con el propósito de combatir la delincuencia organizada y con ello también el lavado de dinero.

Entre otras medidas, como ya se dijo, se aprobó la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la cual contiene el concepto de actividades vulnerables a partir de las cuales se puede dar seguimiento a posibles casos de lavado de dinero y todo lo que ello implica en el ordenamiento jurídico que le es aplicable.

Las actividades vulnerables, que serán objeto de identificación, se mencionan en el artículo 17 de la ley, siempre y cuando las cantidades o montos de la actividad sean iguales o superiores a las que ahí mismo se previenen para cada caso, las que se citarán en los siguientes párrafos. Estas actividades vulnerables, según se desprende de la ley, son todas aquellas que realizan las personas y que por su naturaleza pueden ser fuentes de recursos que se obtuvieron de forma ilícita, por lo cual serán objeto de supervisión y, en su caso, de una denuncia e investigación.

Por eso se consideran a los juegos de apuestas, concursos y sorteos realizados por los organismos descentralizados o por personas de derecho privado que cuenten con autorización. Éste tipo de operaciones cuando las cantidades que se manejen sean superiores a las que indica la ley deben ser informadas por la naturaleza que revisten en esos actos de juegos y sorteos que pueden ser medios para el lavado de dinero.

La emisión o comercialización, habitual o profesional, de tarjetas de servicios, crédito, tarjetas prepagadas y de todas aquellas que constituyan instrumentos de almacenamiento de valor monetario, que no sean emitidas o comercializadas por entidades financieras.

La emisión y comercialización habitual o profesional de cheques de viajero, distinta a la realizada por las entidades financieras. El ofrecimiento habitual o profesional de operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, con o sin garantía, por parte de sujetos distintos a las entidades financieras.

La prestación habitual o profesional de servicios de construcción o desarrollo de bienes inmuebles o de intermediación en la transmisión de la propiedad o constitución de derechos sobre dichos bienes, en los que se involucren operaciones de compra o venta de los propios bienes por cuenta o a favor de clientes de quienes presten dichos servicios.

La comercialización o intermediación habitual o profesional de metales preciosos, piedras preciosas, joyas o relojes.

La subasta o comercialización habitual o profesional de obras de arte, en las que se involucren operaciones de compra o venta de dichos bienes.

La comercialización o distribución habitual profesional de vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres, así como los servicios de blindaje incluidos bienes inmuebles.

La prestación habitual o profesional de servicios de traslado o custodia de dinero o valores, con excepción de aquellos en los que intervenga el Banco de México y las instituciones dedicadas al depósito de valores.

La prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo: la compraventa de bienes inmuebles o la cesión de derechos sobre estos; la administración y manejo de recursos, valores o cualquier otro activo de sus clientes; el manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores; entre otros.

En el caso de los notarios públicos, se tienen entre otros actos, la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles, salvo las garantías que se constituyan en favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda; el otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable; la constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas.

Cuando se trate de corredores públicos, se enumeran a manera de ejemplo, la realización de avalúos sobre bienes; la constitución de personas morales mercantiles, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de personas morales mercantiles.

La recepción de donativos, por parte de las asociaciones y sociedades sin fines de lucro, que pueden ser una fuente importante para el lavado de dinero por el objeto altruista que se persigue.

La prestación de servicios de comercio exterior como agente o apoderado aduanal, mediante autorización otorgada por la SHYCP, para promover por cuenta ajena, el despacho de mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos en la Ley Aduanera.

En la aplicación de la ley ocupa el papel más importante la secretaría, para ello se le conceden varias facultades, donde destaca la de recibir los avisos de

actividades vulnerables; requerir la información que le sea necesaria para el desempeño de sus funciones; proporcionar la información a la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, para los efectos legales que correspondan.

Así mismo, establecer coordinación con otras autoridades sobre la materia; presentar las denuncias respectivas ante el Ministerio Público; requerir la comparecencia de infractores a la ley; conocer y resolver los recursos de revisión en contra de las sanciones aplicadas; entre otras.

Por su parte la Unidad Especializada en Análisis Financiero tiene entre otras funciones las de diseñar e implementar mecanismos de análisis de la información financiera relacionada con los avisos de actividades vulnerables de forma principal; participar en el diseño de programas de capacitación en análisis financiero y contable; conducir la investigación para la obtención de indicios o pruebas vinculadas a operaciones con recursos de procedencia ilícita; emitir dictámenes y peritajes en materia de análisis financiero.

Las entidades financieras con las cuales entran en relación las personas con algunas actividades vulnerables tienen obligaciones como las de establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que tengan que ver con el lavado de dinero.

Dentro de los capítulos de la ley, se encuentra lo dispuesto por el artículo 32, en cuanto al uso de efectivo o metales, donde se establece la prohibición para cumplir obligaciones o realizar actos jurídicos en los que se pague en efectivo, ya sea en efectivo, divisas o metales preciosos, por ejemplo cuando superen las tres mil doscientas veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Por ejemplo, las transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres, así como la prestación de servicios de blindaje.

Las transmisiones de propiedad de relojes, joyería, metales preciosos y piedras preciosas, ya sea por pieza o por lote, y de obras de arte.

Por su lado, la cantidad igual o superior a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal no podrá ser pagada en efectivo en la constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles.

En el apartado de las consecuencias jurídicas por realizar operaciones con recursos de procedencia ilícita, existen sanciones administrativas y la prisión por la comisión de delitos.

Las sanciones administrativas por incumplimiento de las obligaciones que impone la ley a los sujetos de la misma, se pueden enumerar, entre otras, las que enseguida se señalan.

La cuantía de las multas va desde los doscientos hasta los sesenta y cinco mil días de salario mínimo general vigente en Distrito Federal.

También, en su caso, se dará la revocación de permisos de juegos y sorteos. La cancelación de habilitación al corredor público y, en la hipótesis de los notarios públicos, la secretaria dará parte a la autoridad estatal que corresponda para que después del procedimiento respectivo le revoquen la función.

Así mismo, a los agentes aduanales que incumplan las disposiciones de la Ley se les cancelará la autorización para el ejercicio de esa actividad.

Los delitos que se tipifican son en contra de quienes otorguen información falsa, de las autoridades que divulguen información, así como también se agravarán las penas cuando quien cometa el ilícito sea, al momento de cometerlo o haya sido dentro de los dos años anteriores a ello, servidor público encargado de prevenir, detectar, investigar o juzgar delitos. Las penalidades van de dos a veinte años de prisión y en el caso de la intervención de autoridades se les inhabilitará para desempeñar el cargo.

CONCLUSIONES

El dinero y bienes en general obtenidos de forma ilegítima o ilícita siempre han existido en la historia de la humanidad.

Desde los tiempos más antiguos en que se daban las confrontaciones entre tribus, familias y poblaciones, hasta las grandes guerras mundiales del siglo xx, permitían a los vencedores hacerse de recursos provenientes de los vencidos.

Lo cual se analiza como asunto de Estado, en protección a los intereses de cada uno de los países o bien en defensa ante una intromisión, lo cual en alguna medida se ha legitimado por los organismos internacionales y las alianzas existentes entre los países.

Por otro lado, también los particulares se han hecho de patrimonio de manera ilícita, los que son considerados como delitos, los que se han tipificado según la época histórica con las correspondientes penalidades.

Es en los últimos tiempos, que aparte de observar como fenómeno social la comisión de hechos ilícitos, los delincuentes se han dado a la tarea de incorporar los recursos de procedencia ilícita en bienes que puedan ser moralmente

aceptados, mediante las inversiones reales o simuladas para producir un dinero que aparenta provenir del esfuerzo del trabajo lícito.

De esta forma surge el lavado de dinero, decimos como un momento histórico convencional, la venta de alcohol de manera ilegal en Estados Unidos, las fortunas que se formaban y los negocios que se creaban dando a sus titulares la apariencia de personas de bien.

Con la idea de atacar estos problemas se han creado delitos en los distintos códigos penales y en legislaciones específicas.

En una segunda etapa se han ido agravando las penas para quienes intervienen en los delitos que se mencionaron, hasta llegar al tema de la delincuencia organizada con una ley específica para su regulación.

En una tercera etapa se encuentra la nueva ley para Prevenir e Identificar las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que como su nombre lo indica tiene como objetivo prevenir el lavado de dinero a partir de las disposiciones que obligan a informar a empresas y profesionistas de aquellas actividades que se consideran más vulnerables.

Es decir el marco jurídico del lavado de dinero sé amplia para abarcar más participación del gobierno, prevenir y en su caso sancionar estas conductas; tanto en el ámbito penal como en el relativo a lo administrativo.

Así mismo, con las leyes de carácter administrativo, los profesionistas y empresas, están obligados a informar de actos que puedan ser considerados como posibles casos de lavado de dinero.

Entonces hay una acción conjunta del gobierno y de la sociedad para atender estas conductas que generan una riqueza efímera y transforma los hábitos y cultura de las comunidades, lo cual genera inestabilidad económica.

Estos ordenamientos jurídicos con los que cuenta el Estado mexicano, además responder a las necesidades de su realidad económica y social, son consecuentes con las disposiciones contenidas en el derecho internacional, de manera particular en relación con la Convención de Viena y Convención de Palermo.

La primera para atacar los delitos derivados por el narcotráfico desde la cooperación internacional y la segunda para perseguir a quienes se unen para realizar de modo permanente conductas ilícitas que revisten particular gravedad, donde tiene cabida el lavado de dinero.

De acuerdo con lo señalado, son varias las opciones para atacar al lavado de dinero, o más bien se trata de un complejo de ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, penales, administrativos, fiscales y de responsabilidades oficiales para su prevención, identificación y sanción.

Como se desprende del contenido de éste documento la orientación fue para analizar la Ley sobre Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, cuya aplicación corresponde a la SHYCP. Donde son sujetos obligados empresas, particulares, funcionarios de instituciones financieras y servidores públicos relacionados con las actividades vulnerables.

Estas últimas, las actividades vulnerables, las que describe la ley y las que en su momento se realicen o se tenga alguna relación con esas operaciones deberán ser sujetas a una identificación y en su caso a ser informadas a la SHYCP.

En estas operaciones, en general se establece que tengan una valoración en dinero a un límite, por ejemplo los juegos de apuestas, en donde las cantidades, sean iguales o superiores a trescientas veinticinco veces el salario mínimo, deberán ser identificadas. Mientras que si es igual o superior a seiscientas cuarenta y cinco veces de salario mínimo deberán ser objeto de aviso ante la Secretaría.

Las actividades vulnerables son entre otras, las relacionadas con juegos de azar y apuestas; la utilización de tarjetas de servicios o cheques de viajeros que no sean emitidas por entidades financieras; la construcción y compraventa de inmuebles; la comercialización de metales preciosos o joyas; la subasta de obras de arte; la comercialización de vehículos y su blindaje; los servicios de traslado de dinero; la prestación de servicios profesionales en ciertas actividades.

Por otro lado, en la ley en cuestión se prohíbe cumplir con dinero las obligaciones derivadas de comercialización de vehículos, bienes inmuebles, joyas, boletos para juegos, entre otras, a partir de cierta cantidad, por ejemplo inmuebles con un valor igual o superior a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo.

Los sujetos obligados para identificar o en su caso dar aviso de actividades vulnerables, así como de no permitir operaciones en efectivo en montos indicados por ley, son las empresas que se dedican a esas actividades.

Así mismo, tienen responsabilidad los fedatarios como notarios públicos, corredores públicos y en general a toda persona, a la que la ley conceda esas facultades, y también debe incluirse a agentes aduanales.

En caso de que la SHYCP considere que hay elementos para presumir la existencia de un ilícito, lo hará del conocimiento de la Procuraduría General de la República, que actuará en principio por medio de la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría. Las sanciones que establece la ley son de doble naturaleza, por un lado de carácter administrativo y por otro

de orden penal. Las sanciones administrativas tienen que ver con la aplicación de multas desde doscientos hasta sesenta y cinco mil días de salario mínimo.

Otras sanciones son revocación de permisos de juegos o sorteos; cancelación de habilitación al corredor público; cesación de la función del notario público, en los términos de las leyes locales; así como la cancelación de la autorización otorgadas a los agentes aduanales.

En relación a los delitos son dos los que se tipifican, ya sea dar información falsa de los avisos o alterar dicha información, con una penalidad de dos a ocho años. El otro delito es aplicable a los servidores públicos de las dependencias involucradas, en el supuesto de que utilicen indebidamente información a la que tengan acceso, con una pena de prisión que va de cuatro a diez años.

De esta manera, el Estado mexicano, en cumplimiento a los tratados internacionales y a lo que prevé la Constitución, con esta ley pone un obstáculo más a la delincuencia organizada para identificar las operaciones realizadas con recursos de procedencia ilícita.

Esto a través de determinar actividades que puedan ser consideradas vulnerables, procediendo a identificarlas y, en su caso, dar el aviso correspondiente a la SHYCP, para que de ser así, se apliquen las sanciones respectivas, y comunicar a la Procuraduría General de la República para efectos de que se integre la averiguación previa y se inicie el procedimiento penal conforme a derecho.

Con esta ley se involucra a todas las personas que intervienen en las actividades comerciales más importantes y que pueden ser fuente de lavado de dinero, para llevar una supervisión más efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Villanueva, Luis F. (2007) *La hechura de las políticas*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- Real Academia Española. (2001) *Diccionario de la lengua española*. México: Espasa.
- (2011) *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa-UNAM, 2011.
- Ferrusquía Canchola Manuel. (2013) *El sistema jurídico en lavado de dinero*. México: Flores Editor.
- Lasalle, Ferdinand. (2002) *Qué es una Constitución*. España: Ariel.
- Tena Ramírez, Felipe. (2011) *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa.

FUENTES LEGISLATIVAS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Penal Federal.
Código de Comercio.
Código Civil Federal.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Peligrosas.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
Convención sobre los Derechos del Niño.
Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.
Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia ilícita.
Reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia ilícita.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

http://www.milenio.com/negocios/millonarios_Forbes-Gates-Slim-hombres_mas_ricos_del_mundo-Carlos_Slim_o_255574552.html

X. Análisis del papel vulnerable de las mujeres en la legislación sobre el lavado de dinero

SOFÍA BARRAZA VALENZUELA¹
CÉSAR ALONSO AMADOR MEZA²

INTRODUCCIÓN

La delincuencia busca ingresar las ganancias de las actividades ilícitas a la economía formal, dañando de este modo el sistema financiero y creando graves desequilibrios económicos. Los Estados han desarrollado estrategias para desalentar los delitos derivados de ese fenómeno, al sancionar el uso de estos recursos.

El presente trabajo consistió en una investigación sobre la situación actual de las mujeres y la forma en que se ven afectadas por los recientes cambios en la legislación sobre el lavado de dinero en México.

Para este propósito, se hizo un análisis de la regulación internacional y nacional sobre el lavado de dinero, para determinar cómo han actuado los organismos internacionales y nuestro país frente a ese problema.

SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA ACTUALIDAD

En las sociedades modernas las mujeres ha incrementado su participación, en el ámbito público, productivo y político, con un incipiente mayor ingreso económico e intervención en las decisiones, sin embargo, a pesar de esa incorpo-

¹ Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho e integrante del Cuerpo Académico en Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Sinaloa.

² Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, abogado, profesor de la Universidad de Occidente, Sinaloa.

ración a los espacios públicos, las mujeres tienen los mayores niveles de pobreza en el mundo, fenómeno identificado como la «feminización de la pobreza», siguen sufriendo discriminación en cualquier entorno en que se desenvuelvan, ya sea familia, trabajo, política, etcétera.

Phumzile Mlambo-Ngcuka, Secretaria General Adjunta de las Naciones Unidas y Directora Ejecutiva de la ONU Mujeres para el Día Internacional de la Mujer 2014, hizo una declaración el 03 de marzo del mismo año señalando importantes desafíos como la pobreza, desigualdad, violencia contra las mujeres y niñas e inseguridad; afirmó que «Erradicar la pobreza de las mujeres conlleva una reducción significativa y fundamental en la pobreza extrema en todo el mundo».³

En México se dio a conocer por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía que por nivel de instrucción en todos los niveles educativos, los hombres ganan más que las mujeres.⁴

Las dos referencias anteriores corroboran la precaria situación económica de las mujeres en nuestro país y el mundo y el hecho de que la mejoría de las mujeres en éste aspecto, implica también la del resto de la población.

En América Latina la sociedad impone a la mujer el rol tradicional en el espacio privado, con el respectivo sometimiento al género masculino, lo que se refleja en ámbitos diferentes de la vida social, como lo son sus relaciones en la familia, amistades y trabajo. Lo anterior conlleva diversas formas de discriminación hacia las mujeres que constituyen una violación a su derecho humano a la igualdad.

Para Fernández, los ámbitos público y privados se explican a partir del contrato, y mujeres y niños no son sujetos de éste, por lo que su posibilidad de circulación se despliega en el mundo privado a través de la figura de la tutela, en el caso de las mujeres, primero por el padre y luego por el marido y sus sentimientos se expresarán en las figuras de la esposa y madre.⁵ El fenómeno de dominación de los hombres sobre las mujeres se conoce como patriarcado.

En tiempos recientes y como consecuencia de la lucha del feminismo, el cual ha interpelado moralmente al patriarcado y ha desarrollado acciones po-

³ *Igualdad para las mujeres: progreso para tod@s*, Disponible en: www.unwomen.org/es/news/stories/2014/3/executive-director-message-for-iwd-2014.

⁴ *Estadísticas a propósito del día internacional de la Mujer*, Disponible en: www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/mujer.O.pdf.

⁵ Fernández, Ana María. *La mujer de la ilusión. Pactos y contratos entre hombres y mujeres*. Paidós, p. 71-72.

líticas diversas con el objetivo de desactivar éste sólido sistema de dominación, según explica Cobo⁶; se ha logrado que las políticas públicas nacionales se fundamenten en el principio de respeto a los derechos humanos, que han reflejado la necesidad de generar condiciones de igualdad entre los sexos.

La igualdad es un derecho humano que se protege en éste país como una garantía individual, y por ende, un derecho fundamental que debe de ser comprendido desde el punto de vista jurídico, ya que independientemente de la obvia diferencia sexual entre mujer y hombre, la norma suprema establece que cargas y provechos, derechos y obligaciones deben compartirse proporcionalmente en el hogar, en el trabajo y en todos los ámbitos de la vida.

El Instituto Nacional de las Mujeres de México, expone que, techo de cristal es: «la barrera invisible que resulta de un complejo entramado de estructuras en las organizaciones gestionadas por los hombres, que impide veladamente a las mujeres el acceso a puestos de responsabilidad. Hace referencia a las dificultades que a menudo encuentran las mujeres, por lo general en el mercado laboral, para desarrollar plenamente sus capacidades, dificultades vinculadas a estereotipos y prejuicios acerca de sus roles. Se refiere a las formas de discriminación indirecta que obstaculizan la promoción de las mujeres.»⁷ En realidad, dichas restricciones resultan invisibles y difíciles de detectar por no existir mecanismo formal o informal al cual pudieran atribuirse.

La división sexual del trabajo establecida con base en las diferencias sexuales, es sin duda, un aspecto que ha contribuido a la subordinación de las mujeres, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos reconoce la presencia de ese fenómeno, pues la división genérica del trabajo significa que socialmente al hombre se le ha dado el rol de «proveedor» de la familia y a la mujer el de «reproductora», responsable del hogar y la crianza de los hijos.⁸

La desigualdad respecto al género, se aprecia en factores económicos, políticos, jurídicos, culturales y sociales, y es comprendida como la distancia y asimetría entre mujeres y hombres. Las mujeres han sido relegadas a la esfera privada y los hombres han pertenecido a la esfera pública, lo que ha derivado

⁶ Cobo, Rosa. (2011) *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción patriarcal*. Madrid: Catarata, p. 191.

⁷ Instituto Nacional de las Mujeres. (2007) *Glosario de términos relacionados con la transversalidad de género*. México: Talleres Gráficos de México, p.121. Disponible en: www.um.es/estructura/unidades/u-igualdad/.../2013/glosario-terminos.pdf.

⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Glosario de términos*. p.16. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/glosario.htm>.

en que las mujeres tengan un limitado acceso a la riqueza, a los cargos de decisión, a un empleo remunerado en igualdad con los hombres, y en general que sean tratadas en forma discriminatoria.

Varg expone como una realidad que la mujer siempre ha trabajado, ya en el espacio privado como en el público, pero también es cierto que sus aportes permanecen ocultos o invisibles, aún con el hecho de que realice contribuciones a la vida económica, política y social, se piensa que el trabajo feminizado no genera riqueza, es invisible socialmente y carece de reconocimiento social, por lo contrario, lo productivo está masculinizado, genera riqueza, es visible socialmente, tiene reconocimiento y proporciona autonomía.⁹

La mujer en un estado de indefensión, dada la influencia de subordinación de género, es víctima de la delincuencia, ya sea directa o indirectamente, porque se espera que apoye las actividades delictivas de su pareja, familia, etcétera, al servir de prestanombres, usuaria de bienes de procedencia ilícita, encubridora, o cómplice. De esta manera se mantiene a la mujer oprimida y se ejerce dominio sobre ella, esa es la expresión de las relaciones de poder entre los géneros, los hombres subordinan a las mujeres.

Para Díaz «La desventaja para acceder a los recursos económicos y culturales disponibles en nuestra sociedad puede producir indefensión» y, de este modo, «provocando apatía, indiferencia, derrotismo y depresión...» define la indefensión como «...uno de los más importantes mediadores psicológicos que conduce a la perpetuación de la desigualdad de oportunidades...»¹⁰

Las Naciones Unidas, han implementado esquemas que buscan la igualdad y protección jurídica de las mujeres, se han emitido diversos convenios internacionales que buscan la ciudadanía plena de la mujer, y evitar su vulnerabilidad. El 18 de diciembre de 1979 se aprobó la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (cedaw), que establece, en su artículo primero, la prohibición de discriminar a la mujer, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad, de los derechos

⁹ Varg, María Silvia. (2010) *Las Mujeres y el Bicentenario*. Salta:Mundo Gráfico Salta Editorial, pp. 99-100, disponible en http://www.gobiernodelaciudad.gob.ar/wp-content/uploads/2012/08/libro_las_mujeres_y_el_bicentenario.pdf#page=99.

¹⁰ Díaz-Aguado, María José. (2004) *Prevención de la violencia y lucha contra la exclusión desde la adolescencia*. Madrid:INJUVE/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 236-237.

humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales y civiles o en cualquier otra esfera.

La Convención Americana de los Derechos Humanos y la diversa Doctrina del Pará, reconocen la discriminación hacia las mujeres y contienen disposiciones específicas para su protección. México ha suscrito ambos documentos y además ha llevado a cabo importantes reformas en su sistema jurídico para reconocer y proteger los derechos humanos, ha prohibido la discriminación por varias razones, entre estas el género, cuenta con la Ley de Igualdad, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y ha incorporado algunas figuras importantes en la Ley Federal del Trabajo, entre otras acciones y se creó el Instituto Nacional de las Mujeres como la entidad estatal que ejecuta las políticas de igualdad.

En las últimas cuatro décadas existen grandes avances, sin poder conseguir todavía la igualdad efectiva plena de las mujeres, pues se sigue perpetuando la discriminación hacia las mujeres, por lo que es necesario que el movimiento feminista siga su lucha.

EL LAVADO DE DINERO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Desde tiempos lejanos, han existido personas que realizan actividades ilícitas y mediante éstas obtienen ingresos, que luego disfrazan como de origen legal de diversas formas. De hecho, se presentan casos de ostentación de poder económico evidentes, a la vista de todos se apreciaba el manejo de recursos, la adquisición de bienes muebles o inmuebles, la ostentación de una vida de lujos, etc., y a pesar de las pruebas contundentes, no se acredita delito alguno, de ahí la impunidad de ciertos sujetos, y sus allegados, toda vez que no existían mecanismos legales para exigir cuentas, por ello no se perseguía el derroche ni se le castigaba. A éste proceso se le conoce como lavado o blanqueo de dinero, fenómeno que los Estados buscan impedir y diversos estudiosos se han dedicado a investigar.

Blanco expresa que, para hacer frente al origen delictivo del dinero, se han diseñado estrategias político-criminales, especialmente en países como Estados Unidos y Reino Unido, que descansan en el principio *crime does no pay*, es decir, que el delito no resulte beneficioso.

Se ha adoptado la filosofía en que la lucha contra el blanqueo de capitales se basa en la idea expresada en inglés como *follow to money*, que consiste en

seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa. Se persigue disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generen grandes beneficios económicos.¹¹

Lo que se encuentra de manera común es la consideración del lavado de dinero como un delito cuya regulación y sanción ha preocupado a los países, extendiéndose principalmente al sector financiero como medida tendiente hacia su prevención.

CONCEPTUALIZACIÓN

La denominación de esta conducta varía según el país, encontrando con mayor frecuencia la de lavado de dinero en México, la cual utilizan teóricos como Romero¹²; por su parte, Blanco lo identifican como lavado de activos¹³ y Caranta como blanqueo de capitales.¹⁴

Para Tondini el lavado de dinero es conocido internacionalmente como *money laundering*, *blanchiment d'argent*, *reciclaje del dinero* o blanqueo de dinero, significa en otras palabras, lavado o blanqueo de bienes y valores procedentes de crimen anterior.¹⁵ Para otros la expresión «blanqueo de capitales» es más adecuada, ya que el blanqueo que se realiza no solamente es de dinero sino también de otros bienes.¹⁶

Es decir, el delito de lavado de dinero por una parte y por la otra, la regulación de las operaciones que pueden resultar vulnerables para realizar lavado de dinero, como son: financieras, bancarias, comerciales, mercado con valores, compra venta de inmuebles, etcétera.

¹¹ Blanco Cordero, Isidoro. (2012) *El delito de Blanqueo de Capitales*. España: Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, pp.47-48.

¹² Romero Barranquero, Gladys. «Lavado de dinero». en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad Casilla-La Mancha, pp.593-599, disponible en <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/25.pdf>.

¹³ Blanco, Hernán. (2011) *Lavado de activos, por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber*. Buenos Aires:AbeledoPerrot,.

¹⁴ Caranta, Martín R. (2009) *Blanqueo de capitales, aspectos teóricos y prácticos acuerdo fiscal ley 26.476*. ed. Buenos Aires, Osmar D. Buyatti-Librería Editorial.

¹⁵ Tondini, Bruno M. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. p. 11. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/blanqueo_de_capitales_y_lavado_de_dinero.pdf.

¹⁶ Blanco Cordero, Isidro. (1997) *El delito del blanqueo de capitales*. Arazandi, p.597.

Así mismo se precisa, que para diversas personas, la denominación de «lavado de dinero» es obsoleta debido a que no sólo se «limpia» dinero proveniente de actividades ilícitas, sino también otro tipo de bienes, tales como propiedades, acciones, vehículos; siendo más apropiado referirse a éste ilícito como «lavado de activos».

Como lo explica Meincke, la idea novedosa es la separación de la conceptualización del delito en sí, y por separado el manejo de las ganancias de procedencia ilícita, dándole un tratamiento diferente a cada conducta.¹⁷

Laje considera que el lavado de dinero es un hecho penal relativamente contemporáneo, que viene a presentarse entre nosotros como resultado de la persecución y castigo a quienes cometían los delitos precedentes, y que necesitaban aparentar, de ahí en más, un origen lícito de ganancias. El «lavador» es una pieza esencial en la cadena del tráfico.¹⁸

En cuanto a la caracterización de la conducta, el autor la cataloga como un delito *pluriofensivo* que lesiona la seguridad común, la tranquilidad pública y la salud física y moral de la humanidad.¹⁹

Con respecto al sujeto activo en el delito, al respecto no existe unanimidad en el criterio legislativo y doctrinal sobre la autoría de éste delito, pues encontramos posturas que incluyen como tal a quien haya tenido participación en el delito previo que origina el lavado de dinero y otros que lo excluyen.

Al respecto Laje opina que el lavador puede ser quien delinque para obtener las ganancias requirentes de su lavado, haciendo una serie de cuestionamientos a la legislación respectiva argentina por atribuir su autoría únicamente a quien no hubiese participado en el delito previo.²⁰

Blanco indica que desde el esquema de prevención desarrollado a partir de las recomendaciones del GAFI, consagrado hoy en todo el globo, gira en torno a la instauración de un conjunto de normas de conducta, de carácter obligatorio, que alcanza a un número determinado de

¹⁷ María José Meincke. «Blanqueo de Capitales. Desde la represión del Delito a la Prevención», en *Revista Prudentia Juris* núm. 57. Disponible en: <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/02.asp>

¹⁸ Laje Ros, Cristóbal. (2004) *Aspectos del encubrimiento y del lavado de dinero*. Córdoba:Alveroni, p. 54.

¹⁹ *Ídem* pp. 61-63

²⁰ *Ídem*, pp. 65-66.

actores relevantes del sector financiero o de la economía en general, los que son expresamente designados como «sujetos obligados» a prevenir el lavado de activos en el seno de sus esferas de actuación, comprendiendo tanto a instituciones estatales como individuos particulares (notarios públicos).

Éste autor considera que debe incluirse al delito de lavado de activos (cuando es cometido por un sujeto obligado) en la categoría de «delitos de infracción de un deber» y, por ende, someter el análisis sobre la posible responsabilidad penal de estos sujetos de conformidad con las reglas y principios aplicables a esta clase de delitos. Justifica esto a partir de la delegación en particulares de los deberes estatales que se derivan de la institución positiva «poder de policía estatal», más concretamente, aquellos que tienen que ver con la política de prevención del lavado de activos.

La idea radica que cuando el sujeto obligado haya concretado la operación (o permitido que ésta se lleve a cabo) en violación a los deberes positivos que le impone la normativa antilavado (infracción del deber), su conducta será ilícita. Cuando, por el contrario, el mismo sujeto haya realizado la transacción acatando lealmente las obligaciones que surjan de la legislación administrativa, su conducta será neutral y, por ende, atípica.²¹

REGULACIÓN

En la segunda mitad del siglo xx, con la amenaza de modernas formas de actividad criminal transnacional, ha surgido la preocupación por la insuficiencia de legislaciones nacionales eficaces para combatir el crimen organizado y las actividades tendientes a lavar el dinero proveniente de sus actividades ilícitas.²²

El narcotráfico ha sido una de los delitos que se ha reproducido de manera alarmante en el mundo y la persecución de las ganancias obtenidas se ha adoptado como estrategia para el combate de éste y otros delitos lucrativos.

²¹ Blanco, Hernán, *op. cit.*, nota 10, pp. 35-36.

²² CICAD, Organización de los Estados Americanos. (1998) *Manual de Apoyo para la tipificación del delito del lavado de dinero*. OEA.

En abril de 1986, la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su lucha contra el lavado de activos y la confiscación de productos en la lucha contra el tráfico de drogas en América, crea la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, CICAD, instrumento que especifica lo que debe entenderse por actividades delictivas graves, los bienes objeto de la misma, personas que intervienen y productos que se generan.

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

En 1992 se emite el Reglamento Modelo de la CICAD sobre Delitos Relacionados con el tráfico ilícito de drogas y Delitos Conexos (posteriormente denominados graves), a partir de ello, la legislación y diversos doctrinólogos ofrecen una variedad de opiniones sobre el tema, así Lastra y Anzuela observan que existe una ofensiva internacional contra el blanqueo de capitales²³

Callegari advierte que aunque los países adopten crecientes medidas de prevención, siguen siendo insuficientes, lo que permite que los blanqueadores aprovechen las lagunas legales existentes.²⁴

Bauché dice que el desarrollo de las organizaciones criminales, por una parte, y de los instrumentos monetarios electrónicos, por otra, cambió el panorama de los instrumentos de lavado de dinero. El proceso de globalización es aprovechado por la empresa criminal que mediante la diversidad de las técnicas y de los profesionales involucrados pueden para disimular las maniobras tendientes a blanquear activos.²⁵

Los tres comentarios anteriores dejan en claro la dificultad de controlar éste delito y consideramos acertada la afirmación de Bauché, porque siempre se ha observado la capacidad de adaptación de los criminales.

Blanco considera que los primeros tipos penales de lavado de activos aparecen desde hace cuatro décadas y la represión del blanqueo de capitales sigue apareciendo como un acertijo sin solución para las autoridades policiales, ad-

²³ Lastra López, Daniela y Danilo Andueza Quezada. (2009) *El tratamiento del lavado del dinero en Chile ante la normativa de la Ley 19.913*. Santiago de Chile: Metropolitana, p. 9.

²⁴ Callegari, André Luis. (2010) *Lavado de dinero blanqueo de capitales, una perspectiva entre los derechos mexicano, español y brasileño*. México: Flores, p. 25.

²⁵ Bauché, Eduardo Germán, *op. cit.*, nota 19, p. 29.

ministrativas y judiciales de la gran mayoría de los países, y como una fuente inagotable de controversias para la doctrina penal.

Afirma también que la regulación ha cambiado y hace un estudio de la legislación en España y Argentina, desde el reconocimiento del rol central que ocupan los sujetos obligados (empresas o particulares a los que la ley asigna deberes especiales de prevención del blanqueo en virtud del lugar que ocupan en la economía) en la determinación de los criterios de imputación aplicables a la represión del lavado de activos.²⁶

Blanco Cordero en Hernán Blanco indica que en el derecho comparado se aprecia que las formas de describir los comportamientos constitutivos del delito de lavado pueden clasificarse en tres categorías distintas: las que contemplan conductas de blanqueo como supuestos de receptación, las que la incluyen como delitos de favorecimiento y las que las tipifican al margen de dichas figuras. En el primer grupo se encuentran los tipos penales de Bélgica e Italia; en el segundo, los vigentes en Suiza y Alemania; mientras que entre los países que consideran el blanqueo de capitales como un delito independiente son de interés los tipos penales de EE.UU y Portugal.²⁷

Hernán Blanco encuentra que la mayoría de los tipos penales de lavado de activos vigentes en el mundo contiene ya sea un catálogo amplio de conductas punibles, ya sea una fórmula en la que puede encuadrarse casi cualquier acción realizable con dinero o bienes, o ambas soluciones combinadas²⁸. No obstante lo anterior, también insiste en la ineffectividad del tipo penal, como en el caso de Argentina donde los casi ocho años de vigencia, arroja un saldo de cero condenas.²⁹

Advierte Hernán Blanco que el accionar de los lavadores de dinero consiste, básicamente, en establecer un vínculo entre los negocios habituales de los operadores de la economía (en especial los bancos y otras grandes empresas) con actividades delictivas (como el narcotráfico) por ejemplo. Destaca que estos mundos en apariencia tan disímiles han ido encontrando, especialmente en las últimas dos o tres décadas, cada vez más puntos de contacto.³⁰

²⁶ Blanco, Hernán, *op. cit.*, nota 10, pp.1-3.

²⁷ Blanco Cordero Isidoro, en Blanco, Hernán, *op. cit.*, nota 10, pp.12-13.

²⁸ Blanco, Hernán, *op. cit.*, nota 10, p. 13.

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ídem.*, p. 21.

Este comentario permite entender por qué los Estados han optado por atribuir responsabilidades a otros sujetos en la prevención del lavado de dinero, aclarando que no se han limitado al ámbito empresarial, sino que, se han atribuido también a personas físicas que desarrollan diversas actividades.

Al tratarse de un problema que preocupa a diversos países se advierte la existencia de un marco jurídico internacional que al decir de Lastra y Anzuela, se conforma por: a) La Recomendación del Consejo de Europa de 1980; b) La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988; c) Declaración de Basilea de 1988; d) Convención del Consejo de Europa sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos Derivados del Delito de 1990 (Convención de Estrasburgo); e) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 1991; f) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Palermo g) Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo 2001; h) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 2001.³¹

Ambos autores identifican a los siguientes organismos internacionales en la materia: a) Organización de las Naciones Unidas; b) Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol); c) Grupo de Acción Financiera (GAFI o FATF); d) Grupo de Acción Financiera de Sudamérica; e) Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD/OEA); f) Grupo de Unidades de Inteligencia Financiera o FIUS (EGMONT); g) Comité de Expertos del Consejo de Europa sobre evaluación de medidas contra el lavado de dinero (*Pc-R-Ev-Committee*); h) Comité de Basilea sobre Regulaciones Bancarias y Prácticas de Supervisión; i) Banco Interamericano de Desarrollo (BID); j) Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN); k) Grupo contra el lavado de dinero de África Oriental y del Sur (ESAAMLG); l) Grupo Asia Pacifico contra el lavado de activos (APG); m) Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC).³²

La Convención de Palermo, se inspira en el principio de que si la delincuencia organizada traspasa y saca ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos. Debido a que los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña, lo mismo debe hacer la ley en su persecución y castigo.

³¹ Lastra López, Daniela y Danilo Anzuela Quezada, *op. cit.*, nota 22, p. 42-50.

³² *Idem*, p. 50-72.

Es decir, los avances tecnológicos han logrado llevar a cabo operaciones monetarias instantáneas en línea, e incluso, con carácter anónimo, lo que ocasiona la existencia de la necesidad de unidades cibernéticas de investigación en contra de las operaciones sospechosas en línea.

Por su parte la Convención de Viena del 19 de diciembre de 1988, establece con respecto al delito de lavado de dinero que cada país tipificará los delitos en su derecho interno y se debe considerar la conversión o la transferencia de bienes, entre otros aspectos...³³

EL LAVADO DE DINERO EN MÉXICO

Las actividades ilícitas que se implican bajo el término «lavado de dinero», se encuentran reguladas desde diferentes ópticas legales, por ejemplo en el Código Fiscal de la Federación bajo el título de «defraudación fiscal»; en el Código Penal Federal les denomina «Operaciones con recursos de procedencia ilícita»; mientras que la prevención y castigo de las «operaciones vulnerables», se encuentran reguladas por Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita; no sin antes precisar que debido a la complejidad del delito de lavado de dinero, pudieran integrarse otros tipos penales, como el encubrimiento por receptación, delincuencia organizada, defraudación fiscal, etcétera.

Cada figura o delito en sí mismo es autónomo, la facultad de su ejercicio puede ser arbitraria, ya que la autoridad hacendaria puede implementar las acciones respectivas de manera conjunta o individual, atendiendo criterios subjetivos y de estrategia en la planeación fiscal pública, lo que los empresarios en México han llamado «terrorismo fiscal», al ejercerse de manera conjunta acciones fiscales y penales en contra de industriales, artistas, banqueros, etcétera, que a manera de «ejemplo» indirecto, sus casos constituyan un «aliciente» al contribuyente común para que cumpla sus obligaciones fiscales.

33 *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas 1998*, p. 3. Disponible en: www.undoc.org/pdf/covention_1998_es.pdf.

Conceptualización

En México, la expresión más común es la de lavado de dinero, que es consecuencia y un tipo penal de naturaleza subsidiaria, ya que no castiga una conducta especial a través de la cual se obtienen recursos, sino que reprende a las conductas ilícitas con las que se pretende dar una apariencia de legal a recursos que deben presumirse se obtuvieron de conductas ilícitas, al no expresarse en los libros de contabilidad del contribuyente, es decir, el objeto de esta figura es dar una apariencia lícita a recursos que no lo son.

Regulación

La realización de operaciones con dinero de procedencia ilícita se considerada un atentado al sistema financiero y tributario de los países. La legislación nacional, siguiendo los parámetros internacionales, considera que una gran cantidad de conductas se relacionan con el lavado de dinero, de ahí la complejidad de su regulación y la necesidad de abordarla en éste estudio.

Ámbito Constitucional

La facultad fiscalizadora estatal y la legalidad tributaria se conjugan para que el Estado pueda realizar determinaciones fiscales, a partir de ingresos y egresos del contribuyente. El artículo 73 Constitucional establece entre otras, la facultad de regular el comercio interior y exterior, el servicio público de la banca, etc. Los artículos 16 al 23 de la Constitución establecen reglas a seguir por las autoridades en la investigación de delitos e impartición de justicia penal.

Legislación ordinaria

a) Código de Comercio

De conformidad al artículo 33 del Código de Comercio, es obligación del comerciante identificar las operaciones individuales y sus caracterís-

ticas, así como conectar dichas operaciones individuales con los documentos comprobatorios originales de las mismas, de manera que cada compra, debe estar soportada con un superávit o pérdida financiera. Por lo que es de esa manera fácil determinar si un egreso u operación, es por sí mismo sospechoso cuando no está debidamente soportado.

b) Código Fiscal

El artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, actualiza el delito de defraudación fiscal a quien con el uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita en forma total o parcial el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

Cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones de procedencia ilícita, habrá de presumirse el delito de defraudación fiscal. Además el delito de lavado de dinero, previsto en el artículo 400 bis del Código Penal Federal, y el de defraudación fiscal podrán perseguirse simultáneamente.

Por su parte el artículo 109 del citado código fiscal, establece como una conducta subsidiaria y serán sancionados como «delitos equiparables a la defraudación fiscal», hechos como: declaraciones fiscales falsas, es decir, que se consignen en la declaración fiscal ingresos menores a los realmente obtenidos, el aprovecharse de forma ilícita de beneficios o estímulos fiscales, la simulación de actos o contratos en perjuicio del fisco, la omisión de las declaraciones fiscales, entre otros.

La defraudación fiscal se sanciona con penas privativas de libertad desde tres meses hasta diez años, dependiendo del monto de lo defraudado.

c) Código Penal Federal

El artículo 400 bis del Código Penal Federal, tipifica el delito con el nombre de operaciones con recursos de procedencia ilícita (cotidianamente conocido como lavado de dinero), señalando que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

El delito se configura cuando se «adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno 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».

También cometen éste delito los empleados y funcionarios de instituciones del sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilios a otro para la comisión de las conductas señaladas en el párrafo anterior.

Estas conductas se penalizan de 5 a 15 años de prisión y de 1 000 a 5 000 días de multa, sanción que se aumenta en una mitad cuando se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos.

Debe destacarse que esta conducta es calificada como grave por el artículo 85 del Código Penal Federal, por lo que no se concederá la libertad preparatoria al presunto delincuente, situación que es de atención, ya que al no ser autónomo el delito, puede victimizarse al pretense, delincuente al estar recluso por ley durante el procedimiento, pues el delito fácilmente puede ser concurrente con otros que pueden o no ser graves.

d) *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI)*

México emitió la LFPIORPI, cuya última reforma es del 17 de julio de 2013, dicho documento llamado ley anti-lavado, no es autónomo, sino de carácter general o hermenéutica, ya que para el cumplimiento de sus fines, se complementa con otras normas como son: el Código Fiscal Federal, el Código Penal Federal, la Ley de Extinción de Dominio, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, etc.

Además de ello, la normatividad anti-lavado, con el objeto de detectar lo que se denomina «operaciones irregulares», regula a diversos sujetos a quienes considera como auxiliares de la lucha en contra del lavado de dinero y están obligados a reportar a la Secretaría de Hacienda y

Crédito Público, las operaciones que se clasifiquen como «vulnerables», de no hacerlo serán acreedores a sanciones administrativas y en su caso, la denuncia por estos tipos penales.

Dicha obligación se fija dependiendo del monto de las operaciones en que intervienen pues podrán apreciar operaciones sustancialmente particulares, ya sea en la determinación del Impuesto al Valor Agregado o de la Renta.

La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, establece tipos penales especiales y la facultad de sancionar administrativamente a quien dejan de observar las obligaciones descritas por la ley para evitar operaciones financieras ilícitas.

Esta ley, precisa el artículo 14 las actividades vulnerables según el monto por el que se realice, como lo son entre otras las operaciones que resulten significativas en valor monetario como lo serían entre otras: las vinculadas a la práctica de juegos con apuesta, operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, intermediación habitual o profesional de metales preciosos, piedras preciosas, joyas o relojes, comercialización o distribución habitual profesional de vehículos, nuevos o usados, servicios de construcción o desarrollo de bienes inmuebles, etcétera.

En cada caso que se especifica, la prestación de servicios, por parte de comerciantes, notarios, corredores públicos, tienen obligación de dar aviso a la Secretaría de la realización de la actividad.

e) Ley Federal de Extinción de Dominio

Es una ley con el objeto de regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, en el lavado de dinero se aplica cuando los particulares no pueden acreditar la procedencia lícita de los bienes y en consecuencia pasan a ser propiedad del Estado.

Gluyas³⁴, precisa que la Ley de Extinción de Dominio, es un instrumento en contra del patrimonio de origen delictivo, que cuya base es la

³⁴ Gluyas Millán, Ricardo. *La extinción de dominio como instrumento legal contra el patrimonio de origen delictivo*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales. Disponible en:

llamada Convención de Palermo, o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUCOT).

Los bienes sujetos a esta ley, serán de cualquier tipo, inmuebles, muebles, activos, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

El producto del delito, son los bienes directa o indirectamente obtenidos por la comisión del delito, la cual como lo exponen Gamboa y Valdés la extinción del dominio «implica despojar, decomisar, todo lo obtenido ilícitamente, con el propósito de que el Estado pueda reutilizarlo con un fin de carácter social».³⁵

El artículo 22 constitucional reformado, establece: «No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando... la decreta una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito», procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

La Ley Reglamentaria del citado artículo 22 constitucional, Ley Federal de Extinción de Dominio, enfatiza aspectos como lo son la naturaleza de la extinción de dominio, y el destino de los bienes afectos.

En efecto, hasta antes de esta ley, el destino y disposición de lo decomisado, era incierto, los bienes con el transcurso del tiempo se depreciaban, eran objeto de rapiña, y tras años de litigio, no eran resarcidos a quien tuviera derecho legalmente a ellos, incluso las víctimas del delito.

Al día de hoy, la nueva legislación define la extinción de dominio como la pérdida de los derechos sobre los bienes provenientes de actividades ilícitas, sin que exista retribución para el dueño o poseedor.

<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2024%20Extinci%C3%B3n%20de%20dominio.pdf>.

³⁵ Gamboa Montejano Claudia y Valdés Robledo, Sandra. (2012) «Extinción de dominio», en *Estudio teórico conceptual, marco legal, e iniciativas presentadas en la LXI legislatura (Primera parte)*, México: Cámara de Diputados, p. 3.

LAS MUJERES FRENTE A LA REGULACIÓN DEL LAVADO DE DINERO

En México las mujeres se encuentran en riesgo de ser sometidas a un proceso penal por lavado de dinero, debido a la subordinación en que se encuentran frente a los hombres, analizada en el segundo apartado de éste artículo.

Al analizar las legislaciones sobre lavado de dinero en éste artículo, observamos que tanto; las relativas al ámbito internacional, como las de nuestro país se han redactado omitiendo por completo la perspectiva de género; es decir, para nada se ha considerado la situación particular de las mujeres frente a la variedad de conductas reguladas en esas leyes, que constituye una grave omisión legislativa que va en contra de los tratados internacionales suscritos por México, en los que se compromete a la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Callegari considera que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de blanqueo de bienes, pues el legislador no ha hecho restricción a nadie expresamente.³⁶

En el caso del lavado de dinero, algunas mujeres se ven obligadas a aceptar participar en un proceso de ocultamiento del origen ilícito del dinero por temor hacia su pareja o familiar que participa en esas actividades, o en otras ocasiones, se ven involucradas sin siquiera saberlo; en ambos casos lo más probable es que no entiendan los alcances y consecuencias jurídicas que implica.

El derecho internacional público de los derechos humanos, ha generado cambios en el sistema jurídico mexicano, así por ejemplo, la Constitución fue objeto de una trascendente reforma el 10 de junio de 2011, con la cual el artículo 1 incorpora la protección a los derechos humanos, incluyendo los que se contienen en tratados internacionales y prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género³⁷ en el año 2013, el cual se debe aplicar en todos los juicios en que se deba impartir justicia a las mujeres en cualquier área del derecho, incluyendo la penal, en consecuencia también resulta aplicable para considerar la particular situación de las mujeres frente al lavado de dinero.

Ante la omisión de las leyes mexicanas de incorporar perspectiva de género y frente a la creación del protocolo, corresponde al Poder Judicial analizar toda

³⁶ *Op. cit.*, nota 23, p. 2.

³⁷ *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad*. México:Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 7. Disponible en: http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf

clase de situaciones descritas en las normas analizadas en éste trabajo, y al carecer objetivamente de una visión de la perspectiva de género, los casos concretos deben ser tratados con base al nuevo protocolo para juzgar bajo esta perspectiva, considerando en cuenta el papel vulnerable de la mujer debido a la posición de subordinación en que se encuentra frente a los hombres.

El protocolo precisa que en la labor jurisdiccional debe ponderarse desde el punto de vista del género como: los impactos diferenciados de las normas; la interpretación y aplicación del derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres; exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y género; la distribución inequitativa de recursos, poder y legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones sentencias etcétera.³⁸

De presentarse las conductas estudiadas en que se atribuya responsabilidad a alguna mujer, las autoridades judiciales deben oficiosamente realizar un estudio con perspectiva de género, es decir, analizar la situación particular de esa mujer, lo que se deben apreciar y reflejar en el resultado de la sentencia para cumplir con la obligación de impartir justicia atendido a la particular realidad de la vida de esa mujer. Lo anterior permite a quienes juzgan una resolución más justa.

Las prácticas de nuestra sociedad, en donde es común que los varones administren el patrimonio y registren bienes a nombre de la esposa, pareja, novia, madre, hijas, hermanas y demás parientes, incluso de otras personas con quienes le unen vínculos de amistad que les permiten ejercer poder sobre ellas, permite que aun cuando las mujeres no tengan ningún tipo de participación en la comisión de los delitos o no lo realicen a plenitud de conciencia, por obediencia e incluso temor, son llevadas ante fedatarios públicos, instituciones bancarias, comercios, etcétera, y firman lo que les pongan enfrente sin atreverse a cuestionar de que se trata, ignorando en consecuencia que están realizando verdaderos actos jurídicos y menos aún pueden comprender los alcances jurídicos de los mismos.

La actual legislación contra el lavado de dinero se ha endurecido y ahora utiliza la estrategia de fincar responsabilidad a diversos actores sociales a fin de que coadyuven en la función vigilante del Estado, al imponerles varias obligaciones, entre otras, la de dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre operaciones consideradas como vulnerables.

³⁸ *Idem*, p. 8.

Consideramos que el hecho de que la ley de lavado imponga responsabilidades a las entidades financieras, fedatarios públicos, servidores profesionales, comerciantes, entre otros, realmente no contribuye a que se deje de utilizar a las mujeres para esconder recursos provenientes del lavado de dinero, pues bien es sabido que en la práctica no se explica a las personas los alcances, responsabilidades y consecuencias que generan los actos jurídicos que celebran.

En las entidades financieras se observa a la clientela firmando sin leer el documento, ante la prisa que los funcionarios tienen por concluir el trámite respectivo, para atender a otras personas. En las notarías y corredurías públicas los asistentes son quienes atienden a la gente, recopilan firmas y sus titulares no atienden personalmente, en consecuencia, no dan las explicaciones debidas.

CONCLUSIONES

Debido a las relaciones de poder derivadas del patriarcado, la mujer que se encuentra subordinada frente al hombre, constantemente sufre discriminación, vulnerando su derecho a la igualdad, situación que ha hecho necesaria la intervención de Estados y Organismos Internacionales mediante la creación de instrumentos protectores de los derechos humanos de las mujeres y políticas públicas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres dependencias para la aplicación de las mismas y atención de las necesidades específicas de las mujeres.

Los tipos penales que establecen varias conductas antijurídicas, relacionadas con los recursos procedentes de actividades ilícitas, no hacen distinción de la intervención de sujetos, por lo que no se contempla la desventaja de las mujeres en las relaciones sociales, lo que las coloca en una posición vulnerable frente a esas normas.

La desigualdad que sufren las mujeres hace necesario que sean juzgadas con perspectiva de género para lo cual se han creado instrumentos internacionales, que al ser aplicados por los organismos de justicia internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han impuesto a los Estados la obligación de juzgar con perspectiva de género.

Debido a que las leyes sobre lavado de dinero carecen de perspectiva de género, cuando alguna mujer sea procesada en México por alguna de las muchas conductas penalizadas por esas leyes, le queda como estrategia de defensa

solicitar la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos de las mujeres y la del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género por el Poder Judicial, solo así podrá individualizar de manera efectiva la debida impartición de justicia a que tiene derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Althusser, Louis. (1989) «Ideologías y Aparatos Ideológicos del Estado (Notas para una Investigación)», en *Filosofía como un Arma de la Revolución*, México: Siglo XXI.
- Bauché, Eduardo Germán. (2006) «Lavado de dinero, encubrimiento y lavado de activos», en *Ley 25.246*. Buenos Aires:Ediciones Jurídicas.
- Blanco Cordero, Isidoro. (2012) *El delito de Blanqueo de Capitales*. España:Thomson Reuters-Editorial Aranzadi S.A.
- Blanco, Hernán. (2011) «Lavado de activos, por sujetos obligados», en *Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber*. Buenos Aires:AbeledoPerrot, colección derecho penal y procesal penal.
- Callegari, André Luis. (2010) *Lavado de dinero blanqueo de capitales, una perspectiva entre los derechos mexicano, español y brasileño*. México: Flores.
- Caranta, Martín R. (2009) «Blanqueo de capitales, aspectos teóricos y prácticos», en *Acuerdo fiscal ley 26.476*, Buenos Aires:Osmar D. Buyatti-Librería Editorial.
- Cobo, Rosa. (2011) *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción patriarcal*. Madrid:Catarata.
- Díaz-aguado, María José. (2004) *Prevención de la violencia y lucha contra la exclusión desde la adolescencia*. Madrid:INJUVE/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Fernández, Ana María. *La mujer de la ilusión. Pactos y contratos entre hombres y mujeres*. Paidós.
- Gamboja Montejano Claudia y Sandra Valdés Robledo. (2012) «Extinción de dominio», en *Estudio teórico conceptual, marco legal, e iniciativas presentadas en la LXI legislatura (Primera parte)*, México, Cámara de Diputados, p. 3.
- Gluyas Millán, Ricardo. *La extinción de dominio como instrumento legal contra el patrimonio de origen delictivo*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/>

- descargas/CAP%C3%8DTULO%2024%20Extinci%C3%B3n%20de%20dominio.pdf.
- Instituto Nacional de las Mujeres. (2007) *Glosario de términos relacionados con la transversalidad de género*. México:Talleres Gráficos de México.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Glosario de términos*. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/glosario.htm>.
- Laje Ros, Cristóbal. (2004) *Aspectos del encubrimiento y del lavado de dinero*. Córdoba:Alveroni.
- Lastra López, Daniela, Danilo Anzuela Quezada. (2009) *El tratamiento del lavado del dinero en Chile ante la normativa de la Ley 19.913*. Santiago de Chile:Metropolitana.
- Martínez de Salinas Luis. (2011) «Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de blanqueo de capitales», en *II Congreso sobre Prevención y Represión del blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, Valencia:Tirant lo blanch.
- Meincke María José. «Blanqueo de Capitales. Desde la Represión del delito a la Prevención», en *Revista Prudentia Juris* núm. 57. Disponible en: <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/02.asp>.
- Milans del Bosch, Santiago. (2011) «Principales novedades que introduce la ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo», en *II Congreso sobre Prevención y Represión del blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, Valencia:Tirant lo Blanch.
- Melnik, Steven V. (2001) «The inadequate utilization of the Accounting Profession in the United States government's fight against Money Laundering», en *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 4, 2000-2001, p. 149.
- Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas 1998*. P. 3. Disponible en: www.undoc.org/pdf/covention_1998_es.pdf.
- Romero Barranquero, Gladys. «Lavado de dinero» en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad Casilla-La Mancha. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/25.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. México:SCJN, Disponible en: http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf

- Tondini, Bruno M. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/blanqueo_de_capitales_y_lavado_de_dinero.pdf.
- Varg, María Silvia. (2010) *Las Mujeres y el Bicentenario*. Salta:Mundo Gráfico Salta Editorial. Disponible en: http://www.gobiernodelaciudad.gov.ar/wp-content/uploads/2012/08/libro_las_mujeres_y_el_bicentenario.pdf#page=99

XI. Los métodos especiales de investigación criminal, como alternativa legal de persecución penal contra el lavado de dinero

RODOLFO MÁXIMO FERNÁNDEZ ROMO¹

INTRODUCCIÓN

El avance de la criminalidad y su carácter transnacional con apoyo en el desarrollo de las nuevas tecnologías, ha obligado a los Estados a aplicar nuevas y modernas herramientas para el combate de la delincuencia organizada, así como de sus actividades delictivas, entre las que se destaca el lavado de activos, como vía de intentar sanear o dar apariencia de legitimidad a las grandes sumas de efectivo que se obtienen a través de sus ilegales acciones. Se trata, de las denominadas «técnicas especiales de investigación», tales como la vigilancia electrónica, agentes encubiertos, testigos protegidos y las entregas vigiladas, entre otras.² Muchos son los Estados que han asumido compromisos a nivel in-

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana.

Rendo, Ángel Daniel. Agente encubierto. Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albrematica. Recuperado el día 23 de septiembre de 2014. <http://www.abogarte.com.ar/>. Del Pozo Pérez, Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. Criterio Jurídico. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, Volumen 6, 2006. p.4. Edwards Carlos Enrique. El Arrepentido, el Agente Encubierto y La Entrega Vigilada. Ad-Hoc. Buenos Aires.1996. p.12. Fajardo Serna, Luis Álvaro. «Interceptación de comunicaciones en el sistema acusatorio», en Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas. p.3. Granados Pérez, Carlos. «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia», en Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, núm. 2. 2001. p.5. Guariglia,

ternacional en la lucha contra el crimen organizado, derivados de tratados internacionales como las Convenciones de Viena de 1988 y de Palermo de 2000.

Sin duda, en éste campo merece llamar la atención sobre los países de América Latina, quienes, asediados por los efectos de estas nuevas formas de criminalidad, han puesto su mira en la aplicación de fórmulas del ámbito primermundista capaz de poner freno o mitigar los efectos devastadores de éste nuevo flagelo, con la consecuente falta de efectividad en el logro de sus objetivos, dadas las condiciones concretas de nuestro entorno que difieren sustancialmente de aquél.

El crimen organizado, ejecutor del tráfico de armas, drogas, personas, del lavado de activos o dinero, genera extrema preocupación y no por gusto, constituye centro de análisis en los más disímiles fórums nacionales, regionales y supra regionales, en pos de adoptar acuerdos multilaterales que le pongan alto. Constituye una seria amenaza a la esencia misma de nuestras vías democráticas y de la base de nuestra organización social, al atentar contra el orden económico, la transparencia del mercado, y la libre competencia; esta criminalidad a niveles públicos y privado, se convierte en obstáculo para el crecimiento y desarrollo económico, político y social de nuestras sociedades.³

Parte del problema que enfrenta la comunidad internacional, al tratar de abordar la delincuencia transnacional organizada, es que no existe un paradigma único, orgánico o de comportamiento, que constituya una meta constante y accesible. Las organizaciones delictivas varían en cuanto a su tamaño, escala, mecanismos aglutinantes, su gama de actividades, su ámbito geográfico, sus relaciones con las estructuras de poder en el país de origen y en los Estados anfitriones, sus organizaciones y estructuras internas y la combinación de instrumentos que utilizan; tanto para promover sus empresas delictivas, como para protegerse de las medidas que adoptan los gobiernos y los servicios de represión.

Si se toman en cuenta las diferencias nacionales y culturales, la diversidad se hace aún más patente y resulta más problemática para el cumplimiento de la

Fabricio. El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal. Recuperado el día 17 de agosto de 2014. [http:// www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org).

³ Anarte Borrallo, Enrique y Juan Carlos Ferré Olive. (1999) «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva:Universidad de Huelva, 1999. p.33.

ley, especialmente en los Estados donde se desarrollan las ilegales actividades. En el plano nacional, las medidas que resultan eficaces contra un grupo delictivo organizado, por ejemplo, pueden resultar mucho menos eficaces cuando se aplican a otros; así, se dice que en los Estados Unidos de América, merced a la interceptación telefónica y la vigilancia electrónica, los servicios de represión han conseguido hostigar en gran medida a la mafia. Sin embargo, los mismos instrumentos han resultado mucho menos eficaces al ser utilizados, contra las organizaciones delictivas chinas o nigerianas que pueden emplear diversidad de dialectos para protegerse de la escucha electrónica clandestina.

En éste enfrentamiento a la nueva criminalidad organizada, se constata que conseguir delatores o penetrar grupos étnicos muy cerrados utilizando agentes secretos ha llegado a ser mucho más problemático, incluso, cuando se dispone de instrumentos de represión de probada eficacia, el carácter transnacional y la diversidad creciente de las organizaciones delictivas han restado eficacia a dichos instrumentos.

Pocos son los países de América Latina, en su mayoría con débil institucionalidad y con fronteras cada vez más vulnerables, los que desarrollan sus relaciones monetario mercantiles de conformidad a las reglas impuestas por una economía cada vez más globalizada, no han logrado instaurar sistemas eficaces de justicia penal para combatir los actos delictivos organizados del lavado de activos, lo que se perfecciona en la medida que su enfrentamiento se muestra más cruento.

En muchos de los Estados, las reglamentaciones bancarias aún se muestran poco rígidas, con lo que ofrecen un ambiente atractivo para el blanqueo de dinero, tanto por parte de las organizaciones delictivas locales, como por grupos de otras partes del mundo. Todo ello, ha llevado a los Estados a repensar las vías o formas de enfrentamiento al lavado de dinero, entre los que se advierten los controvertidos métodos o técnicas especiales de investigación criminal.

LOS MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y SU APARICIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CRIMINALÍSTICA MODERNA

Necesidades ya expuestas nos llevan a tratar el tema desde el amplio espectro que comparte la criminalística como ciencia auxiliar del derecho procesal penal, en cuyo caso y hacia cuya proyección haremos el análisis de cara a los elementos y posiciones más relevantes que vinculan a las nuevas técnicas de

investigación criminal como métodos especiales frente a las, también nuevas, formas de criminalidad o criminalidad de nuevo tipo, en particular en lo referido al lavado de dinero.

Las conquistas y papel relevante del derecho penal, adentrado en pleno siglo XXI, en el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, en correspondencia con las previsiones contenidas en las constituciones de los Estados, intenta encontrar en los métodos especiales de investigación criminal la fórmula de detener el avance, ya incuestionable, de la criminalidad organizada, con especial atención en ser aplicadas en aquellos comportamientos criminales que generen relevancia desde los bienes jurídicos de especial protección⁴.

Estos «nuevos medios de investigación» son, a su vez y por definición, más agresivos con las garantías procesales que los «tradicionales». La cuestión es que se sustentan sobre la base del «engaño» a la persona investigada (a los integrantes de la organización criminal investigada), y que su utilización arriesga y compromete muy de cerca, y de forma simultánea a veces, derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, etcétera. A cambio, no sólo se puede obtener información sobre hechos delictivos concretos y sobre la persona de sus autores, sino también datos sobre el funcionamiento del sistema o modo en que dicha actividad opera, con el claro propósito de intentar desarticular el seno de la organización criminal como finalidad principal.

La esencia de éste fenómeno está, en saber si esta nueva relación que no cabe desconocer, la de una criminalidad organizada, que puede actuar con un mayor nivel de agresión a la paz social, la de nuevos métodos o medios de investigación, igualmente más agresivos, para perseguirla y sancionarla, se puede situar en la «zona de equilibrio» del proceso penal.⁵ Se trata de ver si el

⁴ En éste contexto, al decir de Muñoz Conde, el reduccionismo de las garantías lleva a parte de la doctrina internacional a plantearse un derecho penal «del enemigo» como un derecho penal excepcional que deroga los principios del derecho penal liberal, del estado de derecho, que desconoce los derechos fundamentales y las garantías consagradas en textos internacionales y ordenamientos constitucionales. Cfr. Muñoz Conde, F. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Buenos Aires, Argentina:Editorial Hammurabi, 2005, p. 65.

⁵ Guzmán Flujá, Vicente C. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla- La Mancha. p.5. Recuperado el día 17 de agosto de 2014, <http://www.cienciaspenales.net>.

funcionamiento de la «zona de equilibrio» como afirma Hassemer⁶ impide o prohíbe completamente y para cualquier caso el recurso a medios de investigación más agresivos con los derechos fundamentales, o sí se debe tratar de un recurso posible pero estrictamente tasado y limitado, aunque ello redunde en no poder desplegar su eficacia máxima posible. Desde luego, lo que debe rechazarse, por situarse claramente fuera de esa zona, es la generalización o relajación del uso de estos medios de investigación, los que deben mantener la condición de excepcionalidad.

En todo caso, las respuestas deben tener claro que no es posible establecer reglas procesales penales que resulten excepcionales a los postulados del Estado de derecho (lo que nos situaría en el «derecho procesal penal del enemigo»), sino, reglas, que denominaríamos especiales, dentro de los postulados del proceso penal ajustado a los principios democráticos y garantistas. Si bien no es tarea fácil, como coincide la mayoritaria doctrina actual, no se debe renunciar a intentarlo, lo mismo que no cabe resignarse a anteponer la primera sobre la segunda por argumentos de mera necesidad del mantenimiento o restablecimiento de la paz social.⁷

El alcance del crimen organizado, en la actualidad es integral y ha adquirido dimensiones globales en lo geográfico, étnico y cultural, heterogéneo en su estructura y en los acuerdos que forja, con sectores políticos y sociales, y diverso en cuanto a la abundancia de bienes y servicios lícitos e ilícitos que lleva a cabo, por contar con inmensas sumas de dinero que recicla y legaliza constantemente, como manifestación del blanqueo de capitales o lavado de dinero.

El agente encubierto

Aunque se considera que en realidad el uso de esta técnica no es tan nuevo, que muchas agencias policiales ya lo han venido manipulando desde hace tiempo; lo que sí es indiscutiblemente novedoso es su regulación en las legislaciones,

⁶ Hassemer. (1997) Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. en Revista Ciencias Penales, año 12, núm. 14. Recuperado el día 23 de julio de 2014 <http://www.cienciaspenales.org/revistas.htm>.

⁷ Moreno Cantena, V. (2005) Derecho Procesal Penal. Valencia, p. 259. Habla de delitos de una enorme gravedad y de un gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, cuyo descubrimiento y sanción resulta cada vez más difícil para el Estado.

encontrando como germen la Convención de Viena, celebrada en las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1988, para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.⁸

El agente encubierto ha sido definido, de modo general, como un funcionario de la policía que se infiltra en una organización criminal, cambiando de identidad, llevando a cabo tareas principalmente de represión y de prevención del delito, con el fin de ganarse la confianza del grupo, identificar a sus integrantes, obtener información en cuanto a su funcionamiento, financiación, etcétera, recaudar pruebas y, excepcionalmente, presentar testimonio de cargo ante la justicia.⁹

Por lo general, la doctrina sostiene que éste tipo de figuras son técnicas de investigación extraordinarias para la persecución penal de delitos de especial peligrosidad o de difícil esclarecimiento, como los perpetrados por grupos del crimen organizado, utilizadas cuando los métodos tradicionales de investigación han fracasado o no aseguran el éxito para llevar a cabo el juzgamiento de dichas conductas. Por lo tanto, son actuaciones que deben estar sometidas a un especial control y cuidado, procurando la mayor reserva de la información que se recoja, para evitar tanto el peligro para la investigación como para el agente.

El agente encubierto, es un funcionario que forma parte de la policía judicial, y por excepción un particular, que de manera voluntaria, y por decisión de una autoridad encargada de la persecución o el juzgamiento penal, se introduce por largo plazo en un grupo perteneciente al crimen organizado, utilizando el engaño para ganarse su confianza y luego develarlos para lograr desvertebrar dicha organización delictiva.¹⁰

⁸ Los servicios de inteligencia a través de espías son el antecedente histórico más importante del desarrollo de las operaciones encubiertas. Véase. Montoya, M. Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal. Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1998, p.35. Whitaker, R. El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad. Barcelona:Paidós, 1999, p. 15.

⁹ Cfr. Riquelme Portilla, E. «El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo», en Política-criminal (en línea). Revista electrónica de la Universidad de Talca, Centro de Estudios en derecho penal. S.L. Año 2, núm. 2. 2006. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. Recuperado el día 13 de agosto de 2013, p. 8; Montoya, M.D. op. cit., p. 79; Arciniegas Martínez, G.A. Policía judicial y sistema acusatorio. Bogotá:Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 317.

¹⁰ Del Pozo Pérez, M. op. cit., p. 280

Esta técnica de investigación se puede considerar, método secreto de averiguación de la vida privada de las personas, mediante la cual el Estado introduce a uno de sus agentes dentro del grupo de presuntos delincuentes, por medio de la elaboración de identidad falsa e historia ficticia, buscando que la verdadera identidad y relación del agente con la policía sean imperceptibles para cualquier tercero, y de esa manera se pueda lograr la confianza necesaria para que las personas investigadas revelen sus planes.

El empleo del agente encubierto no debe limitarse a únicamente averiguar un delito concreto y determinado, sino que debe extenderse a investigar el modus operandi y todo lo relacionado con las actividades delictivas del grupo en el que se infiltra, intentando así dar con la cúpula de la organización delictiva para justificar el costo y los riesgos que se corren con la adopción de dicho medio investigativo.

Entre los cuestionamientos que se le han efectuado a la figura del agente encubierto encontramos el alegado por Montoya,¹¹ en el sentido de que en todo Estado de derecho, deben imperar tanto las reglas mínimas que conforman una sociedad como la ética, y esto hace que el Estado no pueda ser partícipe en delitos bajo ningún concepto; otros argumentos se escudan en que debido al riesgo de impunidad en caso de que el agente encubierto participe en la comisión de delitos para el triunfo de su labor, los derechos y bienes jurídicos de cualquier habitante se subordinarían al éxito de la investigación, lo cual afirma Zafaroni.¹²

Por su parte, Maier¹³ en torno a esta controvertida figura, reflexiona que, por primera vez, en la legislación se da la posibilidad que el juez ordenara a una persona a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no era conocida en el derecho comparado, lo que transformaba al magistrado en autor mediato de los delitos que se cometían, posición que advertimos radical, de cara a la necesidad de la medida y a los ilícitos penales para los cuales se autoriza, como el lavado de activos.

¹¹ Montoya, M.D. op. cit., p. 23.

¹² Zaffaroni, E.R. «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana», en Revista de derecho penal. Editorial Leyer. Bogotá, núm. 6 (1998). p. 10.

¹³ Maier, J. Agente encubierto. Disponible en: www.abogarte.com.ar/agenteencubierto. Recuperado el día 4 de junio de 2013.

De la responsabilidad penal del agente encubierto

Ante la interrogante qué responsabilidad penal le cabe al agente encubierto cuando infiltrado dentro de la organización delictiva, se ve precisado a cometer un delito, predomina la idea de que en principio, debe ser eximido de sanción penal, sea porque actuó en cumplimiento de un deber, en ejercicio de una orden legítima de autoridad competente, en el legítimo ejercicio de un cargo o por un estado de necesidad.¹⁴

Otros, son del criterio que el legislador no puede eximir de pena a sus funcionarios, en razón de equiparar arbitrariamente bienes jurídicos de diferente valor, como sucede al valorar del mismo modo el éxito de una investigación criminal y la propiedad, la intimidad, la autoridad legítima del mismo Estado o el riesgo previsible para la vida de una persona. Si se entiende que el legislador puede operar de esta manera, no quedaría derecho alguno tutelado ni garantizado, pues su garantía dependería del valor que quisiera asignarle cada Estado, subordinándolo a la eficacia de sus agencias policiales, que operarían como valor supremo.¹⁵

Si bien nuestros textos procesales, en los que ya lo contemplan, hay límites al agente encubierto frente a la posibilidad de cometer delitos (como participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal, realizar transacciones ilícitas con el investigado, etcétera), siempre se ha entendido en la doctrina y la jurisprudencia de algunos países como Argentina, que tienen práctica en ello, que el agente encubierto al infiltrarse dentro de la organización criminal entra a ser parte de la misma y, por lo tanto, tendrá muchas veces que comportarse como tal, desarrollando, como autor o partícipe, actividades delictivas propias del grupo para no generar sospechas y cumplir con su misión, ante lo cual es necesario establecerle unos límites.

Por lo anterior, en la mayoría de los países que emplean esta técnica se ha decidido eximir de responsabilidad penal al agente, por aquellos delitos a los que se vea compelido para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación, siempre que su

¹⁴ Arciniegas Martínez, G.A. op. cit., p. 320. Montoya, Mario Daniel. op. cit., pp. 38-43.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Impunidad del agente encubierto... op. cit., p. 11.

participación resulte ineludiblemente necesaria, racional y proporcionada,¹⁶ de cara a las consecuencias mismas del evento criminal.

Aunque se considera que todo exceso, extralimitación o infracción de la ley debe examinarse caso por caso, se ha pensado que resulta conveniente eximir de responsabilidad al agente encubierto, bien sea aplicando por cuestiones de política-criminal una excusa absolutoria, la cual consiste en una causa personal que excluye la aplicación de la pena de carácter netamente individual y considerando la conducta típica, antijurídica y culpable, pero sin aplicarle pena, o una causa de justificación por la cual la conducta será típica, pero no antijurídica.¹⁷

En todo caso, se subordina la aplicación de la exención de responsabilidad penal a que el delito se cometa como consecuencia directa de la actuación encubierta, que el agente no haya tenido otra opción o alternativa para evitar el fracaso de su misión o el grave peligro para su vida, y siempre que no sean lesionadas la vida o la integridad física de una persona.¹⁸

Frente a lo demás, su conducta delictiva no podría quedar impune y, por lo tanto, la autoridad que realice el control de la actuación del agente encubierto podría iniciar las medidas del caso para que se investigue su responsabilidad penal, realizar los informes dirigidos a las demás autoridades competentes en lo disciplinario, y disponer por la máxima de ellas, ordenar que se le separe de forma inmediata de sus funciones, además de la causal de mala conducta que podría generarle. Esto, en el supuesto que el agente se aparte de la misión que cumple y efectivamente participe, como los demás, en los hechos, por lo cuales llegó a la organización.

La vigilancia electrónica

La vigilancia electrónica, es otro de los métodos especiales de investigación criminal que puede adoptarse en el curso de la investigación criminal, con el fin de averiguar y hacer constar la perpetración de infracciones penales,

¹⁶ En sentido similar, Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. op. cit., pp. 319-320; y Del Pozo Pérez, Marta. op. cit., p. 308.

¹⁷ Rendo, Á.D. op. cit., p. 154.

¹⁸ Ídem. Coincidente con esta posición, Del Pozo Pérez, M. op. cit., pp. 308-309.

especialmente aquellas vinculadas al lavado de activos.¹⁹ La vigilancia electrónica presenta un amplio espectro, pues abarca las intervenciones telefónicas y telegráficas, de la correspondencia privada y de los datos de correo y tráfico electrónico.

Como su nombre lo indica, la técnica que se analiza, consiste en la intromisión en el espacio de intimidad, mediante el control, supervisión de documentos personales en soporte electrónico y escucha de las comunicaciones interpersonales. Su instrumentación, además, supone la existencia de órganos, ya sea la policía u otros vinculados al orden público autorizados para acceder al flujo de información o base de datos personales, con el objeto de conocer y, en su caso, recabar y custodiar una noticia, pensamiento o imagen, penalmente relevante, obtenida por esta vía, para su reproducción en juicio incoado por la comisión de un delito grave.

La intervención de las comunicaciones, como la forma más utilizada de la vigilancia electrónica, es definida por López,²⁰ como:

aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase de instrucción de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse-, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios.

¹⁹ Gimeno Senda, V. (1997) «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS», en *Derecho Procesal en Vísperas del siglo XXI*, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, p. 325.

²⁰ López-Fragoso, Álvarez Tomás. (2010) *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Colex, p. 4. Tal vez más detallada en lo que a los requisitos de validez de la medida de intervención telefónica se refiere, es la definición que ofrecen Paz Rubio, José María, Mendoza Muñoz, Julio, Olle Sesé, Manuel y Rodríguez Moriche, Rosa María. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*. Ed. Colex, 1999, p. 209, conforme a los cuales: (...)todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder pre constituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación del autor.

Respecto a la naturaleza jurídica de las medidas de intervención telefónica, es de destacar que tanto la doctrina²¹ como la jurisprudencia, fijaron una clara distinción entre las dos funciones que las referidas medidas cumplen, en el sentido de que por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí, actualmente equiparada como prueba documental.

La entrega vigilada

La legitimación formal de la entrega vigilada comienza a partir de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, conocida como Convención de Viena, en su artículo 11 regula los requisitos y controles que deben cumplirse para la aplicación de éste procedimiento. En éste sentido expone que: «Las decisiones de recurrir a la Entrega Vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas».

En diciembre de 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo, identificó a éste procedimiento como técnica especial de investigación en el numeral 1 del artículo 20, en el cual precisaba la necesidad de los Estados de adoptar tal procedimiento para enfrentar el crimen organizado:

Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para

²¹ Es de destacar las consideraciones que López Frago Álvarez, Tomás. op. cit., pp. 14-20, realiza sobre la naturaleza jurídica de esta medida de restricción o limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, según el cual para delimitar su naturaleza jurídica hemos de fijarnos en su propio contenido así como en sus funciones, concluyendo dicho autor al igual que la jurisprudencia, que la medida de intervención telefónica cumple: «(...) dos funciones principales, por un lado, desempeña una función probatoria, no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba (...) y cumple también una importante función investigadora».

permitir el adecuado recurso a la Entrega Vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

La entrega vigilada se define como un método especial de investigación que permite que una remesa de droga, armas, insumos químicos o cualquier otra mercancía de procedencia o tráfico ilegal, que se envía ocultamente pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada por las autoridades competentes, con el objetivo de individualizar a los remitentes, a los destinatarios y a los demás involucrados en dicha actividad ilícita.

El artículo primero de la Convención de Viena que aborda diferentes definiciones establece un primer concepto jurídico sobre esta medida, señalando que por:

Entrega Vigilada se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a la presente convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo uno del artículo 3 de la Convención.

La Convención de Palermo desarrolla en su literal h del artículo segundo una definición similar de entrega vigilada que pudiera catalogarse más general y perfeccionada: «la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos».

De manera general las definiciones aportadas por la doctrina y el derecho interno de los Estados mantienen los contenidos y significados brindados por los convenios citados, incluyéndoles algunos elementos o características adicionales. Constituyendo rasgos comunes de esas definiciones de entrega vigilada, en un primer momento el descubrimiento previo de un ilícito en desarrollo,

en tanto no se puede vigilar lo que se desconoce; la posibilidad de frustración de tal delito; la misma debe ser eficaz para la incriminación y punición, pues si frustrando o interrumpiendo el recorrido criminal se cuenta con el suficiente material probatorio para la incriminación y punición de los autores del tráfico por posesión o transporte y con la vigilancia no se logra nada distinto o mejor adicional, la medida no se justifica.

La técnica en cuestión ha recibido numerosas denominaciones en el derecho comparado. Tal es el caso que algunos sistemas jurídicos aluden a él como remesa controlada, entrega controlada o circulación y entregas vigiladas. Es válido señalar que tales expresiones no siempre constituyen sinónimos, ya que los Estados en su regulación interna suelen designar con ellas procedimientos diferentes o derivados de la entrega vigilada.

Las distinciones sostenidas se establecen sobre la base de que en la entrega vigilada, la mercancía ilícita es objeto de una vigilancia pasiva a cargo de las agencias policiales. A diferencia de la entrega o remesa controlada donde se recurre a agentes infiltrados que participan directamente en la operación de tránsito.

De la definición de la técnica de investigación criminal objeto de nuestra indagación podemos advertir que son susceptibles de circulación y entrega vigilada las siguientes sustancias, equipos y materiales:

- Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Materia prima o insumos para la elaboración de drogas.
- Especies de la flora y fauna protegidas, de comercialización prohibida.
- Bienes y ganancias procedentes de conductas constitutivas de lo que comúnmente se conoce como blanqueo de dinero o blanqueo de capitales, tráfico de armas internacional. Activos derivados de operaciones de lavado.
- Mercancías objeto de delitos aduaneros.
- Armas y municiones.
- Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.
- Moneda falsa e insumos para fabricarla.

EL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) Y LAS NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Como consecuencia del proceso de globalización neoliberal, la crisis de la filosofía del Estado nación y el proceso de mundialización económica, el fenómeno de la libre movilidad de capitales hacia aquellos países donde la inversión fuera más productiva en todos los sentidos, se mostró cada vez más creciente, con la lógica utilización de efectivo procedente de todo tipo de actividad, tanto legal, como ilícita, blanqueándose de esta manera millonarias sumas de dinero procedentes de narcotráfico, trata de personas, secuestros, extorsiones y otras muchas actividades ilegales resultantes de la actuación criminal organizada.

En éste estado de cosas, en el año 1989, por iniciativa de los siete países más industrializados del orbe (Estados Unidos, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón y Reino Unido) denominados G-7, surge en París, el Grupo de Acción Financiera Internacional o *Financial Action Task Force on Money Laundering*, como organización intergubernamental, cuyo principal objetivo es crear las medidas para la represión de lavado de dinero.

Como resultado del consenso, el grupo establece un total de 40 recomendaciones de orden técnico, no ideológico, a tener en cuenta a los efectos del eficaz enfrentamiento al lavado de dinero, las que en lo fundamental sugieren reforzar los sistemas bancarios de los Estados, a fin de evitar la colocación en los mismos de efectivos provenientes de lavado o que se pretendan lavar, así como la asimilación por los sistemas jurídicos de los países de las definiciones que en relación con éste delito recoge la convención contra la delincuencia organizada transnacional, lo que supone, no solo asumir al delito de lavado de dinero como delito autónomo, sino uniformar las formas o vías de investigación a fin de lograr la efectividad requerida en su enfrentamiento.

De igual manera, el GAFI, promueve la creación de una red internacional de cooperación mediante la creación de organismos regionales similares, para cada una de las regiones del mundo y como resultado se crean el Grupo de Acción Financiera del Caribe, en el que se agrupa un número importante de Estados del área y el de América del Sur, al que además de varios países de Sudamérica, como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, se han incorporado México, Panamá y Costa Rica, con la presencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

Como resultado del trabajo del Grupo de Acción Financiera de América del Sur (GAFISUD), en su décimo pleno, en julio de 2005, se aprobaron las directivas sobre técnicas especiales de investigación criminal, donde se recomienda a los Estados miembros la adopción de normas legales que regulen las técnicas especiales reconocidas en la Convención de Palermo, de investigación encubierta, entrega controlada (entrega vigilada), arrepentido, (colaboración eficaz), y la vigilancia electrónica, interesando la incorporación de otras dos, «el uso de recompensas y la protección de testigos», ofreciendo definición de cada una de estas formas de investigar el delito de lavado de dinero.

Las definiciones de investigación encubierta, entrega controlada, arrepentido y la vigilancia electrónica, se corresponden en lo esencial, con la que ofrece la referida Convención de Palermo y define «el uso de recompensas y la protección de testigos».

En cuanto al «uso de recompensas», la entiende, como: «la compensación dineraria destinada a ser ofrecida a personas que, sin haber intervenido en el delito, brinden información útil, oportuna y eficaz para esclarecer el hecho o lograr la identificación y/o aprehensión de quienes hubieren tomado parte en la comisión del delito».²²

El informe reconoce que la mayoría de los países miembros no han receptado el uso de recompensas como una técnica de investigación, pero han expresado su predisposición a considerar su inclusión en sus respectivas legislaciones y, en éste sentido, el grupo recomienda su utilización en las investigaciones relativas al delito de lavado de activos, siendo extensible la autorización legal para la investigación del delito precedente a aquél; sugiere igualmente, que para su uso en una investigación criminal, se respeten las normativas constitucionales pertinentes, se defina el marco de aplicación y los límites de su uso; que a dichos efectos la norma que la contemple, debería prever la creación de un fondo de recompensas, su integración y administración, o la utilización de un fondo preexistente a tales fines, así como indicar claramente qué autoridad estatal queda autorizada al ofrecimiento de recompensas y bajo qué condiciones.

De igual forma, se recomienda que la regulación legal de esta nueva técnica de investigación, debería precisar a qué autoridad corresponde la aprobación del pago de la recompensa, así como contener un catálogo, con ciertos niveles de detalle, de los factores a tener en cuenta al momento de disponerse su pago,

²² Véase. Directivas sobre técnicas especiales de investigación. GAFISUD. Julio de 2005. Disponible en: <http://www.gafisud.info>. Recuperado el día 12 de agosto de 2014, pp1-5.

así como la forma o el procedimiento adecuado para la incorporación de la información brindada, por virtud de la recompensa ofrecida, al proceso penal; contener disposiciones relativas a la protección que debe brindárseles a quien colabora en el proceso y a su familia y prever sanciones penales para quienes, intencionalmente, formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos.

Respecto a la protección de testigos, la define como: «un programa que regula las medidas destinadas a preservar la seguridad de quienes, en calidad de testigos, colaboren con el proceso penal, cuando su vida, integridad física o psíquica, libertad o bienes y/o la de sus familiares sean puestos en peligro por causa de su testimonio».²³

De manera similar, recomienda a los Estados que la regulación de esta técnica debe reservarse al delito de lavado de activos, siendo extensible la autorización legal para la investigación del delito precedente a aquél, con respeto de las normativas constitucionales, precisar que autoridad estatal queda autorizada para disponer el ingreso de testigos al programa y bajo qué condiciones, cuál es la autoridad de aplicación del régimen de protección de testigos.

En caso que la medida dispuesta sea la reserva o el cambio de identidad del testigo, la ley debería disponer que el Estado proporcione los medios, recursos y servicios necesarios para asegurar su eficaz implementación, así como también su continuidad en el tiempo. También, la ley debe contemplar las condiciones referidas a la incorporación de la información brindada por el testigo respecto del cual se reserva su identidad, prever disposiciones relativas al pleno ejercicio de la defensa en juicio y establecer los requisitos mínimos para que, en el marco de una adecuada cooperación judicial internacional, se admita la validez de la prueba testimonial brindada bajo esta técnica especial.

CONCLUSIONES

Resulta evidente que la criminalidad organizada es un fenómeno sociológico creciente, que evoluciona a la par de esta sociedad globalizada, sus riesgos son extraordinarios no solo para la propia seguridad de los ciudadanos, sino para el Estado de Derecho. Éste tipo de delincuencia que se presenta en avance y en cada más forma peligrosa, sofisticada y tecnológica; genera auténticas redes de delincuencia que manejan grandes sumas de capital y operan al unísono

²³ Ídem.

en diversos Estados, produciéndose así, el llamado fenómeno de la «transnacionalización de la delincuencia», que se manifiesta en la colaboración de diversos grupos, con la finalidad de aumentar la variedad de hechos delictivos y despistar o distraer la persecución criminal, y sobre todo, como mecanismo viable para lavar el efectivo proveniente de sus disimiles actividades ilegales.

Al margen de lo evidente que se muestra en la actualidad la necesaria lucha contra el lavado de dinero, el reconocimiento por el GAFISUD de «nuevas técnicas de investigación criminal», en especial el uso de la recompensa, ofrecen una clara idea de la incapacidad demostrada por los Estados para llevar a cabo una lucha coordinada de manera integral contra éste flagelo, si reconocemos que mantener la seguridad económica política y social de nuestros países corresponde en primer orden a los gobiernos elegidos democráticamente, quienes lógicamente, para lograrlo tienen la facultad de perseguir toda acción ilegal que vulnere bienes jurídicos de relevancia, pero también desarrollar políticas preventivas, que deben ser reflejo de una fuerte cohesión en términos de institucionalidad.

Por otra parte, si bien combatir el delito resulta tarea de todo ciudadano, a la luz de un sistema social incluyente, de todos y para el bien de todos, acceder a la delación y a la recompensa en las realidades económicas y sociales de América Latina, modifica de manera importante el sentido de justicia y de responsabilidad social, por el del premio como una vía de acceder a mejoras económicas.

Consecuentemente se muestra, la protección de testigos que sugieren regular las normativas internas de los miembros del GAFISUD, porque poco valdrá la vida del delator y de su familia, cuando decide, movido por la codicia o la necesidad económica, y no por el sentido de justicia, ofrecer información valiosa sobre la implicación de un grupo de personas en un posible delito de lavado de dinero. Grupo que tiene entre sus formas tradicionales de actuación, la eliminación física de todo aquel que se convierta en un obstáculo para el normal logro de sus objetivos, en el que el lavado de activos constituye por naturaleza unas de sus finalidades primordiales.

Partiendo de asentir que la lucha contra el lavado de dinero resulta necesaria, y para ello se debe acudir a todo lo que pueda realmente contribuir a su eficaz enfrentamiento, si aceptamos que el delito es un fenómeno social complejo que no se puede borrar de nuestras sociedades totalmente, se debe admitir también, que ni los métodos especiales de investigación que reconoce la Convención de Palermo, ni los que prevé el GAFISUD en sus directivas, serán los que resolverán y ni siquiera mantendrán el grave fenómeno del lavado de dinero en límites aceptables.

Nuestros países, demandan hoy de un nuevo orden económico internacional, donde el hombre se convierta en el protagonista activo del cambio y el desarrollo, y vea en esa lucha honesta la solución de sus necesidades crecientes, y no sea el objeto o instrumento que movido por la ambición, la codicia o el hambre se convierta en lobo del propio hombre. Y ello, fatalmente nunca ha formado parte de las tantas recomendaciones que los países que engendraron al GAFI deciden impulsar.

BIBLIOGRAFÍA

- Anarte Borralló, Enrique y Juan Carlos Ferré Olive. (1999) «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva.
- Arciniegas Martínez, G.A. (2007) *Policía judicial y sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Del Pozo Pérez, Marta. (2006) *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Criterio Jurídico. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, vol. 6.
- Edwards Carlos Enrique. (1996) *El Arrepentido, el Agente Encubierto y La Entrega Vigilada*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Fajardo Serna, Luis Álvaro. «Interceptación de comunicaciones en el sistema acusatorio» en *Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano*. Medellín: Defensoría del Pueblo, proyecto cofinanciado por USAID-Instituto Ideas.
- Gimeno Senda, V. (1997) «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS», en *Derecho Procesal en Vísperas del siglo XXI*, Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Granados Pérez, Carlos. (2001) «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia», en *Cuadernos de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, núm. 2.
- Guariglia, Fabricio. *El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal*. Disponible en: [http:// www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org). Recuperado el día 17 de agosto de 2014.
- Guzmán Flujá, Vicente C. (2014) *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Pena-

- les. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla- La mancha, p. 5. Disponible en: [http:// www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net). Recuperado el día 17 de agosto de 2014.
- HASSEMER. (1997) «Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada», en Revista Ciencias Penales, año 12, núm. 14. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revistas.htm>. Recuperado el día 23 de julio de 2014.
- Moreno Cantena, V. (2005) Derecho Procesal Penal. Valencia.
- Montoya, M. (1998) «Informantes y técnicas de investigación encubiertas», en Análisis constitucional y procesal penal. Buenos Aires:Ad-Hoc S.R.L.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005) De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Buenos Aires, Argentina:Editorial Hammurabi.
- López-Fragoso, Álvarez Tomás. (2010) Las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Madrid:Colex.
- Paz Rubio, José María, Julio Mendoza Muñoz, Manuel Olle Sesé y Rosa María Rodríguez Moriche. (1999) La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales. Ed. Colex.
- Rendo, Ángel Daniel. Agente Encubierto. Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albrematica. Disponible en: <http://www.abogarte.com.ar/>. Recuperado el día 23 de septiembre de 2014.
- Riquelme Portilla, E. (2006) «El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo», en Política-criminal (en línea). Revista electrónica de la Universidad de Talca, Centro de Estudios en Derecho Penal. S.L. Año 2, núm. 2. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. Recuperado el día 13 de agosto de 2011.
- Zaffaroni, E.R. (1998) «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana», en Revista de derecho penal. Editorial Leyer. Bogotá, núm. 6.
- Whitaker, R. (1999) El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad. Barcelona:Paidós.

Otros documentos:

- Directivas sobre técnicas especiales de investigación. GAFISUD. Julio de 2005. Disponible: <http://www.gafisud.info>. Recuperado el día 12 de agosto de 2014.

XII. Las operaciones con recursos ilícitos en México

SONIA ESCALANTE LÓPEZ¹

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre el «lavado de dinero», expresión que trae a la mente imágenes de dinero en un lavadero, el significado de «lavar» se refiere a: «purificar», quitar un defecto o mancha, quitando la suciedad;² lavar el dinero sería en éste caso, limpiar dinero cuyo origen fue ilícito, de tal mano que requiere ser purificado para parecer legal, el estudio va encaminado al significado de éste fenómeno, los ordenamientos jurídicos y los paraísos fiscales.

CONCEPTOS

«Ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables»³

El lavado de dinero es el proceso mediante el cual se realiza cualquier acto u operación con divisas o activos” que provengan de una actividad tipificada como delito por la legislación del país en donde se efectúen dichos actos u operaciones, con el

¹ Presidenta del Instituto Sinaloense de Profesores de Derecho Procesal «Dr. Gonzalo M. Armienta Calderón», A.C., Profesora del Instituto de Ciencias Penales y Seguridad Pública de Sinaloa, Investigadora del Sistema Nacional de CONACYT, nivel 1.

² Diccionario de la Real Academia Española

³ Figueroa Velázquez, Rogelio Miguel. Enciclopedia Jurídica Mexicana. México:Editorial Porrúa, 2002, p. 862.

propósito de ocultar el origen ilícito de tales divisas y activos, utilizando una serie de actos permitidos por la ley, para llegar a un fin prohibido por la misma.⁴

«Es la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los productos bienes de la comisión de delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores». Al referirnos a «lavado de dinero» hablamos de delincuencia organizada, esa actividad realizada por un grupo estructurado de tres o más personas, que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llamada también Convención de Palermo con propósito de obtener, directa o indirectamente, beneficios económicos u otros de orden material, la cual fue suscrita por México en 13 de diciembre de 2000 y ratificada el 4 de marzo de 2003. Asimismo, México es firmante de los protocolos anexos a la misma: contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y contra la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, el numeral siguiente de la convención describe:

Artículo 7: Medidas para combatir el blanqueo de dinero.

1. Cada Estado Parte:

- a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de bancos e instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas y,
- b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de

⁴ Zamora Sánchez Pedro. (2000) Marco Jurídico de lavado de dinero. Oxxford, 2000, p.6.

combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales), sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.⁵

A MANERA DE ANTECEDENTES

El lavado de dinero es un asunto muy delicado, aunque no es nada nuevo y tiene que ver con la economía de los países, en el caso de México comienza

⁵ Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita por el gobierno mexicano el 13 de diciembre de 2000 y ratificada el 4 de marzo de 2003. <http://www.proceso.com.mx/?p=98726>

con la penalización cuando suscribe la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el 16 de febrero de 1989, ratificada el 19 de febrero de 1990, la cual en su artículo 3 describe: «1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta», poniendo de manifiesto la obligatoriedad de los Estados partes para que tipifiquen estas conductas en tipos penales. La acción de blanquear dinero ha existido desde que el beneficio económico del delito demandó ser utilizado.⁶

Éste término tiene sus orígenes New York y Chicago, con las mafias de ese tiempo y con Al Capone, quien al querer dar apariencia legal al dinero que era obtenido de forma ilícita de la venta de alcohol, tráfico de armas y extorsión, invirtió en el entintado de textiles, y por mucho tiempo las autoridades no pudieron distinguir el dinero que provenía de esos negocios.⁷

El lavado de dinero es un fenómeno que agobia a la economía mundial amenazando la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados. En la declaración de Basilea de 1988, se tomó como base la dimensión internacional que ha alcanzado la delincuencia organizada advirtiendo que los bancos y otras instituciones financieras podrían servir de intermediarios para el depósito y transferencia de recursos provenientes del crimen organizado.⁸

Los bancos y otras instituciones financieras pueden ser utilizados sin saberlo como intermediarios para las transferencias o el depósito de fondos originados en actividades criminales. 1005 criminales y sus asociados utilizan el sistema financiero para efectuar pagos y transferencias de fondos de una cuenta a otra; para ocultar el origen de los dineros y su efectiva pertenencia y utilizan ilegalmente la custodia en las cajillas de seguridad. Toda la actividad comúnmente llamada como «reciclaje» de fondos de procedencia ilícita.⁹

⁶ D. Pérez Lamela Héctor, et al. (2000) Lavado de Dinero un enfoque operativo. Buenos Aires:Depalma.

⁷ Ávila de la Torre Alberto Manuel. (2003) Lavado de dinero. conceptos básicos sobre un sistema económico delictivo. Porrúa, p.10.

⁸ Nando Leford Víctor Manuel. El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico. Trillas, p. 17.

⁹ Declaración de principios del comité de Basilia. http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Documentos/basilea.htm29/01/2014.

Esta declaración también señala la obligación de los bancos para coadyuvar con las autoridades nacionales judiciales, en materia de reserva sobre los clientes bancarios. Cuando estas instituciones presuman que el dinero depositado pudiera derivar de actividades ilícitas, deberán de rechazar al cliente o cerrar y congelar sus cuentas.

El lavado de dinero puede realizarse en tres vertientes, narcotráfico, evasión fiscal y corrupción, para lavar el dinero «sucio» tiene que proceder de una actividad delictiva, y una empresa o negocio que lo «lave» son instituciones bien establecidas, también en el caso de las entidades del Estado, en donde funcionarios a través del tráfico de influencias benefician a empresas privadas nacionales e internacionales, en donde prevalece la trata de personas, narcotráfico secuestro y otros delitos, para combatir el lavado de dinero de funcionarios públicos se requiere mayor transparencia y rendición de cuentas, legislar en esta materia y establecer sanciones penales, los factores primordiales intervienen en la comisión del lavado de dinero, son los delitos anteriores a éste, son esas actividades ilícitas principales que generan ingresos y esas ganancias posteriormente se pretende o se ingresan al marco legal. En el marco internacional los delitos que anticipan al lavado se encuentran por ejemplo: el tráfico de obras de arte, medicamentos, personas, secuestro, extorsión, corrupción, tráfico de droga, entre otros.

Las instituciones encargadas de blanquear para pasar desapercibidas introducen el dinero en pequeñas cantidades y lo colocan en operaciones financieras separadas, otra opción es cuando se envía el dinero a través de fletes o de personas que son contratadas para que lleven la maleta con el dinero sucio y lo transportan a países o lugares donde prevalece el secreto bancario, es a partir de ese momento que se logra el objetivo.¹⁰

TRANSFERENCIAS

Posteriormente, se realizan las transferencias en las instituciones financieras, blanqueando el dinero sucio, colocándolo en actividades legales, ocultando de esta forma la verdadera fuente u origen de donde procede el dinero, para

¹⁰ Op, cit., nota 4, p.69.

La presente lista de centros financieros offshore incluye; tanto los países considerados oficialmente paraísos fiscales por la OCDE, así como todas aquellas jurisdicciones o territorios que ofrezcan incentivos fiscales de naturaleza similar:

| Territorios que ofrecen incentivos fiscales según la OCDE. | | |
|--|-----------------|--------------------------|
| Ilderney | Guatemala | Nigeria |
| Andorra | Guernsey | Niué |
| Anguilla | Hong Kong | Norfolk |
| Anjouán | Hungría | Nueva Zelanda |
| Antigua y Barbuda | Irlanda | Omán |
| Antillas Holandesas | Islandia | Países Bajos |
| Aruba | Israel | Panamá |
| Australia | Jamaica | Puerto Rico |
| Austria | Japón | Reino Unido |
| Bahréin | Jordania | República Dominicana |
| Barbados | Labuán | Saint Kitts |
| Belize | Letonia | Samoa |
| Bermudas | Líbano | San Marino |
| Botswana | Liberia | St. Vincent y Granadinas |
| Brunei | Liechtenstein | Santa Lucía |
| Caimán, Islas | Luxemburgo | Sark |
| Campione | Macao | Seychelles |
| Canadá | Macedonia | Singapur |
| Chipre | Madeira | Somalia |
| Cook, Islas | Maldivas, Islas | Suecia |
| Costa Rica | Malta | Suiza |
| Dinamarca | Man, Isla de | Tanger |

| | | |
|------------------------|-----------------|--------------------------|
| Dominica | Marshall, Islas | Trinidad y Tobago |
| Emiratos Árabes Unidos | Mauricio | Turks y Caicos, Islas |
| Estados Unidos | Mónaco | Uruguay |
| Filipinas | Montenegro | Vanuatu |
| Ghana | Montserrat | Virgenes Británicas, Is. |
| Gibraltar | Naurú | Virgenes USA, Is. |
| Granada | Nevis | Yibuti |

También se recogen los Estados que por las características de su sistema legal o bancario están directamente relacionados con los negocios offshore.¹⁴

Para 2011 la OCDE sólo consideraba Niué y Naurú, como paraísos financieros. El 18 de mayo de 1994, México aceptó ser miembro de la OCDE; Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Decreto de promulgación de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la aceptación de sus obligaciones como miembro de la el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de julio de ese mismo año. Es un plano de igualdad, México analiza las políticas públicas de los países miembros.¹⁵

Según la OCDE ahora no existe como hace años una lista de paraísos fiscales unificada, señalando que cada país aplica sus propias leyes, la primera lista que elaboró en el mes de junio de 2000, incluía a 32 países y para el 15 de diciembre del 2011, como ya lo señalamos solo describe a las islas de Naurú y Niué. La OCDE en el año 2010 recomendó a México, lo siguiente:

«Con unas expectativas de inflación estables y una capacidad ociosa considerable, existe un margen importante para reducir las tasas de interés de referencia en caso de que la economía se debilite más de lo previsto.

Para poder garantizar una sostenibilidad fiscal de largo plazo, se necesitarán nuevas reformas fiscales de amplio alcance, así como una retirada más rápida de los subsidios a la energía y los combustibles.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem

Es fundamental que el gobierno reduzca la dependencia de los ingresos petroleros y que acumule mayores reservas en sus fondos de estabilización petroleros...»¹⁶ A tres años de esta recomendación México realiza una reforma constitucional hacendaria, con el discurso de mejorar el bienestar de los mexicanos y mejorar la competitividad de nuestra economía.

En México el artículo segundo transitorio, fracción VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta 20, establece la lista de los territorios que considera que cuentan con regímenes fiscales preferentes.¹⁷

XLII. Son territorios por los que se debe presentar la declaración informativa a que se refieren el Título VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta y el título IV capítulo II del Código Fiscal de la Federación, los siguientes: *Anguila*, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Barbados, Belice, Bermudas, Brunei Darussalam, Campione D'Italia, Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Bahrein, Kuwait, Qatar, Samoa Occidental, Puerto Rico, Gibraltar, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Islas Caimán, Isla de Christmas, Isla de Norfolk, Isla de San Pedro y Miquelón, Isla de Man, Isla Qeshm, Islas Azores, Islas Anarias, Islas Cook, Islas de Cocos o Kelling, Islas de Guernsey, Jersey, Alderney, Isla Great Sark, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou Lihou (Islas del Canal), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Madeira, Malta, Montserrat, Nevis, Niue, Patautau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reino de Suazilandia, Reino de Tonga, Reino Hachemita de Jordania, Albania, Angola, Cabo Verde, Costa Rica, Chipre, Djibouti, Guyana, Honduras, Islas Marshall, Liberia, Maldivas, Mauricio, Nauru, Panamá, Seychelles, Trinidad y Tobago, Túnez, Vanuatu, Yemen, Uruguay, Sri Lanka, Samoa Americana, San Kitts, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Santa Lucía, San Marino, Omán, Tokelau, Trieste, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria, Zona Libre Ostrava.

¹⁶ <http://www.oecd.org/mexico/49363879.pdf> 27/012014

¹⁷ Ley de Impuesto Sobre la Renta.

Así mismo es preciso mencionar, que sobre éste ilícito, en un periodo de cuatro años (de 2004 a 2007) fueron turnados a la PGR 525 reportes y en contraste, se iniciaron en el mismo periodo de tiempo 86 averiguaciones previas de los reportes, el Ministerio Público Federal sugirió el ejercicio de la acción penal y de éstas sólo 25 tuvieron una sentencia. Las estadísticas muestran que, durante el periodo 2004-2007, por cada 100 000 reportes sólo 2.61 reportes derivaron en una denuncia por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por el delito de lavado de dinero; y, por cada millón de reportes sólo 4.28 terminaron en averiguaciones previas por el delito de lavado de dinero, es decir, una probabilidad del 0.000 4 de que una operación reportada concluya en una averiguación previa.¹⁸

ORDENAMIENTO JURÍDICO

La gran expansión que han tenido las actividades ilícitas en el ámbito internacional, ha obligado a los países en el mundo a regular el combate a éste fenómeno, la normatividad en México sobre el sistema financiero fue el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, con la reforma el 28 de enero de 1989, la segunda reforma en 28 de diciembre de 1994, entrando en vigor el día 1 de enero de 1995, adición del párrafo cuarto.

Se sancionará con pena de tres a nueve años de prisión, a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita.

I. Realice una operación financiera, compra, venta, garantía, depósito, transferencia, cambio de moneda o, en general, cualquier enajenación o adquisición que tenga por objeto el dinero o los bienes antes citados, con el propósito de:

- a) Evadir de cualquier manera el pago de crédito fiscales;
- b) Ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate;
- c) Alentar alguna actividad ilícita, u

¹⁸ Recuperado el día 29 de enero de 2014, <http://www.eluniversal.com.mx/primera/37514.html>.

- d) Omitir proporcionar el informe requerido por la operación
- II. Transporte, transmita o transfiera la suma de dinero o bienes mencionados, desde algún lugar a otro en el país, desde México al extranjero o del extranjero a México, con el propósito de:
- a) Evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales.
 - b) Ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate;
 - c) Alentar alguna actividad ilícita, u
 - d) Omitir proporcionar el informe requerido por la operación.

Las mismas penas se impondrán a quien realice cualquiera de los actos a que se refieren las dos fracciones anteriores, que tengan por objeto la suma de dinero o bienes señalados por las mismas, con conocimiento de su origen ilícito, cuando estos hayan sido identificados como producto de actividades legales por las autoridades o tribunales competentes y dichos actos tengan el propósito de:

- a) Ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate.
- b) Alentar alguna actividad ilícita.

Igual sanción se impondrá a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que con el propósito de prestar auxilio o cooperación para evitar la identificación del cliente y la correspondiente operación, conforme a lo previsto en las disposiciones que regulan el sistema financiero.

Para los efectos de éste artículo, se entiende por sistema financiero el comprendido por las instituciones de crédito, seguros y fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, intermediarios bursátiles, casas de cambio y cualquier otro intermediario financiero o cambiario¹⁹.

¹⁹ Código Fiscal de la Federación, artículo derogado.

El artículo en general describe sobre la realización de diferentes operaciones financieras en otras modalidades, así como la evasión de pago de créditos fiscales, ya se prevén en éste numeral las conductas que hoy se conocen como lavado de dinero, tendríamos que observar que la convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópica, que fue suscrita en 1989 por México sobre esta materia, describe que los gobiernos deberán de adoptar las legislaciones penales para tipificar los delitos en éste fenómeno, aquí tendríamos que preguntarnos, ¿por qué se incluyó en el Código Fiscal de la Federación? Es hasta 1996, que se deroga éste artículo y se reforma el hoy Código Penal Federal, el cual describe el tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, en donde se establecen las particularidades bajo las cuales puede consumarse la conducta, y las sanciones a las que se harán acreedores quienes realicen dicha conducta antijurídica.

Artículo 400 bis.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno 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.

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En éste caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conductas previstas en éste artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha secretaría, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

Para efectos de éste artículo, se entiende que, son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por instituciones de crédito, seguros y fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

Así, como el artículo 115 bis del CFF describía sanción de tres a nueve años de prisión, el CPF ya ordena una sanción de 5 a 15 años de prisión y de mil a cinco mil salarios mínimos a la persona o interpósita persona, que realice diversas conductas ilícitas enfocadas al sistema financiero, considera además agravantes para los servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos, contempla a los policías, y a los jueces, también describe que será la SHyCP quien denuncie para proceder penalmente, el reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, de 16 de agosto de 2013, describe en su artículo primero, que las autoridades encargadas de dar cumplimiento a el reglamento y la ley, deberán de recabar elementos útiles para prevenir, investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita y los relacionados con estos, así como el uso de esos recursos para su financiamiento.²⁰ A nivel constitucional el artículo 73 describe las facultades del congreso para legislar en:

²⁰ Reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, de 16 de agosto de 2013.

- a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones. Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;
- b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;
- c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

«En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales»

En el caso de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que prevé las bases a través de las cuales el Ministerio Público se coordinará con la SHyCP para llevar a cabo la investigación.

Es hasta el 17 de octubre de 2012, que se publica en el Diario Oficial, la Ley Federal para la Prevención e identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita²¹ expedida con: «el objeto de proteger el sistema financiero y la economía nacional, por medio del establecimiento de medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento»; también señala medidas para prevenir y detectar operaciones que se relacionen con recursos de procedencia ilícita, describe una coordinación entre instituciones, con el fin de recabar

²¹ Recuperado el día 29 de enero de 2014. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5273403&fecha=17/10/2012.

información para investigar y perseguir operaciones con recursos de procedencia ilícita, en el caso de los que realizan estas actividades, sus estructuras financieras de las organizaciones delictivas, ordena además la creación de la unidad especializada en análisis financiero que se encarga de analizar las operaciones con recursos de procedencia ilícita, siendo esas actividades vulnerables las relacionadas con la práctica de juegos con apuesta, concursos o sorteos que realicen organismos descentralizados conforme a las disposiciones legales, en el caso de la creación de la Unidad Especializada de Análisis Financiero la describe el siguiente numeral.

Artículo 7. La procuraduría contará con una unidad especializada en análisis financiero, como órgano especializado y contable, relacionado con operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La unidad, cuyo titular tendrá el carácter de agente del Ministerio Público de la Federación, contará con oficiales ministeriales y personal especializado en las materias relacionadas con el objeto de la presente ley, y estará adscrita a la oficina del Procurador General de la República.

La unidad podrá utilizar las técnicas y medidas de investigación previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Ley Aduanera 184: omitan declarar en la aduana de entrada al país o en la de salida, que llevan consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a diez mil dólares de los Estados Unidos de América”²²

Sin embargo, el decreto que expide la Ley Federal para la Prevención e identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, se publica en el Diario Oficial de la Federación del 17 de octubre de 2012,²³ y anterior a éste se expide el acuerdo A/049/12 de la Procuradora General de la República por el que se crea la Unidad Especializada en Análisis Financiero y se establecen sus facultades, ordenando en sus artículos:

²² Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Disponible en: <http://www.pgr.gob.mx/normatec/Documentos/a-49-12.pdf> 29/01/2014

²³ Diario Oficial de la Federación del 17 de octubre de 2012

Artículo Primero. El presente Acuerdo tiene por objeto crear la Unidad Especializada en Análisis Financiero, que tendrá facultades para investigar las estructuras financieras vinculadas a las operaciones ligadas con presuntas organizaciones delictivas y evitar que usen los recursos para su financiamiento, mediante el diseño y ejecución de sistemas y mecanismos de análisis de la información financiera y contable relacionada con los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita previstos en el artículo 400 bis del Código Penal Federal.

Artículo Segundo. La Unidad Especializada en Análisis Financiero, queda adscrita a la Oficina de la Procuradora General de la República.²⁴

Algunas otras leyes que tienen relación con el tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 115 describe las prohibiciones, sanciones administrativas y delitos, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, describe en su artículo 87-D la realización habitual y profesional de operaciones de crédito, arrendamiento financiero y factoraje financiero, en el artículo 95 de las infracciones y delitos, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en su artículo 112 describe las infracciones y delitos, y para proceder penalmente sobre éste delito en México, es basta la normativa en materia financiera que tiene que ver con el lavado de dinero, lo cual implica una laberinto en cuanto a la remisión de legislación se refiere.

CONCLUSIONES

Desde hace muchos años el lavado de dinero es un fenómeno mundial, hemos examinado como se ha dado la evolución de los grupos delictivos, que se han expandido por todos los continentes, a pesar de la regulación jurídica de los instrumentos internacionales y los ordenamientos jurídicos de las naciones, estos grupos han sabido colocarse en los paraísos financieros haciendo sus grandes imperios, trasformando el dinero ilegal en actividades e instituciones legales, siendo útiles para estos criminales el adelanto de la tecnológica.

²⁴ Acuerdo A/049/12 de la Procuradora General de la República por el que se crea la Unidad Especializada en Análisis Financiero y se establecen sus facultades.

Por su parte, la normatividad penal como el del artículo 400 bis del Código Penal Federal, que describe las diferentes conductas típicas que encuadran el delito, no ha sido suficiente para garantizar las sanciones para estos grupos delictivos que tienen sus grandes imperios en nuestro país, ya que son muy avilés en colocar los recursos de procedencia ilícita en empresas legales, pero además considero que quedan todavía algunas figuras que no están previstas en la ley.

También es viable referirnos a la promulgación de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que ha venido a contribuir para que las autoridades encargadas de esta materia puedan realizar sus investigaciones en la persecución del delito, para detener a los delinquentes, garantizar la estabilidad y seguridad de la nación.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila de la Torre Alberto. (2003) Manuel, lavado de dinero, conceptos básicos sobre un sistema económico delictivo. Porrúa.
- Córdova Gutiérrez, Alberto y Carlos Palencia Escalante. (2001) El lavado de dinero: Distorsiones Económicas e Implicaciones Sociales. México: Instituto de Investigación Económica y Social Lucas Alamán, A.C.
- D. Pérez Lamela Héctor. (2000) Lavado de dinero un enfoque operativo. Buenos Aires: Depalma.
- Figueroa Velázquez, Rogelio Miguel. (2002) Enciclopedia Jurídica Mexicana. IIJ-UNAM, México: Editorial Porrúa.
- Nando Leford Víctor Manuel. (2009) El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico. Trillas.
- Sánchez Brot Luis E. (2002) Lavado de dinero delito transnacional. Argentina.
- Zamora Sánchez Pedro. (2000) Marco Jurídico de lavado de dinero. Oxford.

FUENTES LEGISLATIVAS

- Declaración de principios del comité de Basilea,
- Reglamento de la ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, del 16 de agosto de 2013.
- Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Diario Oficial de la Federación del 17 de octubre de 2012

Diccionario de la Real Academia Española.

Ley de Impuesto sobre la renta.

Reglamento de la ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, del 16 de agosto de 2013.

Acuerdo A/049/12 de la Procuradora General de la República por el que se crea la Unidad Especializada en Análisis Financiero y se establecen sus facultades

Páginas consultadas

http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Documentos/basilea.htm

<http://paraisos-fiscales.info/lista-de-centros-financieros-offshore.html>. Recuperado el día 28 de enero de 2014.

<http://www.pgr.gob.mx/normatec/Documentos/a-49-12.pdf> Recuperado el día 29 de enero de 2014.

El lavado de dinero en el siglo XXI.
Una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales,
la doctrina y las leyes en América Latina y España
de Gonzalo Armienta Hernández, Mayra Goite Pierre,
Arnel Medina Cuenca, Lázaro Gambino Espinoza
y Lizbeth García Montoya (coords.),
se terminó de imprimir y encuadernar
en noviembre de 2014 en los talleres de la
Pandora Impresores, ubicados
en Caña 3657, La Nogalera, C. P. 44470,
Guadalajara, Jalisco. La edición, al cuidado
de la Dirección de Editorial de la UAS,
consta de 1000 ejemplares.