

AAU

AMERICAN ANDRAGOGY
UNIVERSITY



**ASPECTOS DOGMÁTICOS,
CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES
DEL LAVADO DE ACTIVOS**

ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS

PRÓLOGO

Dr. Jorge A. Subero Isa

El crimen organizado ha existido desde que existen las leyes, siempre ha habido personas y grupos quienes quebrantando el ordenamiento jurídico, social y moral de las sociedades han tratado de sacar provecho de lo prohibido en cierto momento y lugar de la historia. Sin importar el país ni su nivel de desarrollo, el dinero obtenido de estos actos ilícitos era insertado a la economía legal. Con la globalización de los mercados estas organizaciones tienen una mayor gama de opciones para intentar invertir y limpiar así sus ganancias. Las estadísticas sobre el lavado de dinero son asombrosas, y nos damos cuenta de la incidencia que tiene este delito cuando el Fondo Monetario Internacional (FMI) estima que el monto que se lava en un año a nivel mundial representa del 2% al 5% del PBI, mientras que para América Latina una estimación bruta parece ubicarlo entre el 2,5% y 6,3% del PIB regional anual.

Hoy en día, con los avances jurídicos, tecnológicos y democráticos hemos logrado que esta inserción de capitales a las economías mundiales sea cada vez más difícil. Puesto que, aunque el nivel de tolerancia mundial hacia el Lavado de Activos siempre ha sido bajo, han existido países que no cooperan con la lucha contra este delito. Sin embargo, podemos afirmar que el índice ha disminuido habiendo hoy muy pocos países y territorios que no cooperan con los organismos internacionales. Pero esto no significa que la labor que tienen los países se ha simplificado, muy por el contrario, mientras mayor seguridad existe en los mercados más complicado y difícil de detectar se toma el blanqueo de capitales.

El lavado de activos es un tema de gran interés para economías en desarrollo como la nuestra, donde las reglas aunque claras, son relativamente nuevas lo que permite a los que practican esta actividad nutrirse de los huecos del sistema para poder invertir dinero fruto del narcotráfico u otras actividades ilícitas en actividades lícitas para así "blanquear" sus activos.



Al mismo tiempo tenemos una economía mayormente de servicios, por lo que también estamos expuestos a ser utilizados para el lavado de capitales. La fuente principal de divisas de la República Dominicana es el dólar generado por el turismo, las zonas francas y las remesas de los dominicanos residentes en el exterior. Por medio de estas actividades y muchas otras de naturaleza comercial, capital generado por actividades ilícitas entran a nuestro país. Para estos propósitos se utilizan servicios electrónicos bancarios y no bancarios ofrecidos de manera legítima por instituciones nacionales e internacionales, las cuales ofrecen circunstancias ideales para el lavado de activos.

Es por ello que en nuestro país es de suma importancia la capacitación en esta área, no sólo para los jueces que deben estar preparados para afrontar este delito en los tribunales, sino también abogados, banqueros, corredores inmobiliarios, entre otros, deberían tener conocimientos específicos orientados a sus funciones, con miras a prevenir la ejecución de dicho crimen.

Desde hace algunos años nuestro país posee normativas legales que sancionan, tipifican, y hasta tratan de controlar el lavado de activos, sin embargo como signatario de múltiples convenciones, tratados y declaraciones internacionales contra el Lavado de Capitales se encontró con la necesidad de crear un marco legal que se ajuste a los lineamientos internacionales a los que se ha comprometido con la finalidad de controlar y combatir dicho delito. Con estos fines en mente fue que se promulgó en el 2002 la "Ley contra el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas y otras infracciones graves". Con esta promulgación nuestro país continúa con mayor fuerza la lucha contra uno de los males que corroe nuestra sociedad.

Es por esto que un grupo de expertos a solicitud de la Escuela Nacional de la Judicatura y con el financiamiento de la USAID, a través de su programa Justicia y Gobernabilidad/DPK han aunado esfuerzos para crear este libro que tienen hoy en sus manos, el cual al mismo tiempo se utilizará como bibliografía exigida para el Curso Virtual de Lavado de Activos que ofertará la Escuela Nacional de la Judicatura en el año 2005. En espera de que esta iniciativa, que busca capacitar a distancia a la mayor cantidad de profesionales, empezando con los jueces, aumente la demanda de información sobre el tema e incentive a más juristas criollos a escribir e investigar sobre el tema, para lograr así que los profesionales dominicanos tengan opciones de capacitación sobre el tema.

INDICE GENERAL

MODULO I:

LAVADO DE ACTIVOS. GENERALIDADES

1

Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Proveer de herramientas actualizadas para el tratamiento eficiente en el sistema judicial del lavado de activos.

Contenido:

1. El problema criminológico del lavado de activos
 - 1.1 El punto de partida de la preocupación internacional
2. Concepto: ¿Qué es el lavado de activos?
 - 2.1 Distintas denominaciones utilizadas
3. Etapas del lavado de activos: Métodos comunes
 - 3.1 Colocación
 - 3.2 Estratificación o intercalación
 - 3.3 Integración o inversión
4. Características del lavado de activos
 - 4.1 Naturaleza internacional
 - 4.2 Volumen del fenómeno
 - 4.3 Profesionalización
 - 4.4 Variedad y variación de las técnicas empleadas
 - 4.5 Otras características
5. Factores que han favorecido su desarrollo
 - 5.1 Globalización económica mundial
 - 5.2 Liberalización de los movimientos de capital y desregulación bancaria
 - 5.3 Revolución tecnológica
 - 5.4 Paraísos fiscales y secreto bancario
 - 5.5 El desarrollo de modelos de criminalidad organizada

6. Línea de acción
 - 6.1 Penalización del lavado de activos
 - 6.2 Incautación y decomiso de bienes
 - 6.3 Asistencia judicial internacional
 - 6.4 Desarrollo de modelos de investigación penal para casos complejos
 - 6.5 Régimen de prevención y sanciones administrativas
 - 6.6 Establecimiento de mecanismos de evaluación multilateral

MÓDULO II: MARCO INTERNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

33

Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Facilitar el acceso a la normativa internacional en materia de lavado de activos, así como el conocimiento de su contenido y el alcance de su fuerza vinculante.

Contenido:

1. Introducción
2. El impacto normativo interno de la legislación internacional
 - 2.1 Jerarquía normativa de los compromisos internacionales asumidos: dualismo y monismo
 - 2.2 Tratamiento jurisprudencial en República Dominicana sobre la jerarquía interna de los Tratados Internacionales
3. Principales órganos internacionales y grupos de trabajo sobre lavado de activos
4. Diversidad de instrumentos internacionales
5. Tratados Internacionales
 - 5.1 Tratados de alcance universal:
 - 5.2 Tratados regionales en el ámbito europeo
 - 5.3 Tratados regionales en el ámbito americano
6. Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal
 - 6.1 Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal
 - 6.2 Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito europeo
 - 6.3 Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito americano
7. Propuestas Normativas
 - 7.1 Modelo de Ley PNUFID
 - 7.2 Reglamento Modelo OEA-CICAD

MÓDULO III:

EL LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA**65***Alejandro Moscoso Segarra*

Objetivo específico:

Ofrecer las herramientas para un manejo adecuado de la legislación nacional en materia de definición del lavado de activos y otras infracciones jurídico-penales vinculadas al mismo.

Contenido:

1. Introducción. La complejidad del tipo penal del lavado de activos.
2. Origen y evolución de la tipificación del lavado de activos en la República dominicana
 - 2.1 Ley 50-88 del 30 de mayo de 1988
 - 2.2 La ley 17-95 del 17 de diciembre de 1996
 - 2.3 Ley 72-02 del 29 de mayo de 2002
3. El sistema normativo de la ley 72-02
4. La conducta típica del lavado de activos en la ley 72-02
 - 4.1 Elementos del tipo objetivo del lavado de activos
5. Elementos del tipo subjetivo del lavado de activos
6. El dolo: conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo
7. Tipo subjetivo y error de tipo. Problemas particulares.
8. Situaciones que agravan la punibilidad: el artículo 21 de la Ley 72-02

MODULO IV:

PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTE GENERAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS**87***Maximiliano Rusconi*

Objetivo específico:

Profundizar en el desarrollo de las cuestiones de la parte general del derecho penal que adquieren especial relevancia en la aplicación de la legislación vinculada con el lavado de activos, procurando mejorar los niveles de conocimiento dogmático en el sistema de administración de justicia.

Contenido:

1. Algunas consideraciones específicas con relación a los tipos penales del lavado de activos
2. Cuestiones dogmáticas específicas del ilícito de lavado de activos en la Ley 72-02

- 2.1 Problemas a resaltar en la redacción del artículo 3 de la ley 72-02
- 2.2 El incremento patrimonial no justificado y el artículo 4 de la Ley 72-02
- 3. Autoría y participación en lavado de capitales
 - 3.1 La definición del autor. El modelo legislativo
 - 3.2 El autor mediato en la dogmática penal y el autor mediato en la ley 72-02
 - 3.3 La coautoría en el ámbito del delito de lavado de dinero
- 4. Los problemas concursales
 - 4.1 Las reglas concursales y el lavado de capitales
 - 4.2 La relación con el delito base
 - 4.3 La construcción del dolo a partir de las circunstancias del hecho: nuevamente el artículo 4 de la ley 72-02
- 5. La tentativa del lavado de activos. La estructura del delito tentado y su manifestación en el sistema represivo del lavado de activos
 - 5.1 Principio de ejecución: actos preparatorios y actos ejecutivos
 - 5.2 La tentativa en delitos calificados, habituales y en la autoría mediata
 - 5.3 Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo
- 6. El desistimiento voluntario en el marco del delito tentado
- 7. La tentativa en los delitos de estructura omisiva
- 8. Responsabilidad por omisión en posición de garante

MODULO V: ASPECTOS PROCESALES EN EL ENJUICIAMIENTO PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

127

Norma Bautista, Heiromy Castro Milanés, Alejandro Moscoso Segarra y Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Identificar mecanismos procesales a efectos de aumentar los niveles de eficiencia judicial en materia del tratamiento del lavado de activos en el marco del nuevo sistema acusatorio: tanto en la identificación de las responsabilidades jurídico-penales, en el aseguramiento de los activos como en el tratamiento de las medidas de coerción personal.

Contenido:

1. Responsabilidades procesales del Fiscal y del Juez en el sistema acusatorio. La instrucción.
2. La libertad durante el proceso de investigación del lavado de activos

3. Medidas cautelares en la instrucción o fase preparatoria del proceso penal
 - 3.1 Medidas personales
 - 3.2 Medidas sobre bienes: incautación y decomiso
 - 3.3 La incautación en la Ley 72-02
 - 3.4 El decomiso en la Ley 72-02
 - 3.5 Bienes susceptibles de estas medidas
 - 3.6 Decomiso parcial. Situación de los bienes mezclados.
 - 3.7 Comiso Sustitutivo y del valor por sustitución
4. La situación de los terceros de buena fé
5. Destino de los bienes decomisados
6. Los sistemas de valoración de la prueba y en particular sobre la valoración de medios de prueba en la investigación del lavado de activos
 - 6.1 La prueba documental
 - 6.2 La prueba testimonial
 - 6.3 La prueba informativa
 - 6.4 El peritaje
 - 6.5 La prueba anticipada
 - 6.6 El valor de los indicios
 - 6.7 El valor de la declaración de un coimputado
7. Organismos estatales a los cuales el juez y el fiscal pueden pedir información en casos de lavado de activos
 - 7.1 Unidad de Análisis Financiero
 - 7.2 Banco Central
 - 7.3 Superintendencia de Bancos
 - 7.4 Dirección Nacional de Control de Drogas
 - 7.5 Dirección General de Impuestos Internos
 - 7.6 Dirección General de Migración
 - 7.7 Registro Mercantil
 - 7.8 Contraloría General de la República
 - 7.9 Cámara de Cuentas
 - 7.10 Oficina Nacional de Propiedad Industrial
 - 7.11 Superintendencia de Valores
 - 7.12 Otras Fuentes de Información Estatales
8. Organismos Privados de Utilidad Informativa
 - 8.1 Entidades de Intermediación Financiera y Cambiarias
 - 8.2 Organismos Internacionales
 - 8.3 Empresas privadas de informaciones comerciales o de crédito
9. Régimen legal para la administración de los bienes incautados
10. Sugerencias para el desarrollo estratégico de la investigación de lavado de activos
 - 10.1 El principio de oportunidad

MODULO VI:

ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA INVESTIGACION Y ENJUICIAMIENTO DEL LAVADO DE ACTIVOS

213

Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Proporcionar los conocimientos indispensables para un efectivo uso de los mecanismos internacionales para recibir una adecuada asistencia judicial internacional en los procesos de investigación del lavado de activos.

Contenido:

1. Introducción: las implicaciones y posibilidades de la asistencia judicial internacional
2. La Convención de Viena de 1988
3. Convención de Palermo
4. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción
5. Convención Interamericana contra la Corrupción
6. Los Tratados Regionales sobre Asistencia Judicial Internacional
7. Tratados Bilaterales suscritos por República Dominicana
8. Aspectos sobre los que puede recaer la asistencia judicial internacional
 - 8.1 Formas de remisión
 - 8.2 Contenido de la solicitud
9. El reparto de bienes
10. La asistencia judicial internacional prestada por nuestras autoridades judiciales
11. Exigencias básicas de las cartas rogatorias en el Derecho comparado
12. Intercambio de información a través de Unidades de Inteligencia Financiera
13. La experiencia en materia de asistencia judicial internacional en casos que han sucedido en el derecho comparado

MODULO VII:

LA INVESTIGACIÓN FINANCIERA EN CASOS DE LAVADO DE ACTIVOS

225

Heiromy Castro Milanés

Objetivo específico:

Ofrecer una visión de cómo se gesta el crimen del lavado de activos y proporcionar las herramientas de control preventivo y de detección de situaciones que, por su naturaleza, indicarán un fraude o anomalía en la gestión de una empresa cualquiera.

Contenido:

1. Introducción
2. Principales crímenes gestores del lavado de activos
 - 2.1 El Narcotráfico
 - 2.2 La corrupción
 - 2.3 El tráfico de armas
 - 2.4 El tráfico de seres humanos
 - 2.5 El financiamiento del terrorismo
3. Investigación del lavado de activos
 - 3.1 Unidad de Inteligencia Financiera
 - 3.2 Unidad de Investigación Financiera
 - 3.3 Indicios
4. Sistemas de transacción
 - 4.1 En efectivo
 - 4.2 De Negocios
5. Métodos de lavado de activos
 - 5.1 Negocios Legítimos
 - 5.2 Negocios Ilegítimos
 - 5.3 Transacciones de compra y venta
 - 5.4 Paraísos Fiscales
 - 5.5 Sistemas financieros y cambiarios
6. Cómo rastrear el movimiento del dinero en una negociación
 - 6.1 Composición, definición y naturaleza de los Estados Financieros
 - 6.2 Análisis de posicionamiento
 - 6.3 Análisis de los libros y registros
 - 6.4 Métodos de rastreo de fondos
 - 6.5 Información contable
7. Las Razones financieras como instrumentos analíticos e investigativos
8. Indicadores de Fraudes
 - 8.1 Cuarenta y seis (46) indicadores de fraudes
 - 8.2 Prácticas contables inadecuadas en el ciclo de tesorería
9. Control interno
 - 9.1 El Modelo COSO, para la prevención
10. La administración del riesgo
11. Implicaciones económicas y sociales del lavado de activos
 - 11.1 Implicaciones económicas
 - 12.1 Implicaciones sociales
12. Bibliografía Recomendada

1

LAVADO DE ACTIVOS GENERALIDADES

Ólivo Rodríguez Huertas

1. El problema criminológico del lavado de activos

Cada día es más evidente, frente a los ojos de las economías mundiales como a los de la ciencia penal, que en el problema de lavado de capitales reside una de las cuestiones criminológicas de mayor gravedad institucional, gran impacto social y grave daño comunitario.

Como se ha advertido en los últimos años, el fenómeno no es novedoso y tampoco es una novedad la preocupación nacional e internacional que ha inducido al desarrollo de una verdadera política criminal de prevención y castigo de ese tipo de acciones delictivas.

La trascendencia criminológica del lavado de capitales ha evolucionado en directa relación con el aumento de los niveles de circulación económica que ha posibilitado y generado el crimen organizado, posiblemente, potenciado por los efectos nocivos de la llamada "globalización" que también ha llegado al fenómeno criminal.

Como lo ha afirmado en los últimos años un autor español: "No hace falta destacar la importancia y gravedad de una actividad delictiva que, sin exageración, se ha calificado como la gran lacra de la segunda mitad del siglo XX, ni de la alarma y preocupación generadas por la misma tanto entre los gobiernos como en la opinión pública de los países. Las vías y procedimientos para atajar este problema han sido y son temas de debate en todos los ámbitos. El desarrollo del narcotráfico en estos años se ha visto sin duda favorecido – y ahí radican probablemente las causas fundamentales de su crecimiento- por dos factores: por una parte, el desarrollo económico occidental, con el consiguiente aumento del nivel de vida, que ha propiciado un amplio mercado de potenciales consumidores (especialmente entre la juventud, que ha contado con los recursos económicos suficientes). Y por otra, el proceso de globalización de la economía, materializado en el fuerte crecimiento de los intercambios comerciales, el desarrollo de los transportes internacionales de mercancías, la liberalización

del comercio internacional –con una reducción de las barreras arancelarias, una reducción igual de las restricciones cuantitativas y una creciente simplificación de las formalidades y los controles aduaneros- y la propia internacionalización del sistema financiero...) (todo ello ha permitido organizar la producción, distribución y comercialización de la droga a escala mundial, y no solamente a escala local como había venido sucediendo en épocas anteriores”.¹

Sin lugar a duda puede afirmarse que de acuerdo a un conjunto de dimensiones, el problema del lavado de capitales presenta facetas criminológicas que lo ubican como un flagelo de enorme gravedad:

- En primer lugar es un problema grave tomando en consideración el impacto distorsionador que manifiesta en las economías mundiales.
- En segundo lugar, el lavado de dinero se expresa como un potenciador y estimulador de la delincuencia organizada.
- En tercer lugar, se nutre, en sistemas fuertemente globalizados, de las brechas que generan los diferentes niveles de control financiero que rigen las economías involucradas.
- En cuarto lugar, el fenómeno del lavado de dinero pone en evidencia las contradictorias valoraciones que surgen a menudo en países que, de modo a veces clandestino, observan a estos procesos como una alternativa de ingreso de capitales y de inyección económica a las alicaídas gestiones de los países subdesarrollados: lo que a veces genera visiones distintas en la relación Norte –Sur.
- En quinto lugar, existe una relación no lógica, sino empírica, entre el lavado de dinero y los niveles de transparencia en el ejercicio de la función pública.
- En sexto lugar, el agrandamiento del fenómeno criminal que describimos ha obligado a las economías nacionales a aumentar los niveles de injerencia y regulación, reduciendo el margen de discrecionalidad de la actividad privada, lo que constituía hasta hace poco tiempo una bandera indelegable del capitalismo bien entendido.

Todo ello exige que nos ocupemos, una vez más, pero adecuando ahora nuestro análisis a la legislación nacional, del fenómeno del lavado de capitales o de legitimación de activos.

1.1. El punto de partida de la preocupación internacional

Aunque desde principios de la década de los 80 del siglo pasado² existe constancia de la preocupación de instancias internacionales de gran relevancia por el fenómeno originado en los recursos provenientes de actividades ilegales, no fue sino hasta diciembre de 1988 cuando se produjeron dos documentos de trascendental importancia que marcarían, de manera concreta, el punto de partida de las iniciativas

internacionales frente al problema.

Estos documentos fueron la Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea, mejor conocida como la “Declaración de Basilea”, emitida por los reguladores bancarios del Grupo de los Diez³ y formulada por los Reguladores Bancarios en fecha 12 de diciembre de 1988, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, mejor conocida como la Convención de Viena de ese mismo año.

La Declaración de Basilea tuvo por objetivo impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizados para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita, a través de unas reglas de comportamiento, como la identificación de la clientela, la comprobación o averiguación de la conformidad de las transacciones a estándares éticos, la cooperación con autoridades judiciales, controles internos y adiestramiento del personal⁴.

La Convención de Viena de 1988, por su parte, refleja en su preámbulo el reconocimiento de la preocupación por el tema del lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, al declarar las partes de la Convención 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”.

De ahí, que con la firma y ratificación de los Estados de la Convención de Viena, estos se obliguen a tipificar de una manera uniforme el delito de lavado de activos proveniente del tráfico de drogas⁵, proporcionándole la Convención mecanismos de asistencia judicial internacional que permiten perseguir a los delincuentes en cualquier parte del mundo, a través de la extradición⁶, así como incautar y/o decomisar⁷ en cualquiera de los países signatarios los bienes que tienen su origen o se deriven de un delito de tráfico de drogas.

A partir de este instrumento de Derecho Internacional, se crearon numerosos grupos de trabajos, mundiales y regionales, se propiciaron nuevos Convenios Internacionales de alcance universal, como los relativos a la Delincuencia Organizada Transnacional⁸, y la Corrupción⁹, y el resultado de esa preocupación internacional por el lavado de activos en la aldea global se podría resumir en los aspectos siguientes:

- (a) ampliación del delito a recursos generados en una amplia gama de actividades delictivas, distintas del tráfico de drogas, capaces de generar igualmente inmensas cantidades de recursos;
- (b) perfeccionamiento de la tipificación penal original, incorporando nuevos conceptos; mejorando y ampliando el alcance de los mecanismos de asistencia judicial internacional;

- (c) perfeccionamiento de las técnicas de prevención y ampliación de los sujetos obligados a su cumplimiento;
- (d) establecimiento de instancias que faciliten un ágil sistema de intercambio de información financiera a través de las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera agrupadas en torno al Grupo Egmont; y
- (e) creación de grupos de trabajo que se encarguen de monitorear permanentemente las técnicas utilizadas en los procesos de lavado de activos.

2. Concepto: ¿Qué es el lavado de activos?

Al igual que ocurre con otros términos, el lavado de activos no ha estado ajeno a la diversidad de conceptos respecto de su contenido u objeto. Por ello, nos limitamos en este punto a describir algunas de las muy numerosas definiciones que ha generado la doctrina especializada sobre el tema.

En la obra *El delito de lavado de capitales*, su autor, el Prof. Isidoro Blanco Cordero¹⁰, define este comportamiento delictivo como “el proceso a través del cual bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”.

Otro jurista español, Diego J. Gómez Iniesta¹¹, define el lavado de activos como “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”.

Para el francés Olivier Jerez¹² el lavado de activos es definido como “un conjunto de métodos legales o ilegales, un *modus operandi*, de complejidad más o menos variable según las necesidades del lavador, la naturaleza y el empleo de los fondos, a fin de integrar y disimular los fondos fraudulentos en la economía legal”.

Paul Saint-Denis, abogado canadiense, considera el lavado de activos como el “proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es convertido en activos que aparecen como legítimos, ocultando así su origen criminal”.¹³

Víctor Prado Saldarriaga¹⁴, por su parte define el lavado de activos referido a recursos procedentes del tráfico de drogas, como “un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas”.

Por otra parte, la obra "Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero", elaborada por expertos¹⁵ en el tema para la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, recoge una definición que resume el lavado de activos en sus diversas fases: "Proceso dinámico en tres fases que requiere: en primer lugar, alejar los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, disfrazar o eliminar todo rastro; y, en tercer lugar, devolver el dinero al delincuente una vez ocultados su origen geográfico y ocupacional".

Finalmente, la jurista suiza Ursula Cassani¹⁶ señala que el lavado de activos "es el acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos aparecer como adquiridos de forma lícita. Lavar dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que lava dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción".

2.1. Distintas denominaciones utilizadas

Las expresiones utilizadas en la denominación de este comportamiento delictivo indican que ella no es uniforme en la legislación, así como tampoco en la doctrina sobre el tema. Ello es así, porque el lavado de activos constituye "una realidad económica relativamente novedosa", "aunque existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito".¹⁷

En idioma inglés se utiliza la expresión "money laundering"; "blanchiment" en francés; "blanchissage" en suizo; "geldwasche" en alemán; "riciclaggio" en italiano; "Hsi ch'ien" en Chino; "Shikin no sentaku" en japonés; "otmyvanige" en ruso; y "branqueamento" en portugués.

Traducciones de algunas de esas expresiones se han trasladado a los países de habla hispana que utilizan las siguientes expresiones: "Lavado de Dinero-Lavado de Activos-Blanqueo de Capitales-Blanqueo de Dinero-Legitimación de Capitales".

En opinión de un autor "tres son las denominaciones acostumbradas en el plano internacional: "reciclaje", "blanqueo" y "lavado". La primera es traducción literal de riciclaggio y se estila en Italia y en la parte helvética de habla italiana. Respecto a la segunda, se utiliza en Bélgica y Francia (blanchitment), en Suiza francesa (blanchissage) así como en Portugal (branqueamento) y España. Por último, el término "lavado" es el más extendido y de él se sirven tantos los países anglófonos como Alemania, Austria y la Suiza de habla germánica, así como predomina, por proximidad geográfica a los EE.UU., en la mayor parte de los países sudamericanos".¹⁸

3. Etapas del lavado de activos: Métodos comunes

Un aspecto que distingue el lavado de activos, de otros delitos penales, lo constituye el hecho de que el mismo no se consume en un instante, sino que se efectúa por etapas.

La Convención de Viena de 1988, que fue pionera en las iniciativas internacionales en materia de lavado de activos provenientes del tráfico de drogas, configura las conductas típicas de este ilícito tomando en cuenta esa realidad comprendiendo todo el ciclo del proceso de lavado.

Otros Convenios Internacionales que recomiendan la tipificación del lavado de activos provenientes de otros actos ilícitos distintos del narcotráfico, como las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁹ y contra la Corrupción²⁰, siguen en términos muy parecidos la fórmula utilizada en la Convención de Viena de 1988.

Las etapas identificadas por el prestigioso e influyente Grupo de Acción Financiera (GAFI), que intervienen en el proceso del lavado de activos proveniente de actividades ilícitas, son las siguientes: colocación, enmascaramiento e integración. Estas etapas cumplen, en el ciclo de lavado de activos, las funciones que se señalan a continuación:

3.1. Colocación

El objeto perseguido por el lavador en esta etapa es desprenderse de las cuantiosas sumas en efectivo generadas por la actividad delictiva precedente. Para cumplir este objetivo el lavador debe hacer previamente un estudio del sistema financiero "a fin de distinguir las agencias de intermediación financiera que resultan más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes, para luego, depositar en aquellas el dinero sucio y obtener instrumentos de pago como chequeras, tarjetas de crédito, cheques de gerencia, etc."²¹

En esta etapa, debido al alto nivel de riesgo de detección, "se precisa el empleo de varias personas y el concurso de muchas operaciones, lo que multiplica los riesgos. Superada esta fase, cuando el efectivo ya ha sido colocado en el circuito financiero y empiezan a intervenir las sociedades pantalla, las connivencias bancarias y otros recursos de enmascaramiento o integración, las evidencias materiales y rastros contables van desapareciendo y se hace casi imposible establecer el vínculo entre los fondos y su origen ilícito, de modo que difícilmente pueda detectarse el blanqueo a esa altura".²²

Los mecanismos corrientemente utilizados en esta etapa son los siguientes:

- (1) A través de entidades financieras: Los delincuentes, a fin de evitar ser detectados por los controles preventivos impuestos a este tipo de entidades, suelen utilizar el fraccionamiento de sumas elevadas en otras de menor cuantía. La legislación dominicana, siguiendo el estándar utilizado en los Estados Unidos de América, establece la obligación del registro de todas las transacciones en efectivo que supere el equivalente en moneda nacional de la cantidad de diez mil dólares estadounidenses (US\$10,000.00)²³, así como su reporte a una Unidad de Análisis Financiera, vía la Superintendencia de Bancos. Esta fase puede agotarse también a través de la complicidad de funcionarios y empleados de bancos, que inobservan las obligaciones puestas a su cargo, así como mediante la utilización de documentos falsos con la finalidad de disimular el origen o titularidad de los fondos.
- (2) A través de "establecimientos financieros no tradicionales. Es el caso de las agencias de cambio, empresas dedicadas al canje de cheques, agentes de valores, negocios de ventas de joyas, metales preciosos, antigüedades y objeto de artes, estas cuatro últimas que comercializan objetos de "alto valor añadido, fácil transporte, titularidad anónima y pago habitual en efectivo".²⁴
- (3) Mezcla de fondos lícitos e ilícitos. Este mecanismo resulta especialmente utilizado en aquellos negocios que se caracterizan por el manejo habitual, dada su naturaleza, de recursos en efectivo, tales como estaciones de combustibles, restaurantes, supermercados, etc. Estos negocios suelen ser utilizados en la práctica como meras pantallas para poder justificar el depósito de cantidades significativas en efectivo. Lo que caracteriza esta forma de colocación de recursos en efectivo, proveniente de actividades delictivas es su mezcla con fondos que tienen su origen en operaciones lícitas²⁵.
- (4) Compra de bienes de alto valor. Los lavadores utilizan la compra de bienes de un alto valor pagando como contrapartida con recursos en efectivo. A título de ejemplo, la doctrina señala la compra de barcos, automóviles de lujo, aviones, obras de arte valiosas, etc.
- (5) Contrabando de dinero en efectivo. Este es un mecanismo muy utilizado. Consiste generalmente en el desplazamiento de los recursos de fuente ilícita a lugares donde no existe regulación, ella es inapropiada o existiendo, los mecanismos de control no son muy efectivos. Este mecanismo ha sido erigido como un delito distinto de los de lavado de activos en nuestra legislación²⁶.

Para el autor español Isidoro Blanco Cordero²⁷, a pesar de que considera este mecanismo como muy común, y poco sofisticado, señala que en el futuro este método continuará y aumentará, ya que "como consecuencia de la globalización del mercado, y del aumento del volumen comercial mundial, es prácticamente imposible examinar todos los cargamentos que cruzan las fronteras, debiendo limitarse el control a una pequeña parte".

3.2. Estratificación o intercalación

El objeto de esta segunda etapa del proceso de lavado de activos consiste en desligar los fondos ilícitos de su origen, generando para ello un complejo sistema de encadenamiento de transacciones financieras, encaminadas a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos.

Para estos fines quienes se dedican a esta actividad ilícita recurren a la “multiplicidad de transacciones, multiplicidad de países y multiplicidad de personas y empresas”.²⁸ Estas “operaciones se realizan de modo veloz, dinámico, variado y sucesivo”.²⁹

En esta etapa se utilizan tres mecanismos fundamentales: convertir el dinero en efectivo en instrumentos de pago; la reventa de los bienes adquiridos con los recursos en efectivo, y la transferencia electrónica de fondos.

- (1) Conversión del dinero en efectivo en otros instrumentos de pago. Con esto se procura esencialmente dos cosas; una, facilitar el transporte de los recursos de un país a otro, y otra, facilitar el ingreso de los recursos en una entidad financiera, toda vez que las reglas de prevención están orientadas fundamentalmente a los recursos en efectivo.
- (2) Reventa de los bienes adquiridos con dinero en efectivo. Ya vimos que en la primera etapa del proceso uno de los mecanismos utilizados por quienes se dedican a esta actividad es la adquisición de bienes, muebles e inmuebles, de un alto valor. Al vender estos bienes adquiridos con los recursos originados en la actividad delictiva, el lavador le otorga a los recursos recibidos un fundamento normal.
- (3) Transferencia electrónica de fondos. El desarrollo de la tecnología facilita asimismo un ágil desplazamiento de los recursos, dificultando los rastros contables y en consecuencia la posibilidad de descubrir el origen ilícito de los mismos, sobre todo cuando se efectúan estas transferencias a instituciones ubicadas en paraísos fiscales o países no cooperadores en los esfuerzos internacionales contra el lavado de activos, “aprovechando la cobertura que proporciona la globalización financiera”.³⁰

3.4. Integración o inversión

Esta constituye la etapa final del proceso de lavado de activos, en la que se procura la integración final de la riqueza obtenida en “los cauces económicos oficiales”.³¹ Llegados a este estadio “los fondos de origen delictivo son ya muy difíciles de detectar, a menos que se haya podido seguir su rastro a través de las etapas anteriores”, resultando “difícil distinguir los capitales de origen ilegal de los de origen legal”,³² creándose la justificación o explicación de los bienes.

Conforme al estudio del Grupo de Acción Financiera (GAFI), los métodos utilizados frecuentemente son los siguientes:

- (1) Venta de inmuebles. La compraventa de inmuebles es considerada como uno de los vehículos más habituales del lavado de activos, debido a que se trata de bienes relativamente líquidos, con un valor muy difícil de estimar³³, y con tendencias a apreciarse³⁴

En tal sentido, "la variedad de técnicas es muy amplia y van desde simples compras de propiedades residenciales o de negocios sin el intento específico de ocultar el propietario, hasta complejos sistemas donde las inversiones en bienes inmuebles son parte de una estrategia más amplia en la que se encuentran involucradas compañías pantalla".³⁵

- (2) Empresas pantalla y préstamos simulados. A través de la llamada "técnica del préstamo de regreso", el delincuente se presta a sí mismo. El mecanismo consiste en establecer una sociedad pantalla en un paraíso fiscal para prestarse los fondos que ha generado con motivo de la comisión de una actividad delictiva.
- (3) Complicidad de banqueros extranjeros. El Grupo de Acción Financiera (GAFI), en su estudio sobre los métodos comunes utilizados en el lavado de activos, reconoce que uno de los mayores inconvenientes que se tienen en los esfuerzos frente al fenómeno lo constituye la complicidad de funcionarios y empleados de la banca. Como ha señalado Isidoro Blanco Cordero³⁶, "mediante la participación de empleados bancarios bien situados en los sistemas de préstamos simulados o de regreso, el blanqueador puede obtener créditos aparentemente legítimos, asegurándolos con productos ilícitos. La ayuda complaciente del banco extranjero frecuentemente está protegida contra la investigación de las autoridades no solo por la duplicidad de criminales (el blanqueador de dinero y el banco extranjero cómplice) sino por las leyes bancarias y regulaciones de otro gobierno soberano, normalmente un paraíso fiscal".
- (4) Falsas facturaciones de comercio exterior. Es un medio elemental y habitualmente utilizado para el lavado de activos, mediante la falsificación de facturas comerciales, la sobrevaloración de los documentos de entrada o de las exportaciones para justificar los fondos recibidos del extranjero.

4. Características del lavado de activos

El fenómeno criminológico del lavado de activos presenta una serie de características que son las que sirven de explicación a la trama del proceso que procura darle apariencias de legitimidad a recursos que tienen un origen ilegal.

Esas características están relacionadas con la naturaleza internacional con que operan quienes se dedican a esta actividad ilícita, lo cuantioso de las sumas envueltas, la profesionalización de las organizaciones criminales a fin de estructurar transacciones financieras que permitan eludir a la autoridad de persecución, así como con las variadas técnicas que son empleadas para tal propósito.

4.1. Naturaleza internacional

Es obvio que el fenómeno del lavado de activos, como actividad que procura, a través de un proceso, darle respetabilidad a unos capitales que tienen su origen en la comisión de un delito, se vería en extremo limitado en ausencia de un entorno internacional liberalizado.

Esto es así, porque conforme se ha señalado a propósito de las etapas del proceso de lavado de activos y de los métodos utilizados en cada una de ellas, alejar el rastro delictivo originario de los recursos conlleva como nota importante un desplazamiento de los recursos del lugar donde se originaron, a fin de dificultar “su persecución por parte de las autoridades y facilitar su encubrimiento”³⁷

Quienes se dedican a esta actividad obviamente se benefician de la diversidad de los sistemas jurídicos sobre la materia en los distintos países del mundo, las deficiencias de sus contenidos, las debilidades institucionales, etc., que les permiten eludir a las autoridades de persecución, aprovechándose de esas lagunas.

Por ello, desde el primer llamado de atención sobre este fenómeno, la Recomendación R 80 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 27 de junio de 1980, se deja ver la naturaleza internacional de los capitales que tienen un origen criminal, al reconocer que estos capitales son transferidos de un país a otro, por lo que, entre otros aspectos, recomendaba a los Estados miembros “establecer una estrecha colaboración, a través de la INTERPOL, entre los establecimientos bancarios y las autoridades competentes para intercambiar informaciones”³⁸ al respecto.

Igual reconocimiento contienen otros documentos internacionales de trascendencia, como la Convención de Viena de 1988³⁹, la Convención de Palermo del 2000, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003⁴⁰, por solo citar instrumentos internacionales de alcance universal.

Nuestra vigente legislación sobre el lavado de activos contempla de manera precisa la naturaleza internacional de este tipo penal, al disponer en su artículo 5 que “las infracciones previstas en esta ley, así como los casos de incremento patrimonial derivados de actividades delictiva, serán investigados, enjuiciados, fallados como hechos autónomos de la infracción de que proceda e independientemente de que haya sido cometido en otra jurisdicción territorial”.

4.2. Volumen del fenómeno

Es prácticamente imposible señalar los montos que genera a escala mundial la delincuencia organizada, y que son objeto del proceso de lavado de activos, ya que debido a su naturaleza ilegal no se cuenta con estadísticas.

No obstante, organismos y grupos de importancia universal, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional (FMI), así como el Grupo de Acción Financiera (GAFI), en informes y artículos sobre el tema han puesto de manifiesto que se trata de sumas verdaderamente extraordinarias.

Por ejemplo, se ha señalado que la ONU estimaba el lavado de activos proveniente del tráfico de drogas, al año 1996, en la cantidad de 300 mil millones de dólares. Por su parte, el FMI la ha situado, para el mismo año, pero ampliado a toda gama de actividad delictiva internacional, en la cantidad de aproximadamente 500 mil millones de dólares.

Por eso. Según Barral, “más allá de las diferencias que se observan en las distintas estimaciones que se han hecho a título de ejemplo, y de la aproximación que efectivamente puedan reflejar respecto de las cifras reales, lo que resulta evidente es que, en cualquier caso, el volumen de la actividad revela la magnitud del fenómeno”⁴¹, por lo que atenta contra el orden social, económico y político de los países⁴², así como la estabilidad de los mercados financieros globales.

4.3. Profesionalización

El ex Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Broutos Gali, llegó a considerar a la delincuencia organizada dedicada al lavado de activos como “una auténtica multinacional del delito”.

Es lógico que, dados los altos volúmenes envueltos en el proceso de lavado de activos, y la complejidad que conlleva la estructuración de operaciones para tener éxito en insertar en el sistema económico legal con apariencia de legalidad activos que tienen un origen ilícito, se requiere que quienes estén al frente del diseño de las estrategias para tal propósito sean auténticos profesionales, de la banca, finanzas, contabilidad, leyes, que tengan por demás un amplio conocimiento del entorno regulatorio internacional sobre la materia, a fin de poder aprovechar las debilidades existentes en los distintos países que conforman la aldea global.

4.4. Variedad y variación de las técnicas empleadas

El éxito del lavado de activos requiere la utilización de una amplia gama de técnicas, a través de las cuales, en las distintas etapas del fenómeno, logren eludirse las regulaciones preventivas dispuestas por la autoridad.

Es por ello que el Grupo de Acción Financiera (GAFI) monitorea y realiza informes anuales respecto de las técnicas usadas por los lavadores, con la finalidad de proporcionar a las autoridades que tienen responsabilidades en el campo persecutorio y preventivo las herramientas indispensables para el diseño de sus políticas.

En especial, es importante hacer referencia en lo que tiene que ver con la identificación de nuevos ejemplos de transacciones financieras sospechosas a ser tomados en cuenta por las entidades obligadas al cumplimiento de obligaciones de prevención.

Debido a que detrás de los métodos utilizados por la delincuencia organizada se mueve la autoridad de persecución, los lavadores se ven en la necesidad, ante tal monitoreo, de ser constantemente innovadores en sus estrategias para evitar que sus transacciones sean develadas por las autoridades y por los propios sujetos regulados.

Como ha señalado Isidoro Blanco Cordero, "la progresiva evolución de las técnicas de blanqueo de capitales es causa y consecuencia de una mayor profesionalización de las personas que las llevan a cabo. Esta característica se manifiesta en dos tendencias: mayor profesionalismo de los miembros de la organización y mayor empleo de profesionales externo. Ello es debido a la necesidad de minimizar riesgos de persecución penal y de maximizar oportunidades"⁴³

4.5. Otras características

La doctrina⁴⁴ sobre el tema señala otras características del fenómeno del lavado de activos. Uno vinculado al modus operandi que emplea el agente, y otro, en función de los vínculos entre el agente del lavado y el origen ilegal del dinero lavado:

- (a) Las personas que ejecutan las operaciones de lavado de activos generalmente no están vinculadas directamente a la ejecución del delito que genera las ilegales utilidades.
- (b) La concretización y materialización del lavado de activos se realiza en el cumplimiento de los requisitos y procedimientos administrativos que son establecidos para cualquier actividad comercial o financiera del medio donde se desarrolle el proceso económico.

5. Factores que han favorecido su desarrollo

El desarrollo tan extraordinario del fenómeno del lavado de activos se produce en un contexto antes desconocido, que coincidentalmente ha generado las condiciones para el desarrollo de la delincuencia organizada.

La globalización de la economía mundial, al procurar mecanismos ágiles y efectivos de intercambio de bienes y servicios en la aldea global, ha generado también una liberalización de los movimientos de capitales, una desregulación del sistema bancario de los países, lo que unido a las herramientas proporcionadas por la revolución tecnológica y la existencia de países con exenciones tributarias total y regímenes de anonimato, han creado las bases que han facilitado el desarrollo y expansión de modelos de criminalidad organizada.

5.1. Globalización económica mundial

La globalización de los mercados ha propiciado la oportunidad a las organizaciones criminales transnacionales de expandir sus actividades del plano local al ámbito internacional, convirtiéndose en uno de los “mayores actores en la actividad económica global y son los actores fundamentales en industrias ilegales, tales como la producción y el tráfico de drogas, del que obtienen beneficios superiores incluso al Producto Interior Bruto de muchos países desarrollados”.⁴⁵

5.2. Liberalización de los movimientos de capital y desregulación bancaria

Un ágil intercambio de bienes y servicios a escala mundial requiere de manera indispensable una liberalización de los movimientos de capital, eliminando así las trabas y controles que obstaculicen su fácil circulación.

La supresión de los controles de cambios clásicos “privó a las autoridades nacionales de un instrumento importante que, aunque diseñado con otros fines, servía también en la lucha contra el blanqueo. Consecuentemente, esta liberalización, conveniente y necesaria por otra parte desde el punto de vista económico, ha obligado a las Administraciones nacionales a diseñar o reforzar otros instrumentos alternativos de investigación e información”.⁴⁶

5.3. Revolución tecnológica

El avance tecnológico que se ha producido en las últimas décadas ha constituido otro importante aliado en los esfuerzos por agilizar el intercambio de bienes y servicios, en especial lo relativo a los medios de pago y en general a los movimientos de fondos.

Este avance ha repercutido extraordinariamente en el sistema bancario, desarrollando la banca electrónica, a través de los cajeros automáticos, el sistema SWIFT para la ejecución de órdenes de transferencia vía ordenadores o teléfono. Con ello ciertamente se acorta y facilita el proceso de ejecución de operaciones en el sistema bancario, pero se conspira con la obligación de identificación y conocimiento del cliente.

En su informe anual 1995-1996, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) se hizo eco del problema de la forma siguiente: "La aparición de nuevas tecnologías ofrece riesgos potenciales de blanqueo de dinero. Estas nuevas tecnologías pueden posibilitar la conducción de transacciones a gran escala de forma instantánea, remota y anónima, y pueden permitir que tales transacciones se efectúen sin implicar a las instituciones financieras tradicionales. Aunque no existe actualmente evidencia que indique esas nuevas tecnologías estén siendo utilizadas abusivamente de ese modo, el GAFI ha decidido afrontar activamente el problema instando a los países a tomar nota de la amenaza potencial planteada por las nuevas tecnologías y a adoptar las medidas apropiadas para minimizar dicha amenaza".

5.4. Paraísos fiscales y secreto bancario

Este aspecto representa uno de los puntos más débiles en los esfuerzos para enfrentar el fenómeno del lavado de activos, ya que los países que ofrecen la condición de paraísos fiscales se caracterizan por el anonimato de las transacciones, así como por una falta de cooperación con las autoridades de persecución. De manera, que cuando el lavador, haciendo uso de las facilidades que proporciona la revolución tecnológica unida a una liberación de capital y desregulación bancaria, logra transferir los recursos generados de actividades delictivas a países con estas características tiene altas posibilidades de insertar posteriormente con apariencia de legitimidad recursos de origen delictivo.

Así, "las ventajas que se derivan de las entidades bancarias de los paraísos fiscales son dos fundamentalmente: por un lado, permiten la apertura de cuentas secretas y numeradas, donde los nombres de los depositarios se encuentran separados de las cuentas; y, por otro, permiten también la constitución de entidades comerciales en las que el titular se mantiene en el anonimato (garantizado por el secreto profesional), siendo administradas por un agente comercial residente, y operan libres de impuestos".⁴⁷

5.5. El desarrollo de modelos de criminalidad organizada

En los últimos años la política criminal, por lo menos en el mundo occidental, comienza a plantear una redefinición de los modelos de investigación de ilícitos que desarrollan los Estados, sobre todo a partir de las cada vez más particulares exigencias de un tipo de ilicitud cuyos sistemas de organización, flujos de información, modelos de participación, planes de actuación, poderío económico y, por qué no, relación con el propio Estado, la caracterizan especialmente.

Este sector sociológico que, no sin cierta simplificación, se puede denominar como delincuencia organizada, plantea serias dificultades a una dogmática penal y procesal estructurada sobre la base de un sistema de actuación del Estado en la persecución criminal que no incluía, por lo menos teóricamente, ninguna de las figuras que aquí serán analizadas.

Ello se manifestaba con claridad a la hora de superar ciertas restricciones legales y constitucionales para la valoración de la prueba - prueba ilícita u obtenida por medios no admitidos por el legislador o por el propio intérprete -, como así también cuando se deben superar los obstáculos del sistema de imputación - teoría del hecho punible - para la punición del "provocado" o "investigado" o encontrar alguna causa de impunidad - en el nivel sistemático que corresponda- para el agente "provocador" o "investigador".

Todo ello se justifica, además, internacionalmente, por ejemplo, cuando estos tipos de institutos son particularmente recogidos en la Convención de Viena sobre la represión al tráfico de sustancias estupefacientes, firmada el 19 de diciembre de 1988, quizá el primer instrumento del derecho internacional público que incorpora manifestaciones de un sistema de investigación y represión de ese tipo de delincuencia alejado del modelo tradicional, por ejemplo, el Art. 11 de la citada Convención establece la figura de la entrega vigilada:

"Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar en forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas."

Sin dudas, el concepto de delincuencia organizada ha obligado en los últimos años a modificar las herramientas político-criminales para su tratamiento. El lavado de dinero refleja uno de los ejemplos más nítidos de organización criminal. Algunos datos típicos de estas formas de organización son los siguientes:

- Altos niveles de infraestructura tecnológica y de sistemas de información.
- Planteles de recursos humanos con vocación a la permanencia.
- Estructuras de organización que exceden las fronteras nacionales.
- Alto nivel de poderío económico.
- Aseguramiento de ciertos niveles de impunidad originados en la relación con estructuras gubernamentales corruptas.
- Sistemas de administración con responsabilidades personales fragmentadas.

El delito de lavado de capitales o lavado de dinero ofrece ciertas características propias de este tipo de delincuencia organizada, y ello explica parte de la complejidad criminológica y político-criminal para su tratamiento desde el Estado.

6. Línea de acción

Las iniciativas internacionales que han hecho frente al fenómeno criminal del lavado de activos trazan una línea de acción que está orientada como última ratio a privar a los delincuentes en el uso y disfrute de las inmensas ganancias originadas en la actividad delictiva, como una forma de desincentivar esos nocivos comportamientos.

A fin de cumplir con ese objetivo de política criminal, las recomendaciones procuran la penalización de las conductas de lavado de activos, la incautación y decomiso de bienes, la asistencia judicial internacional, desarrollos de modelos de investigación penal con capacidad de tratamiento de casos complejos, establecimiento de un régimen de prevención y sanciones administrativas a un conjunto de actividades comerciales y financieras susceptibles de ser utilizadas, y desarrollo de mecanismos de control y supervisión a escala internacional.

6.1. Penalización del lavado de activos

La penalización como conducta autónoma del lavado de activos se constituyó en uno de los objetivos centrales de la nueva política criminal contra el tráfico de drogas a nivel mundial.

Por ello, la Convención de Viena de 1988, que es pionera en las iniciativas normativas internacionales en la materia, trazo la línea a seguir desde el punto de vista de la construcción del tipo penal del lavado de activos, con una recomendación que toma en cuenta las características del fenómeno y las etapas que en él intervienen:

- (a) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;
- (b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

Salvo ligeras variantes, en los instrumentos normativos internacionales que siguieron en importancia a esta Convención, como las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y contra la Corrupción, recogen, con ligeras diferencias, esas fórmulas, aunque lógicamente ampliando su radio de acción más allá del tráfico de drogas.

El propósito de establecer un modelo de tipificación del lavado de activos obedece a la característica internacional del fenómeno, por lo que se hace necesario una homogeneidad entre las legislaciones del mundo.

La Ley 19/1993 de 28 de diciembre de España, en el Capítulo I Artículo 2do. señala que se entenderá por lavado de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior (drogas, bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, bandas o grupos organizados) o de participación en las mismas para ocultar o en encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.

En el Acta de Delitos vinculados al Narcotráfico 1986 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte: en

la sección 24 de Drugs Trafficking Offences Act, se incrimina la conducta como quien sabiendo o sospechando que una persona ha traficado con drogas o se ha beneficiado con el tráfico de drogas, participa en actos que configuran la retención o control de fondos originados en ese delito, coloca esos fondos, a disposición de cliente o los utiliza para adquirir bienes o cosas..."

En el Acta del 11 de enero de 1993, de Bélgica, se dispone que se acata la directiva de la C.E.E. (Comunidad Económica Europea) del 10 de junio de 1991(91/308 EE.UU.) para prevenir el uso del sistema financiero como herramienta del lavado de dinero y define el lavado de dinero como la conversión o transferencia de dinero o bienes con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito o de asistir a cualquier persona que esté envuelta en actividades criminales, utilizando el dinero directamente o otras actividades derivadas de su colocación y ayudándola a evadir las consecuencias legales de sus acciones.

También lo define como la ocultación o disimulo de la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad de dinero o bienes, sabiendo que es derivado de actividades criminales, así como su adquisición y posesión.

Señala, entre otras, como actividades criminales (Sect. 505, 2ª. 3ro, y 4to. PC) el terrorismo, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de narcóticos, el contrabando, la prostitución, los fraudes bancarios, etc.

La ley francesa 90-614, del 12 de julio de 1990, tipifica el lavado de dinero dentro de aquellas actividades que limitan la figura penal a casos de narcotráfico. Sigue los lineamientos de la Convención de Viena de 1988. Obliga a informar, como en todos los casos ya mencionados, ciertas operaciones denominadas sospechosas

y que presentan características inusuales. Con posterioridad y para cumplir con recomendaciones realizadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Parlamento amplió las disposiciones de la Ley de 1990 señalando que la declaración de sospechas por parte de los bancos y demás organismos financieros se extiende a las operaciones financieras que parezcan provenir de la actividad de organizaciones criminales.

Australia basa su legislación en Recomendaciones contenidas en "Proceeds of Crimes Act" de 1987 y la "Financial Transaction Reports Act" de 1988. Asimismo, Australia es miembro de la Financial Action Task Force (FATF), por lo que participa activamente en la promoción sobre estrategias para combatir el lavado de activos y la necesidad de cooperación a escala internacional para atacar al crimen organizado. Ha definido el lavado de dinero, como la participación directa o indirecta en una transacción en que estén involucrados bienes o cosas derivados de un acto delictivo, cuando la persona supiere o debiera razonablemente saber el origen de los mismos.

Tomando en cuenta que para poder tipificar al lavado de dinero como un delito se requiere la utilización de código penal de un país, Estados Unidos ha promulgado diversas disposiciones a fin de encuadrar dentro de su marco jurídico al lavado de dinero o diversas actividades relacionadas con el mismo.

La tipificación del lavado de dinero se efectúa dentro de la Ley Antidrogas de 1986, cuyas disposiciones básicas están contenidas en las secciones 1956 y 1957 del Título 18.

Bajo los términos del Título 18, fracción 1956 de USC, es ilegal implicarse en una operación financiera relacionada con las ganancias producto de una actividad estipulada como "ilícita", cuando el objeto de esa actividad sea el fomentar la misma u ocultar la fuente y propiedad de los fondos, o el evitar el cumplimiento de la obligación de informar dicha transacción de acuerdo a normas federales o estatales.

De conformidad con el Título 18, fracción 1957 de USC, se considera que comete delito "quien a sabiendas realice o intente realizar una transacción monetaria con bienes derivados de un ilícito por más de US\$10.000 y ese dinero sea producto de un ilícito específico."

Además, la Ley contra el Abuso de Drogas de 1986 prohíbe la estructuración de operaciones monetarias con el fin de evadir los requerimientos de reporte de moneda.

Asimismo, el Título 26, fracción 6050I de USC, requiere que cualquier individuo implicado en el comercio o negocio que reciba una cantidad mayor a US\$10.000, producto de una sola operación, deberá presentar el reporte de la misma al Servicio Interno de Rentas (IRS).

Por otra parte, ya desde 1970 normas destinadas a combatir el crimen organizado imponían a los bancos la obligación de reportar toda transacción en efectivo superior a US\$10.000.

Existe actualmente para las instituciones financieras la obligación de presentar diversos reportes vinculados con las actividades que ellas desarrollan, tales como CTR USC 5313 informe sobre transacciones en moneda estadounidense en efectivo por sumas superiores a US\$10.000, USC 5314 informe sobre transacciones efectuadas por un residente con una entidad financiera extranjera, USC informe sobre transacciones en moneda extranjera, USC 5316-CMIR informe sobre la entrada y salida de instrumentos monetarios o efectivo por montos superiores a los US\$10.000, etc.

Dentro de ámbito del MERCOSUR, el tema de lavado de dinero, a instancias de Brasil, se viene tratando como un elemento de discusión más en la agenda de trabajo de los Bancos Centrales de los respectivos países miembros.

Por tal motivo, en la década de los 90 se ha prestado suma atención a este proyecto de ley a los efectos de tratar de compatibilizar definiciones, tipificaciones y pautas similares en atención a las implicancias que leyes tan importantes y especiales pueden llegar a tener dentro del MERCOSUR.

La República Dominicana, que ratificó la Convención de Viena de 1988, a partir del año 1995 incorporó en términos parecidos a dicha Convención el lavado de activos, mediante la Ley 17-95, aunque como un delito conexo de los delitos de tráfico de drogas.

La Ley 72-02⁴⁸, que constituye el marco jurídico vigente del lavado de activos en nuestro país, consagra las distintas conductas típicas del fenómeno; extiende el lavado de activos a recursos originados en una amplia gama de actividades delictivas; reconoce la naturaleza autónoma del delito y aplica los criterios de justicia universal al sancionar las conductas de lavado de activos sin importar el lugar donde se cometió el delito previo que generó los recursos⁴⁹.

6.2. Incautación y decomiso de bienes

La incautación, para fines de posterior decomiso, de los bienes que tienen su origen en actividades ilícitas constituye un objetivo de primera importancia en la estrategia para combatir la delincuencia organizada transnacional.

Es por ello que, en el mismo preámbulo de la Convención de Viena de 1988, se afirma lo siguiente:

“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”;

“Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”.

De manera, que la identificación, rastreo y ubicación de los bienes que tienen su origen en las actividades delictivas graves, sin importar el lugar donde se encuentren, constituye un objetivo primordial en la política criminal en la materia como un mecanismo de debilitamiento de las organizaciones criminales delictivas que operan a nivel internacional.

A fin de no afectar el comercio jurídico de los bienes, y en consecuencia a los terceros que de buena fe hayan efectuado transacciones con los mismos, las legislaciones⁵⁰ sobre el tema, siguiendo las recomendaciones internacionales, han previsto el comiso sustitutivo, cuando se haga imposible el decomiso de un bien debido a una acción u omisión del procesado.

6.3. Asistencia judicial internacional

Un punto clave en la estrategia para enfrentar la criminalidad organizada internacional lo constituye el establecimiento de un marco jurídico que permita una ágil asistencia judicial internacional.

Como ya se ha señalado en otra parte de este módulo, lo que facilita el fenómeno criminal del lavado de activos es el ámbito internacional en que opera con la finalidad de darle apariencia legítima a bienes cuyo origen es delictivo.

Por ello, todos los instrumentos normativos internacionales consagran de forma detallada la asistencia judicial en la materia, ya que constituye un mecanismo indispensable para obtener los elementos probatorios necesarios, así como cumplir con uno de los objetivos de política criminal en el tema como lo constituye el privar a los delincuentes del uso y disfrute de los bienes obtenidos productos de su ilícita actividad, que generalmente se encuentran en jurisdicciones territoriales diferentes a la del lugar donde se esté juzgando al delincuente.

6.4. Desarrollo de modelos de investigación penal para casos complejos

No cabe duda que la investigación del delito de lavado de capitales, según lo que venimos exponiendo, debe presentar dificultades adicionales para su investigación, sobre todo si tenemos en cuenta que el sistema procesal de República Dominicana todavía remite a ciertos paradigmas inquisitivos que deben ser superados. Aquí sólo se remarcarán algunas sugerencias para el desarrollo de modelos de investigación eficientes en casos de delitos complejos como el que se analiza.

Se encuentra cada vez más difundida la concepción que le atribuye al Estado serias falencias de capacidad instrumental para poner en funcionamiento un sistema de investigación de los delitos de impacto económico, que cumpla las siguientes características: equitativo, eficaz, transparente, y con cierta posibilidad técnica de detectar este tipo de ilícitos antes de que se dañe de modo irremediable el bien jurídico protegido. Esta última dimensión lesiona cualquier posibilidad de instalar un modelo de prevención general negativa o positiva. De

este modo no habrá ninguna intimidación y tampoco se confirmará el valor protegido por la ley penal 72-02 que reprime el lavado de dinero.

Por otro lado, la ausencia o la debilidad de los programas racionales de control y orientación del gasto público de los últimos años, sin duda, había colaborado a fomentar la idea de que los ciudadanos no tienen un deber tan fuerte de "asociarse" con el sistema de control económico, teniendo en cuenta que tampoco el Estado trasladaba los tributos a una mejora en la calidad de vida de sus ciudadanos.

En este contexto de crisis ética, social y económica, es preciso, repensar un modelo de política criminal en esta materia. Se trata de desarrollar un plan de política criminal, vinculado con el problema que plantea este tipo de ilícito, que tome en cuenta estos datos con la finalidad de que el derecho penal económico no se transforme en un fin en sí mismo sino en una parte trascendente de los instrumentos de que dispone el Estado para desarrollar políticas sociales.

Algunos de los síntomas son los siguientes: falta de un modelo estratégico para la selección de los casos que se denuncian, ausencia de un plan de política criminal para el lavado de dinero, carencia de un modelo de optimización de la información que se produce en cada caso denunciado y que tramita en el sistema judicial.

Estas falencias forman parte de un diagnóstico que no debe ser eludido sino enfrentado con firmeza.

Este tipo de decisiones puede significar, de acuerdo a como se desarrolle el propio camino de su puesta en funcionamiento, o una nueva experiencia de más de lo mismo o el comienzo de una transformación de envergadura en los niveles de eficiencia en la tramitación de los delitos complejos o de impacto económico.

Debemos tener en cuenta hoy día, por otro lado, que gran parte de la consolidación definitiva de un modelo eficiente en el control de las conductas aquí analizadas, depende de la creatividad y profundización del sistema de relaciones que genere con las instancias de control administrativo y/o judicial.

La primera reacción, vinculada con este punto de partida, debe remarcar una advertencia: el fortalecimiento institucional de todos los organismos de control (judiciales y administrativos) depende del establecimiento de una red de apoyo mutuo.

Es indudable que, a diferencia de los organismos que ejercen el poder, los que controlan la legitimidad de ese poder no tienen incorporada ya en la pila bautismal su propia vitalidad, sino que requieren llevar como una preocupación fundacional las reales posibilidades de desarrollar cierta capacidad de gestión.

En ese sentido, esas instancias de control deben potenciarse en la implementación de un modelo de trabajo de red institucional que asegure, más allá de las eventuales y muchas veces declarativas autonomías de cada organismo, la vitalidad institucional suficiente como para enfrentarse con éxito a las conductas ilícitas o económicamente dañosas. En la América Latina y el Caribe, la ineficiencia de los organismos estatales y de la justicia a la hora de investigar, perseguir y sancionar delitos de gran impacto económico ha quedado demostrada en más de una ocasión y es ya imprescindible una búsqueda de solución creativa.

A lo largo de estos años, los intentos de los sucesivos gobiernos por hacer más eficaz la acción de los Estado en la lucha contra la delincuencia organizada ya parecieran, una y otra vez, estar destinados al fracaso de antemano. Este diagnóstico debe ser corregido.

Ahora bien, la débil capacidad institucional de los Estados para llevar adelante políticas efectivas y eficientes de investigación, control y persecución de los delitos complejos estaba directamente relacionada con una serie de falencias factibles de detectar en el orden organizacional, operativo y de recursos humanos en los sectores involucrados. Veamos, tan solo, algunas de las más sobresalientes:

- Falta de coordinación entre los organismos estatales responsables de la identificación, selección, investigación y seguimiento de los casos (especialmente, entre el Ministerio Público Fiscal y los organismos administrativos).
- Duplicación de tareas, esfuerzos y costos, especialmente, en la conformación de una base de datos informativa.
- Desaprovechamiento de los instrumentos de información y medición de las operaciones sospechosas existentes y escaso cruzamiento de datos fiables.

- Carencia, en muchas dependencias, de apoyo técnico (no jurídico) de calidad, capaz de comprender las maniobras utilizadas, conocer adecuadamente la documentación involucrada y desarrollar un alto compromiso con la función desarrollada.
- Ineficiencia del sistema de enjuiciamiento penal para dar respuesta cualitativa a casos de gran impacto económico.

Este diagnóstico debe ser enfrentado en forma clara por las autoridades políticas:

- (1) Mejorando las actividades de coordinación.
- (2) Aumentando y optimizando los recursos de investigación especializada, incluso en el ámbito administrativo.
- (3) Desarrollando actividades de capacitación.
- (4) Mejorando el apoyo técnico.
- (5) Mejorando los sistemas de investigación procesal.
- (6) Generando la posibilidad procesal de seleccionar los casos que serán sometidos a investigación y juicio.

Sin embargo, y a pesar de todas estas medidas, está comprobado que las estrategias públicas de investigación requieren del sector privado (sobre todo financiero) para aumentar la eficiencia de las mismas. En algunos países desarrollados, han comenzado a experimentarse novedosos diseños de alianzas entre los sectores públicos y privados para atacar más eficazmente estos males. En este marco, las empresas han comenzado a asumir tareas de definición, desarrollo e implementación de sus propios mecanismos de prevención y control de este tipo de conductas.

En la convicción de que un mercado transparente es altamente conveniente para el florecimiento de la economía y del bienestar, los actores privados (sociedad civil y empresas) deben asumir cierta cuota de responsabilidad, ya que este mercado solo será transparente en la medida que ninguna empresa pueda atribuir un porcentaje de sus pérdidas o de la disminución de sus ganancias a la evasión tributaria, el lavado de dinero, la corrupción o el contrabando de quienes compiten.

Los ejemplos abundan “Los principios de Wolfsberg contra el Lavado de dinero”, que detallan el acuerdo alcanzado por un importante grupo de bancos privados (asistidos por un equipo de Transparency International, al que se incorporaron los expertos Stanley Morris y Prof. Mark Pieth) en el sentido de estipular un modelo consensuado de prevención del lavado de capitales, es una de las muestras recientes.

Allí se establecieron lineamientos que se ocupan de temas como: identificación de clientes, de beneficiarios y/o usufructuarios de cuentas; realización de estudios sobre administradores monetarios; evaluación técnica (due diligence) para la apertura de cuentas; exigencias de conocimiento fidedigno del cliente para los casos de cuentas numeradas; procedimientos especiales para países y actividades de "alto riesgo"; verificación minuciosa para funcionarios públicos; actualización de archivos de clientes; determinación de actividades sospechosas: a) transacción de la cuenta u otras actividades que no resultan consistentes con los datos recopilados en la evaluación técnica, b) transacciones en efectivo por encima de cierta suma, y c) transacciones "de paso" que entran y salen; determinación de mecanismos para detectar otros tipos de actividades también sospechosas (monitoreo de transacciones, contactos con el cliente, información de terceros, conocimiento interno del banquero privado sobre el entorno del cliente); determinación de las acciones a seguir en caso de identificar una actividad inusual (monitoreo más intenso, cancelación de la relación comercial, información de la relación comercial a las autoridades); desarrollo de modelos de monitoreo y control, desarrollo de programas de educación; capacitación e información, y establecimiento de departamentos especiales para la prevención del lavado (compliance officer).

La preocupación de la banca privada es razonable con sólo pensar en algunos de los ejemplos internacionales: en el Reino Unido, el mayor poder dado por una nueva ley al Financial Services Authority -FSA- ha implicado la amonestación de 15 bancos por sus débiles medidas de prevención del lavado en la recepción de fondos del dictador nigeriano Sani Abacha y de su entorno.

Se sugiere que desde el Estado y los sistemas de investigación judicial se fomente este tipo de actitud privada y se desarrollen estrategias comunes. Aquí el interés estatal y el privado coinciden.

Ello puede lograrse a través de la aplicación de una serie de herramientas y mecanismos de prevención e investigación:

- Propiciando acuerdos horizontales que sean impuestos al Estado para que asuma su rol de garantía.
- Fomentando la realización de denuncias ante los diversos organismos encargados de canalizarlas.
- Llevando a cabo, periódicamente, diagnósticos conjuntos de la situación según el sector de actividad.
- Manteniendo reuniones estratégicas con las diferentes agrupaciones empresarias, Cámaras industriales y/o gremios que permitan definir convenios para combatir este tipo de delitos.
- Instalando el problema y difundiendo los resultados de estas reuniones.
- Definiendo planes de acción de cara a los medios de comunicación masiva, logrando que estos traten el tema o difundan importantes denuncias sobre casos testigos.

- Sensibilizando a la ciudadanía sobre la problemática.

El sector empresarial debe comprender que la legítima protección y defensa de sus intereses (privados) generan efectos altamente oxigenantes no sólo en el mismo mercado sino también en la sociedad de manera más amplia.

En el mercado porque al evitar distorsiones propias del juego de la evasión, el contrabando y del lavado de dinero, y al disminuir las amenazas de pérdidas, se fortalece y se vuelve más eficiente. En la sociedad porque promueve reglas claras e incentiva el respeto por las normas, dos valores básicos de las sociedades desarrolladas. Además, como "by product" de su accionar legítimo mejora la calidad de vida de todos los ciudadanos.

Es necesario, entonces, el desarrollo de una verdadera política criminal de prevención y el castigo del lavado de dinero.

Aquí sólo se señalarán, de modo resumido, algunas necesidades que, una vez satisfechas, permitan sentar las bases de un nuevo modelo de gestión en este ámbito político criminal analizado:

Un modelo estratégico para la selección de los casos que se denuncian

Un análisis ya superficial del sistema de investigación penal del delito de lavado de dinero demuestra que, más allá del número total de casos tramitados ante el sistema judicial, no se advierte un modelo de selección (o mejor dicho prioridad) de aquellos casos que son llevados al sistema penal.

No parecía que los casos que son denunciados respondan a una estrategia de política criminal y ello, naturalmente, no es muy razonable teniendo en cuenta que la Administración no tiene chances fácticos ni burocráticos de llevar en forma eficiente la totalidad de los casos jurídico-penalmente relevantes al sistema judicial.

Un sistema de selección es imprescindible. Sólo hay que discutir sobre la implementación de uno que sea transparente, eficiente y que sea sistémico con las diferentes estrategias de política criminal que expone la Administración Central.

Un plan de política criminal en este ámbito

Cuando se menciona la necesidad de una política criminal se pretende insistir en ciertas dimensiones

imprescindibles:

- (a) Definición precisa de recursos y de las necesidades de investigación y prevención.
- (b) Establecimiento de pautas de prioridad tomando en cuenta la situación por sector y el tipo de maniobra.
- (c) Definición de estrategias de prevención en forma coordinada con los objetivos de investigación penal.
- (d) Formulación de estrategias procesales y de modelos de criterios de éxito.

Esta ausencia de una verdadera política criminal tiene efectos altamente nocivos a la hora de buscar caminos para un aumento de la eficiencia del sistema penal en esta dimensión.

Un modelo de optimización de la información que se produce en cada caso denunciado al sistema judicial

Por otro lado, se advertía la ausencia de un modelo que permita el aprovechamiento de la información que se adquiere ante cada caso denunciado, sobre el tipo de maniobra que se investiga. No debiera extrañar que la información que se produce en un caso judicial pudiera significar un gran aporte en otro caso judicial que se tramita en forma simultánea pero con autonomía. El no aprovechamiento debe ser imputado a un problema de matriz deficiente y es preciso que sea solucionado.

En buena cantidad de ocasiones el Estado tiene información valiosa y suficiente sobre eventuales hechos ilícitos, pero que sólo produce efectos cuando los diferentes bancos de datos son analizados en conjunto y luego de determinados cruzamientos. Ello en lo que respecta, por ejemplo, al ilícito de "lavado de activos" o al delito tributario es decididamente determinante.

La política criminal no es otra cosa que una de las más trascendentes políticas de control y, desde este punto de vista, muchas veces debe asumir el rol de "última ratio" o último eslabón en la cadena de reacciones estatales y supeditarse a los objetivos de control de las instancias administrativas, para lo cual debe haber una adecuada coordinación.

En muchas ocasiones los hechos que son evaluados por los controles administrativos no son otra cosa que ilícitos de enorme gravedad e impacto social y llegan a conocimiento del organismo adecuado luego de un tiempo excesivo. La información que se ha obtenido sobre el hecho, a menudo, no es la que se requiere para la formación de la imputación penal

En este sentido, la eficiencia de la investigación penal preparatoria muchas veces depende de una buena coordinación administrativa y/o judicial.

6.5. Régimen de prevención y sanciones administrativas

El lavado de activos es un fenómeno extraordinariamente complejo. De ahí que los esfuerzos para combatirlo eficazmente, a diferencia de las conductas delictivas tradicionales, se efectúen en dos ámbitos que lucen en principio contradictorios, aunque en realidad se complementan, como lo constituye la represión y la prevención⁵¹.

La prevención cumple dos objetivos fundamentales: uno, evitar que una serie de actividades de naturaleza financiera o empresarial en sentido general sean afectadas en su reputación y solvencia por quienes se dedican a pretender darle legitimidad a unos capitales de origen criminal y, dos, porque de cara a los procesos penales de lavado de activos facilitan importantes elementos probatorios.

Las legislaciones recogen el régimen de prevención estableciendo un conjunto de obligaciones, como la relativa a la identificación y conocimiento de los clientes, registro y reporte de transacciones en efectivo que superen un determinado monto, reporte de transacciones sospechosas, sean estas efectuadas o no, con recursos en efectivo, conservación de documentos durante un período de tiempo no inferior a cinco (5) años, establecimiento de mecanismos y órganos de control, así como la capacitación de su personal, obligaciones estas que deben ser cumplidas por las actividades comerciales, empresariales y financieras que determine la legislación.

A fin de hacer efectivo el cumplimiento de estas obligaciones, las legislaciones se preocupan por erigir su desconocimiento, en ilícitos administrativos que dan lugar a la aplicación de sanciones administrativas, tanto a los funcionarios o empleados directamente responsables del incumplimiento, como a la propia entidad, independientemente de que si como resultado de los mismos se haya incurrido o no en una actividad de lavado de activos.

6.6. Establecimiento de mecanismos de evaluación multilateral

Dentro de los mecanismos de evaluación multilateral, sin lugar a dudas, el Grupo de Acción Financiera Internacional, se ha convertido en la instancia más relevante. El GAFI ha sido fundado por los Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de los Siete en París en julio de 1989, con el objetivo de estudiar y promover las medidas destinadas a combatir el lavado de capitales procedentes en forma protagónica del tráfico de drogas.

Se encuentra compuesto por tres grupos de trabajo: uno dedicado al análisis de la extensión y métodos del banqueo de capitales, otro a cuestiones jurídicas y judiciales y el tercero a la cooperación administrativa y financiera.

El GAFI no puede tomar decisiones ejecutivas, pero sus recomendaciones tienen una fuerza práctica muy trascendente. En el marco de las primeras 40 recomendaciones, el GAFI se ha ocupado de los sistemas legislativos, de la cooperación multilateral, del papel del sistema financiero, de la relación de los delitos originarios, etc.

Otros organismos multilaterales que se han ocupado o se ocupan del problema del lavado de capitales, aunque de modo más coyuntural, son el Comité Europeo de la Lucha contra la Droga (CELAD), que desarrolló un plan para esta materia que fue aprobado por el Consejo Europeo en Roma en el año 1990, y el propio Consejo de Ministros de la Comunidad.

Por otro lado es de destacar el denominado "Egmont Group" que agrupa a las diversas Unidades de Información Financiera (84 en total), y que constituye una amplia red que articula vínculos de cooperación en el intercambio de información y, también, en materias relativas a la capacitación, infraestructura, prevención, etc.

Asimismo, debe resaltarse el trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA –CICAD/OEA. Los grupos de expertos de la CICAD formulan recomendaciones a los Estados miembros a los efectos de mejorar su capacidad en el control de estas conductas.

¹ Álvarez Pastor, Daniel; Eguidazu Palacios, Fernando, La prevención del blanqueo de capitales, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pág. 21 y ss.

² El 27 de junio de 1980 el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió la Recomendación R (80), relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, al estimar “que la transferencia de capitales de origen criminal de un país a otro y su blanqueo mediante su reinserción en el circuito económico suscitan graves problemas, favorecen la comisión de nuevos actos delictivos y extienden así mismo el fenómeno tanto en el plano nacional como en el internacional”. Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas en un documento elaborado en 1982, titulado “Estrategias y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas”, entre las alternativas para la reducción del tráfico ilícito de drogas sugería “identificar transacciones financieras vinculadas al tráfico ilícito de drogas y disponer que las sentencias garanticen la pérdida, por los traficantes, de cualquier beneficio que hubieren obtenido. Se debe examinar otras medidas posibles para privar a los infractores del producto de sus delitos”.

³ Este grupo lo conformaban Bélgica, Canadá, Francia, Alemania Federal, Japón, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Estados Unidos, Suecia y Suiza.

⁴ Esta Declaración tuvo gran influencia en la elaboración futura por parte del Grupo de Acción Financiera (GAFI) de las obligaciones de prevención no sólo a los bancos y demás instituciones financieras, sino también a otra amplia gama de actividades empresariales susceptibles de ser utilizadas en el proceso del lavado de activos.

⁵ Víctor Prado Saldarriaga, en un interesantísimo trabajo titulado “La criminalización internacional del lavado de dinero: Sus desarrollos regionales y nacionales”, señala que en el primer proyecto de Convención contra el Narcotráfico elaborado por la Comisión de Estupefacientes de la ONU, en 1985, no se consideraba entre las conductas criminalizables al lavado de dinero. “Sin embargo, ya en junio de 1986, al aparecer un nuevo “Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, la Comisión de Estupefacientes de la ONU propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un delito autónomo”.

⁶ El Art. 6.3 de la Convención de Viena dispone: “Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no lo vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo”.

⁷ Art. 7.2, letra g) de la Convención.

⁸ Aprobada en la ciudad de Palermo, Italia, en diciembre del año 2000.

⁹ Aprobada en la ciudad de Mérida, México, en diciembre del año 2000.

¹⁰ Pág. 93

¹¹ El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español, Cedecs Editorial, 1996, pág. 21.

¹² “Le blanchiment de l’argent”, Revue Banque Edition, pág. 25.

¹³ Citado por Saén Montero, Manfred, en el artículo “El Secreto Bancario y el Lavado de Dinero en Costa Rica”. Revista de Ciencias Penales, año 9, número 13, pág. 89.

¹⁴ El Delito de Lavado de Dinero en el Perú, pág. 2.

¹⁵ Los autores son Jack A. Blum, Michael Levi, R.T. Taylor y Phil Williams.

¹⁶ Cassani, U., Le blanchissage d’argent. Fiches Juridiques Suisses, Genève, febrero, 1994.

¹⁷ Aranguez Sánchez, Carlos. El delito de blanqueo de capitales. Editorial Marcial Pons, pág. 21.

¹⁸ Abel Souto, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional. págs. 32 y ss.

¹⁹ En este punto seguimos la obra La Prevención del Blanqueo de Capitales, de Daniel Pastor Álvarez y Fernando Eguidazu Palacios, Editorial Aranzadi. Págs. 33 y ss.

²⁰ Artículo 6: Penalización del blanqueo del producto del delito:

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a)
 - i) 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;
 - ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) 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 cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

²¹ Esta Convención utiliza la misma fórmula de la Convención de Palermo del año 2000, en su Art. 23.1

²² Prado Saldarriaga, Víctor. El Delito de Lavado de Dinero en el Perú, pág. 4.

²³ Barral, Jorge E. Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos. Editorial Ad Hoc, pág. 35.

²⁴ Art. 41, numeral 4, de la Ley 72-02: Reporte de transacciones en efectivo: Comunicar, dentro de los primeros quince (15) días de cada mes, mediante formularios o a través de soporte magnético a la Unidad de Análisis Financiero, vía la Superintendencia de Bancos, para las instituciones que estén bajo la supervisión de esta entidad, todas las transacciones en efectivo realizadas en el mes anterior que superen la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, calculado sobre la base de la tasa oficial de cambio establecida por el Banco Central de la República. Las transacciones múltiples en efectivo realizadas en una o más oficinas de la misma entidad, que en su conjunto superen la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional. Serán agrupadas y consideradas como una transacción única, si son realizadas en beneficio de una misma persona, física o moral, durante un día laborable. En tal caso, dichas transacciones deben ser reportadas a la Unidad de Análisis Financiero.

²⁵ Álvarez Pastor, Daniel, ob. cit., pág. 36.

²⁶ El Art. 5.6 de la Convención de Viena de 1988, establece que "cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado". De igual forma se expresa nuestro legislador, al disponer en el párrafo II del Art. 31, de la Ley 72-02 que "cuando las propiedades obtenidas o derivadas directa o indirectamente de un delito han sido mezcladas con propiedades adquiridas de forma lícita, el decomiso de estas será ordenado solo por el valor de los bienes, productos o instrumentos del delito".

²⁷ La Ley 72-02, dispone en su artículo 8, que será sancionada con la pena contemplada en el Capítulo de las sanciones: "a) la persona, nacional o extranjera, que al ingresar o salir del territorio nacional, por vía aérea, marítima o terrestre, portando dinero o títulos valores al portador o que envíe los mismos por correo público o privado, cuyo monto exceda la cantidad de diez mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América (US\$10,000.00) u otra moneda extranjera, o su equivalente en moneda nacional no lo declare o declare falsamente su cantidad en los formularios preparados al efecto".

²⁸ Ob. cit., pág. 67.

²⁹ Jaramillo-Vallejo, Jaime. Lavado de activos: Temas de Política Pública, pág. 7.

³⁰ Prado Saldarriaga, Víctor. El delito de lavado de dinero en el Perú. Pág. 4.

³¹ Barral, Jorge E. Legitimación de bienes provenientes de la Comisión de Delitos, pág. 33.

³² Fabian Caparros, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales, pág. 149.

³³ Álvarez Pastor, Daniel. La prevención del blanqueo de capitales, pág. 38.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit, pág. 74.

³⁶ Blanco Cordero, Isidoro. ob. cit., págs. 74 y 75.

³⁷ Ob. cit., págs. 75 y 76.

³⁸ La Prevención del Blanqueo de Capitales, pág. 28.

³⁹ Jerez, Olivier. ob. cit., pág. 172.

⁴⁰ En su preámbulo reconoce que el tráfico ilícito de drogas es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

⁴¹ En su preámbulo reconoce "que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella".

⁴² Barral, Jorge E. Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos.

⁴³ Es por ello que en el preámbulo de la Convención de Viena de 1988, las partes se declaran "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”.

⁴⁴ Ob. cit., pág. 52.

⁴⁵ Prado Saldarriaga, Víctor, artículo citado, pág. 2.

⁴⁶ Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit., pág. 38.

⁴⁷ Álvarez Pastor, Daniel, ob. cit., pág. 31.

⁴⁸ Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit., págs. 63 y 64.

⁴⁹ Ley 72-02 establece las conductas típicas del lavado de activos en la forma siguiente: Art. 3.- A los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave: (a) Convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes; (b) Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes; (c) Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

⁵⁰ Ley 72-02: Art. 5.- Las infracciones previstas en esta ley, así como los casos de incremento patrimonial derivados de actividad delictiva, serán investigados, enjuiciados, fallados como hechos autónomos de la infracción de que proceda e independientemente de que hayan sido cometidos en otra jurisdicción territorial.

⁵¹ El Art. 32 de la Ley 72-02 sobre lavado de activos dispone lo siguiente: “Cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieren ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor”.

⁵² Para Javier Zaragoza Aguado “es comúnmente aceptado que una estrategia global contra el blanqueo de capitales de origen ilícito requiere un marco normativo apropiado en dos vertientes, radicalmente distintas pero complementarias entre sí: por un lado, en la persecución penal de estas conductas y en el decomiso del producto derivado de esas ilícitas actividades con el objetivo de conseguir la desarticulación de las organizaciones criminales, el enjuiciamiento y castigo de sus miembros, y la privación de sus ganancias y beneficios (aspecto represivo); y por otro lado, en el aumento de los niveles de transparencia y de control en el sistema económico y comercial con la finalidad de reducir la vulnerabilidad del propio sistema y de impedir su utilización en el desarrollo de esta actividad (aspecto preventivo)”. Derecho Penal Económico, pág. 371.

2

MARCO INTERNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

Olivo Rodríguez Huertas

1. Introducción

El lavado de activos es un fenómeno de naturaleza internacional. Es por ello que las grandes iniciativas adoptadas para enfrentarlo, normativas o no, tengan igual dimensión o alcance.

El objetivo de tipificar como un delito autónomo, el lavado de activos, tiene como propósito la desarticulación de las estructuras delincuenciales transnacionales, al privarlas del uso y disfrute de las inmensas ganancias que le reportan determinadas actividades delictivas. El patrimonio resultante de esas ganancias ilícitas generalmente se encuentra disperso por toda la aldea global.

Esta realidad es la que ha motivado a la comunidad internacional a estructurar un marco jurídico que permita a los Estados contar con instrumentos normativos, de naturaleza multilateral o bilateral, que posibiliten una eficaz cooperación o asistencia judicial internacional para la detección, incautación y posterior decomiso de los bienes objeto del proceso de lavado de activos, sin importar los lugares donde se encuentren, así como la ubicación de pruebas que sirvan de soporte a los procesos penales.

En esa línea se inscriben varios Tratados o Convenios Internacionales suscritos a partir del año 1988.

Pero, además, el compromiso de enfrentar este comportamiento delictivo no se limita, dada su complejidad, a la represión de las conductas de lavado de activos, sino que se extiende también al campo preventivo. De ahí que grupos de relevancia, universal y regional, de las esferas públicas y privadas, promuevan, a través de declaraciones y recomendaciones, la necesidad de establecer mecanismos y controles, de naturaleza preventiva con relación a un conjunto de actividades empresariales y profesionales proclives a ser utilizadas en el proceso que procura dar apariencia de legitimidad a recursos originados en actividades delictivas, como son las

entidades de intermediación financiera, casas de cambio de monedas, casinos, loterías, empresas de bienes raíces, etc.¹.

Estas iniciativas en el ámbito preventivo se extienden también a monitorear el grado de cumplimiento y la vulnerabilidad de los sistemas económicos de los Estados, originando en ocasión ser catalogados como países no cooperadores, lo que en una economía interdependiente le genera a esos países serias dificultades para la inversión internacional, limitando así sus posibilidades de desarrollo.

2. El impacto normativo interno de la legislación internacional

La Constitución de la República, en su Art. 3, dispone: "La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida de que sus poderes públicos las hayan adoptado".

La capacidad para celebrar Tratados de acuerdo a nuestra Carta Fundamental es una prerrogativa del Jefe del Estado, el Presidente de la República (Art. 55). No obstante, una vez concertados, para vincular al Estado es necesario que las Cámaras Legislativas impartan su ratificación. De manera que se trata de un acto complejo en el que intervienen dos poderes del Estado: Ejecutivo y Legislativo.

La República Dominicana ha suscrito todos los Convenios Internacionales de alcance universal y regional que contienen disposiciones relativas al lavado de activos, como lo constituyen la Convención de Viena de 1988, la Convención de Palermo del 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1998, así como el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos relacionados con el tráfico de drogas. No obstante, solamente el primero, y los dos últimos han sido objeto de ratificación por parte del Congreso Nacional, por lo que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

2.1. Jerarquía normativa de los compromisos internacionales asumidos: dualismo y monismo

La determinación de la proyección normativa que tienen los Tratados o Convenios Internacionales en el Derecho interno se ha manejado en la doctrina y jurisprudencia internacional sobre la base de dos concepciones: una, la teoría monista, y otra, la dualista.

La primera de ellas (doctrina monista) parte de la base de la unidad del conjunto de las normas jurídicas. Se acepta el principio de la subordinación, según el cual todas las normas jurídicas se encuentran subordinadas las unas a las otras, en un orden rigurosamente jerárquico.

Por su parte, la doctrina dualista, considera que al Derecho Internacional y al Derecho interno como dos sistemas de Derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden y que, por tanto, no existe superioridad de un derecho sobre otro.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, refiriéndose a este tema, en el caso "Polonia vs. Empleados Dantzig" señaló que "según un principio bien establecido de derecho internacional, el acuerdo, siendo un tratado internacional, no puede como tal crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales".

Hoy día no es objeto de discusión la incorporación de los Tratados Internacionales en el Derecho interno. Sin embargo, el punto en conflicto resulta de la diversidad del tratamiento en las Constituciones a este tema. Unas consideran que las disposiciones de los Tratados, una vez incorporados en el Derecho interno siguiendo el trámite constitucional para ello, tienen el mismo rango que las disposiciones de la Constitución. Otras les otorgan un rango inferior a la Constitución, pero superior a la Ley, y algunas otorgan a los Tratados el mismo rango jerárquico que la Ley, por lo que una Ley posterior al Tratado que contenga disposiciones contrarias a este último implica derogación.

Esto último desde luego nos lleva a otro principio que resulta clásico en el Derecho Internacional, el de la fuerza obligatoria de los Tratados en aplicación de la máxima latina "pacta sunt servanda". Eso lo reconoce el propio preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al señalar que "los principios del libre consentimiento y de la buena fé y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos". Como ha señalado un autor, Jean Hostert, la regla pacta sunt servanda es un principio de costumbre, justicia, moral y derecho internacional.

Vinculado estrechamente al principio pacta sunt servanda, está el principio de buena fé. Como ha señalado el internacionalista colombiano, Marco Monroy Cabra, en su Derecho Internacional Público, publicado por la Editorial Temis, el de buena fé es un principio ético y de derecho, que se impone a los Estados, independientemente de toda Convención. Es un principio indispensable para poder garantizar la seguridad internacional y para evitar la simulación y el engaño en las relaciones internacionales.

Continúa señalando el mismo autor: "Este principio implica para los Estados la obligación de respetar no sólo la letra, sino el espíritu del tratado, absteniéndose de ejecutar actos que desvirtúen su genuino sentido o que lo contraríen".

Todo lo anterior nos conduce al principio de preeminencia de los Tratados sobre el Derecho interno que consagra el Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuando señala que una parte "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado".

En ese sentido es de resaltarse, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, del 7 de julio de 1992, en el caso Ekmekdjian c/Sofovich, en el que señala que "la ratificación de un Tratado Internacional es un acto complejo, donde participan necesariamente el Poder Ejecutivo y el Legislativo; por tanto la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la propia Constitución, lo que importaría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al derecho internacional Convencional sobre el Derecho interno. La necesaria aplicación del Art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al Tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria".

2.2. Tratamiento jurisprudencial en República Dominicana sobre la jerarquía interna de los Tratados Internacionales

En nuestro país no es objeto de discusión la vinculación jurídica que originan las normas contenidas en Tratados o Convenios Internacionales una vez han sido ratificados por el Congreso Nacional, dado el claro contenido del Art. 3 de la Constitución de la República.

Sin embargo, la ubicación jerárquica de los Tratados en nuestro sistema de normas ha sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia de nuestro más alto órgano de justicia, la Suprema Corte de Justicia.

La posición tradicional asumida por la jurisprudencia dominicana estuvo orientada a considerar que los Tratados o Convenios Internacionales tienen una jerarquía similar a la de la ley, por lo que una Ley interna, desde el punto de vista de su contenido, contraria a un Tratado Internacional implicaba la derogación parcial de este último.

No obstante, recientemente nuestra Suprema Corte de Justicia, en una histórica Resolución, la No. 1920-2003, del 13 de noviembre del 2003, ha considerado que en nuestro País existe el denominado bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria:

"Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como

por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y Convención es internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria”.

Esa declaración de nuestra Suprema Corte de Justicia constituye un cambio radical en lo que había sido la postura tradicional de nuestra jurisprudencia respecto de la jerarquía de los Tratados o Convenios Internacionales, cuyas disposiciones, desde el punto de vista de su fuerza normativa interna, las equipara a las disposiciones contenidas en la propia Constitución.

3. Principales órganos internacionales y grupos de trabajo sobre lavado de activos

Los esfuerzos para enfrentar el fenómeno del lavado de activos han conllevado una participación activa y diversa, en la que se conjuga la participación pública y privada, aunque, desde luego, el liderazgo de estos esfuerzos con ribetes universales ha sido asumido por organismos internacionales y regionales:

- (a) Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esta organización es la que ha auspiciado los principales instrumentos internacionales aplicables al lavado de activos, como lo son la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo del 2000); y la reciente Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003.
- (b) Consejo de la Unión Europea. Como hemos dicho más arriba, otros organismos multilaterales que se han ocupado o se ocupan del problema del lavado de capitales son el Comité Europeo de la Lucha contra la Droga (CELAD) y el propio Consejo de Ministros de la Comunidad.
- (c) Organización de Estados Americanos (OEA). Esta organización ha jugado un rol de primera importancia en los esfuerzos desarrollados a nivel del continente americano frente al problema del lavado de activos. A través de su Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), constituyó un Grupo de Expertos en materia de lavado de activos que elaboró el Reglamento Modelo, un instrumento que ha tenido una importancia extraordinaria en las legislaciones de los distintos países del continente y, de manera particular, en la Ley 72-02 sobre Lavado de Activos de la República Dominicana.
- (e) Grupo de Acción Financiera (GAFI). Se trata de un grupo de trabajo creado por el G-7, conformado por los países más industrializados, en fecha 16 de julio de 1989. Este grupo emitió las 40

recomendaciones que han tenido una influencia decisiva en los esfuerzos frente al lavado de activos a escala mundial, tanto en el aspecto represivo como preventivo.

El GAFI ha revisado sus recomendaciones y, como consecuencia de los terribles acontecimientos de naturaleza terrorista ocurridos en las ciudades de Nueva York y Washington el 11 de septiembre del año 2001, ha emitido 8 recomendaciones adicionales atinentes a la financiación del terrorismo.

(f) INTERPOL. La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) ha jugado roles de fundamental importancia en los esfuerzos para enfrentar el lavado de activos a escala internacional, a través de la cooperación y asistencia judicial internacional. En el año 1983, cuando aún no había surgido ningún instrumento de alcance universal respecto del problema de fondos de origen criminal, la INTERPOL creó un grupo especializado, conocido como Fondos Procedentes de Actividades Criminales (FOPAC), que investiga los fondos provenientes de las organizaciones criminales y que elaboró un documento denominado "Enciclopedia Financiera".

(g) Grupo Egmont. Se trata de un grupo integrado por importantes bancos, de distintas nacionalidades, que operan en el ámbito internacional. Han funcionado bajo la coordinación de la importante organización mundial Transparencia Internacional.

Este grupo ha emitido los importantes principios de Wolfsberg, así como recomendaciones especiales atinentes al financiamiento del terrorismo.

(h) Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC). Tiene su origen en una Conferencia sobre lavado de activos que tuvo lugar en Aruba, del 8 al 10 de junio de 1990, en la que se emitieron 19 Recomendaciones sobre la materia. Cuenta con una Secretaría que vela por la implementación de dichas Recomendaciones así como las 40 Recomendaciones del GAFI. Entre las principales actividades que despliega se encuentran un mecanismo de autoevaluación respecto del grado de cumplimiento de las Recomendaciones, la coordinación de programas de entrenamiento y asistencia técnica, y la organización de reuniones ministeriales anualmente.

(i) Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). Es un grupo regional latinoamericano surgido en Cartagena de Indias, Colombia, en diciembre del año 2000, ante la amenaza que representa para la estabilidad económica, política y social de la región, la indebida utilización del sistema financiero por parte de organizaciones criminales transnacionales. Este grupo cuenta con tres órganos rectores: el Consejo de Autoridades, que es el órgano supremo; el Pleno de Representantes, que está compuesto por los delegados de cada Estado miembro, y la Secretaría que tiene su sede en Buenos Aires y está a cargo de las funciones técnicas y administrativas. Procura enfrentar el fenómeno del lavado de activos desde la óptica represiva y preventiva.

(j) Grupo Asia/Pacífico sobre Lavado de Activos (APG). Este grupo fue creado en febrero de 1997, en el curso de una reunión que tuvo lugar en Bangkok. Al igual que el GAFIC cuenta con una Secretaría

Ejecutiva, y entre sus misiones están la de prestar asistencia a sus miembros en la elaboración de leyes que tipifiquen el lavado de activos, establezcan mecanismos de asistencia judicial internacional y contemplen un sistema de incautación y decomiso de bienes; y la conformación e instalación de unidades de inteligencia financiera, entre otros aspectos.

- (k) Grupo contra el Lavado de Activos en África Oriental y del Sur. Se trata de un cuerpo regional actualmente integrado por 14 países. Su propósito es aplicar las 40 Recomendaciones del GAFI con el objetivo de preservar la estabilidad económica, social y política de la región. Está conformado por el Consejo de Ministros, el Grupo de Trabajo de Oficiales Senior y una Secretaría.

4. Diversidad de instrumentos internacionales

Si algo caracteriza las iniciativas internacionales de cara a los esfuerzos frente al lavado de activos es su diversidad.

Encontramos, por una parte, auténticas normas que comprometen o vinculan a los Estados, como lo constituyen los Tratados o Convenios Internacionales, unos de alcance universal y otros de naturaleza regional.

Por otra, Declaraciones y Recomendaciones de grupos de importancia, a escala planetaria y regional, sobre distintos aspectos englobados dentro del tema, cuya trascendencia obedece a la importancia de los países o instituciones que lo conforman.

Asimismo, propuestas normativas que procuran la homogeneidad en las legislaciones de los países del mundo en materia de lavado de activos, cónsono con la naturaleza eminentemente internacional de este fenómeno delictivo.

En cuanto a los Tratados Internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Convenio de Estrasburgo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como la Convención de Palermo, lo que caracteriza dichos instrumentos internacionales desde el punto de vista jurídico es su carácter vinculante, ya que constituyen auténticos compromisos de los Estados, cuya inobservancia, una vez han sido ratificados, es capaz de comprometer la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Por su parte, la importancia de las Declaraciones y Recomendaciones, como la Declaración del Consejo de Europa de 1980, la Declaración de Basilea de 1988, las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera

(GAFI), las 19 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), la Declaración Política y Plan de Acción contra el Lavado de Activos adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como los recientes Principios de Wolfsberg, más que jurídica deviene, como ya se ha señalado, de la trascendencia de los países o instituciones que conforman los organismos o grupos internacionales que las han auspiciado.

Igual sucede con las propuestas normativas auspiciadas, una, a escala global como lo es el Modelo de Ley para elaborado por la ONU, y otra, a nivel del Continente Americano, auspiciada por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), denominada Reglamento Modelo.

5. Tratados Internacionales

Diversos son los Tratados Internacionales vigentes a la fecha que resultan de interés en los esfuerzos para prevenir y sancionar el lavado de activos. Unos tienen un alcance universal, otros regional, fundamentalmente en el ámbito europeo y americano.

5.1. Tratados de alcance universal:

5.1.1. Convención de Viena de 1988

El nombre correcto de esta Convención es "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas". La misma quedó abierta a la firma de los Estados, en el centro de conferencias de Neue Hofburg, Viena, el 20 de diciembre de 1988. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1990, cuando fue depositada por España su instrumento de ratificación, completándose así la cantidad de 20 ratificaciones indispensables, según la propia Convención, para su entrada en vigencia.

La República Dominicana firmó la Convención de Viena, pero no fue sino hasta el 30 de mayo de 1993 que el Poder Ejecutivo promulgó la ratificación realizada por el Congreso Nacional mediante la Resolución 7-93.

Esta Convención constituyó el último gran esfuerzo de alcance universal realizado en el siglo recién transcurrido frente al problema de las drogas², y su necesidad resultaba de la ineficacia de los instrumentos existentes a la fecha en que se dictó ya que había "aparecido una nueva forma de criminalidad organizada, que actúa en grupos, bien estructurados, dotados de toda clase de medios materiales y financieros que se dedica al tráfico ilegal de drogas, dado los enormes y fáciles beneficios que el narcotráfico produce, y que tiene como objetivo el monopolio de estas en gran escala, y sus pautas de actuación están basadas en la violencia, corrupción y

amenazas, y su campo de operaciones se extiende más allá de sus fronteras nacionales”³

De ahí que la Convención de Viena de 1988, procura promover, a escala mundial, un marco homogéneo de naturaleza represiva, tipificando las conductas vinculadas con el ciclo del narcotráfico, así como el lavado de activos provenientes de tal actividad, su incautación y/o decomiso. Asimismo, una ágil asistencia y cooperación judicial internacional, el levantamiento del secreto bancario, y otras disposiciones de no menor importancia como el régimen de la entrega vigilada, mecanismos de control respecto de sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraigan estupefacientes, tráfico por el mar, utilización de servicios postales, entre otros.

En lo que tiene que ver con el lavado de activos, el preámbulo de este Convenio Internacional revela las razones de la nueva política criminal:

“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 en todos sus niveles”.

Como ha dicho un autor⁴, la Convención de Viena “pretende atajar los problemas de las drogas despojando a los narcotraficantes del producto de sus actividades, de manera que se elimine el principal aliciente de sus conductas, es decir, el móvil lucrativo”.

De ahí que no resulte extraño entonces que entre los aspectos específicos recomendados a los Estados firmantes para enfrentar el fenómeno derivado de los inmensos recursos generados con los delitos de tráfico de drogas figura el de tipificar en sus respectivas legislaciones, como un delito autónomo, el lavado de activos provenientes del mismo.

El Art. 3.1 b) i) ii), c) i) y iv), de esta Convención, dada la naturaleza internacional del fenómeno y su alcance universal, recoge la forma en que se recomienda a los Estados tipificar el lavado de activos:

- b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

- ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
- c)
 - i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
 - iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

No obstante que en la doctrina sobre el tema se haya considerado como uno de los mayores aportes de la Convención de Viena de 1988, el establecimiento de esta lista de conductas que deben ser sancionadas para combatir el lavado de activos, hay quien ha considerado “que el precepto transcrito abusa a la hora de enumerar las conductas, recogiendo una larguísima lista de verbos típicos que dificultan la interpretación del mismo”.

Esta crítica no es compartida por el penalista uruguayo Miguel Langon Cuñarro, para quien esas disposiciones de la Convención de Viena de 1988 recogen la voluntad de “elaborar un texto aceptable por las distintas culturas y tradiciones, de modo que cada legislador pueda tomar los elementos que sean más acordes con su propio sistema”.⁵

Como aspecto complementario a la tipificación de las conductas anteriormente descritas la Convención recomienda criterios de proporcionalidad en la aplicación de distintos tipos de sanciones (penas de prisión, sanciones pecuniarias y decomiso) por la comisión de los ilícitos previstos. Esta aplicación debe tomar en cuenta distintas circunstancias que enumera en su Art. 5, que dan particular gravedad a la comisión de la infracción, como son:

- “(a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.
- (b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.
- (c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- (d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.
- (e) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.

- (f) la victimización o utilización de menores de edad.
- (g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.
- (h) una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita”.

Por otra parte, la Convención de Viena de 1988 se preocupa del tema probatorio en los delitos que prevé en el Art. 5.7, por lo que recomienda a los Estados la inversión de la carga de la prueba en la medida en que esto sea compatible con el régimen constitucional de cada Estado⁶, al mismo tiempo que dispone en el Art. 3.3 que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

En consonancia con la finalidad de la nueva política criminal frente al problema de las drogas, esta Convención hace énfasis en lo atinente a las medidas de incautación y decomiso de todos aquellos bienes que son el producto o tengan su origen en los delitos de tráfico de drogas, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fé⁷.

Finalmente, la Convención de Viena de 1988, se preocupa por trazar disposiciones que la hagan eficaz, sobre todo, debido a la naturaleza internacional del fenómeno del narcotráfico. En ese sentido, impulsa un régimen de asistencia judicial⁸ entre los Estados que ponen énfasis en hacer posible la actividad probatoria en aspectos claves para la persecución eficaz de estas infracciones, tales como lo atinente al tema probatorio, en el que se levanta incluso el secreto bancario, y el facilitar la ubicación de los bienes sujetos a incautación o decomiso sin importar donde se encuentren. En este último aspecto, y con la finalidad de estimular la cooperación y asistencia judicial internacional, la Convención abre la posibilidad de repartirse⁹ el producto, los bienes o fondos derivados de los mismos, entre el Estado requeriente y el Estado requerido, es decir, el que presta la asistencia judicial internacional.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas constituye, sin lugar a dudas, una norma bastante completa, desde el punto de vista de su contenido. A pesar de estar limitada a un tema específico, ha constituido el primer paso de importancia universal para enfrentar en la aldea global el crimen organizado. “Este documento de las Naciones Unidas marca el inicio de la difusión internacional de los tipos penales sobre blanqueo de dinero y sus normas consagran el prototipo de un injusto internacional de blanqueo cuyo modelo imitarán varias legislaciones”¹⁰, entre ellas la nuestra.

5.1.2. Convención de Palermo de 2000

Su denominación completa es "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y abierta a la firma de los Estados, entre el 12-15 de diciembre del año 2000, en Palermo, Italia. Entró en vigencia el 29 de septiembre del año 2003. La República Dominicana suscribió dicha Convención, pero aún el Congreso Nacional de la República no la ha ratificado.

Esta Convención tiene 41 artículos, además de tres protocolos complementarios que permiten hacer frente a manifestaciones específicas de la delincuencia organizada transnacional: para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire y contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

La Convención de Palermo del 2000 se ha considerado como la continuación de la Convención de Viena de 1988, por el interés cada vez más insistente por parte de las Naciones Unidas de trascender más allá de la frontera del narcotráfico y ampliar el límite de aplicación de la ley penal a una criminalidad renovada y a una red de delincuencia transnacional organizada cada vez más amplia.

La Convención de Viena de 1988 pretende el castigo de una serie de delitos relacionados con el tráfico de drogas, incluyendo la penalización del lavado de activos. La Convención de Palermo tiene un alcance más profundo al tipificar como delito la participación de un individuo en un grupo delictivo organizado¹¹ distinto del intento o consumación de una actividad delictiva, así como la utilización del sistema financiero o instituciones financieras no bancarias para el lavado de activos. Asimismo, penaliza la corrupción¹² de un funcionario público que mediante la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido que actúe o se abstiene de actuar en cumplimiento de sus funciones oficiales y obstruye la justicia mediante el uso de la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido para inducir a un falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en la comisión de un delito.

Respecto a la penalización del lavado del producto del delito¹³ se mantiene en líneas generales lo establecido en la Convención de Viena sobre la aplicación de las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente; la conversión o transferencia de bienes con el propósito de ocultar o disimular la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, al igual que la adquisición, posesión o utilización de los mismos a sabiendas del origen ilícito de dichos bienes.

Asimismo, se incluye la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión, haciéndolo extensivo a los "delitos graves", entendiéndose por tales a todos aquellos sancionables con una privación de libertad máxima de al menos cuatro

años o con una pena más grave.

Recomienda la Convención de Palermo a los Estados ampliar de manera significativa la tipificación del lavado de activos para que involucre una gama más amplia de delitos previos, la cooperación e intercambio de información a escala nacional e internacional conforme al Derecho interno de cada país y establecer una Unidad de Inteligencia Financiera para la recopilación de información sobre posibles actividades de lavado de capitales¹⁴.

A diferencia de la Convención de Viena de 1988, esta Convención otorga especial relevancia a los mecanismos de prevención del lavado de activos, disponiendo en su Art. 7.1, a), lo siguiente:

“Cada Estado Parte: Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las 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, y en este régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas”.

5.1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción constituye el último instrumento de alcance universal auspiciado por ese organismo. Quedó abierta a la firma de los Estados del 9 al 11 de diciembre del 2003, en la ciudad de Mérida, México. La República Dominicana fue uno de los Estados firmantes. Entraría en vigor el “nonagésimo día después de la fecha que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación”.¹⁵

Se trata de un instrumento extraordinariamente completo, en función de su contenido. Consta de 71 artículos, la mayor parte de ellos, bastante extensos y muchos, sobre todo los que tocan los aspectos relativos a la incautación y decomiso de bienes¹⁶, en especial a través de la asistencia y cooperación judicial internacional¹⁷, guardan parecidos términos con los utilizados por las Convenciones de Viena de 1988 y de Palermo del año 2000.

En su preámbulo destaca la preocupación “por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero”.

Es por ello que el tema del lavado de activos no resulte ajeno al contenido de esta Convención en líneas parecidas a la forma contemplada en la Convención de Palermo, ya que contiene previsiones desde el punto de vista represivo y preventivo.

El Art. 14 de la Convención se titula “Medidas para prevenir el blanqueo de dinero”, y hace hincapié en la

importancia de que las entidades financieras o no, susceptibles de ser utilizadas en el lavado de activos, en este caso provenientes de actos de corrupción, cuenten con políticas relativas a la identificación del cliente, al establecimiento de registros y al reporte de transacciones financieras sospechosas, insistiendo, además, al igual que la Convención de Palermo, en el establecimiento de Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera que recopile, analice y difunda información sobre posibles actividades de lavado de activos.

El Art. 23 de la Convención, por su parte, recomienda tipificar el lavado de activos producto del delito, cometido intencionalmente, en las mismas formas típicas previstas en la Convención de Palermo. Igual similitud encontramos entre ambas convenciones en lo que tiene que ver con la previsión en el artículo 6.2, letra e), de la Convención contra la Corrupción donde prescribe que las legislaciones internas de los países adherentes podrán disponer que los delitos de lavado de activos no se aplicarán a la persona que haya cometido el delito determinante.

5.2. Tratados regionales en el ámbito europeo

5.2.1. Convenio de Estrasburgo

En fecha 8 de Noviembre de 1990 fue abierta a la firma, en la ciudad de Estrasburgo, el Tratado denominado "Convenio relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito". Es conocido también como el Convenio de Estrasburgo. Previamente había sido aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en septiembre del 1990.

Este instrumento, aunque se ha quedado limitado por su origen al ámbito europeo, está concebido de forma abierta. Como afirma un autor, "de hecho observadores de Australia, Canadá y los EE.UU. estuvieron presentes en el Comité restringido de expertos y participaron activamente en la redacción del texto. Por lo tanto, no se trata en modo alguno de un Convenio sólo para los países europeos sino que nos hallamos ante una de las denominadas "Convenciones abiertas" a la que en principio están llamados, al tenor del artículo 36.1 del Convenio, los tres estados no miembros del Consejo que participaron en la elaboración del Convenio, pero al que también pueden ser invitados países ajenos al Consejo..., aunque esto requiere un procedimiento especial".¹⁸

Entre los objetivos de esta Convención figura la de establecer medidas eficaces para combatir las infracciones graves, así como privar a los delincuentes del uso y disfrute de sus ganancias. Es decir, que desde este punto de vista se adhiere a la filosofía de la Convención de Viena de 1988¹⁹, pero obviamente se separa porque no se limita al lavado de activos proveniente del narcotráfico sino que amplía este concepto a rendimientos ilegales provenientes de cualquier delito grave²⁰.

El Convenio de Estrasburgo es considerado como un instrumento internacional bastante completo, por la diversidad de su contenido, ya que prevé un conjunto de normas que comprende la tipificación penal, el procedimiento, desde la investigación hasta la imposición y ejecución de una sentencia de confiscación, así como los aspectos procesales de la cooperación internacional en materia de lavado de activos. Su estructura consta de un breve preámbulo y cuatro capítulos de los que el primero define los términos producto, instrumentos, confiscación y delito principal; el segundo acoge las medidas legislativas que se deben adoptar en cada país, entre las que destaca el embargo y comiso, pero sobre todo la obligación de incriminar el lavado de activos en la forma amplia concebida en este instrumento internacional; un extenso capítulo tercero trata sobre la cooperación internacional en materia de identificación, embargo y decomiso, y concluye el Convenio con un cuarto capítulo relativo a disposiciones finales.

Es importante resaltar dentro del contenido del Convenio las recomendaciones para el establecimiento de técnicas indagatorias especiales, dadas la complejidad y naturaleza del fenómeno del lavado de activos, entre éstas, las órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, y órdenes de presentación de documentos.

Como novedades adicionales a la ampliación del delito previo, ya citada, el Convenio de Estrasburgo introduce igualmente dos aspectos de suma importancia²¹: uno, el relativo al principio de universalidad, y el otro el atinente al privilegio del autoencubrimiento.

En cuanto al principio de universalidad, este Convenio lo consagra al disponer que “será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte”. Es decir, que resulta indiferente el lugar de comisión del delito base.

Finalmente, en cuanto al privilegio de autoencubrimiento, el Convenio concede a los Estados Partes la facultad de no aplicar el lavado de activos a los que intervengan en el hecho previo, es decir, que tendrán plena libertad para decidir la punibilidad acumulativa. Sobre este aspecto la Convención de Viena de 1988 guardó absoluto silencio. No obstante, la Convención de Palermo²² y la reciente Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción²³ recogen un precepto semejante al del Convenio de Estrasburgo.

5.2.2. Directiva de las Comunidades Europeas de 1991

La Directiva, del 10 de junio de 1991, de la Comunidad Europea sobre lavado de activos tuvo su origen en la intención del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica de extender a las entidades financieras extranjeras que operaban en su territorio, la obligatoriedad de reportar a las autoridades las transacciones en dólares por sumas mayores de US\$10.000, so pena de cancelarles la licencia para operar en los Estados

Unidos y sus territorios.

Esta Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas estuvo encaminada a prevenir la utilización del sistema financiero para blanquear los bienes procedentes de actividades delictivas, ya que esto pone en serio peligro la estabilidad y solidez de los establecimientos de crédito, y del sistema financiero en general ante una eventual pérdida de confianza del público, siguiendo fundamentalmente las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI).

La definición de lavado de capitales de la Directiva está inspirada fundamentalmente en la Convención de Viena de 1988 y en el Convenio de Estrasburgo y prevé la tipificación de este delito cuando intencionalmente se produzcan acciones tendientes a convertir, transferir, ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición o movimiento de la propiedad de bienes o sus derechos, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad ilícita o de una participación en ese tipo de actividad²⁴.

También se considera lavado de activos la participación en algunas de las acciones mencionadas anteriormente, la asociación para delinquir, las tentativas de llevarlas a cabo, el ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución, independientemente de que hayan sido generados en territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país. En este último punto coincide con la prevista en el Convenio de Estrasburgo.

La Directiva es una norma de carácter fundamentalmente preventiva y se limita a señalar que los Estados Miembros velarán para que el lavado de activos quede prohibido, sin concretar cual debería ser el carácter penal, administrativo, civil, etc., de esta inobservancia.

Esta Directiva impone la obligación de aprobar una legislación interna de carácter administrativo que contribuya a evitar, restringir o vigilar ciertas actividades susceptibles de ser utilizadas para lavar activos, tales como el manejo, transferencia o depósitos de grandes cantidades en efectivo y el adecuado conocimiento del cliente. No es claro en cuanto a las sanciones de carácter penal.

Otros aspectos importantes de esta Directiva tienen que ver con las obligaciones de prevención que deben observar las instituciones financieras, que deberán exigir a sus clientes plena identificación²⁵ para la apertura de cuentas corrientes o de ahorros o cuando existan dudas de que sus clientes no actúan por cuenta propia²⁶, y conservar documentos de transacciones. Asimismo, tienen el deber de colaboración con las autoridades²⁷ y de abstención de realizar operaciones cuando exista sospecha de lavado de activos²⁸.

5.2.3. Directiva del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea

Esta Directiva ha sido numerada como 2001/97/CE, y modifica la Directiva de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos.

Con ella la Unión Europea fortalece los dispositivos establecidos en la Directiva de 1991, al obligar a los países miembros a implementar las medidas necesarias para combatir este delito antes del 15 de junio de 2003, que deberán ampliar el cuadro de infracciones previas que generan los recursos envueltos en el proceso de lavado de activos a todo tipo de delitos graves, así como el ámbito de los sujetos obligados.

Para garantizar una mayor cobertura del sector financiero la Directiva 2001 es aplicable en adelante no solo a las instituciones financieras y a las entidades de crédito que tengan su sede social dentro o fuera de la comunidad, sino también a las agencias de cambio, empresas de transferencia o envío de dinero, agencias de seguros y, en general, a toda empresa de inversión que negocie sus participaciones y acciones.

En cuanto a los sujetos obligados²⁹ se incluye adicionalmente a las personas naturales o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión, tales como: auditores, contadores y asesores fiscales, agentes de propiedad raíz, notarios, abogados, personas que comercian con artículos de valor elevado, como metales y piedras preciosas, objetos de arte, subastadores, cuando el pago realizada sea superior a 15.000 euros.

5.3. Tratados regionales en el ámbito americano

5.3.1. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA).

La República Dominicana, mediante la Resolución No. 489-98, ratificó dicha Convención, siendo promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 20 del mes de noviembre del año 1998, por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque se trata de una Convención especializada en el tema de la corrupción administrativa, el tema del lavado de activos figura entre sus preocupaciones esenciales debido a "los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales, y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles³⁰".

De ahí que en el Art. VI.1., letra d), la Convención recomienda a los Estados sancionar "el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de actos de corrupción", lo que obliga a nuestro País a sancionar el lavado de activos provenientes de conductas de corrupción administrativa.

5.3.2. Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de

Dinero y Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos

Este convenio tiene una naturaleza regional limitada originalmente a los siguientes países centroamericanos: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y Panamá. Fue suscrito en este último país, el 11 de julio de 1997. La República Dominicana se adhirió a este Convenio, en fecha 6 de noviembre del mismo año, y el Congreso Nacional lo ratificó posteriormente.

El contenido de este convenio es prácticamente exacto al Reglamento Modelo elaborado por los expertos del Comité de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), órgano de la Organización de Estados Americanos, en la versión vigente a la fecha en que se suscribió, que limitaba el lavado de activos a los recursos provenientes del tráfico de drogas, versión que fue abandonada posteriormente conforme se indicará más adelante cuando se trate lo relativo a las propuestas normativas.

5.3.3. Convención Interamericana contra el Terrorismo

Esta Convención fue aprobada mediante la Resolución 1840 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, efectuada en Trinidad y Tobago, en fecha 3 de junio del año 2002. La República Dominicana la firmó, pero aún está pendiente del trámite constitucional de ratificación por ante el Congreso Nacional.

Esta Convención en su artículo 6 señala que cada "Estado Parte tomará las medidas necesarias para asegurar que su legislación penal referida al delito del lavado de dinero incluya como delitos determinantes del lavado de dinero" los delitos de terrorismo³¹, establecidos en los instrumentos internacionales que describe³².

La Convención Interamericana contra el Terrorismo obliga a los Estados Partes a establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir la financiación del terrorismo, en especial un régimen interno normativo y de supervisión para los bancos, instituciones financieras y otras actividades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas, reiterando el cumplimiento de obligaciones de prevención tradicionalmente previstas en los esfuerzos frente al lavado de activos, como la identificación de clientes, el registro de documento y la comunicación de transacciones financieras sospechosas o inusuales³³.

Asimismo, pone énfasis en obligar a los Estados a establecer "medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador"³⁴, a compartir e intercambiar información a través de Unidades de Inteligencia Financiera³⁵, y, en sentido general, recomienda aplicar las recomendaciones del GAFI, GAFIC, CICAD y GAFISUD³⁶.

6. Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal

6.1. Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal

6.1.1. Declaración de Principios de Basilea

Esta Declaración se denominó "Declaración de Principios de Basilea sobre Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para el Blanqueo de Fondos de Origen Criminal". Esta declaración antecedió a la apertura de firmas de la Convención de Viena de 1988, y que fue emitida el día 12 de diciembre de 1988.

Esta Declaración emanó del denominado "Grupo de los Diez", conformado por representantes de los Bancos Centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Reino Unido, Suecia y Suiza. Se adicionó al grupo Luxemburgo.

Desde el punto de vista de su contenido, esta Declaración de Principios tiene cinco (5) puntos fundamentales. Un primero, dedicado al objetivo que perseguía la declaración; el segundo, a la identificación de los clientes; el tercero, al acatamiento de las leyes; el cuarto, a la cooperación con las autoridades y el quinto, a la adhesión a la declaración de principios.

En cuanto al primer aspecto, lo que persigue la declaración es trazar algunas políticas y procedimientos que deben cumplir las instituciones bancarias a fin de contribuir a la represión del lavado de activos por conducto del sistema bancario nacional e internacional. En especial, alentar la vigilancia contra el uso delictivo del sistema de pagos. Ello así, porque los bancos y otras instituciones financieras, por la naturaleza de sus actividades, pueden ser utilizados sin su consentimiento para la transferencia o depósito de dinero proveniente de actividades delictivas.

La regla de identificación de clientes, tan extendida hoy día, encuentra su origen en esta Declaración de Principios de Basilea, que precisa que se "debe tener especial cuidado en identificar la propiedad de cada una de las cuentas y de todos los servicios de caja de seguridad".

Por otra parte, la Declaración de Principios de Basilea sienta las bases para la profesionalización de la actividad bancaria, al señalar el alcance del acatamiento de las leyes, obligando a las mismas a conocer a sus clientes como el mecanismo esencial, de naturaleza preventiva, que le permita evitar realizar operaciones relacionadas con actividades de lavado de activos.

Asimismo, se incentiva la cooperación con las autoridades y se insta al trazado de políticas preventivas por parte de los órganos superiores de las entidades bancarias y financieras, que incluya talleres de capacitación

sobre esas políticas al personal, la conservación del rastro documental de las transacciones y el establecimiento de procedimientos de auditoría interno que vigilen el cumplimiento de estos aspectos.

6.1.2. Declaración de Propósitos del Grupo Egmont (1997)

En fecha 9 de junio de 1995 se constituyó de manera formal el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera de distintos países. Su nombre se debe a que la reunión en que se conformó este grupo de trabajo fue efectuada en el Palacio Egmont-Aremberg de Bruselas³⁷.

Este grupo de trabajo, que en la actualidad cuenta con más de sesenta (60) Unidades de Inteligencia Financiera de distintos países del mundo, continuó sus reuniones en París³⁸; San Francisco, California³⁹; Roma⁴⁰; y en Madrid⁴¹. Otras reuniones periódicas del grupo ya se han realizado⁴².

En la reunión de Madrid se emitió una Declaración de Propósitos, que confirmó la definición de lo que es una Unidad de Inteligencia Financiera⁴³, adoptada en la asamblea general efectuada en Roma, y se convino como prioridad la creación de estas Unidades en todo el mundo, el estímulo del intercambio de información por vía de reciprocidad y acuerdo mutuo, el acceso a un sitio Web seguro del Grupo Egmont para todas las Unidades, la elaboración de modalidades apropiadas de intercambio de información, entre otros aspectos de importancia.

6.1.3. Declaración Política y Plan de Acción contra el Lavado de Activos de la ONU (1998)

Esta declaración y plan de acción fue adoptada durante la vigésima sesión extraordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas para hacer frente al problema de las drogas en el mundo, efectuada en la ciudad de Nueva York, el 10 de junio de 1988.

En la misma los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometen a luchar con una energía particular frente al lavado de activos provenientes del narcotráfico, y de otras infracciones graves, al considerar que puede afectar la integridad, la confianza y la estabilidad de los sistemas financieros y comerciales, así como las estructuras gubernamentales del mundo entero.

Un dato importante de esta Declaración y Plan de Acción es que otorga primordial importancia a la aplicación de determinadas medidas que deben figurar en los marcos jurídicos de los distintos países, tales como la identificación, el embargo y la confiscación del producto del crimen, la incorporación del crimen del lavado de activos en los acuerdos de investigaciones judiciales entre Estados, así como también los aspectos preventivos, principalmente la aplicación por los sujetos obligados de la regla "conozca al cliente", la obligación de conservar documentos de transacciones financieras, y reportar transacciones sospechosas, entre otros

aspectos.

6.1.4. Las 40 Recomendaciones del GAFI

Un paso de fundamental importancia en los esfuerzos mundiales para enfrentar el lavado de activos lo constituyó la conformación del Grupo de Acción Financiera (GAFI), conformado por los representantes de los siete países más industrializados del mundo (Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá) y el Presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas, dada su preocupación por las asoladoras proporciones que el problema de la droga había alcanzado. Muy pronto esa preocupación se extendió a otras formas delictivas vinculadas con delitos diferentes al tráfico de drogas.

Este grupo de trabajo fue integrado por el G-7, durante una Conferencia efectuada en París el 16 de julio de 1989, que emitió posteriormente las famosas 40 Recomendaciones⁴⁴, y, más recientemente, las 8 Recomendaciones⁴⁵ especiales sobre la financiación del terrorismo⁴⁶.

Las 40 Recomendaciones, revisadas en 1996, son de un contenido diverso y han jugado un rol primordial en las normas legales sobre lavado de activos en los distintos países del mundo.

Entre otros aspectos hace énfasis en el papel de los sistemas legales nacionales en el combate contra el lavado, ampliando el concepto de este delito al producto de otras actividades ilegales graves⁴⁷, así como sugiriendo el establecimiento de medidas cautelares y decomiso de bienes.

Resaltan, además, el papel del sistema financiero en el combate contra el lavado recomendando la adopción de una serie de medidas con ocasión de la utilización de los servicios que ofrecen, tales como la identificación de clientes, el registro por un período determinado de la documentación que sustentan sus transacciones, así como el reporte a las autoridades de las transacciones sospechosas, es decir, aquellas que efectuadas por el público resulten complejas, insólitas, significativas o sin fundamento económico o legal visible.

Recomienda asimismo el Grupo de Acción Financiera (GAFI), en sus cuarenta recomendaciones el levantamiento del secreto bancario, así como la exención de responsabilidad civil, penal y administrativa a los empleados y funcionarios de banca cuando comuniquen de buena fé a las autoridades las transacciones sospechosas⁴⁸.

Asimismo, dicho grupo considera necesario para la aplicación de una política de prevención del lavado de capitales en las instituciones financieras, el desarrollo de programas permanentes de capacitación de personal así como el establecimiento de políticas internas, procedimientos y controles orientados específicamente a evitar la utilización de este tipo de instituciones por quienes se dedican a la actividad del lavado de capitales⁴⁹.

Señala el papel de los reguladores bancarios en la vigilancia para el cumplimiento de las medidas de prevención por las instituciones financieras⁵⁰.

Finalmente, un aspecto importante que contienen estas 40 Recomendaciones del GAFI es lo relativo a las personas expuestas políticamente, en relación a los cuales las instituciones financieras, además de los procedimientos de debida diligencia, deben contar con "sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si el cliente es una persona políticamente expuesta; obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con esos clientes; tomar medidas razonables para determinar cual es el origen de la riqueza y el origen de los fondos y llevar a cabo una vigilancia permanente más exhaustiva de la relación comercial⁵¹".

6.1.4.1. Las 8 Recomendaciones Especiales sobre la Financiación del Terrorismo

Los terribles acontecimientos acaecidos en las ciudades de Nueva York y Washington, el 11 de septiembre del 2001, y las investigaciones llevadas a cabo sobre dicho hecho motivaron que el Grupo de Acción Financiera (GAFI) estableciera un marco básico para prevenir y suprimir la financiación del terrorismo y de los actos terroristas.

Por ello emitieron, en una reunión efectuada en la ciudad de Washington, Capital de los Estados Unidos de Norteamérica, el 30 de octubre del 2001, las ocho (8) recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo, cuyos títulos son: (I) Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas; (II) Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado; (III) Congelamiento y decomiso de activos terroristas; (IV) Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo; (V) Cooperación internacional; (VI) Sistemas alternativos de envíos de fondos; (VII) Transferencias por cable; y (VIII) Organizaciones sin fines de lucro.

6.1.5. Principios de Wolfsgerb

Se denominan Principios de Wolfsgerb porque fue en esa localidad de Suiza donde, bajo la colaboración de la organización Transparencia Internacional, se reunieron representantes de los bancos privados internacionales ABN AMOR Bank N.V., Barclays Bank, Banco Santander Central Hispano, S.A., Chase Manhattan Corporation, Citibank, N.A, Credit Suisse Group, Deutsche Bank AG, HSBC, J.P. Morgan, Inc., Société Generale, UBS AG, y emitieron, en fecha 30 de octubre del año 2000, once (11) principios que procuran una guía global para una sana conducta de negocios en la banca privada internacional.

Estos importantes principios tratan los siguientes aspectos: (1) Aceptación de clientes: Lineamientos generales;

(2) Aceptación de clientes: Situaciones que requieren informes o atención adicionales; (3) Actualización de archivos de clientes; (4) Prácticas para identificar actividades inusuales o sospechosas; (5) Monitoreo; (6) Responsabilidad de control; (7) Informes; (8) Educación, capacitación e información; (9) Requisitos para la retención bajo registro; (10) Excepciones y desvíos; y (11) Organización contra el lavado de dinero.

Estos principios fueron revisados en mayo del año 2002.

Asimismo, el mismo grupo de la banca internacional propició un conjunto de principios relativos a la “supresión del financiamiento del terrorismo”, que consta de siete (7) puntos fundamentales.

6.2. Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito europeo

6.2.1. Recomendación del Consejo de Europa

Tiene una especial importancia, ya que constituyó la primera iniciativa internacional sobre el lavado de activos, en una época en que aún esta actividad no constituía un tipo penal especial

Esta Recomendación fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en fecha 26 de junio de 1980, y se denominó como la “Recomendación No. R (80) 10 relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal”.

Su antecedente lo encontramos en la vigésima sexta sesión plenaria efectuada en 1977, efectuada por el Comité Europeo para los problemas criminales, que tenía un mandato específico de estudiar la problemática concerniente a la transferencia ilícita de capitales de origen delictivo. El informe de este Comité sirvió de sustento para la Recomendación del Consejo de Europa de 1980.

Esta Recomendación tuvo la visión de considerar que el problema del reciclaje de fondos provenientes de actividades delictivas necesitaba de “una política global en la que el sistema bancario va a desempeñar un papel tanto preventivo como represivo, en la medida en que colabore con las autoridades competentes”.⁵² No obstante no contiene ninguna disposición de carácter penal, ya que se limita a establecer un estándar mínimo de medidas bancarias para combatir dicho fenómeno y, mucho menos, por estar dirigida al sector bancario, no contempla la amplia gama de actividades y profesiones susceptibles de ser utilizadas en el lavado de activos proveniente de actividades delictivas.

Su contenido no es extenso. Se limita a aspectos muy específicos. Uno la importancia de la verificación de la identidad de los clientes, a través de documentos oficiales, con motivo de la apertura de una cuenta o la

constitución de un depósito, el alquiler de cajas de seguridad y operaciones de contado y transferencias interbancarias en cantidades de cierta importancia, tomando en cuenta la posibilidad de fraccionamiento; así como una formación del personal bancario de ventanilla en lo referente al control de documentos de identidad. Otro, la necesidad de una cooperación, nacional e internacional entre los establecimientos bancarios, con la ayuda de INTERPOL, para intercambiar informaciones relativas a la circulación de billetes de banco utilizados con ocasión de actos delictivos.

6.3. Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito americano

6.3.1. Declaración de Ixtapa

El 20 de abril de 1990 se produjo en el Continente Americano, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA), la denominada "Declaración y Programa de Acción de Ixtapa", en seguimiento de la "Alianza de las Américas contra el Narcotráfico".

Entre las motivaciones de dicha Declaración figura la preocupación de que "los enormes beneficios financieros y las riquezas derivadas del tráfico ilícito de drogas y de las actividades criminales conexas posibilitan que las asociaciones delictivas transnacionales penetren en las estructuras de los gobiernos, las actividades comerciales legítimas y la sociedad en todos los niveles, y las contaminen y corrompan, iniciando así el desarrollo económico y social, distorsionando los procedimientos jurídicos y socavando las bases de los Estados".

Como resultado concreto de esta Declaración se resalta la recomendación a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) para que la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) integre un grupo interamericano de expertos que elabore un reglamento modelo sobre lavado de activos, que fue concluido en su primera versión en el año 1992.

6.3.2. Las 19 Recomendaciones del GAFIC

Asimismo, en el ámbito caribeño el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), durante una Conferencia sobre Blanqueo de Capitales efectuada en junio de 1990 y posteriormente con motivo de una Asamblea Ministerial acerca del mismo tema efectuada en Kingston, Jamaica, en noviembre de 1992, emitió 19 recomendaciones relativas a la represión, prevención y detección de operaciones de lavado de capitales.

El contenido de las 19 Recomendaciones del GAFIC es diverso al incluir aspectos penales, preventivos y administrativos. Se destaca el énfasis del GAFIC en sus recomendaciones para que los Estados que lo integran incorporen en sus legislaciones las 40 Recomendaciones del GAFI, así como la ratificación de la Convención

de Viena de 1988.

6.3.3. Declaración de Kingston

Esta declaración se produjo en el marco de una reunión Ministerial llevada a efecto en Jamaica, en noviembre de 1992. Los países participantes, en la Declaración de Kingston sobre Lavado de Dinero, se comprometieron a ratificar la Convención de Viena de 1988; a incorporar el reglamento Modelo de la CICAD-OEA para el Lavado de Dinero como parte de sus leyes domésticas, y a aplicar las 40 Recomendaciones del GAFI y las 19 Recomendaciones establecidas en Aruba por el GAFIC.

Se creó una Secretaría de carácter institucional para controlar el progreso de la aplicación de la Declaración y a su vez coordinar y evaluar las legislaciones de los países miembros, proporcionar formación y asistencia técnica y funcionar como centro de coordinación entre el GAFIC y terceros países y organismos internacionales en materia de lucha contra el lavado de dinero.

6.3.4. Declaración Ministerial de Buenos Aires

En diciembre de 1994 se efectuó en Miami, Florida, Estados Unidos de Norteamérica, la llamada "Cumbre de las Américas". En ella 34 Jefes de Estado del Hemisferio, incluyendo el anfitrión, el Presidente de los Estados Unidos, discutieron temas sociales, políticos y económicos de interés común, entre ellos, el relativo al tráfico de drogas y el lavado de activos.

Entre los puntos acordados en dicha Cumbre figuró la realización de una Conferencia Ministerial sobre Lavado de Activos en la que se buscara un consenso para poner en práctica medidas que permitieran enfrentar eficazmente esta ilícita actividad.

Dicha Conferencia se produjo en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, emitiendo un Comunicado Ministerial de fecha 2 de diciembre del 1995, contentivo de seis (6) puntos fundamentales: (a) Declaración de Principios; (b) Plan de Acción; (c) Acciones Jurídicas; (d) Acciones Regulatoras; (e) Medidas de Aplicación de las Leyes; y (f) Evaluación del Progreso.

Como aspectos específicos contenidos en este Comunicado Ministerial figura la recomendación de extender la tipificación del lavado de activos cuando los recursos envueltos provengan de delitos graves, con lo que se abandona la vinculación exclusiva con el tráfico de drogas; la implementación del Reglamento Modelo elaborado por los expertos de la CICAD, así como la implementación de las 40 recomendaciones del GAFI y las 19 recomendaciones del GAFIC; la de establecer en las respectivas legislaciones internas los mecanismos legales que permitan privar a los delincuentes del uso y disfrute de los bienes y recursos que tienen su origen

en actividades delictivas, recomendando a tales fines hacer uso de la cooperación y asistencia judicial internacional.

Asimismo, el Plan de Acción trazado en este Comunicado Ministerial insta a los Estados Partes a facilitar el intercambio de pruebas e información con motivo de las investigaciones y enjuiciamientos de lavado de activos; implementar acuerdos bilaterales o multilaterales que permitan el reparto equitativo de los bienes que hayan sido decomisados entre los Estados que participen en la investigación; y promulgar leyes que permitan el uso de técnicas de investigación que faciliten la investigación del lavado de activos, tales como operaciones encubiertas, y vigilancia electrónica con autorización judicial.

Este Comunicado Ministerial, dentro de su línea de acción, se preocupa también por el régimen de prevención aplicable a las instituciones financieras, así como a otras empresas susceptibles de ser utilizadas en el lavado de activos, haciendo hincapié en la importancia del reporte de transacciones financieras sospechosas, y un régimen de exención de responsabilidad civil para quienes lo hagan; un sistema de registro y reporte de transacciones en efectivo de dinero de cantidades considerables, así como dotar a las autoridades fiscalizadoras de capacidad para establecer procedimientos generales y sanciones administrativas con motivo de la inobservancia por parte de un sujeto obligado de las obligaciones de prevención.

Finalmente, esta importante iniciativa sugiere la creación de Unidades de Análisis Financiero que recopile y analice las transacciones en efectivo y las consideradas sospechosas que se produzcan en el sistema; el establecimiento de evaluaciones permanente sobre el cumplimiento de este Plan de Acción, así como la conformación de un Grupo de Trabajo para elaborar una Convención Interamericana para combatir el lavado de activos.

6.3.5. Declaración de Santiago

En abril del año 1998 los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas asistieron a la Segunda Cumbre de las Américas, esta vez efectuada en Santiago de Chile, emitiendo en fecha 19 de abril de 1998 el "Plan de Acción II Cumbre de las Américas".

Entre los puntos tratados en este Plan de Acción, algunos se refieren al tema del lavado de activos, ya que se estimula a los Estados a "fortalecer las unidades centrales especializadas existentes, debidamente entrenadas y equipadas, encargadas de solicitar, analizar e intercambiar entre las autoridades estatales competentes, información relativa al lavado del producto y de los bienes e instrumentos utilizados en las actividades delictivas (también llamadas lavado de dinero)", así como también alienta "a las instituciones financieras a redoblar sus esfuerzos para evitar el lavado de dinero".

Sin duda alguna, en lo que respecta al tema del tráfico de drogas y lavado de activos, el punto más resaltado por la Declaración de Santiago fue el relativo a fortalecer la alianza estratégica antidrogas del hemisferio sobre “la base de los principios de respeto a la soberanía y a la jurisdicción territorial de los Estados”, por lo que decidieron crear en el marco de la “Comisión Interamericana para el Control y el Abuso de las Drogas” (CICAD-OEA), un proceso único y objetivo de evaluación gubernamental de carácter multilateral, para dar seguimiento al progreso individual y colectivo de los esfuerzos hemisféricos y de todos los países participantes de la Cumbre en el tratamiento de las diversas manifestaciones del problema”.⁵³

6.3.6. Declaración de Québec

Esta Declaración es el resultado de la Tercera Cumbre de las Américas, efectuada en esa ciudad canadiense, en el año 2001. Al igual que las Declaraciones de las Cumbres anteriores, toca el tema relativo al lavado de activos y a la delincuencia organizada transnacional.

La Declaración de Québec acogió con beneplácito el desarrollo del “Mecanismo de Evaluación Multilateral” aprobado en la Cumbre de Santiago, reiterando el compromiso de hacer del mismo uno de los pilares centrales para la cooperación hemisférica eficaz. Recomienda impulsar el establecimiento de Unidades de Inteligencia Financiera en aquellos países que no lo hayan hecho, así como la ampliación de la capacitación realizada por la CICAD y el BID.

Otro punto importante de esta Declaración lo constituye el llamado que se hace a los Estados a firmar y ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, promoviendo especialmente la adopción de las técnicas de investigación comprendidas en esta Convención, ya que constituyen herramientas muy importantes en la lucha contra la delincuencia organizada.

6.3.7. Declaración Política del GAFISUD

Esta Declaración es el resultado de la reunión de Ministros y otros representantes de Gobiernos de la Región, reunidos en Cartagena de Indias, República de Colombia, del 7 al 9 de diciembre del año 2000⁵⁴, en la cual conformaron el Grupo de Acción Financiera Sudamericano (GAFISUD) suscribiendo el correspondiente Memorando de Entendimiento.

Los países que forman parte del GAFISUD son los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.

El primer aspecto importante que surge de esta Declaración de Principios y del establecimiento del GAFISUD es la aplicación de las 40 Recomendaciones del GAFI, de las recomendaciones contenidas en la Declaración de

Buenos Aires de 1995, así como el Reglamento Modelo elaborado por el Grupo de Expertos de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD).

Como consecuencia de haberse instituido el GAFISUD, los países miembros asumieron el compromiso de adoptar 15 recomendaciones, de naturaleza muy diversa, aunque referidas al mismo tema: el lavado de activos.

Estas recomendaciones contienen aspectos muy importantes y, en algunos casos, novedosos. Sugiere incorporar el lavado de activos provenientes de delitos adicionales al narcotráfico, como, por demás, ya estaba recomendado en el Convenio de Estrasburgo y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Además, establecer como una obligación de los agentes económicos que participan en el comercio exterior, operaciones bursátiles, inversiones en inmuebles, juegos de azar, etc., obligaciones de control, reporte y auto control.

Finalmente, resulta notable destacar en esta Declaración de Principios y Recomendaciones, la relativa a establecer "la obligación de agentes económicos de adoptar un Código de Ética o de Conducta y un Manual de Procedimiento para la prevención, detección y control del lavado de activos", fijando con claridad la actividad esperada y la responsabilidad de sus funcionarios "en una cultura de control en que se antepongan los principios y valores al logro de metas comerciales".

7. Propuestas Normativas

Las iniciativas internacionales en materia de lavado de activos no se han limitado a Convenciones Internacionales, Recomendaciones y Declaraciones de instancias de trascendencia en la esfera internacional, creación de Grupos de Trabajos en la misma esfera, sino que además se han orientado hacia la elaboración de propuestas normativas, dada la necesidad de legislaciones uniformes. Es el caso del Modelo de Ley de PNUFID, y el Reglamento Modelo OEA.

7.1. Modelo de Ley PNUFID

Una de esas propuestas está contenida en la "Ley Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito", que sustituyó el modelo de "Legislación sobre el Blanqueo de dinero, el decomiso y la cooperación internacional en materia de drogas", cuya elaboración concluyó en noviembre de 1995, por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas.

Esta Ley Modelo consta de cinco títulos: un primer título dedicado a generalidades, tales como definiciones y terminología; un segundo título, relativo a la prevención del lavado de dinero, el cual consta de dos (2) capítulos, uno que contiene disposiciones generales de prevención, y otro que se refiere a la transparencia de operaciones financieras; un tercer título, que trata sobre la detección del lavado de dinero, y consta de cuatro (4) capítulos, uno relativo a la colaboración con las autoridades encargadas de luchar contra el lavado de activos, otro relativo a la exención de responsabilidad, un tercero dirigido a las técnicas de investigación, y un cuarto que trata lo relativo al secreto bancario o profesional; un quinto título, que versa sobre lo que tiene que ver con las medidas coercitivas, y tiene dos (2) capítulos, uno relativo a la incautación y demás medidas cautelares, y otro atinente a la represión de los delitos de lavado de activos y decomiso; y finalmente, el sexto título, destinado a la cooperación internacional, y que está dividido en tres capítulos relativos a las solicitudes de asistencia judicial internacional recíproca, de la extradición, y de los puntos comunes a ambos aspectos.

7.2. Reglamento Modelo OEA-CICAD

En el ámbito americano el Grupo de Expertos de Lavado de Dinero de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha elaborado el "Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves".

Este Reglamento Modelo ha sido objeto de modificaciones por el mismo grupo de expertos que lo redactó, efectuadas en Santiago de Chile, 1997; Washington, D.C., mayo de 1998, en Buenos Aires; octubre de 1998, y en México, D.F., julio 2002.

Esa propuesta normativa otorga un tratamiento íntegro al lavado de activos, ya que comprende aspectos penales, procesales y administrativos. Tipifica el lavado de dinero como un delito autónomo, le otorga alcance extraterritorial, y consagra reglas eficaces en materia de incautación y decomiso de bienes, protección de terceros de buena fé y cooperación internacional.

Recomienda asimismo la creación de Unidades de Información o Análisis Financiero para la depuración de las transacciones sospechosas remitidas por los sujetos obligados (instituciones financieras, empresas de bienes raíces, de joyas, casinos etc.), a las cuales, por igual, les determina sus obligaciones para facilitar la prevención y detección de operaciones de lavado de activos.

Incluye, además, el Reglamento Modelo elaborado por CICAD lo relativo al levantamiento del secreto bancario y a la exención de responsabilidad penal, civil y administrativa por reportes de transacciones sospechosas cuando se efectúen de buena fé.

¹ Estos esfuerzos inclusive anteceden a la primera Convención sobre el tema, la Convención de Viena de 1988, como se expone más adelante.

² Con anterioridad habían sido aprobadas en el pasado siglo, la Convención de la Haya de 1912, la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, y la Convención de Viena sobre los Sicotrópicos de 1971, pero estas no hacían referencia al tema del lavado de activos, etc.

³ Ver Jose Luis Conde, ob. cit.

⁴ Abel Souto, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional, pág. 85

⁵ Aranguéz Sanchez, Carlos. El Delito de Blanqueo de Capitales, pág. 152

⁶ Langon Cuñarro, Miguel. "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. No.12, pág. 1992.

⁷ El Art. 5.7 de la Convención de Viena expresa: "Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios sujetos a su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos".

⁸ El Art. 5 de la Convención está dedicado por completo a este tema..

⁹ El Art. 5.8 de la Convención dice: "Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fé".

¹⁰ Art. 7 de la Convención.

¹¹ Art. 5 a) ii) de la Convención: "Repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin".

¹² Abel Souto, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional, pág. 116.

¹³ Art. 5 de la Convención.

¹⁴ Art. 8 de la Convención.

¹⁵ Art. 6 de la Convención.

¹⁶ Art. 7 de la Convención.

¹⁷ Art. 68.1 de la Convención.

¹⁸ Arts. 31, 53 y siguientes de la Convención.

¹⁹ Art. 46 de la Convención.

²⁰ Art. 37 del Convenio.

²¹ Abel Souto, Miguel. ob. cit., págs. 150 y 151.

²² Y también de la Convención de Palermo del 2000, y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

²³ Art. 1, letra e) del Convenio.

²⁴ Art. 6 del Convenio.

²⁵ Arts. 7 y siguientes.

²⁶ Art. 4 del Convenio.

²⁷ Art. 6.2 del Convenio.

²⁸ Art. 7.2, letra e), de la Convención.

²⁹ Art. 23.2, letra e) de la Convención.

³⁰ Art. 1 de la Directiva.

³¹ Art. 3.1 al 3.4, de la Directiva.

³² Art. 3.5 de la Directiva.

³³ Art. 6 de la Directiva.

³⁴ Art. 7 de la Directiva.

³⁵ Art. 2 Bis, numerales 3,4 y 5.

³⁶ Preámbulo de la Convención.

³⁷ La Ley 72-02, sobre Lavado de Activos prevé en su Artículo 1, numeral 7, como una infracción grave capaz de generar recursos envueltos en el lavado de activos "cualquier crimen relacionado con el terrorismo".

³⁸ Estos instrumentos internacionales son los siguientes: Convención Internacional contra la toma de rehenes; Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

³⁹ Art. 4.1.a de la Convención.

⁴⁰ Art. 4.1. b de la Convención.

⁴¹ Art. 4.1.c de la Convención.

⁴² Art. 4.2 de la Convención.

⁴³ Las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera son entidades de cada país que sirven de central de datos respecto del reporte de transacciones financieras sospechosas realizados por los sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones de prevención.

⁴⁴ Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit. pág. 171.

⁴⁵ 30 de noviembre de 1995.

⁴⁶ 22-23 de abril de 1996.

⁴⁷ 21-22 de noviembre de 1996.

⁴⁸ 23-24 de junio de 1997.

⁴⁹ Al respecto pueden señalarse la de Buenos Aires del 30 de junio al 1 de julio de 1998, y la de Eslovaquia, del 26 al 28 de mayo de 1999.

⁵⁰ "organismo gubernamental, central y nacional, encargado, a los fines de luchar contra el lavado de activos, de recibir, solicitar, analizar y transmitir a las autoridades competentes las comunicaciones de informaciones financieras concernientes a los productos de origen presumiblemente criminal, o requeridos por la legislación o reglamentación nacional.

⁵¹ En abril de 1990.

⁵² El 30 de octubre del 2001.

⁵³ Estas recomendaciones son de trascendental importancia hasta el punto de que organismos financieros de relevancia mundial como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial las reconocen como los estándares internacionales frente al lavado de activos.

⁵⁴ Recomendación No. 1.

⁵⁵ Recomendación No. 3.

⁵⁶ Recomendación No. 5.

⁵⁷ Recomendación No. 10.

⁵⁸ Recomendaciones Nos. 11 y 13.

⁵⁹ Recomendación No. 14.

⁶⁰ Recomendación No. 15.

⁶¹ Recomendación No. 23.

⁶² Recomendación No. 6.

⁶³ Abel Souto, Miguel, ob. cit. pág. 59.

⁶⁴ Se refiere al problema que generaban las certificaciones anuales americanas. Tema del MEM.

⁶⁵ Con ello se cumplió el mandato de la Cumbre de Presidentes de Sudamérica, efectuada en Brasilia el 1ro. de septiembre del 2000.

3 LAVADO DE ACTIVOS EN EL LA LEGISLACIÓN DOMINICANA

Alejandro Moscoso Segarra

1. Introducción. La complejidad del tipo penal del lavado de activos

El fenómeno del lavado de activos comporta una serie de actividades que nos permiten verlo con características muy particulares y especiales, que lo diferencian de manera significativa de las demás actividades criminales.

El crimen de lavado, como toda infracción penal, debe ser analizado partiendo de los elementos que lo componen y tipifican como tal.

La incorporación de este tipo penal a la legislación represiva de la República Dominicana obedece a un factor o realidad fundamental; la criminalidad organizada y, en sus orígenes, el crimen relacionado con el narcotráfico.

Como afirma un autor, “desde el prisma jurídico penal, el desafío de la criminalidad organizada repercute tanto en la teoría del delito y de la sanción como, sobretodo, en la definición misma del fenómeno. Y la conveniencia (y urgencia) de creación de nuevos tipos penales o de la remodelación de las antiguas figuras delictivas que permitan atinar con los comportamientos característicos de las organizaciones criminales, atacando de la manera más directa posible a sus intereses ilegítimos”.¹

A diferencia de lo que sucede con la legislación referida a la delincuencia más tradicional, en el caso de la ley que reprime el lavado de activos en nuestro país, dicha regulación se manifiesta no sólo a través de un tipo penal que remite siempre a un verbo típico, sino que se presenta de un modo mucho más complejo, teniendo en cuenta que se trata de varias formas de regulación de distintas conductas (incluso omisivas) que pueden describirse a partir de varios verbos típicos. Es decir y para ser más claros: no hay un solo tipo penal de lavado de activos sino varios, y que pueden presentar distintas características. Incluso, ello es visible en relación con la etapa temporal en la que intervienen los distintos sujetos activos. Por ejemplo, y ante un caso individual, es

posible que frente al mismo proceso de lavado de capitales un sujeto activo sea responsable de “adquirir”, otro sujeto activo de “ocultar” y otro de “otorgar asistencia”, y todos serán autores (coautores o autores “paralelos”) con relación a los mismos fondos de origen delictivo.

Esta complejidad intrínseca de la legislación que reprime el lavado de activos aumenta la necesidad del desarrollo del fino criterio hermenéutico del intérprete y sugiere como inevitable el desarrollo de especiales criterios de imputación.

2. Origen y evolución de la tipificación del lavado de activos en la República Dominicana

Para analizar los orígenes y la evolución de la tipificación del crimen de lavado de activos en la República Dominicana, debe partirse de la línea de acción trazada por la comunidad internacional, que ha impactado de manera significativa en nuestro ordenamiento jurídico penal sustantivo, dando origen a normativas que han ido adaptándose a la realidad jurídico-penal de nuestro país.

En el tema anterior se aprecia el marco internacional del lavado. Sin embargo, es oportuno analizar lo relativo al tratamiento que le da la Convención de Viena a la tipificación del crimen, en razón de que este importante instrumento jurídico internacional, además de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, tuvo una fuerte incidencia en todas las normativas vigentes que prevén y reprimen el lavado de activos en nuestro país.

Para poder abordar el origen de la tipificación del lavado necesariamente hay que partir de la Convención de Viena. Este análisis debemos verlo conjuntamente con la normativa nacional.

En la República Dominicana comenzó a verse la necesidad de tipificar el lavado de activos partiendo de la urgencia de impedir que los bienes procedentes del crimen previo del narcotráfico fueron insertados o colocados en la economía nacional dando la apariencia de haber sido obtenidos de forma legítima.

Nuestro vetusto código penal del 1884 no prevé dentro de sus artículos el tipo penal de lavado de activos. Son leyes especiales, a partir de la década de los años 80 que vienen a llenar este vacío. Sin embargo, debe señalarse que es precisamente en esa década cuando los países del mundo empiezan a preocuparse para que sus respectivos ordenamientos jurídicos tipifiquen la infracción que nos ocupa partiendo casi todos de la Convención de Viena de 1988.

Como se ha puntualizado anteriormente la prevención y represión del lavado de activos parte en nuestro país

del trasiego de las drogas, como lo han expresado unos autores. "la situación geográfica dominicana hace del país uno de los denominados "países puentes de las drogas", otros factores de índole social y económicos como son la emigración dominicana a los Estados Unidos, la vinculación con el narcotráfico y el crimen organizado de las colonias de inmigrantes dominicanos y la repatriación de sus ganancias ilícitas a través de canales que ya hemos mencionado, o evidenciadas en inversiones de las mas variadas características y dimensiones, han incluido a la nación dominicana en el listado de países de alto riesgo en lo referente al lavado del dinero".²

2.1. Ley 50-88 del 30 de mayo de 1988

Partiendo de lo anterior la primera ley especial dirigida a reprimir y prevenir el narcotráfico en nuestro país fue la Ley 168 del 12 de mayo de 1975. Esta disposición, sin embargo, no tipificaba el crimen del lavado de activos, en ninguno de sus artículos, además de que resultaba ineficaz en aquellos momentos como instrumento legal para prevenir y reprimir el tráfico de drogas.

La Ley 50-88 del 30 de mayo de 1988 viene a derogar la antigua ley 168 y a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico penal el tipo de "lavado" en su artículo 58, cuando expresa que se considera como delitos graves "la adquisición, posesión, transferencia o "lavado" de dinero o cualesquiera otros valores, así como las ganancias derivadas de o usadas en el tráfico ilícito".

Como puede apreciarse de la transcripción de ese artículo, la Ley 50-88 incorpora por primera vez en el ordenamiento jurídico tres verbos rectores, Adquirir, Transferir y Poseer, que se presentan en el mismo artículo como la conducta típica que crea la infracción de "lavado".

Más adelante se verá la conducta típica del encubrimiento establecida la ley 50-88 que se recoge en el artículo 3 de la Ley 72-02.

2.2. La ley 17-95 del 17 de diciembre de 1996

Una vez la Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefaciente y Sustancias Psicotrópicas fue ratificada por el Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, se generó toda una corriente dirigida a adaptar nuestro marco jurídico al más importante instrumento jurídico de carácter internacional en materia de drogas y lavado de activos.

Las iniciativas legislativas de ese entonces dieron origen dos años más tarde, a la Ley 17-95 del 17 de diciembre de 1995. La misma introduce varias modificaciones e inserta 17 artículos, que prevén todo lo

relacionado al lavado de activos en nuestro país.

Para los fines de este tema, se considera de interés ver los artículos 99,100 y 101 de esa ley, que describen los verbos que tipifican el lavado y que fueron asumidos más tarde por la ley 72-02:

Artículo 99. El que a sabiendas, por omisión o comisión convierta o transfiera bienes que sean producto de un delito de tráfico ilícito de drogas controladas o delitos conexos, previsto en esta ley, será sancionado con reclusión de 2 a 5 años y multas de RD\$50,000.00 (Cincuenta mil pesos) a RD\$100,000.00 (Cien mil pesos con 00/100).

Artículo 100. Toda persona que adquiera, posea, transfiera, tenga o utilice bienes a sabiendas de que tales bienes hayan sido producto de un delito de tráfico de drogas controladas o delitos conexos previstos en esta ley, será sancionada con reclusión de 2 a 5 años y multas de RD\$50,000.00 (Cincuenta mil pesos) a RD\$100,000.00 (Cien mil pesos con 00/100).

Artículo 101. Toda persona que a sabiendas ocultase, encubriese, o impidiera la determinación real de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad de bienes o de derechos relativos a tales bienes que hayan sido producto e un delito ilícito de tráfico de drogas o delitos conexos previstos en esta ley serán sancionados con reclusión de 2 a 5 años y multas de RD\$50,000.00 (Cincuenta mil pesos) a RD\$100,000.00 (Cien mil pesos con 00/100).

PARRAFO. Son delitos conexos para los fines de la presente ley las acciones o actividades establecidas en los artículos 99,100 y 101 encaminadas a facilitar el lavado de dinero.

2.3. Ley 72-02 del 29 de mayo de 2002

La Ley 72-02 del lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas y otras infracciones graves viene a adecuar el marco jurídico dominicano a los lineamientos internacionales en lo que respecta al lavado de activos y a recoger en un solo cuerpo jurídico todo el sistema normativo sobre la materia.

Esta disposición derogó de manera expresa el párrafo del artículo 76 y los artículos del 99 al 115 de la ley número 50-88, modificados, por la ley 17-95.

Más adelante se abordará el sistema normativo de la ley 72-02 en lo que respecta al delito propiamente del lavado de activo.

Con relación a la historia legislativa en asunto de lavado en la República Dominicana debe señalarse que existe en el Congreso un anteproyecto de código penal, en el cual se le da un tratamiento diferente desde el punto de vista penal a la infracción criminal.

Ese proyecto de ley incorpora la figura penal objeto de estudio en los artículos 453 al 461. En el artículo 453 el anteproyecto de marras crea un término empleado por las legislaciones europeas, el de blanqueamiento, cuando expresa: "El blanqueamiento es el proceso u operación económica mediante la cual se trata de justificar que tienen origen lícito, bienes, dinero, valores títulos o recursos obtenidos como fruto de actividades criminales o delictuosas. Constituye igualmente el blanqueamiento toda actuación u operación económica tendiente a invertir en empresas, negocios o bienes de toda especie cuya legalidad es aparente, los frutos directos o indirectos de un crimen o un delito".

Como puede verse, ese artículo configura una conducta típica más general que la establecida por las demás normativas nacionales que tipifican la infracción, y emplea una fórmula más amplia, en la que adquiere relevancia penal cualquier conducta tendente a obstaculizar la identificación de la ilícita procedencia de los bienes, sin que aparezcan determinados los métodos que pueden utilizarse.

3. El sistema normativo de la ley 72-02

Para tener una idea clara del sistema de la Ley 72-02, de modo genérico y sin entrar por ahora en detalles dogmáticos, conviene tener presente de qué modo el legislador ha encarado la regulación del sistema represivo de la conducta en cuestión.

La ley contiene un Capítulo I en el cual se produce una serie de definiciones de conceptos que son esenciales en el sistema represivo. Es así como se refiere, a fin de evitar confusiones semánticas, a los vocablos: activos, autoridades competentes, bienes, etc.

Luego, el Capítulo II se ocupa de plantear el objetivo político-criminal de la Ley 7202, consistente en básicamente definir conductas prohibidas, establecer los mecanismos para la prevención, crear los órganos de coordinación, y resolver el problema de la asistencia internacional.

El Capítulo III, que se ocupa de definir las conductas típicas en el plano objetivo y subjetivo contiene varias secciones: la II en la cual, el legislador ha previsto una serie de medidas cautelares con relación a bienes, productos o instrumentos relacionados con la infracción; la III, donde se definen las sanciones penales para cada tipo de infracción y los distintos niveles de participación; la IV, donde el legislador se ocupa del decomiso

de los bienes y su destino, en los casos en los cuales los autores sean condenados, y la V, en la cual la ley se hace cargo de la situación de los terceros de buena fe, y define los casos en los cuales los bienes deben ser reintegrados a esos terceros.

En el capítulo IV el legislador define un sistema preventivo de detección del referido delito. Se ocupa de definir las obligaciones de un conjunto de entidades o personas, como el cumplir mandatos de identificación de clientes, reporte de transacciones en efectivo, y/o sospechosas, etc., En la sección III de este Capítulo se encuentra una serie de sanciones administrativas y el sistema procesal para esa aplicación.

El capítulo V se encarga de definir la competencia y funciones del Comité Nacional contra el Lavado De Activos, que está integrado por el Presidente del Consejo Nacional de Drogas, el Procurador General de la República, el Secretario de Estado de Finanzas, el Superintendente de Bancos, y el Presidente de la Dirección Nacional de Control de Drogas.

Por último, el Capítulo VI define el sistema de cooperación internacional en el derecho interno.

4. La conducta típica del lavado de activos en la ley 72-02

El artículo 3 de la Ley 72-02 de lavado de activos de la República Dominicana, describe las distintas conductas típicas que constituyen esta infracción.

En el tema relativo al marco internacional se aprecian las pocas diferencias que existen respecto a los principales documentos jurídicos internacionales que abordan la problemática, de manera especial la Convención de Viena en cuanto a las conductas típicas que se analizarán.

El artículo 23 de la Ley 72-02 establece que, "a los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción graves.

- (a) Convierta, transfiera, transpire, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes.
- (b) Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o derechos relativos a tales bienes, y
- (c) Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la condición de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones."

4.1. Elementos del tipo objetivo del lavado de activos

Las conductas típicas descritas por el artículo 3 serán analizadas de forma particular, pero es importante, previamente, hacer algunas precisiones sobre la tipicidad.

El término tipo corresponde a una traducción libre de la expresión alemana Tatbestand, pero también se usa para significar lo que en alemán se denomina comotipus o delikt-tipus.

Como lo describe el manual de apoyo para la tipificación del delito del lavado “el tipo es una creación abstracta y formal que se construye sobre un hecho, sobre un acontecimiento, que se desarrolla en el ámbito de los fenómenos causales. Dicho en otras palabras el delito consiste esencialmente en el tipo el hecho concreto, “se adecua” al tipo, pero no es el tipo”.³ Continúa señalando el manual que “de este modo, la cualidad que identifica la conducta delictiva no es el tipo sino la tipicidad, es decir la conformidad entre el hecho concreto y la descripción abstracta”.

Partiendo de lo anterior, el tipo es visto como un conjunto de características objetivas y subjetivas (externa e interna o mentales) que constituyen la materia de prohibición para cada delito en específico.

En este tema nos interesa ver la fase objetiva del tipo conocido como lavado. La infracción como tal puede contar únicamente de una acción típica. Sin embargo, puede darse el caso de que su descripción se enlace con un resultado y ambos sean prohibidos. La acción en un tipo penal es referida mediante un verbo rector que ocupa el centro de la descripción, por ejemplo, uno de los verbos rectores del lavado es convertir. Es sano resaltar que el verbo rector no se termina con la descripción de la conducta, sino que esta acción típica requiere, además, de un sujeto y los complementos, que serán vistos en el artículo 3 de la ley 72-02 que se analiza. En cuanto al sujeto activo que indica el referido artículo es cualquier persona, el mismo señala que “incurre en el lavado de activos la persona que.....” es decir, deja abierto a que el sujeto activo del delito sea cualquier individuo, sin distinción, y no exige la concurrencia de determinada calidad.

Las conductas típicas descritas en el artículo 3 de nuestra normativa sobre lavado, de manera enunciativa son las siguientes convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice, administre, oculte, encubra, impida, incite, facilite, se asocie, asista y asesore.

Uno de los objetivos de la ley 72-02 es precisamente como se señala en el artículo 2 acápite A, el de definir las conductas en el lavado de activos.

Pasemos a analizar cada uno de estos elementos del tipo objetivo, aunque no necesariamente en el mismo

orden que se presenta en el artículo sujeto de estudio. Pero antes es oportuno precisar que el artículo en cuestión se refiere a que los bienes que se legitiman son el producto de una "infracción grave", abriendo con esto un abanico de crímenes o delitos distintos al narcotráfico que dejó de ser, a partir de esta disposición, el único crimen previo a que el producto sea lavado.

La misma Ley en su artículo 1 acápito 7, describe las infracciones graves de la siguiente manera: "Se entiende por infracción grave el tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas, tráfico ilícito de armas, cualquier crimen relacionado con el terrorismo, tráfico ilícito de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales), tráfico ilícito de órganos humanos, secuestro, la extorsiones relacionadas con las grabaciones y filmicas electrónicas realizadas por personas físicas o morales, robos de vehículos cuando el objeto sea trasladado a otro territorio para su venta, proxenetismo, falsificación de monedas, valores o títulos, estafa contra el estado, desfalco, concusión y soborno relacionado con el narcotráfico. Así mismo se considera como una infracción grave todos aquellos delitos sancionados con una pena no menor de 3 años".

Como puede verse en su último párrafo abre aún más el espectro de los delitos sancionados con penas no menores de 3 años, siempre y cuando estos delitos generen bienes que puedan insertarse en la economía.

4.1.1. Conductas típicas

La conversión o transferencia

En el tema I de este texto se abordaron las tres etapas del lavado de activos: colocación, encubrimiento y reinversión. En las conductas que se verán a continuación podrá apreciarse donde se encuentran esas fases o etapas.

La conversión y transferencia son actos que en definitiva suponen la transformación de unos bienes a otros, lo que conlleva a la ocultación del ilícito origen de estos.

Sobre el término típico conversión existen varios puntos de vista, por lo que es conveniente ver en detalles en que consiste la conversión de los bienes procedentes de crímenes graves.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, define la conversión como "la transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación" o también la "acción o efecto de convertir" y convertir es "cambiar, modificar o transformar algo." La transferencia es definida en el mismo diccionario como "paso o conducción de una cosa de un punto a otro", también como "el traspaso de un derecho de una persona a otra conservando el derecho de su identidad". Por ejemplo, la transferencia

electrónica o en plural de dinero de una cuenta bancaria a otra.

Por otro lado, otros autores consideran la conversión o transferencia como un delito de lavado de activos "stricto sensu".

El objetivo de estas conductas es el de transformar un bien por otro con la intención de legitimarlo, es decir, que el producto de origen ilegítimo se convierte en legítimo.

Isidoro Blanco considera que la acción típica de convertir, "estimando que hace referencia a la transformación de los bienes también es una medida positiva, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes".

Transfiera /transporte

Como pudo verse, la mayoría de las doctrinas ven el convertir y transferir como las dos conductas esenciales del crimen del lavado y algunos llegan a plantear que los demás verbos rectores utilizados son "formas especiales de encubrimiento"⁴

En el artículo 3 de la ley 72-02, el segundo y tercer verbos empleados son los de transferir y transportar podrían confundirse como verbos sinónimos para el caso del lavado, por lo que resulta importante hacer algunas precisiones partiendo de las acepciones gramaticales que nos brinda Guillermo Cabanellas. Según él, transferir es "pasar o mudar algo / conducir de un punto a otro, transportar, transmitir / enajenar, traspasar / en especial transmitir el dominio o derecho sobre algo"⁵. En cambio, transporte es visto en el diccionario mencionado como "traslado, conducción de personas o cosas entre dos lugares".

En el caso de la transmisión podríamos verla aquí, desde el punto de vista del derecho civil, como la acción de traspasar o transferir el derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad, es decir, que como plantea Isidoro Blanco Cordero la transmisión se define de acuerdo con el concepto civil "como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave".

Cuando se emplea el verbo transportar podría decirse que el legislador se refiere de manera particular al traslado como tal de bienes productos de infracciones graves. Esta conducta podría asimilarse a la establecida en el artículo 8 de la ley 72-02 cuando impone sanciones para "la persona nacional o extranjera, que al ingresar o salir del territorio nacional por vía aérea, marítima o terrestre portando dinero o títulos valores al portador o que envíe los mismos por correo público o privado cuyo monto exceda la cantidad de diez mil dólares

(US\$10,000.00), moneda de los Estados Unidos de América u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional no la declare o declare falsamente su cantidad en los formularios preparados al efecto". Aunque este acápite se refiere a la no declaración de los bienes es utilizado en aquellos bienes que son transportados.

El acápite A del artículo que se analiza utiliza esos verbos rectores, sujeto de explicación, como son adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes. Estas conductas típicas las podemos ver de igual manera en la Convención de Viena (artículo 3), Reglamento Modelo CICAD (artículo 2), proyecto PNUFID (artículo 21), Convención de Palermo (artículo 6) y el Convenio Centroamericano (artículo 2).

La adquisición

Esta implica toda compra, cambio o permuta de bienes, que podrían ser valores mobiliarios, obtención de empresas, etc.

Es el acto por el cual uno se hace dueño de una cosa. El manual de la CICAD, señala con rigor que solo incluye lo que se alcanza por dinero, ajuste, habilidades u otros títulos, más no los que vienen por derecho de herencia. Esta conducta solo se establece para terceros es decir, que no cubre al autor del delito que dio origen al lavado.

La posesión

El vocabulario jurídico de Henry Capitant define la posesión como "la situación del que ejerce de derecho las prerrogativas propias de un derecho y se comporta como su verdadero titular".⁶

Propiamente, posesión es el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material constituido por elemento intencional o animus (la creencia y propósito de tener las cosas propias) y el elemento físico o corpus (la tenencia o disposición efectiva de un bien material).

El verbo siguiente a la posesión es tener, que se observa en ocasiones como sinónimo a poseer, pero si se establece una medición en la relación originada entre el hombre y la cosa puede diferenciarse la tenencia, la posesión y, si se quiere, la propiedad sobre una cosa.

Algunos han definido la tenencia, como el manual de apoyo de la CICAD, "a la ocupación corporal y actual, sin título que permita disfrutarla ni adueñarse de ella sin buena fe, clandestinamente o por una mera tolerancia del dueño reconociendo el dominio ajeno. Mientras la posesión, como ya se dijera, agrega el hecho de hacer la cosa como propia o el propósito de consolidar la situación".

Utilizar o administrar

El verbo utilizar en el caso que nos ocupa lo asimilamos al uso o usufructo de activos, sacando beneficios de estos aunque pertenezcan a otra persona, es decir, “servirse de una persona o cosa con determinada finalidad.” Algunos han llegado a argumentar que la utilización de los bienes provenientes de crímenes no constituye “per se” lavado de activos sino “un aspecto económico del delito que debe ser tratado en cualquier esquema de lucha contra el blanqueo de fondo”.⁷

El reglamento modelo de la CICAD establece que la finalidad de la ley es la de castigar la participación en el uso, aprovechamiento o destino de los bienes respecto de los cuales se conoce su procedencia ilícita y que es muy difícil probar la sola intención de darle un uso, aprovechamiento o destino determinado.

Con relación al verbo administrar éste ha sido empleado en otras legislaciones, aunque en realidad fue incorporado en la nuestra por influencia del reglamento modelo de la CICAD. El término administrar en derecho civil significa la “acción de administrar un bien, un conjunto de bienes o un patrimonio”.⁸ Gramaticalmente se define como “ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes”.

Con la introducción de esta conducta en nuestro marco jurídico se busca no excluir del crimen a cualquier persona que se haga cargo de los bienes o intereses producto del crimen organizado.

El Acápito B, del artículo 3 de la Ley 7202 recoge tres conductas importantes, ocultar encubrir e impedir. Algunos expertos en sus estudios han dedicado un análisis detenido a estas conductas con especial atención a las dos primeras. Los verbos ocultar y encubrirlos asimilamos del artículo 3.1 de la Convención de Viena que los describe.

Asimismo, el reglamento modelo de la CICAD incidió en la redacción del artículo 3 ya que el mismo extiende la tipificación no solo a quien oculte o encubra sino a quien impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a todos los bienes. Los redactores del reglamento modelo de la CICAD, al introducir el verbo de impedir, parecería que este está de más, en el entendido de que quien impide la determinación del origen, naturaleza, etc. de los bienes, en realidad oculta o encubre los mismos. Sin embargo, el término no sobra en el sentido de que se persigue evitar cualquier interpretación que tenga como propósito liberarse del castigo correspondiente.

En lo que respecta a la ocultación, para su real significado, se parte de la definición que brinda el diccionario de la Real Academia Española, de que ocultar implica “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”. Existen diversas posiciones doctrinarias sobre la definición de la ocultación. Algunos argumentan que la ocultación

debe verse no solo como "acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica, los elementos sobre los que el encubrimiento recae".⁹

Véase la ocultación como la sustracción de una cosa que se hace para quitarla de donde puede ser vista y colocarla donde se ignore que está. Isidoro Blanco Cordero señala que la doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar-, bien mediante una conducta pasiva, callar lo que se conoce. La activa, que comprende acciones con un propósito manipulador o clandestino, se efectúa en el tráfico económico y está basada en la confianza y transparencia. La acción de omitir consiste en silenciar lo que se puede o debe decir.

Sobre la conducta de omisión se plantea la necesidad de que pueda existir algún nivel de responsabilidad penal de que el imputado tenga una obligación jurídica de informar la acción.

El encubrimiento

En lo que se refiere al encubrimiento debe señalarse que la Ley 50-88, en sus artículos del 71 al 74, tipifica el encubrimiento u ocultación de los bienes procedentes de actividades ligadas al narcotráfico. De la lectura de esos artículos puede apreciarse cómo se amplían los verbos rectores para castigar el encubrimiento. Veamos estos artículos.

Artículo 71. Quien después de cometido un delito relacionado con drogas controladas, sin haber participado en el, ayude a asegurar a provecho, eludir las investigaciones de la autoridad, sustraerse a la acción de esta o del cumplimiento de la condena, será sancionado como encubridor, con prisión de dos (2) años a cinco (5) años, y de multa de dos mil (RD\$2,000.00) a diez mil (RD\$10,000.00).

Artículo 72. El que a sabiendas, por sí o por interpuestas personas, física o moral, realice con otras personas o con establecimientos comerciales o de cualquier naturaleza, transacciones comerciales de cualquier tipo, o suministre información falsa para la apertura de cuentas o para la realizaciones de la misma naturaleza, con dinero proveniente de las actividades del tráfico ilícito de drogas controladas, con prisión de dos (2) años a cinco (5) años, y de multa de dos mil (RD\$2,000.00) a diez mil (RD\$10,000.00).

Artículo 73. Quien después de cometido un delito relacionado con drogas controladas, sin haber participado en él, oculte o adquiera o reciba dinero, valores u objetos o cualquier otro modo intervenga en su adquisición, captación u ocultación, será sancionado como encubridor, con prisión de dos (2) años a cinco (5) años, y de multa de dos mil (RD\$2,000.00) a diez mil (RD\$10,000.00).

Artículo 74. Los establecimientos comerciales o de cualquier otra naturaleza que encubra las actividades relacionadas con los dineros y valores provenientes del tráfico ilícito de drogas controladas, violando las disposiciones de esta ley, serán sancionados con el cierre definitivo e irrevocable, y con multa de cien mil (RD\$100,000.00) a quinientos mil (RD\$500,000.00).

Partiendo de la definición que hemos visto del Lavado, puede señalarse que las actividades enunciadas en esos artículos son particulares del crimen de lavado procedente del narcotráfico.

Esos artículos tipifican la infracción del encubrimiento, que no está establecida de manera expresa en nuestro código penal sino que podría ser asimilada a la complicidad.

Como se conoce, nuestro código penal es una adecuación del código penal francés, que trata el encubrimiento como una forma de participación a través de los llamados cómplices.

El caso del encubrimiento, previsto en la Ley 72-02 es diferente al encubrimiento regulado por la codificación napoleónica que se adoptó en 1884. Esta diferencia la presenta la Convención de Viena y la CICAD en su reglamento. En estas disposiciones comete la infracción solo aquel que sin haber tenido participación en un crimen determinado y sin concierto previo a la perpetración de cualquier crimen contribuye con el autor del mismo, con el propósito de asegurar el resultado del crimen, evitar el castigo o para obstaculizar el desempeño de la justicia.

Dice Saavedra Roja que la gran diferencia entre ocultar y encubrir puede residir en el hecho de que se oculta lo que es de uno o lo que está bajo la disponibilidad jurídica del autor, mientras que se encubre los actos de otros o bien sus bienes". Algunas legislaciones han adoptado el término disimular por entender que el vocablo encubrimiento es asimilado por algunos como sinónimo de ocultación.

Es castigable el auxilio a los criminales que han cometido un crimen grave para que se beneficien de los bienes de tales violaciones. En este sentido y de acuerdo al acápite B, el encubrimiento no ha de recaer directamente sobre los bienes que tengan origen ilícito, sino sobre determinadas circunstancias propias de tales bienes, que son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes.

El encubrimiento puede desdoblarse en actos positivos y pasivos. Se referirá a actos positivos, cuando la acción recaiga sobre el objeto regulado en el tipo o que sin incidir en tal objeto favorezca su aprovechamiento. Cuando los actos son pasivos podríamos verlos al momento de silenciar hechos que permitan a los responsables del crimen previo disfrutar de los bienes.

4.1.2. Otras formas de participación en el lavado

Finalmente, con relación a las conductas típicas el acápite C del artículo 3 de la ley 72-02 recoge una serie de acciones que son asimiladas de la convención de Viena y del reglamento modelo de la CICAD. Estas conductas son asociarse, otorgar asistencia, incitar, facilitar y asesorar.

Con estos verbos las legislaciones contemplan, en ocasiones de modo reiterativo, todas las posibilidades para lavar activos, con el objetivo de que no exista posibilidad alguna de que el crimen pueda consumarse.

Con relación al primer término "asocie", este tipo de crimen puede ser perpetrado por una sola persona, pero es frecuente que en su ejecución intervengan varias, que se distribuyen entre sí la tarea de realizar el hecho típico, es decir, situación de autoría. Tanto la asociación como la confabulación son entendidas como un concierto de voluntades ya para la comisión de un delito ya para perjudicar a terceros.

Con relación al verbo incitar debemos verlo a partir de la inducción, que es asimilada a la instigación.

Es instigador el individuo que de manera directa, crea en otro la decisión de llevar a cabo una conducta dolosamente típica y antijurídica. La Convención, al referirse al instigador, subraya "instigar o inducir públicamente a otros". De este modo tenemos previsto en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 72-02, y en la convención de Viena como figura autónoma a la incitación o instigación pública o privada a la comisión de la infracción que prevé el mismo marco jurídico.

Los verbos asistir, facilitar y asesorar son vistos como "figuras residuales" partiendo de que el legislador, a medida de que evolucionan los métodos empleados para lavar los activos, considera necesario ampliar las conductas típicas del crimen, con el propósito de que estas comprendan o recojan la mayor cantidad de conductas posibles.

5. Elementos del tipo subjetivo del lavado de activos

Para hacer intervenir al derecho penal, en la mayoría de los casos analizados, en el crimen de lavado no es suficiente que se realicen las conductas analizadas sino que se exige que los mismos vayan acompañados de un elemento subjetivo sin cuya presencia las conductas típicas carecerían de importancia.

Con esto se dice que el sujeto activo debe tener un propósito de ocultar el delito, origen de los bienes, o de ayudar a quien haya intervenido en el delito previamente cometido a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Ley 72-02 en sus artículos 3 y 4, puede verse que está establecido el elemento subjetivo o dolo de la infracción. El artículo 3 establece que “a los fines de la presente ley incurre en lavado de activo la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son, el producto de una infracción grave...”, y el artículo 4 refiere que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incrementos patrimoniales derivados de actividades delictivas consignada en esta ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

El elemento subjetivo de las “a sabiendas” del artículo 3, viene de la Convención de Viena. Entre los elementos jurídicos internacionales que han incidido en las iniciativas legislativas de los países puede notarse diversidad de criterio para establecer el elemento subjetivo, en unos casos se circunscribe al dolo directo y en otros se amplía, por ejemplo el reglamento modelo de la CICAD recoge el “debiendo saber”, expresión que fue asumida por los redactores del anteproyecto que luego fuera convertido en la Ley 72-02, pero que antes de su aprobación fue eliminado del mismo.

6. El dolo: conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo

La comisión, en principio, lleva consigo lo que se ha denominado el elemento moral o subjetivo.

El elemento moral es necesario para que la acción castigada o reprochada pueda ser imputada a su autor. Para establecer la culpabilidad debe manifestarse en el hecho delictuoso la acción antes señalada. En una sentencia importante en materia de lavado dada por la Corte Penal de Costa Rica en el caso contra Ricardo Allen León, conocida como la sentencia “Allen”, en la motivación de dicha decisión la corte argumentó con relación al elemento subjetivo, “que el juicio de culpabilidad se da por medio del dolo; sea la voluntad del sujeto activo se dirige a la realización de un acto delictivo, conformándose este en el caso que nos ocupa como el conocimiento de los hechos, sea que tenga un conocimiento de las circunstancias descritas por el tipo penal y que además, el sujeto tenga el conocimiento de las circunstancias descritas por el tipo penal y que además, el sujeto tenga el conocimiento de la significación antijurídica del hecho, sea que el sujeto activo piense que al formalizar cualquier Negocio jurídico en el que encubrirá el capital del crimen esta realizando algo prohibido, sea, que el sujeto sepa que esa acción esta prohibida: es necesario además que el sujeto activo tenga la voluntad de realizar cualquier negocio jurídico con la finalidad de legitimar los recursos económicos provenientes del comercio ilícito de drogas y actividades relacionadas con él”.

Al igual que todas las infracciones dolosas, en el lavado el sujeto activo en el proceso se inicia con el planteamiento, la decisión de que cometerá tal acción hasta que logra su realización. La dogmática penal ha

visto el fenómeno anterior, en grados o etapas de la progresión criminal, que tiene su origen en el inicio de la idea criminal hasta su total ejecución. Es lo que se conoce en derecho penal sustantivo como "inter criminis". Este proceso puede dividirse en dos etapas, una interna, que se da en el seno del ánimo del autor, aquí se ve el elemento subjetivo o moral del lavado, y la fase externa, que es cuando se manifiesta en el exterior la voluntad, por ejemplo, la transferencia.

Partiendo de lo anterior podría decirse que el carácter del lavado de activos es esencialmente doloso.

La condición para que se tipifique la infracción de conocer la procedencia de los bienes, objeto de lavado de activos, es señalada como razón fundamental, con lo que la ausencia del conocimiento determina, en muchos casos, la atipicidad.

Para cumplir con el principio de culpabilidad en el lavado se requiere la conciencia y la voluntad de llevar a cabo una de las conductas típicas que como expresa Silvia Sánchez "siguiendo la postura tradicional con relación al dolo típico, este se define como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo de blanqueo de capitales"¹⁰. Esto quiere decir que es necesario que el dolo abarque todos los elementos objetivos del tipo, siendo los de más importancia en el crimen del lavado, según la doctrina, el objeto material y la acción típica.

Se trata de un delito doloso, no sólo en el sentido de la propia acción sino también de la acción antecedente¹¹. El conocimiento del autor no sólo se debe referir al hecho de que interviene en la inversión o tráfico de una cosa o de un capital obtenido por otro. Como se observa a simple vista, esta es una acción del todo ilícita, que abarca, también, la acción antecedente y está comprendido el dolo eventual¹², algo innecesario porque nadie hubiera dudado de ello, aun sin este añadido.

De tal manera, todos los problemas examinados antes son automáticamente trasladados al conocimiento cierto o eventual del autor de la prohibición que se analiza (favorecimiento real).

Brindemos un ejemplo: si el autor del favorecimiento conoce que el autor de la acción antecedente ha obrado al amparo de una justificación -regla de permiso específico, como sucede en el caso de aquél que comercializo con estupefacientes para conseguir dinero a fin de comprar un medicamento necesario para conservar su vida en el país, no incurre en conducta prohibida alguna si interviene, posteriormente, en el tráfico o inversión del beneficio obtenido, esto es, si requerido por el autor de la acción antecedente, que le revela todos los detalles de su obra, compra el medicamento y se lo envía.

Nótese, también, que el autor puede obrar, con error sobre la conducta del autor de la acción antecedente, v.gr.,

creer que él obró en el estado de necesidad apuntado y ello, claramente, eliminaría su punibilidad por el comportamiento, que no se acomodaría a la prohibición penal que se trata.

En resumen, la Ley No. 72-02 sobre lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, sustancias controladas y otras infracciones graves, en su capítulo III, Sección I, describe las infracciones y determina ya desde el texto que se está en presencia de infracciones dolosas, es decir, aquellas conductas que requieren el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto para que queden configuradas.

El legislador ha utilizado, para poder identificar las infracciones como dolosas, la palabra “a sabiendas”.

Conforme al art. 3 “... incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave: a) convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes...”.

Como ha quedado establecido en la propia Ley, la infracción reprimida por el legislador exige que el autor realice todos o algunos de los verbos típicos y además tenga el conocimiento y la voluntad de realizarlos.

Se exige “la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. En su conceptualización legal, más sintética...dolo es el fin de cometer un delito...”¹³

Conforme la descripción realizada, podríamos afirmar, que el legislador ha descrito las conductas prohibidas (infracciones) con una finalidad directa, al momento de realizar la acción, y por ello a utilizado la palabra “a sabiendas”.

Lo importante, al momento de analizar el aspecto cognitivo del dolo es que todos los elementos que integran el tipo penal hayan tenido actualidad en algún momento de la etapa interna, es decir, que el sujeto haya tenido la racionalidad suficiente para lograr la finalidad típica exigida por la descripción de la conducta.

Veamos un ejemplo.

La descripción típica contenida en el art. 3 de la Ley exige el conocimiento, por parte del agente, de que los “bienes, fondos o instrumentos” sean el producto de una infracción grave.

Se trata de un conocimiento sobre las circunstancias de hecho, es decir, del origen de los fondos que el agente convierte, transfiere, transporta, adquiere, posee, etc.

El legislador se ha referido al dolo del delito antecedente y, por ello, exige que el sujeto conozca la ilicitud de los bienes, fondos o instrumentos.

Este conocimiento sobre las circunstancias de hecho (delito antecedente) debe ser dentro de la etapa interna del sujeto, actual.

El sujeto debe conocer el origen de los bienes a sabiendas que son el producto de una infracción grave (nos referimos al delito antecedente).

Conforme ha quedado expresado en la norma que se analiza, el legislador le exige al agente (autor) no sólo el conocimiento de todos o cada uno de los verbos típicos incluidos (convertir, transferir, transportar, adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar), sino que además conozca (a sabiendas) que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave (origen de los bienes, delito antecedente).

En el ejemplo que se analiza, quien conoce que convirtiendo los bienes logrará darles apariencia lícita, también debe conocer su origen ilícito. No es suficiente que tenga el conocimiento y la intención de transferir o convertir los fondos. Tiene, además, que conocer que con esa acción logrará darles apariencia lícita. Si ello es así, entonces resultará evidente que conoce que el origen es ilícito.

Actuará con dolo el sujeto que "oculte o encubra" los bienes, fondos o instrumentos. Aparece como evidente que encubrir engloba el comportamiento de quien conoce el origen delictivo, y oculta quien tiene la finalidad de que no se conozca. Aquí parece claro que la ocultación solo se condice con el conocimiento del origen ilícito de los bienes.

La ilicitud de los bienes es, por lo tanto, uno de los requisitos del tipo objetivo, que el sujeto debe conocer para que pueda decirse que ha actuado con dolo. Para que la acción –verbo típico– sea subsumible en la conducta descrita por la norma, los bienes (transferidos, ocultados, administrados, etc.) debe ser producto de una "infracción grave" preexistente.

El conocimiento de la ilicitud de los bienes (delito antecedente) entonces integra el dolo.

Demás está decir que el sujeto deberá tener conocimiento y voluntad de realizar cada uno de los verbos típicos (manifestación del dolo stricto sensu).

Así, el sujeto, además de conocer el origen ilícito de los bienes, fondos o instrumentos tendrá que conocer y querer la realización de los verbos típicos "convertir, transferir, transportar, adquirir, etc. etc., para que quede

configurada la infracción contemplada en el art. 3 de la Ley.

7. Tipo subjetivo y error de tipo. Problemas particulares

Se ha expresado: "Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente".¹⁴

Para que pueda hablarse de que se encuentra configurado el dolo, el sujeto debe conocer y querer la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Cuando el sujeto actúa bajo un error que recae sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, se dice que se encuentran frente a un error de tipo.

Se trata del error que afecta las circunstancias de hecho.

Veamos con un ejemplo.

Si el sujeto, a sabiendas de que los bienes que posee son de origen ilícito pero tiene un error sobre la circunstancia de que los está administrando, se dirá que no hay dolo en virtud de que el sujeto tiene un error sobre uno de los elementos del tipo objetivo, que en este caso es administrar.

Existen también los casos en los que el error recae sobre la causalidad y el resultado.

El primer caso es el denominado "aberratio ictus". Se trata del supuesto en el que el sujeto quiere dirigir su acción a un objeto pero resulta afectado otro diferente al elegido, al que no se quería afectar ni aceptaba la posibilidad de hacerlo.

Veamos un ejemplo en la Ley que se está analizando.

El sujeto A posee dos cuentas bancarias en la misma entidad: cuenta 123 (cuyos fondos conoce que son el producto de una infracción grave) y la cuenta 124 (cuyos fondos también son producto de una conducta ilícita precedente).

En una oportunidad decide transferir los fondos de la cuenta 123 (incurriendo de esta manera en el lavado de activos), pero comete un error y transfiere los fondos de la cuenta 124.

Según lo expuesto, el sujeto A ha querido dirigir su acción (transferir los fondos de la cuenta 123), pero el resultado obtenido ha afectado a otro objeto (ha transferido los fondos de la cuenta 124).

En ese caso se dirá, que la conducta del sujeto A ha quedado en grado de tentativa en virtud de que el resultado buscado (transferir los fondos de la cuenta 123) no se ha alcanzado.

Sin embargo, también debe afirmarse con relación al resultado efectivamente provocado, que existió dolo en virtud de que el mismo está abarcado por la voluntad realizadora del sujeto A (transferir fondos cuyo origen ilícito conocía incurriendo en lavado de activos).

Creemos que se trata de objetos típicamente equivalentes y por ello el error recaído sobre el objeto es irrelevante.

El otro supuesto es el denominado "dolus generalis". Se trata del caso en el que el sujeto si bien previó el resultado típico como producido por uno de sus actos parciales, dentro de todo un curso fáctico, éste deviene por un acto parcial ejecutado por él mismo.

El caso más complejo es aquél en el que el sujeto alcanza el resultado en un segundo acto, es decir, cuando ya creía haberlo logrado.

En nuestro ejemplo, el sujeto A cree que ha transferido los fondos y, para ocultar la transferencia, realiza un depósito cuyo destino es la misma cuenta a la que en principio realizaría la transferencia y donde efectivamente se han desviado los fondos, incurriendo el sujeto A en lavado de activos.

Si entendemos que existe una sola conducta, ésta está abarcada por el dolus generalis y, en consecuencia, el sujeto A ha cometido la infracción prevista en el art. 3, apartado a) de la Ley en análisis.

Es necesario afirmar que no se debe confundir el error de tipo, es decir, el error que recae sobre los elementos objetivos del tipo con el error de prohibición que es aquél que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad.

En el análisis que se está efectuando solamente importará el error de tipo, puesto que el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, un estrato diferente dentro de la teoría del delito.

En cuanto a los efectos del error de tipo, éste elimina el dolo en los casos de errores invencibles, pero si el error es de aquellos vencibles podrá quedar subsistente la tipicidad culposa solamente en los casos que la conducta esté prevista como tal.

Como ya ha quedado demostrado, en todas las descripciones de la presente Ley se está en presencia de infracciones dolosas.

Finalmente, en el caso hipotético que el autor de la infracción padezca una incapacidad psíquica, es decir, una patología que le impida reconocer los elementos del tipo objetivo, se dirá que la conducta realizada por el agente es atípica.

8. Situaciones que agravan la punibilidad: el artículo 21 de la Ley 72-02

El artículo 21 de la ley 72-02, con una técnica legislativa muy discutible establece un conjunto de circunstancias agravantes, entre las que se encuentran: la participación en grupos criminales, el haber cometido el hecho en asociación de dos o más personas, cuando el autor hubiese ingresado al territorio nacional sin autorización o ilegalmente, cuando fuese funcionario público, cuando fuese reincidente, o en los casos de empleos de menores. Ahora bien, lo que lejos está de ser claro es la consecuencia normativa precisa de estos agravantes, teniendo en cuenta que el artículo 21 establece que en estos casos los autores caerán bajo la esfera del los artículos 56, 57 y 58 del Código Penal. Sin embargo, estas tres normas se refieren en forma exclusiva a la reincidencia y a sus consecuencias punitivas. Una lectura más o menos razonable tendría que concluir que en los casos de estos agravantes, el autor será tratado con el régimen de la reincidencia, más allá, de que efectivamente, en los hechos, haya habido tal recaída en el delito. Llama la atención esta remisión, de todos modos, ya que el propio artículo 21 incluye como agravante a la misma reincidencia. Sin duda hubiera sido preferible que, una vez estipuladas las circunstancias agravantes que el legislador ha querido remarcar, se defina una fórmula sencilla de aumento de pena.

- ¹ Blanco Cordero, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. Barcelona editorial Aranzadi SA, ISDN 84-8193-534-4
- ² Arzeno, Lara, y de la Rocha, Ilona. La responsabilidad de la banca en el lavado de dinero, Santo Domingo, Impresión Amigo del Hogar, 1996.
- ³ Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado, elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD).
- ⁴ Horacio Cattani. Jornada interparlamentaria sobre lavado de dinero.
- ⁵ Diccionario Jurídico Elemental, 1998 Editora Heliasta
- ⁶ El Vocabulario Jurídico de Henry Capitant, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- ⁷ Cattani, Horacio.
- ⁸ *Ibidem*.
- ⁹ Conde Pumpido, encubrimiento y resectación.
- ¹⁰ *El derecho penal bancario en España*, 1995.
- ¹¹ "Uno de los problemas que suele plantearse con mayor frecuencia, y que tiene una gran importancia práctica, es la prueba de este conocimiento por el sujeto. Como cualquier otro elemento de los elementos que integran el ámbito de lo interno de la persona, éste solamente podrá manifestarse a través de elementos y circunstancias del comportamiento externo del que pueda indicirse dicho conocimiento. A este respecto es curioso señalar cómo tanto la Convención de Viena como la Directiva 91/308/CEE hacen específica referencia a que tanto el conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades ilícitas de blanqueo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".
Daniel Álvarez Pastor-Fernando Eguidazu Palacios, "La prevención del blanqueo de capitales", Aranzadi, Pamplona, España, 1998, pág. 284.
- ¹² En la dogmática penal actual no es sencillo determinar el alcance del dolo eventual.
- ¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte General. III, Editorial Ediar. Buenos Aires, octubre de 1987, página 295 y 296; y Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas SA, 1997, página 415.
- ¹⁴ Roxin, ob. cit, página 458.

4

PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTE GENERAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS

Maximiliano Rusconi

1. Algunas consideraciones específicas con relación a los tipos penales del lavado de activos

El problema de lo que se ha definido como "aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financiero legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido en forma lícita"¹ ya se ha instalado como preocupación internacional de total trascendencia desde documentos multilaterales de la importancia de la Convención de Viena de 1988, el documento del Consejo de Europa del 8.11.1988 sobre el tema, la Declaración de Principios de Basilea del 12.12.1988 y la Convención de Estrasburgo de 1990.

Esta preocupación internacional se manifestó incluso de una forma que refleja lo que se ha denominado una "carrera asombrosa"², teniendo en cuenta que hace dos décadas el problema del banqueo de capitales era prácticamente desconocido y que en la actualidad aparece como una temática no sólo trascendente desde el punto de vista jurídico o político criminal sino también desde las agendas político-institucionales por lo menos de los países de la región.

Sin embargo, como se ha visto, y por imperio de las reacciones estatales en cadena procurando evitar la condena internacional³, también el sector privado ha comenzado a asumir el asunto.

Los ejemplos abundan: "Los principios de Wolfsberg contra el lavado de dinero", que detallan el acuerdo alcanzado por un importante grupo de bancos privados (asistidos por un equipo de Transparency International, al cuál se incorporaron los expertos Stanley Morris y Prof. Mark Pieth) en el sentido de estipular un modelo consensuado de prevención del lavado de capitales, es una de las muestras de la última década.

Allí se establecieron lineamientos que se ocupan de temas como: identificación de clientes, de beneficiarios y/o usufructuarios de cuentas; realización de estudios sobre administradores monetarios; evaluación técnica (due diligence) para la apertura de cuentas; exigencias de conocimiento fidedigno del cliente para los casos de cuentas numeradas; procedimientos especiales para países y actividades de "alto riesgo"; verificación minuciosa para funcionarios públicos; actualización de archivos de clientes; determinación de actividades sospechosas (a-transacción de la cuenta u otras actividades que no resultan consistentes con los datos recopilados en la evaluación técnica, b- transacciones en efectivo por encima de cierta suma, c- transacciones "de paso" que entran y salen); determinación de mecanismos para detectar actividades sospechosas (monitoreo de transacciones, contactos con el cliente, información de terceros, conocimiento interno del banquero privado sobre el entorno del cliente); determinación de las acciones a seguir en caso de identificar una actividad inusual (monitoreo más intenso, cancelación de la relación comercial, información de la relación comercial a las autoridades); desarrollo de modelos de monitoreo y control, desarrollo de programas de educación; capacitación e información; y establecimiento de departamentos especiales para la prevención del lavado (compliance officer).

La preocupación de la banca privada es razonable con sólo pensar en algunos de los ejemplos internacionales: en el Reino Unido, el mayor poder dado en los últimos años al Financial Services Authority -FSA- ha implicado la amonestación de muchos bancos por sus débiles medidas de prevención del lavado en la recepción de fondos.

Por otro lado, se ha llegado incluso a emitir una "libreta de calificaciones" realizada anualmente por el GAFI entre las naciones y organizaciones que lo integran, en la cual se evalúa el cumplimiento de los países a las recomendaciones que realiza la institución en materia legal y financiera.

Pero, si en verdad existe disposición a evitar tomar el atajo de los discursos de emergencia habría que contrarrestar uno de sus golpes maestros: justamente nunca abordar con absoluta precisión la determinación de cuál será la conducta que en definitiva legitimará la manifestación del poder penal del Estado o por lo menos no reconocer todos los problemas sistemáticos, político-criminales y constitucionales de cada una de las posibles redacciones de cuál es la conducta que en definitiva va a estar alcanzada por la norma.

Esta discusión muchas veces se oculta detrás del repaso de los instrumentos de eficiencia que deberían girar

en forma satelital alrededor de este análisis que, a nuestro juicio, le precede en el orden temporal y, posiblemente, de importancia.

No cabe duda que es más apasionante el debate sobre los distintos modelos de cooperación internacional, o el modo como se integran las unidades de inteligencia o información financiera, o el papel de las distintas instituciones en el control estatal de estas conductas.

Pero en algún momento debería discutirse con alguna seriedad todos los inconvenientes propios de la misma redacción del tipo penal del "lavado de capitales".

Para que quede claro: más allá de los avances legislativos y/o político criminales, es necesario proponer el desarrollo de una verdadera dogmática de la interpretación del delito de lavado de dinero, que permita mejorar las técnicas hermenéuticas de quienes en definitiva son los que deben llevar la subsunción de la norma a los casos concretos: los jueces.

Parte de eso se trata en este capítulo.

2. Cuestiones dogmáticas específicas del ilícito de lavado de activos en la Ley 72-02

Es preciso afirmar, como seguramente ya debe haber sido intuido en los capítulos anteriores, que los artículos 3 y 4 de la ley 72-02 de la República Dominicana esconden una buena cantidad de problemas dogmáticos que deben ser analizados con cuidado a efectos de no cometer errores en su interpretación, debido a que son estos artículos los que definen las principales acciones reprimidas por esta ley.

Los restantes artículos que la componen, como vimos, contienen definiciones, el objeto de la ley, reprimen conductas omisivas y especifican penas, tanto para hechos consumados como para hechos tentados.

La relación de lo contenido en estas normas con los problemas fundamentales de la parte general genera la necesidad de algunas precisiones en materia de autoría y participación, tentativa, relaciones concursales, etc.

Sin embargo, y más allá del análisis que ya se ha realizado del contenido fundamental de las normas mencionadas, es preciso remarcar algunos problemas interpretativos que pueden dar lugar a la discusión o generar dudas en la definición del alcance de lo prohibido.

2.1. Problemas a resaltar en la redacción del artículo 3 de la ley 72-02

El artículo tercero define, como ya se ha visto, el llamado “lavado de activos” en los siguientes términos: “... incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave:

Convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes;

Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes;

Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como el eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”.

Las normas jurídico-penales describen conductas humanas jurídicamente relevantes. Tienen –o deberían tener– una naturaleza eminentemente descriptiva. La definición de la conducta es lo que se ha dado en llamar la tipicidad. Como es sabido, la tipicidad (primer nivel de subsunción en el proceso hermenéutico judicial) no es otra cosa que la descripción de la materia de prohibición. Las definiciones de las acciones, se encuentran ubicadas en los verbos típicos.

En los delitos dolosos de comisión, como el que se analizará, el aspecto externo de la conducta es lo que se llama el tipo objetivo. Es la manifestación de la voluntad requerida por el tipo⁴.

Por lo tanto, la descripción del tipo penal debe comenzar por la adecuación típica de ese aspecto externo, que se manifiesta a través de las acciones o verbos típicos.

El párrafo a) contiene ocho conductas (verbos): convertir, transferir, transportar, adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes que sean producto de una infracción grave.

La conjunción “o” que utiliza este inciso denota que el tipo objetivo describe conductas independientes entre sí. Es decir que comete este delito, por ejemplo, tanto quien administra como quien convierte, sin necesidad de que todas o más de una de estas acciones se verifiquen en el caso. Si se verifica la comisión de más de una de estas acciones –v.gr. administrar y utilizar– no nos encontraremos ante una relación de concurso de leyes (posiblemente ideal, si es que se ha realizado mediante una sola acción o real si estos verbos se han realizado a través de procesos ejecutivos autónomos), pues se trata de una misma ley que define varias acciones posibles de modo alternativo, todas ellas típicas.

El tipo penal que aquí se analiza se encuentra subdividido en tres apartados. Esta subdivisión no es caprichosa. Se trata de una técnica legislativa tendiente a su mejor comprensión de las distintas categorías de conductas. Las conductas contenidas en el apartado a) quizás a excepción de los términos "convertir" y "transferir" se refieren al contacto con el producido de los ilícitos y se han definido sin tener en mira la participación activa en dificultar o impedir la determinación de su origen. El agente conoce el origen de los bienes y toma contacto con ellos, ya a través de su transporte, ya a través de su posesión, tenencia o administración. Pero no intenta, específicamente, el ocultamiento del delito precedente, tal como lo define la naturaleza de las conductas expuestas en el inciso siguiente.

La descripción de cada uno de los verbos típicos no implica, en sí misma, el fin de que se desconozca el origen de los bienes. Quien adquiere, posee, tiene, utiliza o administra, disfruta o toma contacto con ese producido no significa que tienda al despiste u ocultamiento de la ruta del producido del ilícito. El significado de cada uno de estos verbos –quizá a excepción de quien convierte o transfiere- no trae aparejado, en sí mismo, una conducta de ocultamiento, aunque sí – con alguna licencia terminológica- de disfrute o utilización.

Por el contrario, convertir y transferir aparece sustancialmente identificado a una acción de transformación u ocultamiento del producido del ilícito, por lo que posiblemente hubiera resultado conveniente ubicarlo en el segundo párrafo. Para la Real Academia Española, convertir significa "hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era... La piedra se ha convertido en polvo..."⁵. Transferir significa "pasar o llevar algo de un lugar a otro... Operación por la que se transfiere dinero de una cuenta bancaria a otra"⁶. Se advierte de estas definiciones que la naturaleza de la acción parece conllevar implícita la consecuencia del ocultamiento de los bienes que son producto de la infracción grave.

Veamos cada una del resto de las acciones definidas en este inciso y sus definiciones lingüísticas, para conocer, con precisión, qué es lo que la ley describe.

Transportar es, según la fuente ya citada, "llevar a alguien o algo de un lugar a otro"⁷; adquirir consiste en "ganar, conseguir con el propio trabajo o industria, coger, lograr o conseguir"⁸; poseer es "tener en su poder algo... tener una cosa o ejercer una facultad con independencia que se tenga o no derecho a ella"⁹; tener implica poseer¹⁰, utilizar significa "aprovecharse de algo"¹¹ y, finalmente, administrar es, en su acepción más aplicable, "ordenar, disponer, organizar, en especial, la hacienda de los bienes".

Se advierte que entre los dos primeros verbos típicos – convertir y transferir- y los últimos, existe una notoria diferencia. Las definiciones de las acciones de los dos primeros, se encuentran sustancialmente identificadas con el ocultamiento de los bienes provenientes del delito precedente. Quien convierte o transfiere, sí modifica la ruta causal o natural del producto del ilícito. No sólo toma contacto con ellos, sino que parece difícil

independizar su actividad de una maniobra tendiente a impedir la “determinación real, naturaleza, origen, ubicación o destino de los bienes”, acciones definidas en el párrafo b). Parecería que quien convierte bienes, oculta la determinación real de ellos –o al menos la dificulta-. Es por ello, que se entiende que posiblemente estas acciones se encuentren más identificadas con las acciones prohibidas en el segundo párrafo.

Es claro que cualquiera de las acciones definidas en este inciso puede encubrir, ocultar o impedir la determinación de los bienes. Lo que se intenta explicar es que difícilmente quien convierte bienes –conociendo su origen ilícito no esté impidiendo su determinación real.

El párrafo b) define tres acciones: ocultar, encubrir o impedir. La primera pregunta que surge es qué es lo que se requiere para que se oculte, encubra o impida: la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes.

De acuerdo con esta descripción sería factible, por ejemplo, impedir la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a ellos. Sin embargo, ello no parece posible. La naturaleza o el origen de los bienes, puede ocultarse, pero no impedirse.

Consecuentemente, se entiende que el tipo penal bajo análisis se refiere, en realidad al que oculte, encubra o impida la determinación real, de la naturaleza, del destino, del movimiento o de la propiedad de los bienes.

Una operación lógica lleva a esta conclusión. Al resultar imposible conjugar algún verbo típico con el predicado, se arriba a la evidente conclusión de que lo que se oculta, encubre o impide es siempre la determinación de alguna de las características del bien. Es decir, no se oculta el movimiento sino la determinación del movimiento; no se impide la propiedad, sino la determinación de la propiedad.

Es claro que las acciones típicas de este inciso establecen una relación con el objeto del delito, siempre tendiente a dificultar o imposibilitar la determinación de dichos bienes. Aquí aparece bastante clara la diferencia legislativa entre el primer apartado de este artículo y el que se está analizando.

Más allá de que cada acción típica debe ser conjugada con el predicado e incluye la determinación, los términos, por sí mismos, definen la acción como de una naturaleza que dificulta o imposibilita.

El significado semántico, otra vez, apoyará esta idea. Ocultar significa “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. Callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad”¹². Encubrir, es, “ocultar algo o no manifestarlo. Impedir que llegue a saberse algo. Hacerse responsable del encubrimiento de un delito”.

Por otro lado, las conductas definidas en el apartado c) hacen referencia directa o para ser más claros, remiten a todas las infracciones tipificadas en los primeros dos apartados. No define nuevas conductas, sino que intenta señalar –o modificar- específicas reglas de autoría y participación, equiparando cualquier clase de participación en la comisión del ilícito a la categoría de autor de una conducta accesoria del ilícito principal.

2.2. El incremento patrimonial no justificado y el artículo 4 de la Ley 72-02

El artículo 4 de la ley establece lo siguiente:

“El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta Ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Párrafo: Las personas cuyos bienes o activos se vinculen a la violación de esta Ley, siempre que no puedan justificar el origen lícito de los mismos, serán sancionadas con las penas establecidas en la misma”.

Entendemos que, además de las críticas que merece la construcción jurídica que intenta desarrollar este artículo, existe un claro problema de redacción, lo que dificulta la correcta comprensión de la Ley.

El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos para la configuración de las acciones previstas en la Ley pueden ser inferidos de las circunstancias objetivas del caso. Esta es una primera conclusión que luego será analizada jurídicamente.

Por otro lado, la Ley parece explicar que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta ley, también podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

En definitiva, la Ley está consignando una obviedad. Siempre, en todos los casos, sus circunstancias objetivas serán valoradas a la luz de la sana crítica racional. Sin embargo, las circunstancias objetivas definen la tipicidad del hecho y no la prueba del dolo. Evidentemente, el legislador influye sobre la discrecionalidad del juez a los efectos de que éste encuentre la posibilidad de inferir el dolo –en términos de conocimiento, intención y finalidad- en la tipicidad objetiva. Esta presunción es avasallante del sistema de valoración probatorio al que se someten las conclusiones judiciales y en las cuales se debe certificar la existencia de todos los elementos constitutivos del delito y la inexistencia de causas de justificación, inculpabilidad y no punibilidad.

En otras palabras, las conclusiones judiciales, para la obtención de una condena, deben acreditar que el hecho

existió, que es típico objetivamente, subjetivamente, antijurídico, culpable y punible. No puede inferirse, por un mandato del legislador, que la acción es dolosa. Ello debe comprobarse judicialmente a la luz del sistema de valoración probatorio pertinente. Esta es una actividad reservada a la actividad jurisdiccional –por imperio de la división de poderes– y no puede –o no debe– prescindirse por un mandato legislativo ex ante.

El párrafo siguiente crea una presunción de culpabilidad contra el justiciable, contraria al estado de inocencia que debe ser destruido por el Estado. El Principio de inocencia, introducido con claridad por primera vez con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹³ es un pilar fundamental en el proceso judicial. La regulación normativa de este Principio indica que la carga probatoria le corresponde al Estado, que es quien, en definitiva, lleva el peso de obtener una condena contra quien atentó contra los bienes jurídicos que éste ha decidido proteger.

Resulta interesante realizar una breve reseña de lo sucedido en la Argentina en torno a la discusión sobre el artículo 268 2 del Código Penal, pues se trata de un tipo penal de enriquecimiento ilícito, donde ocurre una inversión de la carga idéntica a la que aquí se propone, con la única diferencia de que el delito se encuentra previsto para los funcionarios y empleados públicos. Sobre este tema, señaló Fontán Balestra: “Ninguno de los argumentos tendientes a demostrar que la prueba no se invierte nos convence. Porque, en definitiva, lo que se debe demostrar es que el enriquecimiento no es ilícito, o si se quiere, que es lícito; que proviene de fuentes que no se vinculan directamente con la función pública y que no es merecedor de reproche”¹⁴.

Sancinetti, que más ha atacado la constitucionalidad de este artículo, ha escrito: “Normalmente se le critica al texto... el invertir la carga de la prueba al pone al imputado en la obligación de acreditar su inocencia, en lugar de que el estado tenga que probar su culpabilidad. Esta fue una de las razones dadas en diputados para decir que el delito era inconstitucional: la violación manifiesta al principio de inocencia”¹⁵.

Esta idea de la carga probatoria estatal como consecuencia normativa del Principio de Inocencia ha sido discutida en rededor al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados estatales. En este sentido se ha afirmado que en estos casos de “enriquecimiento ilícito” el carácter de funcionario público lo coloca en una situación sujeta a un mayor control de sus actividades y patrimonio, reduciendo su ámbito de protección constitucional en virtud del poder y la exposición que su representatividad genera. En resumen, se ha dicho que “el resto de la doctrina y especialmente la jurisprudencia oscila entre no responder a los planteos de inconstitucionalidad (...) por un lado; y el reconocimiento de la que la figura puede llegar a reñir con la Constitución, pero que sin embargo, o existen otros principios más importantes, o tales pautas constitucionales no pueden ser invocadas en el caso en atención a la categoría de personas a las que está dirigida la norma (funcionarios públicos) por el otro”¹⁶.

El argumento destacado, quizá sustentable sólo en el caso de los funcionarios públicos, no parece trasladable al ámbito de los particulares, pues la protección que genera el principio de inocencia se encuentra especialmente dirigida a ellos como valla al monopolio del poder estatal.

En definitiva, si bien existen opiniones encontradas acerca de la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba en los casos de funcionarios públicos, entendemos que si no se trata de funcionarios públicos, no hay posibilidad alguna de entender constitucional un tipo penal que exige a los particulares que demuestren su inocencia.

3. Autoría y participación en lavado de capitales

3.1. La definición del autor. El modelo legislativo

Habitualmente, como se verá, los códigos penales hispanoamericanos contienen reglas de autoría y participación, en las que se definen y diferencian los alcances de la responsabilidad penal de los autores, respecto de los partícipes e instigadores. Por ejemplo, el autor de un delito, merece una pena superior a la que le corresponde a un partícipe secundario. Esta es, sin lugar a dudas, una decisión político criminal, que no por ello deja de ser compleja en la medida en que se trata de reglas que intentan definir distintos niveles de "gravedad" en la acción llevada a cabo.

El Código Penal de República Dominicana, como se sabe, ha optado por un claro modelo de diferenciación de estos niveles de gravedad. Es así como el artículo 59 afirma que a los cómplices se les impondrá una pena inmediatamente inferior a la que le corresponde al autor. Sin embargo, posibilita que las diferentes legislaciones especiales dispongan un modelo contrario: "salvo los casos en que la ley otra cosa disponga", dice textualmente la norma. En otras palabras, se trata de una suerte "medida dogmática" de la lesión al bien jurídico tutelado.

Para esa concepción clásica no lesiona del mismo modo quien administra los bienes -producto de una infracción grave- que quien le presta asesoramiento. De ahí la diferenciación entre los distintos niveles de participación en la comisión de un ilícito.

Históricamente se ha desarrollado, a ese respecto, un conjunto de teorías de la autoría que pueden ser clasificadas en forma sencilla del siguiente modo: a) formal-objetiva; b) material-objetiva y c) subjetiva. De acuerdo a la teoría formal-objetiva, posiblemente dominante en el primer tercio del presente siglo (aunque ya abandonada en Alemania, por ejemplo), es autor quien ha realizado en forma directa la acción descrita en el

verbo típico. En alguna medida se ha tratado de respetar en forma excluyente la sujeción a las palabras de los tipos de la parte especial. Esta teoría que ya tuviera defensores, aparentemente, en el S. XIX fue defendida por autores de gran renombre (Ernst Von Beling y Max Ernst Mayer, entre otros) y mantiene algo de lozanía, todavía, en nuestra región. La crítica de Bacigalupo a esta tesis es absolutamente correcta: "del tomar parte no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador".

La concepción objetivo-formal de la autoría prescinde en forma absoluta de la trascendencia de la contribución al hecho en el contexto de todo el suceso típico (quizá, por su visible adscripción al criterio causal, dominante en la época de su surgimiento). Sólo toma en cuenta las respectivas descripciones de los tipos penales involucrados en la definición normativa del supuesto de hecho.

Como se ha dicho, uno de los puntos en los cuales la teoría manifiesta su incapacidad se relaciona con los tipos penales puros de resultado en los que, justamente, se carece de una descripción del suceso ilícito.

Por otro lado, es indudable que la teoría objetivo-formal sólo reconoce una capacidad de rendimiento admisible en los supuestos de delitos de propia mano y se manifiesta como insuficiente en todos aquellos casos en los cuales el autor de propia mano no es quien verdaderamente domina las riendas del hecho ilícito -quizá, incluso, por falta de dolo- y es conducido por un hombre que se encuentra detrás (autoría mediata). Es claro que la posibilidad, hoy admitida por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, de que se considere autor a quien utiliza como instrumento a un inimputable, o un sujeto que actúa con error de prohibición, o en el marco de un estado de necesidad disculpante, pone en verdadera crisis la base de sustentación de la teoría formal-objetiva.

La teoría subjetiva es la consecuencia científica del reconocimiento de alguna imposibilidad para distinguir, ya en el plano objetivo, los diferentes roles de los partícipes en el ámbito de la ejecución de un determinado supuesto de hecho típico. Si todos los aportes al hecho son igualmente causales, entonces no es posible distinguir entre ellos algún dato diferenciador. Es por ello que la teoría subjetiva acude a la pregunta de para quién quiere el hecho el partícipe (lato sensu). Para decirlo con palabras de Maurach/Gössel/Zipf¹⁷ "es coautor quien quiera como propio el hecho común, es decir, quien actúe con animus auctoris, el cual reemplaza absolutamente a la potestas auctoris. Al contrario, es cómplice aquel que quiere como ajeno el hecho en el cual colabora y, en consecuencia, manifiesta meramente un más débil animus socci". Esta teoría pretende solucionar las exigencias de la teoría formal-objetiva, posibilitando la imputación del hecho como autora (en un caso de la jurisprudencia alemana muy conocido) a la madre que luego de dar a luz solicita a la hermana que ahogue en la bañera al hijo recién nacido.

Las razones por las cuales esta teoría es insostenible teórica y político-criminalmente han sido expresadas por

la doctrina dominante en forma bastante clara: básicamente se debilita la función de garantía de la ley penal, ya que el ámbito de lo prohibido no se vincula al tipo de acción desplegada en el mundo real sino a qué valor le atribuye el "autor" a sus propios actos.

Los últimos 25 años han estado dominados por las teorías material-objetivas de la autoría, sobre todo a través de la expresión consistente en la doctrina del dominio del hecho impulsada modernamente por Claus Roxín, aunque reconociendo su origen en los trabajos de Lobe en la década de los treinta.

Autor es, para esta teoría, alguien a quien le puede ser imputado el tener las riendas del suceso. Es autor quien protagoniza la conducción final del suceso o del acontecer típico. Desde este punto de vista, sale del eje central de imputación todo aquello que no pueda ser visto como la determinación fundamental del sí y el cómo del suceso típico.

El nacimiento de esta teoría se encuentra históricamente vinculado a la búsqueda de precisas y determinadas consecuencias político-criminales, entre ellas, la limitación de los excesos provenientes de la teoría subjetiva y, más modernamente, la posibilidad de desvincular a la imputación de autoría de su cercanía causal con la lesión del bien jurídico o la producción del resultado. Esta posibilidad plantea un entorno normativo muy amigable para el desarrollo paralelo de la teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría y participación y de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la tipicidad.

La teoría del dominio del hecho permite, asimismo independizar al funcionamiento de las reglas de la imputación de distintos roles en el ilícito de las palabras que haya elegido el legislador para definir la conducta prohibida. A través de esta teoría se ofrece una explicación permanente y no variable del ilícito.

Una de las discusiones modernas sobre esta cuestión se vincula con la capacidad de respuesta de la teoría para la totalidad de las formas de ilicitud. Algunos autores entienden que "el dominio del hecho es un elemento objetivo necesario de autoría en los hechos punibles dolosos en todas sus formas"¹⁸. Otros autores, sin embargo, distinguen en delitos de violación de un deber y delitos de dominio (Roxín) o de organización (Jakobs).

Desde el prisma de la distinción entre delitos de infracción de un deber y los de dominio, los primeros se caracterizan en que el papel del autor es explicable en forma total por la infracción de un deber específico dirigido al agente. En los delitos de infracción a un deber no se trata ya de que el autor sea quien domina el hecho desde el punto de vista material, sino de que el ámbito del destino de la norma se encuentra particularmente circunscrito (delitos especiales y delitos de omisión).

Según un autor, "el elemento que...decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los...deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídicos-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación"¹⁹.

De un modo u otro, y más allá de las ventajas político-criminales de la distinción, es dudoso que el concepto del "dominio del hecho" no hubiera tenido, con algunas modificaciones previsibles, la capacidad explicativa para dar respuestas razonables también a estos casos.

La clave hermenéutica del dominio del hecho alude al desarrollo de un modelo de imputación absolutamente normativo y ello garantizaba desde el comienzo la legitimidad de incluir entre los criterios que definen la atribución a la cuenta del autor de incumplimientos de deberes que surgen de una relación similar a una "garantía". Nuevamente se trata de definir el fin de la norma como criterio no negativo sino positivo de la imputación.

La percepción de la estructura de ilicitud que enmarca a los delitos de infracción de un deber tiene en Jakobs un punto de vista distinto; ello es el resultado aparentemente de su especial explicación del sistema del hecho punible que prescinde –por lo menos en parte– de la distinción entre omisiones y acciones y coloca el problema sobre la frontera que divide a los deberes que surgen de la organización de la intervención del autor y los que nacen de su posición institucional.

Según el profesor de Bonn, "hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido. Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada de un bien"²⁰

Las sanciones jurídico-penales deben guardar una relación racional con la acción desplegada por el imputado. Para ello es necesario evaluar jurídico-penalmente su acción.

En lo que respecta a la definición del concepto de autor en el ámbito de los hechos descritos en la ley de lavado es claro que habrá que acudir, a efectos de no transformar a la ley 72-02 en letra muerta, al producto de las tesis material-objetivas: será autor quien lleve las riendas del hecho que culmina en la legitimación de los activos sometidos a estudio. Pero teniendo en cuenta que estos tipos de delitos en muchas ocasiones son realizados por grandes estructuras criminales y/o financieras es preciso que se vea en el autor a alguien que no necesariamente ha realizado un segmento lesivo de "propia mano", sino que puede haber conducido las riendas del hecho ilícito sin haber "bajado" a la participación física directa. Autor es el que conduce el hecho, quien "domina" en el sentido institucional.

La Ley de lavado (72-02) ha creado un tipo penal especial "de participación" con el artículo 3ero, inciso "C", que contiene dos problemas principales: en primer lugar, no define conductas, sino que define distintos modos de vinculación con el hecho. Se realiza aquí una ficción jurídica del siguiente modo: quien, por ejemplo, incita a la ejecución del hecho, no es un partícipe o instigador –creador del dolo- sino que resulta un autor de la incitación como si esta fuera una nueva conducta punible. La conducta punible y principal es la acción realizada –en algunos de los primeros dos apartados- y no la incitación a realizar la acción. El acto que se juzga está definido en los dos primeros párrafos, luego, para evitar confusiones quizá hubiera sido preferible someterse a las reglas de la accesoriadad para determinar su participación y no su autoría de participación.

Sin embargo, las consecuencias perjudiciales de esta política en cuanto a sus sanciones se encuentran bastante acotadas por el artículo 19. Allí se expone que la persona que incurra en la infracción de lavado de activos prevista en la letra c) del artículo 3 de la Ley será condenada a una pena de reclusión no menos de tres años ni mayor de diez y una multa no menor de cincuenta salarios mínimos ni mayor de cien salarios mínimos. Si bien el margen de sanción es enorme, el párrafo siguiente establece, aunque con poca claridad, que quien incite, facilite o asesore en la comisión de alguna de las infracciones señaladas en la ley, será condenado a la pena inmediatamente inferior aplicable a su autor principal. Queda por definirse o no se comprende, cuál es la pena inmediatamente inferior, aunque ha quedado claro, de la interpretación de este artículo, que no puede igualar la pena del autor y que no puede superar los diez años. Ello guarda racionalidad, aunque con demasiada amplitud en cuanto a sus márgenes, con el problema de la determinación judicial de la pena. Como expresa claramente Patricia Ziffer "aún cuando las reglas de la autoría y la participación permitan imputar el delito en común, es posible hacer distinciones en cuanto a la intervención efectiva que le cupo a cada uno de los partícipes según el rol efectivamente desempeñado durante el hecho... como regla general, el ilícito del autor, es más grave que el del partícipe" y continúa afirmando que "será decisivo, en todo caso, determinar concretamente cuál fue el aporte al hecho de cada uno de los intervinientes".²¹

3.2. El autor mediato en la dogmática penal y el autor mediato en la ley 72-02

Otro problema que merece destacarse es el que genera el concepto de autoría mediata, no tratado por el apartado tercero del artículo 3. "Se trata de los supuestos en los cuales el sujeto domina la ejecución del suceso pero no lo ejecuta de propia mano, sino a través de un instrumento que por alguna razón no puede responder penalmente (falta de acción, falta de dolo, justificación, inculpabilidad, etcétera)".²²

Si bien parece complejo que la ejecución del lavado de activos se realice a través de un sujeto sin acción o inculpable –por tratarse de un delito complejo que usualmente requiere de operaciones financieras llevadas a cabo por ejecutores calificados, sí parece probable o más bien posible que el autor mediato la realice a través de un sujeto con falta de dolo –y tal vez con un sujeto que obra justificado. Tratándose de un delito doloso, por lo tanto, el sujeto que tiene relación directa con él quedará impune, pues este tipo penal no admite la forma culposa.²³

En esos casos, el autor mediato genera el dominio del hecho a través de la utilización de un instrumento que incurre en un error de tipo y que por ello, a pesar de ejecutar directamente el suceso, no tiene capacidad de dirigir las "riendas" de la ejecución del delito.

El concepto de autor mediato fue creado por puras razones político-criminales consistentes en las lagunas que generaba un concepto de autor fuertemente influido, hasta ese entonces, por las necesidades causales del sistema de imputación reinante. Por ejemplo, bajo la vigencia de la teoría de la accesoriedad "extrema" no era admisible el castigo de los casos de participación (complicidad necesaria o no necesaria o instigación) en los casos de autores directos que actúan sin culpabilidad.²⁴

En estos supuestos se produce un traslado del dominio del hecho del autor que ejecuta en forma directa al autor que está detrás justamente por ese defecto de la imputación objetiva o subjetiva del ejecutor. Así, "el autor mediato tiene el dominio del hecho porque consigue la instrumentalización de una persona, mediante la utilización de unos medios ante situaciones que inciden directa o indirectamente sobre aquélla, cuya actuación determina la comisión del delito. El autor mediato domina, pues, la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de adelante".²⁵

En el Código Penal de República Dominicana no existe una fórmula legal que se refiera expresamente a los casos de autoría mediata, es por ello que el concepto de autor mediato requiere una concepción "teleológica" de autor como sujeto de imputación en el derecho penal.

La consideración de el que "está detrás" como autor mediato se desprende de las diferentes formulaciones de

los tipos de la parte especial.²⁶ Se trata, en el ámbito del tipo de acciones ilícitas que aquí se analizan, de un instrumento indispensable. No cabe duda que en innumerables ocasiones quien conduce el aparato criminal a efectos de lesionar el bien jurídico protegido en materia de lavado de activos no ha realizado de mano propia el hecho que se le debe imputar. Se trata de la utilización de grandes estructuras en los que, en muchas ocasiones, el autor directo, el más cercano al hecho, sólo participa en términos físicos.

No hay ningún obstáculo en el Derecho Penal dominicano para imputar al autor mediato el hecho definido típicamente. Se trata de la propia interpretación de la ley.

Existen diversas posibilidades teóricas de autoría mediata:

- El autor inmediato puede no ser punible ya sea por engaño, violencia, o directa falta de idoneidad, por ejemplo, en los tipos penales de autor calificado (delitos especiales propios).

"A" hace tomar una bebida alcohólica a "B" ocultándole que tiene disuelto un veneno de gran poder, "X" obliga a "Y" a autolesionarse, un funcionario público le encomienda a su Secretaria la realización de un acto que lesiona los intereses confiados a su cuidado, etc. La no solución de estos supuestos a través de la teoría de la autoría mediata generaría una nítida laguna de punibilidad.

- El autor mediato genera en estos casos el dominio del hecho a través de la utilización de un instrumento que tiene un error de tipo y que por ello, a pesar de ejecutar directamente el suceso, no tiene capacidad de dirigir las "riendas" de la ejecución del ilícito.

El ejemplo conocido del médico que utiliza una enfermera ignorante del contenido de la jeringa con la cual, por indicación del mismo médico, debe inyectar una sustancia tóxica al paciente. O el Gerente de una entidad financiera que le encomienda a un subordinado la realización de una compleja maniobra financiera, sobre fondos cuya legitimidad de origen el Gerente convence al empleado, y éste ejecuta sin saber que se trataba de un proceso tendiente al lavado de esas divisas.

La fundamentación del dominio de la ejecución del suceso del autor mediato parte de, justamente, esta relación inversamente proporcional entre el déficit verificado de información del instrumento y el plus de información del autor que se encuentra detrás. El grado evidenciado de este déficit informativo en el ejecutor "stricto sensu" será relevante frente a la eventual responsabilidad por negligencia en relación con el resultado disvalioso no querido pero, de todos modos, evitable con un actuar diligente. Que el error sobre los elementos de descripción de la conducta prohibida (tipicidad) sea evitable o inevitable no modifica en nada el dominio doloso del suceso en el autor mediato. En cambio, frente a un autor inmediato que conoce más de lo que cree el autor mediato comienza a ser discutible la responsabilidad de éste último en relación con el resultado. Todavía subsistiría la

tentativa punible, frente a la cual habría que establecer el grado de idoneidad.

Jakobs se ha ocupado especialmente, en el marco de un ingreso teórico a través de la imputación objetiva, de estos casos "el hombre de atrás sólo responderá de un comportamiento de otro que actúa por error en caso de que concurra competencia. Pero, ¿cuándo existe tal competencia? Puesto que se trata del comportamiento de una persona que actúa por error, cabe pensar en dos fundamentaciones (que son acumulables y de hecho concurren con frecuencia conjuntamente en un mismo supuesto): en primer lugar, puede suceder que la relación del hombre de atrás hacia el comportamiento del otro tenga como consecuencia que sea cometido de aquel tener en cuenta el error de éste. En segundo lugar, puede que sea su relación con el error del otro lo que dé lugar a su obligación de considerar el comportamiento de éste".²⁷

- El autor que está detrás puede, en ocasiones, dominar la ejecución del acto ilícito mediante la instrumentalización de un sujeto que actúa, él mismo, en el marco –objetivo y subjetivo- de una norma permisiva. Ello se verifica en los supuestos en los que el autor mediato ha provocado intencionalmente la situación de legítima defensa del instrumento frente a una agresión –también dominada por el que "está detrás"- ilegítima de un tercero.

Para el autor directo no queda otra salida que comportarse de un modo lesionador, pero, de todos modos, lícito –para él. Más allá de lo aquí afirmado es preciso advertir que esta posibilidad de imputación por autoría mediata frente a instrumentos justificados ha constituido fuente de viva discusión normativa. Debate fielmente representado en las posturas de Hegler y Mezger. Según este último autor, la autoría mediata requería siempre una acción antijurídica del instrumento. Para Mezger si el propio autor inmediato actuaba conforme a derecho no podría ofrecer la ilicitud del comportamiento del que domina "de atrás". Se trata de casos, sin embargo, que son difíciles de imaginar en el ámbito del delito de lavado de dinero.

- Una forma tradicional de explicar los supuestos de autoría mediata pasa por ejemplificar a través del instrumento que obra en forma inculpable. Ello remite a tantos casos de autoría mediata bajo este modelo de imputación como circunstancias de no culpabilidad admita la respectiva categoría dogmática. En este sentido es posible imaginar casos de instrumentos que obran en error de prohibición inevitable o invencible, o sin capacidad genérica de culpabilidad –minoridad o alteración de las facultades mentales-, o –para quien así lo considere- en el contexto de un estado de necesidad disculpante –inexibilidad-.

- El otro de los supuestos que puede plantearse en delitos de alta complejidad, como el que está analizándose, es el caso de la autoría mediata que se realiza a través de la organización de poder²⁸ –en este caso, se entiende que en la estructura privada por oposición a la estatal-. Aquí, el dominio del hecho lo tiene el autor de escritorio –mediato-, aunque el ejecutor directo también es perfectamente punible porque el cumplimiento de la orden no lo exime de responsabilidad. Mucho menos aún queda eximido quien da la orden, pues cuanto más lejano al

hecho concreto se encuentre el autor, más se consolida la teoría del autor mediato a través de las estructuras.

En ese sentido, que el ejecutor sea punible no descarta, en absoluto, que el autor mediato también lo sea. A diferencia de la teoría de la autoría mediata que se explicó precedentemente, en ese caso, el autor comprende las circunstancias en las que actúa. Es decir, que no es un mero instrumento.

Por otro lado, la responsabilidad de quien emana la orden, radica, también, en la idea de que la estructura de poder permitirá que la orden se cumpla por la fungibilidad del ejecutor.

La ciencia del derecho penal le debe la construcción sistemática de esta categoría a Claus Roxín. Se trata básicamente del caso del miembro del aparato de poder militar que ejecuta una orden recibida de un superior en la estructura de mando. La responsabilidad del autor que desde el escritorio da la orden ilegítima no se puede fundar en el dominio a través de la falta de punibilidad del autor inmediato. Aquí el ejecutor es perfectamente punible. Es por ello que la responsabilidad del autor mediato debe buscársela por un argumento propio del funcionamiento de estas grandes estructuras: la fungibilidad del instrumento. Más allá del contacto físico con el ejecutor o de la posibilidad de la decisión final de ejecución en manos del autor inmediato, es claro que el dominio del hecho se basa en la propia estructura del órgano que asegura indefectiblemente que la orden se cumplirá.²⁹

En nuestro país el ingreso triunfal de esta categoría conceptual se produjo en el llamado "juicio a los comandantes" que detentaron el poder político de facto durante la dictadura militar.

Según Roxín, "el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas del dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, sino está coaccionado ni engañado, cambiable a voluntad".³⁰

Para Kai Ambos la explicación y fundamentación de la autoría mediata en estos casos requiere la utilización de la figura del dominio por organización. Solo que ello más que dar una respuesta, significa el planteo del problema: todavía queda por ver, como el mismo autor lo reconoce, cuáles son aquellas características de organización que posibilitan el funcionamiento racional de este sistema de imputación.³¹

En este punto es básico comprender que se trata de un modelo de imputación a la cuenta del autor que se desconecta por completo de cualquier exigencia causal como la cercanía física con el comportamiento. Es más, cuanto más lejos en la cadena de mandos se ubica el que da la orden del hecho mismo, más se consolida la imputación a título de autor mediato.

En el ámbito de los delitos de lavado de dinero es inevitable pensar que quien se encuentra, por ejemplo, en el marco de una compleja organización financiera, más lejos del hecho, tiene, a su vez, más poder de ejecución y dominio, por el propio manejo de la estructura criminal.

3.3. La coautoría en el ámbito del delito de lavado de dinero.

Otra de las formas posibles de participación en los delitos que reprime la Ley 72-02 es la coautoría.

El concepto de coautoría viene determinado en forma absoluta por el concepto de autor e importa de ese ámbito todas las ambigüedades y dudas.

En principio es posible decir que en los casos de coautoría se trata de supuestos en el marco de los cuales la ejecución del hecho es codominada por dos o más sujetos activos.

El Código Penal dominicano no ofrece una regla precisa para encuadrar los supuestos de coautoría, aunque, como ya se ha afirmado, "ésta no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal explícito, pues está –como la autoría mediata– implícita en la noción de autor".³²

Todos los requisitos exigibles para el autor tienen que darse en el coautor: codominio del hecho, elementos especiales de la autoría y los elementos subjetivos exigibles en el tipo penal que se trate.

Desde el punto de vista del codominio del hecho se trata de que cada uno de los coautores tiene las riendas de una parte de la totalidad de la ejecución del ilícito. En delitos cuya descripción descansa en varios verbos típicos es preciso que esta división de tareas se manifieste en relación con el mismo verbo, ya que si uno de los coautores ha participado en la realización de otro verbo será en forma autónomo autor directo de ese verbo y ese tipo penal. Hay un tipo penal por cada verbo, una dificultad propia de este tipo de legislación a la que ya se ha hecho referencia.

El codominio del hecho implica división del trabajo correspondiente a la ejecución del hecho típico en el marco de un plan común. Este plan común remite a un plano subjetivo: todos los participantes en grado de coautoría deben encontrarse vinculados por una resolución común de realizar el hecho. Es por ello que, en materia de

lavado de dinero, cuando el hecho se ejecuta en el marco de una gran organización con varios niveles de jerarquía vertical es difícil que desde la cúpula organizativa y hacia abajo exista coautoría, ya que no en todos los niveles se tiene el mismo nivel de información. En el ámbito de ilícitos de tanta complejidad, como el lavado de divisas, ello es relevante porque sólo podrá imputarse coautoría a quienes se encuentran en una homogénea situación de conocimiento del plan común. Esta resolución común es la que justifica dogmáticamente que exista una recíproca imputación directa de todos los aportes al hecho.³³ Ello encuentra una adecuada limitación en la exigencia de que cada coautor debe ser un autor idóneo, él mismo, frente al ilícito que se comete. En el ámbito de la coautoría no rige el principio de la accesoriedad que para la doctrina dominante condiciona la imputación bajo las distintas formas de participación.

Sin embargo, últimamente Jakobs ha cuestionado la necesidad de esta exigencia de una decisión común en algunos casos de coautoría. Según Jakobs se pueden presentar casos en los cuales un partícipe colabora en tal alto grado de intensidad con el hecho "principal" que "codetermine esencialmente la configuración de la ejecución en cuanto a lugar, tiempo y modalidades", incluso sin que lo sepa el autor "principal".³⁴ El ejemplo con el cual se ilustra el supuesto teórico es bastante gráfico: "Alguien le da un somnífero a la víctima, a quien se va a matar a golpes mientras duerme, sin mediar acuerdo con el ejecutor; le abre además la puerta al autor, deja preparado un instrumento comisivo apropiado y además después de utilizarlo, y finalmente, antes de la ejecución del hecho, impide que terceros perturben la ejecución. La autoría única (autoría simultánea) de los partícipes decae por la falta de acciones de ejecución propia, la autoría mediata por la falta de subordinación del ejecutor, y por último la coautoría, según la doctrina dominante, por la falta de un plan común, de modo que sólo quedará la posibilidad de complicidad, decisión cuando menos dudosa. Por eso será más correcto, en lugar de una decisión común del hecho, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, conformarse en estos casos con una decisión de ajustarse, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración, vincula su aportación con el hacer del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta aportación, no se le puede atribuir nada de la gravedad delictiva de ésta, lo que se deriva de las reglas generales".³⁵

Más allá de esta objeción parece que es difícil considerar que el ejecutor que actúa con posterioridad, de un modo u otro, no sigue teniendo en forma absoluta y sin ninguna posibilidad de ser relativizado el dominio sobre las riendas del suceso.

El aporte objetivo al hecho de un coautor debe llegar a un nivel de trascendencia funcional que como mínimo permita suponer que el hecho no podría haberse cometido sin la participación del coautor que se trate.

La exigencia de una resolución común llevaría implícita la imposibilidad de que se pueda dar un supuesto de coautoría en el ámbito de un delito imprudente. En todo caso, se trataría siempre de supuestos de autorías

paralelas, si ello fuera posible en el delito imprudente, cuestión muy discutible (el problema remite al criterio del “comportamiento alternativo conforme a derecho” que integra el juicio de imputación del resultado).

Enrique Bacigalupo³⁶ entiende que la distinción entre la cooperación necesaria y la coautoría reside en primer lugar en un aspecto temporal: que ya exista o no comienzo de ejecución. Tal planteo merece alguna discusión. La división entre coautoría y cooperación necesaria desde ese punto de vista genera la dificultad adicional de casi aniquilar la posibilidad de que exista cooperación necesaria durante la ejecución del ilícito, lo cual deja entrever alguna laguna en donde se ubican los casos de cooperación necesaria durante el acto ilícito que, sin embargo, no llega hasta el punto de “tener las riendas” del suceso. Tal limitación no es correcta.

4. Los problemas concursales

Teniendo en cuenta lo novedoso de la estructura típica del lavado de dinero y su propia complejidad no sólo fáctica, sino también normativa, es posible que en los casos que tramitan por ante el sistema de administración de justicia penal los actos de lavado de dinero o lavado de divisas aparezcan relacionados con otras figuras normativas un poco más comunes. Es por ello que es preciso tener en claro de qué modo debe resolverse este tipo de conflictos de normas. Ello es materia de la teoría del concurso de delitos.

Por otra parte, considerando que el Código Penal dominicano no se ha ocupado en demasía de este tipo de problemas hermenéuticos, es necesario que el fino criterio interpretativo del juez resuelva gran parte de los problemas que aquí serán planteados. En última instancia, aunque la ley penal haga silencio, se trata de criterios generales de interpretación de la ley.

4.1. Las reglas concursales y el lavado de capitales

La teoría del concurso de delitos y del autor representan los dos complementos más importantes de la teoría de la imputación para terminar de configurar el conjunto de reglas que definen la materia de la prohibición y dan base al juicio de ilicitud en el ámbito del injusto.

En el caso de la teoría del concurso, pocos temas de la dogmática jurídico-penal han mantenido al día de hoy tan alto índice de confusión ya en las primeras reflexiones y en las manifestaciones prácticas de la teoría. Ello, probablemente, se debe a que los diferentes problemas han sido solucionados con métodos absolutamente disímiles y hasta contradictorios. Por un lado, algunas cuestiones han recibido un tratamiento puramente dogmático y con un índice indeseable de abstracción, mientras que otros temas han sido enfocados con un pragmatismo político criminal que sorprende -por ejemplo, el caso del delito continuado-. Este salto continuo

entre el sistema y las consecuencias, en un mismo ámbito temático, posiblemente ha hecho perder el norte de los juristas hasta el punto de que hoy la teoría del concurso se encuentra en un punto de estancamiento conceptual.

A esta bifurcación de métodos científicos se suma, como lógica consecuencia, la convivencia, no siempre productiva, de principios generales del derecho, axiomas de permanencia indiscutida en la cultura jurídica occidental - por ejemplo, "les specialis derogat legi generali"- y problemas que no pueden dejar de enfocarse, en algún porcentaje relevante, frente al caso concreto, como la determinación judicial de la pena.

Así como la construcción del supuesto de hecho que debe ser sometido al proceso de subsunción presenta innumerable cantidad de dificultades, a menudo el jurista debe superar un conjunto de obstáculos a efectos de definir el tipo penal aplicable al caso de punibilidad que debe recibir una respuesta normativa.

Dentro de esos obstáculos se encuentra la cuestión de la relación existente entre diversas normas que eventualmente pueden reclamar ser convocadas a la solución del caso.

La teoría del concurso de delitos, independientemente de las posibles imprecisiones de su nomenclatura, se ocupa de ofrecer un conjunto de reglas al intérprete para poder clasificar la relación existente entre esas normas y ofrecer una respuesta unívoca al momento de subsumir el supuesto de hecho y determinar en forma precisa el fundamento de la contrariedad al derecho de la acción analizada.

La cuestión presenta distintas aristas según se definan algunas características del caso en concreto como ser la existencia de una o varias acciones y la relación entre las diferentes normas que concurren.

Tradicionalmente se ha dividido el análisis de la concurrencia de delitos según la ubicación respecto a lo que la doctrina ha llamado un "concurso aparente de leyes" o un "verdadero concurso". Básicamente con esta clasificación se trata de determinar si se trata sólo de una relación de tipos penales, en la cual, uno de los tipos, por diferentes razones que serán enseguida revisadas, desplaza al otro o si, por el contrario, se trata de que los tipos penales que concurren reclaman, todos ellos, ser convocados a la solución del caso.

4.2. Concurso aparente de leyes

En los casos de concurso aparente de leyes penales a primera vista pareciera que una misma conducta recibe de parte del ordenamiento jurídico más de una valoración, aunque en verdad lo correcto es interpretar que sólo una de las normas concurrentes es la que tiene absoluta legitimidad dogmática para "valorar" la conducta analizada. Es decir, salvo la norma que legítimamente debe definir normativamente el caso, las otras son

desplazadas por imperio de un conjunto de principios de interpretación que ofrecen los argumentos para identificar el tipo penal en el que la acción se subsume en forma completa³⁷.

En el caso del verdadero concurso para valorar en forma absoluta el supuesto de hecho hay que recurrir a todas las normas que en el caso concurren. En cambio, en el marco del concurso aparente de leyes, solo uno de los tipos penales es legítimamente aplicable.

Es por ello que muchas veces se ha opinado que cuando se analiza correctamente al concurso aparente de leyes se advierte con claridad que no se trata de un problema de concurso, sino de determinación de la ley³⁸. Aunque en verdad, no es claro que ello sea un extremo que los distinga del verdadero concurso (ideal o real), ya que también en el concurso clásico se trata de un problema de interpretación de la ley o determinación de los preceptos aplicables a un caso.

"En las situaciones que aquí tratamos -especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad- el concurso normativo³⁹ sólo es aparente, pues una ley determinada de acuerdo con ciertas pautas desplaza la aplicación de las restantes"⁴⁰

Ahora bien, conviene detenernos, como él mismo lo hace, en la evaluación de cada uno de los supuestos.

Clásicamente los principios que han conformado a la teoría del concurso aparente de leyes son los siguientes:

4.1.1.1. Especialidad

Dentro del concurso aparente de leyes aparece con nitidez el principio de especialidad. No se trata de otra cosa que de una manifestación del axioma que estipula que la ley especial deroga a la ley general para la solución del caso en concreto (*les specialis derogat les generalis*). Esta relación de especialidad se comprueba cuando un tipo penal contenga todos los elementos constitutivos de otro con el cual entra en conflicto, pero presente una característica adicional. La relación podría graficarse como la que existe entre un conjunto de acciones definidas por sus características básicas y un subconjunto que agrupa, dentro de esos comportamientos, algunos que se identifican por la presencia de un elemento adicional. Es por ello que cada vez que se realiza la conducta del tipo penal que aparece a la vista del intérprete como especial, se realiza también -desde un punto de vista lógico-, el comportamiento definido por el tipo penal base.

Entre los dos tipos penales uno de ellos aparece como privilegiado o calificado.

Existen ejemplos que pueden demostrar esta relación de modo claro: el tipo penal del lavado de dinero

desplaza por especialidad a la forma básica del encubrimiento. No tendría sentido que un mismo autor sea sancionado dos veces por el encubrimiento tradicional y, además, porque su encubrimiento ha posibilitado dar apariencia de legitimidad al origen de los fondos. En ocasiones, la determinación de la relación de especialidad presenta dificultades que no es sencillo superar. En algunos tipos penales no se obvia la decisión acerca de si se trata de una relación de especialidad o de dos tipos que deben ser tratados como autónomos. A menudo, asimismo, no se ve con claridad si la relación es tipo básico-tipo agravado o tipo básico-tipo atenuado.

Para superar este tipo de obstáculos hermenéuticos se debe tener presente la necesidad, en ocasiones, de dar importancia relativa a las palabras de la ley y acudir a los bienes jurídicos protegidos en cada tipo penal y, eventualmente, al grado de protección (cuando se trata de un mismo bien jurídico).

4.1.1.2. Subsidiariedad

Los casos de subsidiariedad significan supuestos en los cuales sólo es razonable aplicar uno de los tipos penales en juego, desplazando al tipo auxiliar que sólo reclama aplicación en caso que fracase la intervención del tipo penal "de subsunción primaria" -les primaria derogat legi subsidiariae-.

Este principio resuelve casos en los cuales un tipo penal sólo pretende tener vigencia para la solución de un caso, en supuestos en que la acción no implique la realización de un tipo penal de mayor gravedad. Es en este sentido que el precepto desplazado es subsidiario en relación al que regula la conducta de mayor trascendencia. Por ejemplo, si un sujeto activo ha participado de algún modo prestando una colaboración para la realización del delito de lavado de dinero y al mismo tiempo ha realizado otro delito de posible mayor o menor gravedad con el mismo acto, por ejemplo algún delito de falsedad del instrumento o de administración fraudulenta de los bienes en juego en perjuicio de un tercero.

Este tipo de subsidiariedad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el propio legislador ha manifestado esta subsidiariedad en la configuración del tipo penal (por ejemplo: será sancionado con tal penal, siempre que la acción no signifique un delito más severamente castigado, etc). Es tácita cuando esta prevalencia de un tipo penal sobre el otro tiene que ser extraída del sentido mismo de las normas en juego (por ejemplo lo que sucede en un caso en el cual un sujeto ha sido partícipe y autor a la vez, o la relación existente entre el delito imprudente y el doloso, la imprudencia siempre es subsidiaria).

No ha estado fuera de duda la autonomía de este criterio, sobre todo, frente al concurso ideal.

La idea de que los límites entre el concurso ideal y el aparente son altamente difusos adquiere en el análisis de los casos de subsidiariedad elementos para apoyar la tesis. Tanto en el concurso ideal como en el aparente

por subsidiariedad no se exige ninguna relación en abstracto entre los tipos penales en juego, sino sólo la que otorga la acción en el caso concreto, aquella que se verifica cuando la acción ha violado dos tipos penales que no tienen entre sí vinculación lógica alguna, o por lo menos no necesariamente.

Incluso en el único caso que se podría advertir alguna relación, como en los supuestos de subsidiariedad expresa -aquella dispuesta en la misma ley-, la mayor parte de las veces es una manifestación de legislación orientada hacia los efectos políticos criminales en donde no hay razones de preocupación sistemática, sino de proporcionalidad punitiva.

En este tipo de concurso aparente, asimismo, tampoco hay razones para que, ante el fracaso de la punición por el delito privilegiado, no renazca la aplicabilidad del precepto desplazado. Generalmente las normas de subsidiariedad expresa condicionan la aplicabilidad de la norma secundaria a que el hecho no sea más "severamente penado" por la norma primaria, por lo cual si la mayor pena en el caso concreto no se verifica, la norma secundaria retoma la vigencia para la solución del caso.

4.1.1.3. Consunción

Se sostiene, en general, que hay consunción cuando el contenido del ilícito de una clase de acciones incluye otra acción, "de manera que la condena desde una perspectiva jurídica expresa ya exhaustivamente el desvalor de todo el suceso"⁴¹, de modo que "normalmente la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro"⁴². En estos casos se supone que el legislador al regular la prohibición de la conducta más gravosa ha tomado en consideración que bajo esa forma típica se producen acciones cuyo desvalor acompaña normalmente al tipo privilegiado.

Una categoría como la de los "actos posteriores copenados" que a menudo ha sido analizada con algún grado de autonomía, en realidad comparte con la consunción la misma idea básica y, por ello, debe ser tratado como un subcaso.

Tampoco este grupo de casos han podido recibir un trato pacífico de la doctrina: no quedan claras, ante cada caso, las líneas divisorias con la subsidiariedad y con la especialidad.

En el ámbito de los hechos y tipos penales que aquí se analizan ello puede darse con toda claridad, por ejemplo, en el caso de la tentativa y el delito consumado, también en el ámbito de los llamados "delitos progresivos", es decir, los supuestos en los cuales el accionar del agente va recorriendo diversas estructuras típicas de gravedad creciente (lesiones-homicidio; lesiones leves-gravísimas; tentativa-consumación, etc),

Por ejemplo, el sujeto presta primero una colaboración de asesoramiento (inciso c del art. 3) y luego administra (inc. a del art. 3). No tiene sentido penar al sujeto dos veces.

4.1.2. El verdadero concurso

Junto al juego propio de estas reglas de interpretación, existen los casos llamados de "verdadero concurso". Se trata siempre de supuestos en los cuales el agente ha realizado la acción descrita en varios tipos penales y todos ellos reclaman un lugar en el análisis dogmático del caso.

Normalmente existen dos clases de concurso, según haya uno o varios hechos o, para usar la terminología de la doctrina mayoritaria, una o varias acciones.

Habrá concurso ideal de delitos si se advierte una sola acción y más de una violación a la ley penal y concurso real si existe más de una acción que producen, asimismo, más de una violación a la ley penal.

Cada clase de concurso tiene distintas consecuencias jurídicas.

Como se ve, el criterio medular para determinar los límites entre los dos concursos posibles de delitos es la unidad de acción.

La complejidad propia del delito de lavado de dinero hace que en innumerables ocasiones junto con los actos encuadrados en los arts. 3 y siguientes de la Ley 72-02, los sujetos activos hayan cometido además otro tipo de ilícitos que pueden ser puestos en relación de concurso ideal (si todo ha sido realizado en un mismo proceso ejecutivo) o real (si hay autonomía de acciones).

Por ejemplo, si una entidad financiera utiliza fondos de los ahorristas, que extrae ilícitamente de sus cuentas, a efectos de producir operaciones complejas de compra de bienes en el extranjero, que son adjudicados como si pertenecieran legítimamente a sociedades o empresas radicadas en otros países, los responsables de esa entidad, junto con el proceso posterior de legitimación de activos ha realizado, previamente, un delito de administración infiel de los fondos depositados, cuya tipificación debe concurrir en forma real (varias acciones) con el propio delito del art. 3 de la Ley 72-02.

A pesar de que puede parecer lo contrario en una primera aproximación al tema, no ha sido nada sencillo definir con alguna consistencia doctrinal los criterios bajo los cuales se debe estructurar el concepto de unidad de acción.

Entran en pugna aquí, como en casi toda la teoría del delito, criterios naturalistas y criterios normativos. Por supuesto que hay casos en los cuales la cuestión no debería plantear ningún problema específico. Si un autor tiene dolo de producir una lesión a otra persona y para ello ejecuta un acto de disparar con un arma de fuego y logra el resultado, no habrá nada que discutir al respecto. Aquí hay una absoluta coincidencia entre la unidad natural del acto y su única valoración jurídica.

Sin embargo, es posible pensar en ilícitos cuya confirmación típica exige, sin lugar a dudas, una pluralidad de actos que, de todos modos, reciben un tratamiento unitario: delitos permanente (privación ilegítima de la libertad) o compuestos por varios actos (violación). Este tratamiento de varios actos como si fuera uno solo se funda en una determinada vinculación interna y unidad de sentido.

Un caso especial de construcción normativa de la unidad de acción es el delito continuado. Se trata de casos en los cuales, desde el punto de vista de su análisis fáctico, no hay duda que se trataría de un conjunto de ilícitos autónomos, producidos por cursos lesivos independientes (concurso real). Sin embargo, por razones de la más pura política criminal se pretende su tratamiento en forma unitaria. Cabe decir que si no fuera por esta decisión externa y de lege ferenda la solución debiera ser la del concurso real. Ello puede tener relevancia en el marco de las normas que aquí se analizan.

Para que se pueda predicar de un caso la hipótesis del delito continuado deben verificarse algunos requisitos:

- todas las acciones deben haber realizado el mismo tipo penal.
- el bien jurídico lesionado debe ser siempre y en todos los casos el mismo.
- debe haber una unidad de "voluntad" y un dolo de continuación.
- debe existir cierta continuidad temporal y cierta frecuencia entre los hechos.
- no deben afectarse bienes personalísimos (integridad física, vida).

4.2. La relación con el delito base

Uno de los principales problemas en este campo tiene que ver con la relación entre el delito base o aquel que provoca el beneficio económico o del cual se desprenden los fondos y la propia acción de la reconversión de ese dinero.

Como ya se explicara, el art. 3 de la Ley comienza del siguiente modo: "A los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave.... La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas,

por ejemplo, y de "lavado de dinero" o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud".⁴³

- (a) La acción prohibida consiste en participar, de alguna de las maneras previstas en la Ley, en la inversión o tráfico de ganancias o del beneficio económico obtenido por una operación de otro, por ejemplo, en la transferencia de dinero de un país a otro para ser invertido en este último país.
- (b) La acción antecedente debe ser ilícita y punible, en el sentido de constituir un delito. Ello supone:
 - que es típica, tanto objetiva como subjetivamente, en el sentido de alguna de las demás conductas prohibidas en esa Ley (ello ya indicaría, posiblemente, que se trata de una figura específica, agravada, de favorecimiento real [encubrimiento]);
 - que, además, esa acción es antijurídica, esto es, que no está amparada por una regla de permiso;
 - que el autor de la acción antecedente es culpable, esto es, que no opere en el caso alguna causa de disculpa, que evita el reproche, como, por ej., un estado de necesidad disculpante o el error sobre la ilicitud de su acción, que el autor de la acción antecedente estimó lícita;
 - y, por fin, que esa acción antecedente es punible, es decir, que no exista una causa de exclusión de la pena para su autor.

Por lo demás, conforme a la prohibición mencionada y tratándose, por ejemplo, de una hipotética acción antecedente delictual no sucedida en el territorio nacional, la acción antecedente no sólo debería reunir esas características según nuestro orden jurídico, sino también, y principalmente, en el territorio extranjero donde ella ha sido llevada a cabo, según el orden jurídico allí vigente.

La cuestión acerca de la dependencia del tipo penal examinado de una acción antecedente ilícita, culpable y punible genera más de un problema desde el punto de vista de la interpretación de la Ley y, otros más desde el punto de vista de la posibilidad del sistema penal de probar los extremos vinculados a esa conducta que precede al lavado y le da sentido jurídico penal, mucho más aún si tal dependencia se pone en contacto con el dolo (tipo subjetivo) del autor del encubrimiento, esto es, de quien interviene en el tráfico o inversión posterior de las ganancias sin haber participado en la acción antecedente.

Es indudable que determinada legislación, al ampliar de modo posiblemente desorbitado las exigencias probatorias sobre el "supuesto de hecho", generará una condena anticipada al fracaso de cualquier investigación judicial, pero también absolutamente problemática es, sin duda, la afirmación, por ejemplo, de que el dinero provenía de algún delito "base" sin especificación de las acciones antecedentes y sus circunstancias modales, temporales y espaciales. Pregunta: ¿Se condenaría a un imputado de encubrimiento

(favorecimiento real) por haber comprado alguna cosa, si no existiera la posibilidad de fijar específicamente la acción antecedente, al menos, una denuncia, con visos de seriedad, sobre el hurto de la cosa comprada, acción sucedida en un determinado tiempo y lugar, y de una manera determinada, aunque no se conozca al autor?.

Estas múltiples cuestiones, generadas por la necesidad de partir de una acción antecedente, son potenciadas a un número difícil de imaginar si las ponemos en contacto con la exigencia, que demanda la prohibición, acerca de los conocimientos que debe poseer el autor del delito que examinamos para incurrir en la prohibición.

4.3. La construcción del dolo a partir de las circunstancias del hecho: nuevamente el artículo 4 de la ley 72-02

El art. 4 de la Ley 72-02 estipula que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

El legislador ideólogo de la norma que se está analizando ha querido acotar los casos en los que al ser de tan difícil comprobación el elemento subjetivo, el tercer observador puede utilizar como herramienta de comprobación de la voluntad realizadora aquellas circunstancias objetivas de cada caso en particular.

Pareciera que esta introducción que aporta el legislador es poco clara en el sentido de que al no haberse definido qué se entiende por circunstancias objetivas, da la impresión que quedan incluidas todas las manifestaciones de la voluntad realizadora, sin ningún límite real a la exclusiva manifestación de la voluntad del sujeto.

Entonces se tiene por ejemplo, que en aquellos casos, en los que aparentemente por las “circunstancias objetivas” un agente haga suponer que posee (art.3, apartado a) bienes que sabía provenientes de una infracción grave, incurriría en lavado de activos.

Se entiende que el legislador, al advertir la imposibilidad de probar un delito antecedente, ha sugerido que por “circunstancias objetivas” que no han sido definidas, un sujeto podría incurrir en lavado de activos.

Es de difícil aceptación, básicamente, en virtud de los principios de culpabilidad y de derecho penal del acto.

Las circunstancias objetivas de cada caso deben estar definidas, y luego se deberá probar si el sujeto tenía la voluntad realizadora que exigen las conductas reprimidas en la presente ley.

5. La tentativa del lavado de activos. La estructura del delito tentado y su manifestación en el sistema represivo del lavado de activos

El art. 6 de la Ley 72-02 sobre el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, sustancias controladas y otras infracciones graves, estipula que en todos los casos "la tentativa de las infracciones será castigada como la infracción misma".

Conforme ha quedado plasmado en la Ley, la sanción penal que deberá aplicarse a los casos en que el sujeto realice la conducta prohibida en grado de tentativa, será la misma que en los casos en que se haya consumado la infracción. Veamos un ejemplo. La sección III de la Ley está dedicada a las sanciones penales. En ese sentido, el art.18 dispone que "la persona que incurra en la infracción de lavado de activos previstas en las letras a) y b) del art. 3, será condenada a una pena de reclusión no menor de cinco (5) años ni mayor de veinte (20)...", es decir, si un sujeto a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave: a) convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes será pasible de la sanción penal del art.18 antes mencionado. La misma sanción penal será aplicada al sujeto que realice la misma infracción, pero en grado de tentativa (ver art. 6).

Es evidente que la técnica legislativa utilizada, por la cual se aplica la misma sanción penal a la tentativa que al delito consumado, no ha sido la más idónea.

Ha sido expresado por gran parte de la doctrina⁴⁴ que desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, denominado "iter criminis" o "camino del crimen", es decir, el conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito.

Así, encontramos para el desarrollo del delito, la concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho.

Solamente podrán ser objeto de sanción penal dentro de los momentos del "iter criminis", las etapas preparatoria, de tentativa, la consumación y el agotamiento.

Todas aquellas etapas que suceden en el fuero íntimo del autor, en ningún caso podrán ser alcanzadas por la tipicidad, en virtud del principio "cogitationis poenam nemo patitur".

Se ha dicho que la regla general es que el "iter criminis" comienza a ser punible con la actividad ejecutiva, es decir, cuando existe un principio de ejecución, los actos preparatorios son atípicos.

La tentativa queda integrada por aquellos actos que van desde el comienzo de la ejecución hasta el momento de la consumación, todos los cuales, a diferencia de los actos preparatorios, si están alcanzados por la tipificación punitiva.

Ahora bien, se ha definido a la tentativa como una conducta tipificada a la que le falta el resultado, es decir, no se ha completado la acción típica. En este sentido, el disvalor de la conducta tentada es inferior al disvalor de la acción consumada, mereciendo en estos casos una escala punitiva también menor.

Es en este punto, en el que el legislador ideólogo de la Ley en análisis, se ha equivocado. Querer equiparar las escalas penales de las conductas tentadas a las consumadas aparece como una falencia en virtud de los diferentes disvalores que cada una contiene.

Es evidente que el legislador ha utilizado la llamada "teoría subjetiva", que funda la punición de la tentativa en la voluntad contraria o enemiga del derecho del autor, es decir, se ha querido combatir la voluntad criminal.

Al tratarse de un fundamento vinculado a la voluntad criminal del sujeto, en la tentativa y en el delito consumado, las voluntades contrarias al orden jurídico se equiparan y consecuentemente, también se equiparan las penas.

La referida teoría subjetiva ha sido materia de grandes críticas, vinculadas con la posibilidad de que el legislador haya querido de esa manera punir el ánimo del autor y extender el ámbito de lo prohibido a los actos preparatorios.

Otra de las críticas que ha recibido la teoría es la equiparación de la pena de la tentativa con el delito consumado. Debe entenderse que el legislador ha dejado de lado la punición de la tentativa en los casos en que el bien jurídico en concreto no corra peligro (teoría objetiva), resultando la atipicidad de la tentativa inidónea.

Para Zaffaroni⁴⁵ "la equiparación de la pena de la tentativa con la del delito consumado obedece a un desprecio por el aspecto objetivo del injusto que no es una consecuencia de la tesis del injusto personal y complejo, sino hijo dilecto del derecho penal de ánimo, que abandona lo objetivo para desvalorar una voluntad enemiga del derecho, contraria al deber, que nos lleva al terreno de la más pura arbitrariedad".

En consecuencia, la opción que ha utilizado el legislador –teoría subjetiva- a la hora de dar fundamento a la punición de la tentativa demuestra que será punible aquella conducta del sujeto que no afecte bienes jurídicos en concreto y, además, con un sentido general autoritario, pretendiendo extender la punición a los actos

preparatorios.

Si nos referimos a la estructura típica de la tentativa, debemos decir que se trata de una tipificación bimembre, es decir, la tentativa presupone una tipicidad subjetiva y su correlato objetivo, principio de ejecución y ausencia de resultado (falta de consumación).

Entonces, tenemos que, la tipicidad subjetiva en la tentativa, al igual que en los delitos consumados, requiere de un elemento esencial, denominado dolo.

Se define al dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva. En los casos de tentativa deberá exigírsele al autor haber tomado una decisión. Entonces, habrá dolo, cuando el sujeto ya ha tomado la resolución, cuya ejecución deja condicionada a que se de cierta circunstancia.

Veamos un ejemplo. El art.3 de la Ley en análisis exige que la conducta sea realizada a sabiendas, es decir, exige al sujeto que realice los verbos típicos con conocimiento y voluntad de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. Así, debe conocer que "los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave...".

De ese modo la estructura general de la tentativa se define como un delito incompleto, es decir, contiene una tipicidad subjetiva completa y una tipicidad objetiva incompleta (ausencia de resultado).

Ya se ha dicho que el dolo es el mismo en los delitos consumados como en los delitos tentados. En consecuencia, si la conducta descrita en el tipo penal exige, aparte del dolo, algún elemento distinto, éste debe también integrar el aspecto subjetivo de la estructura de la tentativa.

Debe agregarse, que el grado de dolo exigido en los delitos consumados es el mismo para la estructura tentada. Así se tiene que en los casos en que el tipo penal deba ser realizado con dolo directo, en la estructura de la tentativa también se deberá exigir al sujeto que actúe con dolo directo. El mismo ejemplo debe ser utilizado para los casos en los que el tipo penal requiera una conducta realizada con dolo eventual.

5.1. Principio de ejecución: actos preparatorios y actos ejecutivos

Mucho se ha escrito sobre los criterios de distinción entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que conforme ya ha quedado expresado no existe un "delito de

tentativa”, es decir, como un tipo penal autónomo sino que existe tentativa de un delito.

Es en ese contexto que debe establecerse que el comienzo de ejecución siempre está relacionado con cada uno de los tipos particulares, respecto de los cuales la estructura tentada aparece incompleta, pues falta el elemento resultado en la tipicidad objetiva.

Conforme lo expresa Eugenio Zaffaroni, para poder distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos debe apelarse “a la tipicidad penal misma de la tentativa y tratar de delimitar desde el ángulo del bien jurídico y de su particular forma de afectación: los actos de tentativa sólo pueden ser aquellos que se muestran como amenazantes, como capaces de infundir temor y de perturbar, consiguientemente, la relación de disponibilidad con el ente que el derecho considera que el hombre necesita para su autorrealización”.

Entonces tenemos que, para poder distinguir la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica, debemos apelar a la forma particular que asume el tipo penal en el caso concreto, determinado también en cada caso concreto el plan del autor.

Este criterio ha sido definido por la doctrina como “criterio objetivo-individual”, e intenta relacionar la conducta típica particular con un elemento individual, el plan concreto del autor, que es valorado por un tercero.

En conclusión, para ese criterio, la tentativa comienza con aquella actividad con que el autor, conforme al plan del delito, aplica en forma inmediata a la realización del tipo del delito.

Para dar un ejemplo, habrá tentativa de transferencia de fondos cuando el sujeto a sabiendas que los fondos son el producto de una infracción grave, concurra a una entidad bancaria, con el plan de realizar una transferencia a una cuenta en el exterior, cuyos fondos una vez acreditados serán entregados al sujeto y, luego de entregarle el formulario al empleado bancario, advierte que en realidad no envió el dinero a la cuenta en el exterior sino que realizó una donación a una organización no gubernamental.

5.2. La tentativa en delitos calificados, habituales y en la autoría mediata

Hay acuerdo en los autores en determinar que en los casos en que exista una conducta calificada, ésta pueda continuar a la conducta básica. En éstos casos, habrá tentativa cuando se de comienzo de ejecución a la conducta calificada.

En los casos contrarios, es decir, cuando la conducta calificada es anterior a la conducta básica, hay tentativa cuando exista principio de ejecución en la conducta calificada previa.

En los casos de delitos que exigen habitualidad, y esta es definida como un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo, y que la repetición de conductas es una presunción de habitualidad, parte de la doctrina más destacada ha entendido que existe tentativa.

En ese sentido se ha entendido que "el delito habitual se configura como una conducta acompañada de la intención de su repetición habitual, de modo que, mientras ese elemento subjetivo acompañe a la tentativa, ésta será típica"⁴⁶.

Finalmente, en los casos de autoría mediata habrá tentativa cuando se acciona sobre el sujeto interpuesto para que cometa el hecho. Esta situación no se configurará cuando se determina a otro que actúa en forma meramente inculpable, en este caso, el interpuesto siempre será autor y el que determina no pasa de ser instigador, cuestiones que en definitiva serán resueltas por las reglas de la participación.

5.3. Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo

Ya se ha dicho que en la tentativa (idónea o inidónea) la causalidad se desvía de lo previsto en el plan de autor, provocando que no pueda concluirse con la conducta o que no pueda ocasionar el resultado.

Asimismo, en los casos en los que el sujeto actúa con un error de tipo, es decir, un error que recae sobre algunos de los elementos del tipo objetivo, tampoco puede avanzarse con la conducta, provocando que si el error es inevitable excluya el elemento subjetivo y concluya el análisis sobre la posible comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En los casos de tentativa inútil (cuando el medio elegido es inidóneo para lograr la consumación) la doctrina se ha puesto de acuerdo en afirmar que ante la existencia de un objeto inidóneo no puede hablarse de tentativa, puesto que ella requiere un comienzo de ejecución de la tipicidad objetiva, que requiere necesariamente un objeto idóneo para su configuración.

Si se piensa en un ejemplo, podrá afirmarse que no existe tentativa, es decir, no hay principio de ejecución cuando conforme al art.7 el "empleado, funcionario, director u otro representante autorizado de los sujetos obligados, adultere un registro..." que no ha sido incluido en el numeral 4 del artículo 41 de dicha Ley, por ser en este caso, un objeto inidóneo.

6. El desistimiento voluntario en el marco del delito tentado

Puede ocurrir que el sujeto desista en forma voluntaria de la comisión del delito.

La doctrina ha discutido el lugar que ocupa en la pirámide de la teoría del delito. Así, se ha sostenido que el desistimiento es igual a atipicidad, argumento que no es correcto en virtud de que cuando el sujeto ha iniciado los actos ejecutivos, éstos son de carácter objetivos y subjetivos, en consecuencia no podría hablarse de atipicidad cuando la conducta ya se ha calificado de típica, aunque sí podremos coincidir en que la tipicidad se encuentra incompleta.

Otro sector de la doctrina ha encontrado al desistimiento como causal de inculpabilidad, pero la realidad es que al sujeto, sin perjuicio de que tomó la decisión de no continuar con la ejecución de la conducta prohibida, ese motivo posterior no podría dejar de lado que se le reproche por haber actuado en forma típica, antijurídica y culpable.

Finalmente, se ha sostenido que el desistimiento integra una causa personal que cancela la punibilidad del delito,⁴⁷ pero que no afecta ninguno de sus caracteres, que permanecen completamente inalterados.

En ese sentido, los partícipes no se benefician con el desistimiento del autor, salvo que ellos mismos desistan. Sin perjuicio de ello, la circunstancia de que el desistimiento del autor no beneficie al partícipe no excluye la posibilidad de un desistimiento del partícipe que tampoco beneficie al autor.

Creemos que ante un caso de desistimiento, es decir, cuando el propio autor es aquel que deja de lado el avance de las etapas previas que lo llevan a la consumación, el sistema represor renuncia a la aplicación de un castigo en virtud de que ha desaparecido el peligro que corría el bien jurídico protegido.

La formulación de que el sistema represor renuncia a la aplicación de un castigo tiene relación con la idea de que siempre es mejor que el autor desista antes de que se consuma la conducta prohibida.

Para que se den los presupuestos de un desistimiento, siempre debemos estar frente a una tentativa (presupuesto objetivo), es decir, frente a un principio de ejecución cuya tipicidad objetiva se encuentra incompleta por faltar el resultado y ante la presencia del elemento subjetivo, dolo, el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto de que realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Puede ocurrir que desaparezca la tentativa cuando el sujeto deja de actuar con dolo, es decir, cuando advierte que está en presencia de una tentativa fallida. En estos casos no podrá el autor desistir de una conducta que

crea que es fallida, aunque en términos objetivos sea idónea.

Veamos un ejemplo. Cuando el sujeto sabiendo que los fondos que posee son el producto de una infracción grave, y comienza la ejecución de asistencia a un tercero ignorando que la asistencia que comenzó a otorgar no es idónea para lograr el lavado de activos y se arrepiente, estamos en presencia de un desistimiento voluntario en virtud de que el sujeto ignora que su tentativa es fallida, y objetivamente lo está.

7. La tentativa en los delitos de estructura omisiva

Conforme el art. 7, apartado "c" de la Ley que se analiza, incurre en infracción penal "el funcionario público titular del órgano competente para la supervisión y fiscalización del cumplimiento por los sujetos obligados de las obligaciones puestas a su cargo en esta ley...no inicie el procedimiento administrativo sancionador en el plazo establecido...", es decir, en este caso de omisión puede afirmarse que existiría tentativa desde que el sujeto especial, con dolo de omitir la conducta ordenada, realiza una acción diferente, pues ya ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, aumentando el peligro y disminuyendo la posibilidad de que se realice la conducta esperada.

En los casos de omisiones impropias el deber de actuar que emerge de la posición de garante, recién surge cuando aparece el peligro para el bien jurídico que se tutela. En consecuencia, con el primer hacer distinto del debido ya hay una tentativa, porque el sujeto debe actuar en razón de que hay peligro.

8. Responsabilidad por omisión en posición de garante

En principio no cabe ninguna duda que existe, en el marco de la Ley de lavado de dinero, la forma omisiva como modelo de imputación. Sin ir más lejos conviene recordar, por ejemplo, la omisión de inicio del procedimiento administrativo sancionador por parte del funcionario público encargado que se encuentra regulada en el art. 7 de la Ley mencionada.⁴⁸

Pero, más allá de las formas omisivas expresas, fácilmente reconocibles, conviene tener presente que en cada tipo penal de comisión se esconde una posibilidad imputativa omisiva, algo que, si bien ha generado alguna controversia en relación con el mandato de *les stricta*, ha sido aceptado mayoritariamente por la doctrina dominante.

Se trata de los casos de omisión impropia, en el marco de los cuales se imputa o atribuye al omitente no haber evitado un resultado, en el caso que se den las demás exigencias típicas de las estructuras omisivas (situación

generadora del deber de actuar, capacidad de auxilio, no cumplimiento del deber), a las cuales se suma la posición de garante del omitente (ya como garante al cuidado de una fuente de peligro o como garante al cuidado de un bien jurídico sometido a riesgos).

Eso es importante, ya que en gran cantidad de ocasiones, sobre todo en hechos ilícitos realizados en el marco de estructuras de poder criminal o financiero organizado, el sujeto de máxima responsabilidad no realiza el hecho de modo activo sino que no interrumpe, cuando podría hacerlo, un proceso lesivo que en última instancia depende de él.

La forma omisiva impropia remite a la misma pena que la forma comisiva.

¹ Diego J. Gómez Iniestra, El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 21.

² Isidoro Blanco Cordero, El delito de blanqueo de capitales, Aranzadi, Pamplona, España, pág. 31.

³ Manifestada en la llamada "lista negra" del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

⁴ Un inconveniente que se debe adelantar aquí se relaciona con la utilización indiscriminada de verbos típicos con un afán de que todo lo que pase cerca de lo que entiende por "lavado de dinero" quede abarcado por la prohibición. Ello, como se verá, no sólo complica indebidamente la tarea de interpretación de la ley penal que corresponde a los jueces, sino que multiplica hasta el infinito los posibles tipos penales: no hay ninguna duda que cada verbo representa un tipo penal sustentado muchas veces en conductas de muy distinta gravedad.

Esta verdadera inflación gramatical ha posibilitado incluso que se transforme al delito de "blanqueo de capitales" en una de sus modalidades en un delito de tenencia, haciéndose cargo de todos los problemas que implica la incorporación del verbo tener en una figura penal. Entre otros el hecho tan simple como chocante de que "todos los significados de la palabra "tener" no conciernen ni remotamente a una conducta en el sentido de la ejecución u omisión de un movimiento corporal voluntario". El hecho de que este error ya ha sido cometido por varios legisladores de América Latina y del Caribe, e incluso de otros países en el derecho penal comparado, por ejemplo al momento de regular la "tenencia de arma de guerra", no puede ocultar que sólo es posible pensar en un "tener" como "actuar" en los casos siguientes: a) adquisición de la tenencia mediante una acción, por ejemplo, compra, recepción, sustracción de una cosa; b) impedir mediante una acción la pérdida de la tenencia que está por producirse, por ejemplo, ocultando armas ante un registro inminente o deglutiendo un recipiente con droga o c) emplear o utilizar la cosa, por ejemplo, viajar con el auto, disparar el arma, consumir droga, o comprar una empresa con el dinero que requiere ser blanqueado.

Sin embargo, "los casos de las actividades expuestas no pueden ser caracterizados según las reglas y el significado corriente del idioma castellano como "tener".

La incorporación de este verbo en la legislación analizada sólo responde a facilitar, en verdad hasta lo inadmisiblemente, la actividad jurisdiccional de adquisición de prueba del ilícito.

No se olvide que la última vez que el mundo occidental utilizó estrategias similares en forma general ello coincidió con el positivismo criminológico italiano para el cual el "ser" de una determinada manera (por ejemplo "peligroso") ya constituía lo ilícito. Una de las conquistas más importantes del derecho penal liberal ha consistido justamente que en el pasaporte de un ciudadano para el sector de lo punible deba constar haber realizado una acción prohibida o haber omitido un cumplimiento de una acción debida.

⁵ Zaffaroni, Eugenio R., Manual de Derecho Penal, pág. 396, Editorial Ediar, 1987.

⁶ Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, tomo I, editorial Planeta, Buenos Aires, 2001, página 648.

⁷ Ob. cit, tomo II, pág. 2210.

⁸ Ob. cit, tomo II, pág. 2212.

⁹ Ob. cit, tomo I, pág. 49.

¹⁰ Ob. cit. tomo II, pág 1808.

¹¹ Ob. cit, tomo II, pág. 2154.

¹² Ob. cit, tomo II, pág. 2260.

¹³ Ob. cit, tomo II, pág. 2609.

¹⁴ Maier indica que este es el primer antecedente que introdujo claramente el principio de inocencia. También anuncia límites al principio de incoercibilidad del imputado durante el proceso. Ver Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Tomo I, 1996, pág 511.

¹⁵ Fontán Balestra, Carlos, Tratado de derecho penal, parte especial. Tomo VII, página 321, Abeledo Perrot.

¹⁶ Marcelo Sancinetti, "Sobre la inconstitucionalidad del llamado del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (el adiós al estado de derecho)", publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n° 8, - C, pág 943, Editorial AdHoc, Buenos Aires, Argentina.

¹⁷ Gabriela B. Basualdo, "El delito de enriquecimiento ilícito", en Nueva Doctrina Penal, Editores del puerto, Buenos Aires, 2003, página 14.

¹⁸ Maurach, Derecho Penal. Parte General, Ed. Astrea, pág. 320.

¹⁹ Maurach, ob.cit., pág. 317.

²⁰ Roxin, Claus, Autoría, pág. 317 y ss.