

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA EVASIÓN FISCAL COMO INDICIO DEL CAMBIO DE CALIFICACIÓN
JURÍDICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**ALBERTO URRUTIA, JONATHAN HERIBERTO.
ARÉVALO ABREGO, CANDELARIO DE JESÚS.
GAMERO FIGUEROA, MANUEL ALEJANDRO.**

DOCENTE ASESOR:

LIC. JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LICENCIADO LEVIS ITALMIR ORELLANA CAMPOS
(PRESIDENTE)**

**LICENCIADO MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ
(SECRETARIO)**

**LICENCIADO JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**Dr. Manuel De Jesús Joya
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO**

**Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Licda. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Fundamentalmente agradecer a **DIOS**, que es y será siempre el pilar fundamental de mi vida, el que me ha permitido finalizar una de mis metas, que me regalo la vida, salud, inteligencia y perseverancia para continuar en esta etapa, por bendecirme al terminar este gran proyecto que ha sido bendición en mi vida.

A mis padres, **Jorge Humberto Arévalo**, y **Gladis del Carmen Abrego**, que me han apoyado a seguir en esta carrera sin importar nada, que han sido mi apoyo incondicional en este caminar, gracias a ambos por cada uno de los sacrificios realizados, por motivarme a no dejar de lado mi carrera y por hacer de mí una persona de principios y valores.

A mis hermanos, Carlos Antonio, Juan De Jesús, Pedro Enrique y Gladis Daniela, por ser mi fuente de inspiración y amor.

A mis Amigos Manuel Alejandro Gamero y Jonathan Alberto Urrutia, a mis docentes y compañeros, que me han acompañado en este proceso de aprendizaje, de quienes he adquirido los mejores conocimientos.

Candelario Arévalo.-

AGRADECIMIENTOS

Le agradezco a Dios por ser mi guía, mi luz y mi camino a lo largo de mi carrera además de ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

A mi padre José Moisés Deras Pleitéz por el apoyo incondicional que me ha brindado.

A mi madre Sandra Evelyn Urrutia por haberme guiado por el buen camino.

A mi hermana Jocelyn Urrutia porque siempre me brindó su aliento en momentos difíciles.

Jonathan Alberto.-

AGRADECIMIENTOS

A *Dios todopoderoso*, por su inmensurable misericordia y su providencia que no se ha apartado de mí en ningún momento de la vida, así como su luz y guía de discernimiento que me ha forjado y que ha permitido además que finalice una etapa muy importante en mi desarrollo académico.

A *mis padres*, Rolando y Milagro, a quienes debo todo y aún más. Por su incansable ahínco en la formación de valores espirituales, morales, y en todo aspecto de mi desarrollo personal. De igual manera a mis hermanos, Fernando y Rolando, por tener a bien extender sus manos con consejos y apoyo que en todo momento me han acompañado.

A *mis abuelos*, Roberto y Alicia, por sus cuidados y por tener una palabra de amor y consuelo indistintamente de las adversidades de la vida, así como su entrañable calidad moral que se ha convertido en luz a mis pasos.

A *mi asesor y amigo*, Jonathan Funes, por su guía y paciencia en todo momento. Así mismo al Lic. Oscar Javier Portillo, quien goza de la presencia de Dios, por brindarme su amistad y alentarme a no conformarme aunque todo sea suficiente.

A *mi novia*, Tatiana Gómez, quien ha sido el aliento para cada día salir adelante y una de las más grandes pruebas del amor que Dios me ha brindado.

A *la familia Alvarado Fuentes y al Lic. Mario Monge*, por todo el apoyo y oportunidades brindadas a lo largo de mi carrera profesional y laboral.

A *mis amigos*, Gilberto y Manuel, por siempre estar ahí. De igual manera a mis compañeros de tesis Heriberto y Candelario.

En homenaje a mi padre José Rolando Gamero González (1954-2014)

Alejandro Gamero.-

INDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CAPÍTULO I

HISTORIA DEL ACTO ECONÓMICO DE LA AUTORÍA Y COAUTORÍA EN LA EVASIÓN FISCAL Y EL LAVADO DE

DINERO.....	1
1.1 Análisis histórico de la autoría y coautoría.....	1
1.2 Autoría y coautoría en la evasión fiscal y el lavado de dinero.....	7
1.3 Historia de la evasión fiscal.....	14
1.4 Historia del lavado de dinero y de activos.....	17
1.4.1 Terminología utilizada en el lenguaje operatorio del lavado de dinero.....	22
1.5 Historia del blanqueo de bienes.....	26
1.6 Características del delito de lavado de dinero.....	29
1.6.1 Elementos y fases del lavado de dinero.....	32
1.7 Dinero sucio y dinero negro en el lavado de dinero.....	37

CAPÍTULO II

EVASIÓN FISCAL Y DELITO DE PASAJE, FORMAS PUNITIVAS Y MEDIOS DE REALIZACIÓN DEL DELITO.....

2.1 Evasión fiscal como tipo penal.....	39
2.2 El problema real de la evasión fiscal.....	43
2.3 El mecanismo de resentimiento fiscal.....	46
2.4 La evasión fiscal como problema histórico.....	47
2.5 El delito de pasaje y sus etapas previas de realización.....	49
2.6 Formas punibles del delito de pasaje en la evasión fiscal.....	50

CAPÍTULO III

LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS EN RELACIÓN DIRECTA CON LA EVASIÓN FISCAL Y LA CORRUPCIÓN JUDICIAL.....

56

3.1 Lavado de dinero propiamente dicho.....	56
3.2 Bien jurídico protegido y análisis del tipo básico del lavado de dinero.....	58
3.3 Delito uniofensivo o pluriofensivo.....	63
3.4 La evasión fiscal como indicio del delito de lavado de dinero.....	65
3.5 Origen y delito previo a la adquisición de bienes.....	68
3.6 Sistemas jurídicos y cooperación internacional.....	69
CAPÍTULO IV	
CRITERIOS TÉCNICOS DE LAVADO DE DINERO BASADO EN LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI).....	
	71
4.1 Estándares internacionales contra el lavado de dinero.....	71
4.2 Recomendaciones del GAFI.....	76
4.3 El terrorismo y la proliferación como financiamiento para el delito de lavado de dinero y de activos.....	84
4.4 Dependencias, controles y grupos financieros como medio eficaz a la no realización del delito.....	87
4.5 Transparencia y beneficiario final de personas jurídicas y otras estructuras jurídicas.....	88
4.6 Requisitos para las instituciones financieras del GAFI.....	89
CAPÍTULO V	
INCREMENTOS NO JUSTIFICADOS DE PATRIMONIO DESDE EL PUNTO FISCAL Y DEL BLANQUEO DE CAPITALS.....	
	91
5.1 El desafío de la corrupción para el estado democrático de derecho..	91
5.1.1 La insuficiencia de las nuevas medidas contra la corrupción.....	93
5.1.2 El patrimonio de origen desconocido. Blanqueo de capitales y delito fiscal.....	94
5.1.3 El delito de enriquecimiento ilícito.....	99
5.2 El bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales.....	103

5.2.1 Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales.....	104
5.2.2 El orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales.....	107
5.2.3 El tráfico ilícito de bienes como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales.....	109
5.2.4 La administración de justicia como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales.....	109
5.2.5 El delito previo como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales.....	110
5.2.6 Consideración del blanqueo de capitales como un delito pluriofensivo.....	110
5.3 Algunas consideraciones sobre la tipificación y el objeto material del delito de blanqueo de capitales en los ordenamientos alemán y español	
5.3.1 Introducción, evolución de las últimas directrices sobre el delito de blanqueo de capitales y fases del blanqueo.....	112
5.3.2 La tipificación del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal alemán.....	114
5.3.3 La tipificación del delito de blanqueo de capitales en el código penal español.....	114
5.4 Fases en la evolución del fraude fiscal (elusivo, competitivo y agresivo). El fraude de Carrusel en IVA	
5.4.1 Nuevas tipologías del fraude fiscal.....	115
5.4.2 La brecha fiscal del IVA.....	116
5.5 La lucha contra el fraude fiscal en España y América Latina	
5.5.1 Características generales de la tributación en España y América Latina.....	117
5.5.2 Reformas tributarias en España.....	118
5.5.3 Paraísos fiscales.....	120

5.5.4 Impuestos heterodoxos.....	121
CONCLUSIONES.....	123
RECOMENDACIONES.....	126
BIBLIOGRAFÍA.....	128
ANEXOS	

RESUMEN

A lo largo de la investigación, la cual estableció la base del criterio judicial referente a la procesabilidad al momento de enfrentarse al ilícito penal de lavado de dinero y evasión fiscal, se rompe el paradigma de asegurar en primer momento, que toda sanción jurídica comprobable de ambos tipos penales, resulten en sentencia condenatoria para los indiciados; todo lo contrario, pueden establecerse las bases para comprender que no necesariamente se debe enfrentar una atapa procesal acabada para conseguir una condena, tampoco desestimar que los elementos aportados a lo largo del proceso, aseguren una absolución definitiva de los sujetos en cuestión. Además, en un segundo momento, aplicar el conocimiento jurídico y sobre todo de las técnicas legislativas que rigen el ordenamiento jurídico, específicamente en materia penal, y convertir estos ilícitos en delitos conexos que de ninguna forma podrán ser sometidos a evaluación judicial de manera aislada, logrando así el objetivo trazado independientemente del lugar en que se encuentre el profesional del derecho.

Sin lugar a dudas, la frágil postura jurisdiccional se pone a prueba en los delitos relativos a la Hacienda Pública y a la propiedad privada, donde fácilmente pueden ser sometidos a presiones y favorecimientos que, a su vez, pueden beneficiar a una distinguida clase social dominante dentro del sistema penal y desfavorecer a otra de menor incidencia, tomando en cuenta la selectividad del derecho penal, que es, a su vez, elemento sustancial de su esencia.

El lavado de dinero es un problema que perjudica no sólo a una nación sino también a nivel global, dado el volumen asombroso que éste delito acarrea como consecuencia distorsiona las decisiones de los Estados en materia económica y amenaza la integridad de las instituciones financieras.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un enfoque jurídico-dogmático sobre las causas que dan origen a la tipificación jurídica de la evasión fiscal como indicio del delito de lavado de dinero y de activos, esto como parte fundamental de investigar cuales son los criterios que utilizan los juzgadores en materia penal para tipificar y encajar una conducta ya típica y antijurídica pero que a su vez se asienta sobre una frágil postura que fácilmente puede ser probada o sometida a presiones y favorecimientos que puedan beneficiar a una distinguida clase social dominante dentro del sistema penal y desfavorecer a otra de menor incidencia, por causas que pueden llegar a ser desde la perspectiva económica y adquisitiva de los sujetos procesados o bien desde la perspectiva política y social.

La mayoría de casos judicializados o que han llegado a rozar la esfera de las investigaciones tomando en cuenta este delito, resultan en una completa absolución para las personas involucradas, o inclusive resultan siendo cambiados de calificación jurídica por motivos que derivan de la complejidad que se tiene al momento de hacer encuadrar –por decirlo de una manera- la conducta típica y antijurídica con la lesión causada y con la forma de realización de la misma, teniendo en cuenta además, que el administrador de justicia, debe ser garante de cada etapa procesal y sobre todo garantizar que la culpabilidad o inocencia de un procesado, sea decretada sobre hechos robustamente comprobados y sustentados a fin de que no quepa ninguna duda en la interpretación que el juez erigió en su momento.

Esto, entonces, se convierte en un tema eminentemente de valoración y pericia del juzgador, la fundamentación en las razones por las cuales se condena o absuelve este tipo de prácticas de carácter penal y tributario, que a su vez cabe aclarar que no es este el motivo del interés en la realización de este estudio, sino más bien, atañe a esta investigación, tratar de comprender

el parámetro y de esta manera llegar a la conclusión del porqué un proceso de tales envergaduras, se configura realmente o no en la tipificación jurídica del delito posterior al que se quiera referir, como es éste caso a la evasión fiscal como delito previo o delito precedente a la realización del delito de lavado de dinero y de activos.

Es bien sabido que el origen de la evasión fiscal además de permitir conocer las técnicas usuales de su realización, también ha dado lugar a crear las herramientas esenciales para combatirla, fundamentalmente por el efecto nocivo que produce este fenómeno sobre los recursos tributarios que son la fuente económica *a priori* más importante de los Estados. En este sentido debe entenderse que la evasión constituye un fenómeno que además de erosionar los ingresos del Gobierno, deteriora la estructura social y económica de cualquier país, vulnerando la legitimidad de estos. Adicionando a dicha expresión, que la evasión invalida las propiedades de neutralidad económica de las mejores estructuras tributarias, provocando una asignación ineficiente de recursos que se ven vulnerados al momento en que los gobiernos no pueden ejercer una recaudación activa de éstos y generan una desestabilización en los planes de ejecución de proyectos sociales de primer orden como lo concerniente a la salud, educación, seguridad y vulnerabilidad, entre otros.

Referente al lavado de dinero, es importante acotar que, es un serio problema que perjudica no sólo a una nación sino también a todo el mundo, dado el volumen asombroso que este delito trae como consecuencia, y esto es en el mayor de los grados, es, la corrupción. Ésta, distorsiona la toma de decisiones económicas, agrava los males sociales y amenaza la integridad de las instituciones financieras. Aunque, actualmente la denominación de "lavado de dinero" es obsoleta debido a que no sólo se "limpia" dinero proveniente de actividades ilícitas, sino también otro tipo de bienes, tales

como propiedades, acciones, vehículos, entre otros, por lo que lo apropiado es referirse a este ilícito penal como "lavado de activos" que sustancialmente en nuestro país, una ley especial regula ambos aspectos en conceptos fiscales, resultando un menor vacío en el sistema de regulación jurídica por lo menos hacia dentro de éstas fronteras.

El aporte teórico de esta investigación, radica en la comprensión del criterio judicial que se va a utilizar al momento de impartir justicia en este tipo de delitos en particular, porque la complejidad de esas decisiones reside en la conciencia, mente y comprensión del juzgador en la toma de decisiones que posteriormente quedaran plasmadas en una sentencia. Lo expuesto en el postulado anterior convierte a esta investigación en una base para incidir en el ánimo del legislador, aplicador de justicia y en general a toda persona que tome a bien utilizarla como guía de estudio o para conocimiento general de un criterio diferente para quien la consulte.

De conformidad con lo anterior y al mismo tiempo haber creado un breve esbozo de lo que en adelante se referirá ésta investigación, es procedente enmarcar lo referente al desarrollo de cada capítulo del contenido que conforma éste trabajo; siendo así, el primer capítulo llamado: "Historia del acto económico de la autoría y coautoría en La evasión fiscal y el lavado de dinero" que se refiere sustancialmente a los momentos en que históricamente nació este flagelo, y al momento en que se ha desarrollado una cantidad muy considerable de aportes doctrinarios que han servido para darle facilidades al legislador al momento de crear la norma y al juzgador al momento de aplicar la misma, así como también, desarrollar de manera exhaustiva el momento en que se comienza a considerar como autor o coautor a la diversidad de sujetos que intervienen en la realización del delito.

El capítulo número dos, de nombre: "Evasión fiscal y delito de pasaje, formas punitivas y medios de realización del delito", hace referencia a evasión fiscal

como tipo penal, para comprender los presupuestos que el legislador ha utilizado al momento de crear la norma, y que sea de fácil comprensión para el lector, el enmarcar la conducta típica y antijurídica en el determinado caso en concreto, pudiendo éste diferenciar de manera clara y precisa desde las generalidades de la evasión hasta el bien jurídico protegido por el legislador. Y además todo tipo de formas punibles de la evasión comprendidas desde las etapas de delito previo, mecanismos y problemas reales que esta representa.

El capítulo número tres, que lleva por nombre: “Lavado de dinero y de activos en relación directa con la evasión fiscal y la corrupción judicial” permite comprender al lector los problemas, etapas, clasificaciones, requisitos, y demás elementos que se deben tomar en cuenta para poder tipificar este ilícito en la categoría de delitos. Así mismo como analizar todos los sistemas jurídicos existentes contra la realización del lavado de dinero, el bien jurídico protegido y el análisis sistemático del tipo básico del lavado de dinero. Como parte esencial además, la total claridad en la comprensión posterior análisis de la clasificación del delito en su esfera de uniofensividad o pluriofensividad que es el punto medular al momento de comprender sobre que se está frente a poner en comento en un proceso penal.

En el capítulo número cuatro, que tiene como acápite: “Criterios técnicos de lavado de dinero basado en las recomendaciones del grupo de acción financiera (GAFI)” el consultante se encontrará con la información referente a los estándares internacionales contra la realización del delito de lavado de dinero y de activos, las dependencias, controles y grupos financieros que se rigen bajo los lineamientos del GAFI, como también la comprensión del origen del financiamiento que devienen en la proliferación de los delitos referentes al lavado de dinero; y un análisis concreto de la transparencia y el beneficiario final de las personas jurídicas y toda clase de estructuras que se

ponen en funcionamiento al momento de ser de ser de conocimiento de las autoridades encargadas de la investigación y persecución del delito.

Y, finalmente, el capítulo número cinco llamado: “Incrementos no justificados de patrimonio desde el punto fiscal y del blanqueo de capitales” en donde se logra comprender el desafío de la corrupción en un estado democrático de derecho que conlleva a tomar medidas contra ésta que parecen ser siempre insuficientes, así como analizar el patrimonio de origen desconocido, el agotamiento del delito y el menoscabo en la solidez del sistema financiero por medio del tráfico ilícito de bienes y la administración insuficiente de justicia. Para concluir con las fases de la evolución del fraude fiscal, las tipologías del mismo, y la mejora en el rendimiento y la eficacia de la administraciones fiscales de los estados.

Se pretende además brindar un aporte científico y metodológicamente académico a la solución de la problemática antes expuesta, considerando que es pertinente brindar ideas y lineamientos judiciales y jurisprudenciales para establecer una mayor claridad al momento de tomar en cuenta los criterios que el juzgador va a utilizar para la toma de decisiones en sus acciones procesales, así como forjar una postura crítica y de posibles soluciones a los problemas que son inherentes a la evasión fiscal y al lavado de dinero contenidos en este estudio.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ALA/CFT	(Sistema Anti Lavado de Activos y Contra la Financiación del Terrorismo)
APNFD	(Actividades y Profesiones No Financieras Designadas)
Art.	(Artículo)
CICAD	(Comisión Interamericana Para El Control Del Abuso De Drogas)
DTE	(Declaración Tributaria Especial)
EEUU	(Estados Unidos)
ERTA	(Grupo de Investigación sobre Terrorismo y Contra Terrorismo de Canadá)
Etc.	(etcétera)
FATF	(Financial Action Task Force)
FMI	(Fondo Monetario Internacional)
GAFI	(Grupo de Acción Financiera Internacional)
GAFIC	(Grupo de Acción Financiera del Caribe)
GAFILAT	(Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica)
GAFISUD	(Grupo de Acción Financiera de Sudamérica)
IRPF	(Impuesto sobre la renta de las personas físicas)
IS	(Impuestos de Sociedades)
IVA	(Impuesto sobre el Valor Agregado)

LGT	(Ley General Tributaria)
OCDE	(Organización para el Comercio y Desarrollo Económico)
ONU	(Organización de las Naciones Unidas)
PLD/FT	(Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo)
RE	(Recomendación Especial)
UE	(Unión Europea)

CAPITULO I

HISTORIA DEL ACTO ECONÓMICO DE LA AUTORÍA Y COAUTORÍA EN LA EVASIÓN FISCAL Y EL LAVADO DE DINERO

En este capítulo se abordan los antecedentes del ser humano respecto a consagrar el dinero como activo o bien generalmente aceptado como medio de pago para sus intercambios personales; siendo desde el primer momento la utilidad cambiaria entre una, otra y varias personas entre sí, para satisfacer sus pretensiones al momento de ostentar a una determinada cosa, bien o servicio.

Además el acto económico en sí, requiere una actitud de conocimiento consciente y voluntariedad para efectuar un determinado fin, que en su caso puede reflejarse en la conducta evasiva del contribuyente o sujeto obligado al pago de impuestos y posterior del blanqueador de bienes, es así como toma relevancia la figura del autor y el coautor en las infracciones penales en las que incurre, que son objeto de análisis de este capítulo, que permite a su vez generar un punto de partida para la realización del acto económico propiamente dicho.

1.1 Análisis histórico de la autoría y coautoría

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.

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. 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.

En el presente postulado se analizará la coautoría en la forma en que se presenta cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, es necesario que sea además, esencial; de lo contrario, estaríamos frente a la complicidad como forma de participación.¹

En palabras de Maurach Gössel "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 socii*".

Muñoz Conde define la coautoría como: "*la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.*"²

La autoría y la participación se introducen metódicamente dentro de las temas que afectan al tipo penal, si bien razones comprensibles sugieren no

¹ Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, *La Coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal* (México: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2005) 11.

² Francisco Muñoz Conde, *autoría y participación* (España: Universidad Autónoma de Sevilla, 2014), 75.

explicarlas precisamente al hilo de ese elemento del delito, sino más bien una vez que se han explicado todos los elementos del mismo³. Para lo que es necesario tener claro la diferencia entre ambas definiciones.

Los criterios principales a los que se ha incurrido para diferenciar la autoría con la participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo-formal, las teorías objetivo-materiales, la teoría del dominio del hecho y algunas otras, como por ejemplo la de la determinación objetiva y positiva del hecho, que están relacionadas con la anterior.

La definición del autor como anteriormente se menciona, sólo toma en cuenta las respectivas descripciones de los tipos penales involucrados en la definición normativa del supuesto de hecho. Como se sabe, uno de los puntos en los cuales *la teoría objetivo formal* manifiesta, que autor es quien realiza total o parcialmente la acción. Según esta teoría, existen dos versiones de esta: a) la clásica, en la cual autor es todo aquel que realice una acción ejecutiva (en el sentido de la tentativa); b) la modificada o moderna, para la que autor es el sujeto cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial, o sea, el que realiza la acción típica (o alguna de las acciones típicas), no bastando la realización de una acción ejecutiva no típica.

Por otro lado, es indudable que la teoría objetivo formal 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

³ Miguel Díaz y García Conlledo, *Autoría y Participación*, 2º ed. (España: Universidad de León, 1998), 22.

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, pretende solucionar las exigencias de la teoría formal-objetiva, posibilitando la imputación del hecho como autor. Por lo que parte de la idea que ya que desde el plano objetivo no es posible diferenciar entre autores y partícipes, por tanto, llevan a cabo la distinción en el plano subjetivo: autor es quien actúa con voluntad de autor o *animus auctoris* y partícipe quien lo hace con voluntad de tal o *animus socii*. Para la teoría del dolo actúa con *animus auctoris* quien lo hace con una voluntad autónoma y con *animus socii* aquel cuya voluntad es dependiente de la del autor y subordinada a éste. Para la teoría del interés se actúa con uno u otro ánimo según se tenga o no un interés propio en el hecho.

La teoría subjetiva es criticada y rechazada, pues es habitualmente imposible diferenciar quién actúa con voluntad autónoma o subordinada o incluso se puede pensar que todos actúan con voluntad subordinada o en interés ajeno, lo que presumiría la existencia de hechos en los cuales solo intervengan partícipes y sin autor, que una sola persona realizara todo el hecho pero subordinando su voluntad a otro o en interés de otro, o cabría la posibilidad de pensar que siempre que se interviene en un delito se tiene algún interés propio. Las teorías subjetivas suponen una mezcolanza de criterios⁴, ya que 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*).

⁴ Guillermo Enrique Fuentes, *Lavado y Blanqueo de Dinero* (Colombia: Media Group Co. Ltda., 2012), 31.

Durante los últimos 25 años, las teorías material-objetivas de la autoría han dominado, ya que para esta teoría, autor es, "cualquiera a quien le puede ser imputado el tener las riendas del suceso, es autor quien efectúa 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 explícitas consecuencias político criminales, entre ellas, la limitación de los excesos derivados 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.

Desde el prisma de la distinción entre delitos de infracción de un deber y los de dominio, los primeros se especifican en que el papel del autor es evidente en forma total por la infracción de un deber específico encaminado al agente. En los delitos de infracción a un deber el autor no es 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). El elemento que concluye sobre la autoría instituye una infracción de un deber extrapenal que no se desarrolla inevitablemente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que estén antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originen en otras ramas jurídicas.

Los conceptos de autor que se han sostenido o se conservan pueden reducirse a tres: unitario, extensivo y restrictivo⁵. El concepto unitario de autor renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal todo interviniente es autor porque aporta una contribución causal al

⁵ Covadonga Mallada Fernández, *Fiscalidad y Blanqueo de Capitales* (España: Universidad de Madrid, 2013), 37-40.

delito. En su vertiente más moderna o funcional renuncia a una fundamentación causal, distingue entre diversas formas de autoría (o, si se quiere, de intervención) y su rasgo más distintivo es que no existe una relación de accesoriedad entre unos y otros intervinientes. Hay diversas críticas al concepto unitario de autor, ya que se hace mención que este, permite una menor exactitud o acopio de las fronteras de lo típico y supone que un olvido del legislador en la corrección de sus consecuencias indeseadas conduzca a un exceso de punición. En consecuencia el concepto unitario de autor se adapta peor que el restrictivo a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho.⁶

El concepto extensivo de autor, que se suele identificar con teorías subjetivas, aunque también ha sido defendido desde teorías objetivas, parte de la misma premisa que el unitario: todo interviniente es autor, pero, a la vista del dato de que muchos, contienen preceptos específicos dedicados a las formas de participación diferentes de la autoría, se reconoce la necesidad de distinguir entre autoría y participación y, a menudo, se admite el carácter accesorio de la participación, con lo que, en buena medida, se traiciona el punto de partida del concepto.⁷

El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes, y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidir en que autor es sólo quien realiza el tipo; Este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriedad (limitada) de la participación es el preferible, sobre todo por permitir un mejor recorte o determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor grado a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Las consecuencias indeseables a que en ocasiones puede

⁶ Díaz y García, *Autoría*, 29

⁷ José Luis Arroyo Barrigüete, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones* 2º ed. (Madrid: Centro de Publicaciones, 1987), 46.

conducir el principio de accesoriadad de la participación pueden ser evitadas mediante previsiones específicas del legislador.⁸

Al hacer referencia al sujeto activo se ha sostenido que el tipo de la obtención fraudulenta está construido como delito especial, en tanto que el círculo de autores típicos está limitado a las personas que obtienen la colaboración, mientras que el tipo del disfrute fraudulento no exige especiales características a la figura del autor. Es, pues, respecto del tipo de la obtención fraudulenta donde se plantean más graves problemas, los cuales se derivan sobre todo de los supuestos de división funcional del trabajo dentro de la esfera de dominio del hipotético titular de la subvención y de aquellos otros en los que un tercero del todo ajeno al titular de la colaboración contribuye a su obtención fraudulenta lo que reviste particular interés cuando se trata de un funcionario de la Administración subvencional.⁹

1.2 Autoría y coautoría en la evasión fiscal y el lavado de dinero

En el ámbito de las formas de interposición en el delito, tienden a imponerse fórmulas de no distinción entre autoría y coautoría; algo que ya se advierte en el plano de la pura tipificación si se examinan los tipos de delito en materia de evasión o de lavado de dinero.¹⁰

Las formas de conformación del proceder humano con relevancia jurídico-penal, para responder en concepto de autor, no se extinguen con la ejecución de la conducta típica de forma individual y de propia mano, lo que se le conoce como autoría inmediata, es decir como dominio de la acción, ni con la ejecución del tipo penal a través de otra persona quien actúa como herramienta, para que lleve a cabo la voluntad delictiva del hombre de atrás

⁸ Díaz y García, *Autoría*, 36.

⁹ Arroyo Barrigüete, *Delitos Contra la Hacienda*, 50.

¹⁰ Muñoz Conde, *Autoría y participación*, 83.

Las formas de conformación del proceder humano con relevancia jurídico-penal, para responder en concepto de autor, no se extinguen con la ejecución de la conducta típica de forma individual y de propia mano, lo que se le conoce como autoría inmediata, es decir como dominio de la acción, ni con la ejecución del tipo penal a través de otra persona quien actúa como herramienta, para que lleve a cabo la voluntad delictiva del hombre de atrás lo cual sería autoría mediata como dominio de la voluntad; es de esta forma que 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, "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, domina, la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de adelante.

Cuando intervienen varias personas en el proceso de actuación delictiva, se plantea el problema de esclarecer si todos los participantes en dicho proceso deben responder criminalmente de forma emancipada por la ejecución de un hecho injusto propio (coautoría) o bien de forma dependiente por la contribución a un hecho injusto ajeno (participación). La autoría supone la realización de un tipo principal (hecho injusto propio), mientras que la participación supone la realización de un tipo de referencia, mediante la cooperación accesoria para que otro realice el tipo penal. Es aquí donde se encuentra la diferencia entre ambas formas de intervención criminal, ya que no es cuantitativa, sino cualitativa.

Hay que establecer los principios y presupuestos que permitan diferenciar y ordenar correctamente la coautoría y la participación, siendo conscientes de que sus límites no son precisos, ya que este campo empírico está demasiado

abierto y, por ello, se producen constantes y fluidas transiciones entre ambos tipos de intervención criminal. El principio de accesoriadad limitada, tiene aplicación en el ámbito de la autoría y participación, en el sentido que sirve para resolver los problemas de participación del delito cometido por el autor, estableciendo que este último debe realizar una conducta típica y antijurídica para poder construir la responsabilidad del partícipe.¹¹

Tradicionalmente para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, la dogmática jurídico penal de muchos países distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios entre los que predomina la teoría del dominio del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de este delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe en cambio, es solo como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda o induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.¹² La inexistencia de unos límites precisos dados de antemano no es ningún impedimento para establecer los principios directrices, dado que la materia obliga a la inclusión de regulativos, a partir de los cuales se pueda llevar a cabo una delimitación correcta de los casos individuales. Por todo ello, no cabe duda que la distinción entre la coautoría y la participación constituye el principal y más complejo problema en la teoría de la codelincuencia.

El concepto de coautoría comparece explícito en forma dominante por el concepto de autor e importa de ese ámbito todas las ambigüedades y dudas.

¹¹ Lenin Stalin González Benítez, "El Delito de Lavado de dinero en la legislación penal salvadoreña" (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2008), 77-78

¹² Carmen Almagro Martín, *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, (Pamplona: Aranzadi, S.A.U. 2016), 67.

trate. Desde el punto de vista del codominio del hecho se trata de que cada uno de los coautores tienen 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. 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.

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

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.

En la doctrina del derecho comparado El profesor Jacobo López Barja de Quiroga expone que *"la coautoría es el dominio funcional del hecho, y se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos"*¹³. La Coautoría estará limitada entonces, en función del juicio que se guarde sobre la autoría. Será diferente desde una óptica subjetiva que desde una óptica objetiva (formal o material). Es preciso que preexistan las funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo.¹⁴

De todos los problemas dogmáticos se enfatiza, de manera única, la temática de la autoría y los problemas que ostenta la imputación de un hecho a una organización compleja, entendiéndose que estas son: organizaciones criminales las dedicadas al terrorismo, al narcotráfico o al blanqueo de

¹³ Pedro López Barja de Quiroga, *Requisitos en la Dogmática Penal* (Compostela: El Alto Imperio, 2007), 44.

¹⁴ Márquez Cárdenas, *Concepto y Requisitos*, 112.

De todos los problemas dogmáticos se enfatiza, de manera única, la temática de la autoría y las problemas que ostenta la imputación de un hecho a una organización compleja, entendiéndose que estas son: organizaciones criminales las dedicadas al terrorismo, al narcotráfico o al blanqueo de capitales y otra serie de grupos que aunque inicialmente no operen o se constituyen como sociedades criminales, realizan ocasionalmente actividades constitutivas de delito, ambos presentan problemas interpretativos para la adecuada determinación de las responsabilidades penales de los sujetos intervinientes con las herramientas del Derecho Penal Tradicional; Quinteros Olivares,¹⁵ expresa *“El Derecho Penal ideológica y técnicamente se ha construido en el siglo que ahora acaba pero sin abandonar ciertas notas esenciales, que en lo que aquí interesa se pueden resumir en una misma idea: la persona individualizada es la única referencia que hace comprensibles los conceptos usados en la teoría jurídica del delito. Las clásicas explicaciones sobre la autoría y la complicidad, la inducción o la autoría mediata, la tesis del dominio del hecho como modo de fundamentar la responsabilidad criminal, saltan en pedazos cuando se intentan aplicar en el campo de la llamada criminalidad organizada”*

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 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. En pocas palabras autor es el que conduce el hecho, quien “domina” en el sentido institucional.

¹⁵ Gonzalo Quinteros Olivares, *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales* (España: Aranzadi, S.A.U. 2016), 39.

Una vez que el autor del delito principal y previo, ha adquirido las ganancias ilícitas originarias de sus negocios ilícitos, busca quien le ayude a lavar el dinero o bienes sucios, por lo que recurre a terceras personas que bien pueden convertirse en autora, cómplice o encubridora y esto según la naturaleza jurídica de la ayuda que se brinde. Así, si la ayuda es determinante, estaremos hablando de coautoría; si la ayuda es indirecta o secundaria, podríamos estar en el ámbito de la complicidad; y, finalmente, no hay que olvidar los encubridores son los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, entre otras distintas conductas.¹⁶

En cuanto a las distintas formas de autoría y coautoría la posibilidad de que quien ha cometido el delito de evasión y el delito de lavado de dinero recurra luego a otras personas para cometer el delito de conversión o transferencia de bienes, a través de las siguientes vías: a) aconsejando o instigando a otras personas para que la cometan, siempre y cuando el consejo haya determinado la perpetración del delito; b) los que han efectuado el delito valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; c) los que por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. 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.

¹⁶ Ricardo Vaca Andrade, *El delito de lavado de dinero en Ecuador*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 34.

En la evasión fiscal se parte de ingresos legalmente adquiridos, pero que se intenta ocultar para no pagar impuestos. El lavado de dinero de proveniencia delictiva hace exactamente lo contrario, parte de unos ingresos adquiridos ilegalmente y trata de darle la apariencia de ser legalmente obtenidos.¹⁷

1.3 Historia de la evasión fiscal

La evasión fiscal a través de la historia se ha podido observar en cuanto a la resistencia que siempre se ha tenido por parte de los ciudadanos en las imposiciones que se les ha hecho de pagar contribuciones.

En el régimen Hebreo, existía un sistema que se fundaba a través de las llamadas limosnas, en las cuales se contemplaban el pago de la décima parte de la renta. En esa época también se consideraban las prestaciones en especie o personales; cuando el ciudadano no se realizaba la obligación de pago, se les otorgaba un severo castigo corporal ya que se entendía que estaba evadiendo sus obligaciones.

Se empieza a respetar el cumplimiento del deber de pagar los tributos de una manera coincidente, en la época del cristianismo, en esta misma época se establecen los lineamientos del poder público.

La relación jurídica entre el contribuyente y la imposición de la contribución, se edificó sobre la base de una organización del sistema tributario a través de la costumbre y de la forma que estaba dividida la ciudad de Roma, es así que se emplearon principios universales y no particulares. En ellos intervinieron Di Renzo con el sistema tributario romano, así como Servio Tulio, el cual tuvo un gobierno democrático hasta la decadencia del imperio en tiempo de Augusto.

¹⁷ Manuel Tondini Bruno, *Blanqueo de Capitales y Lavado de dinero, su concepto, historia y aspectos operativos* (Argentina: Universidad Católica de la Plata, 2009), 66.

Para este imperio tenía mucho valor lo que se establecía por medio de un contrato escrito, que se le conocía como *fides*. Para establecer la carga tributaria a los ciudadanos en este pueblo se consideraban los valores de equidad y justicia. Existía una relación entre el Estado y los vasallos al realizar las obligaciones de los tributos que les eran impuestos. Los romanos fueron los primeros en ordenar los tributos sobre bases legislativas.

Para los Romanos la forma de imposición de los impuestos se consideraban directa y *tributum soli*; Las directas tenían su origen si procedían del *tributum capitis*, el cual era determinado para todos los ciudadanos en igual medida de acuerdo a la disposiciones contributiva y el *tributum soli* radicaba en un impuesto a la tierra.

La declaración de las fuentes de los recursos y de la riqueza se instituyó en la época de Servelio Tulio. Teniendo los ciudadanos que declarar acerca de los bienes que poseían y se inscribían en el Catastro. En tiempo de Augusto surge la centésima *rerum venalium*, que es la antecesora del impuesto de los ingresos, el cual debía pagar el adquiriente del esclavo, pero en tiempos de Nerón el tributo quedó a cargo del vendedor.

La evasión fiscal era castigada con penas muy severas en la época del imperio, de la república y de la monarquía. Cuando Servio Tulio decretó que todos los ciudadanos fueran inscritos en los registro anagráficos, que se llamó censo. Quien realizara un acto de evasión a las disposiciones fiscales que le eran impuestas, se le consideraba en una forma similar como si hubiera realizado el delito de *infrequentia*, el cual radicaba en la acción de la renuncia al llamado a las armas, y provocaba esto que disminuyera su posición social.

En la Edad Media el delito de evasión fiscal se reprimía con penas corporales, las cuales podrían consistir en azotes, prisión perpetua, muerte,

Desde en otra época, los contribuyentes (tanto personas naturales como personas jurídicas) han sido evasivos para el pago de sus tributos, ya sea porque los han considerado injustos, innecesarios o excesivos, o porque han discutido del inadecuado destino del monto recaudado, no tomando en cuenta que el pago de los tributos puede servir para propósitos nobles (como las prestaciones sociales), propósitos colectivos (como las obras públicas) e, incluso, el beneficio personal (como los servicios públicos al ciudadano),

La evasión tributaria y la elusión tributaria son procederes manipulados por los contribuyentes para obviar el pago (o para reducir el monto a pagar) de los tributos que les correspondan: en el primer caso, el comportamiento es ilícito, mientras que en el segundo caso, existen discusiones doctrinarias sobre su licitud o ilicitud.¹⁹

La elusión fiscal, constituye el aprovechamiento de los recursos legales aprovechables para lograr la mínima carga fiscal o para aplazar en el tiempo su impacto, mancomunada a lo que muchos llaman subdeclaración de ingresos. Además, permite al contribuyente evitar que se realice el hecho imponible, con el fin de no pagar los tributos o disminuir los costos tributarios, procurando para ello forzar alguna figura jurídica establecida en las leyes.

El autor César García Novoa menciona que la elusión, *“busca a través de instrumentos lícitos, fórmulas negociables menos onerosas desde el punto de vista fiscal, a través de alternativas negociables que provocan una evitación o reducción del tributo”*²⁰. Por otro lado el autor Tulio Rosembuj, concibe por elusión fiscal: *“Esquivar la aplicación de la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial por parte del contribuyente que no se*

¹⁹ Daniel Echaiz Moreno, *La Elusión Tributaria, Análisis crítico de la actual normativa y propuesta para futura reforma* (Buenos Aires: R.S.C. Media Group, 2014), 56.

²⁰ Cesar García Novoa, *La Elusión Tributaria, Análisis crítico de la actual normativa y propuesta para futura reforma* (Argentina: Aranzadi, S.A.U. 2012), 3.

realizaría si no se pusieran en práctica por su parte hechos y actos jurídicos o procedimientos contractuales con la finalidad dominante de evitarla.

21»

Por otro lado la evasión fiscal reside en que el contribuyente no cumple con su compromiso de pagar las obligaciones tributarias y con ello defraudar al fisco no pagando los impuestos, esto para reducir los costos tributarios, para lo cual utiliza medios ilícitos como el contrabando y el fraude siendo esto una infracción que debe ser sancionada. El deseo del individuo de no pagar los impuestos es la primera manifestación de la evasión fiscal, valiéndose de las fallas o las lagunas existentes en la ley así como de las actuaciones deshonestas y mal intencionadas para ocultar la realidad de los hechos. Pueden existir dos tipos de evasión fiscal: la evasión abierta y otra encubierta, que no es otra cosa que la elusión²².

1.4 Historia el lavado de dinero y de activos

A través de la historia se viene exponiendo sobre del delito de lavado de activos, lavado de dinero o legitimación de capitales, haciendo hincapié en que dicho fenómeno es algo novedoso lo cual es falso ya que este fenómeno es tan antiguo como lo es el dinero. Para demostrar tal aseveración es necesario hacer un breve recorrido histórico de diversos hechos que están vinculados con el lavado de dinero, esto para descubrir el desarrollo que ha experimentado el fenómeno a lo largo de la historia.

Los delitos con el dinero, tanto la falsificación como lavado no son delitos nuevos, han existido desde antes que existiera el dinero como se conoce hoy, No se sabe específicamente la fecha en que se utilizó por primera vez,

²¹ Tulio Rosembuj, *Elusión o Evasión Fiscal* (Colombia: Universidad Autónoma de Medellín, 2010), 47.

²² Márquez Cárdenas, *Concepto Y Requisitos*, 41.

señalar que dinero nació con la necesidad de solventar los inconvenientes del trueque y que muy variados objetos fueron utilizados como medio de cambio. En el año 580 a.C. fue la primera emisión de la moneda metálica en manos de los aqueos en Grecia, quienes las hacían de plata gruesa, acuñadas por una sola cara, sin epígrafe. Para impedir la falsificación de estas monedas tenían dos sellos parecidos, parte hendidos y, parte en relieve, muy calculados. Mientras que las falsificaciones las hacían de hojas de plata muy delgada.

En 1529, se conoce, el primer antecedente de vinculación Crimen y Dinero, siendo víctima del secuestro de sus hijos, el Rey Francisco I de Francia, quien debió pagar 12 millones de escudos como rescate, además debió esperar 4 meses mientras los secuestradores contaban el dinero y se cercioraban de la autenticidad de las monedas, siendo así que en este proceso de comprobación rechazaron 40,000 porque consideraron que no cumplían los requisitos exigidos.

La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media, cuando la usura fue declarada delito. Mercaderes y prestamistas burlaban entonces las leyes que la castigaban y la encubrían mediante ingeniosos mecanismos, fue entonces cuando los piratas se transformaron en pioneros en la práctica del lavado de oro y el blanco de sus ataques fueron las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico durante los siglos XVI y XVIII.²³ A la piratería clásica le añadieron matices propios los bucaneros y los filibusteros, cuya existencia no hubiera sido posible sin la ayuda, encubierta en un comienzo, de los gobiernos británico, francés y holandés.

²³ Tondini, *Blanqueo*, 56.

El Lavado de Activos es, quizá, la actividad criminal más compleja y de difícil detección y comprobación, y una de las que mayor rentabilidad genera para las organizaciones criminales. Es sólo a partir de la década de 1920 cuando el problema es atendido por algunas autoridades, inicialmente con timidez.²⁴

En Estados Unidos en la década de los veinte tiene origen la palabra "lavado", ya que en esa época las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaba con sus actividades criminosas, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos. Un claro ejemplo es el caso de "Al Capone", "*il capi di tutti capi*", quien fue controlador de la Mafia de Chicago, asociándose con Meyer Lansky, único miembro de origen judío de la Mafia, que más tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo de Capone. El lavado de dinero fue advertido en los países desarrollados a mediados de los años '70 con la visión puesta en el narcotráfico. La expresión fue utilizada por primera vez judicialmente en el año 1982 en los Estados Unidos, oportunidad en la que se confiscó dinero supuestamente blanqueado del contrabando de cocaína colombiana.²⁵

Cualquier fuente ilícita está relacionada con el lavado de dinero, no solamente el narcotráfico. el contador Jorge R. Fernández considera, que "*e/ origen del hecho ilícito llamado "Lavado de dinero" tiene su comienzo en los*

²⁴ *ibíd.*

²⁵ La política internacional antidroga, dominada e impulsada básicamente por los EE.UU., entró en crisis y tuvo que replantear su estrategia para luchar exitosamente contra el tráfico ilegal de drogas. En aquella época se vio que era insuficiente la persecución policial y penal dirigida únicamente a conseguir pruebas relacionadas con la conducta típica de tráfico de drogas u otros delitos vinculados directamente (tipos de adelantamiento relacionados con la preparación del producto final, el consumo de la droga, etc.) o indirectamente (delitos violentos como homicidios, extorsiones, coacciones, etc.) con aquélla. Las exorbitantes ganancias generadas por el delito ofrecía a los delincuentes, constituidos sobre todo en "organizaciones criminales", inmensas posibilidades prácticas lícitas (movimiento de capitales, adquisición de bienes y servicios de todo tipo, p. ej. contrato de abogados, etc.) o ilegales (sobornos, financiamiento de actividades ilícitas de todo tipo dirigidas a impedir la prueba de los delitos) de evitar la persecución penal.

*primeros años de la década de los 60 destacándose que es, una causa de ocultamiento mediante una serie de operaciones, a efectos de poder legitimar los bienes que provienen de una actividad ilícita previa. Las ingentes cantidades de dinero producidas por la actividad criminal se relacionan de esta forma con delitos graves como el tráfico ilegal de armas, de animales exóticos, de seres humanos o de sus órganos, la corrupción, el juego, el contrabando y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*²⁶

Se considera que el lavado de dinero es un fenómeno de carácter social y económico, ya que su origen es condicionado por numerosas acciones ilegales, y que a su vez se producen en el desorden y corrupción social. Por lo consiguiente se dice que dicho fenómeno tiene como fuentes a otros fenómenos sociales que lo nutren y lo fortalecen. De esta manera con base a su relación económica, es que se desenvuelve, se crea y se activa en el sistema financiero de cada uno de los países, por lo que requiere necesariamente de dinero en efectivo o de bienes en general.

El ámbito de acción del lavado de dinero es de carácter internacional, por lo que se ha extendido progresivamente, dado que no se limita a una circunscripción territorial determinada, por lo que afecta intereses individuales y colectivos. En su realización casi siempre actúan organizaciones de índole delictiva que encubren sus operaciones bajo aparentes actividades lícitas que bien pueden ser empresariales, comerciales o bancarias.

En el año de 1984 se toma la decisión de tipificar y sancionar el delito de lavado de dinero, cuando se inició con el proceso de replanteamiento de la política internacional antidroga, iniciando en ese año y concluyendo en la

²⁶ José Leiva Saavedra, *Blanqueo de Capitales y Lavado de dinero* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-leiva-saavedra>.

suscripción en diciembre de 1988, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Delineándose en este documento internacional las nuevas estrategias que deberían aplicarse frente al tráfico ilícito y al consumo indebido de drogas fiscalizadas, en todos los países vinculados al Sistema de la ONU.²⁷ Dado que la elaboración y aprobación de la nueva Convención tuvo lugar en la ciudad de Viena, se le conoce también como “La Convención de Viena”. En este instrumento se definen medidas exclusivamente de política penal, algo que diferencia a esta convención de sus predecesoras de 1961 y 1971.

Todas las acciones derivadas que se vinculan exclusivamente con decisiones de criminalización primaria y secundaria conllevan a una de las principales innovaciones que la convención de Viena introdujo, fue la criminalización del lavado de dinero proveniente o derivado del tráfico ilícito de drogas, como un delito autónomo, con tipificación y penas específicas.²⁸

En el preámbulo de la convención los países intervinientes forjaron el interés internacional de combatir este delito y reconocen "*...los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socaban las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la*

²⁷ El primer paso importante a nivel mundial en la lucha contra el lavado de activos, fue el 19 de diciembre de 1988, en la ciudad de Viena donde se suscribe la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”. A partir de esta Convención y de los instrumentos de Derecho internacional público posteriores se han desarrollado tres tipos básicos de lavado de activos que han influido decisivamente en las legislaciones penales nacionales: primero, y como el tipo más característico del lavado de dinero, los actos de ocultamiento o “camuflaje” de la verdadera cualidad, su origen, su disposición sobre ellos; en segundo lugar, los actos de conversión o transferencia o transporte de objetos patrimoniales ilícitamente adquiridos con una finalidad determinada; y por último, los actos de adquisición, posesión o utilización de estos bienes. Los instrumentos internacionales recomiendan, además, penar todo tipo de participación delictiva, la tentativa, y otros actos relacionados como la “incitación”, la “inducción”, etc. En lo subjetivo, la actitud del “lavador”, deducible a partir de hechos objetivos, consistiría en haber “conocido” o haber “debido suponer” que los bienes tenían un origen ilegal.

²⁸ Manuel Broceta Pont, *El Lavado de Dinero y de Activos en la Nueva Era* (Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2011), <http://www.editorialuniversitaria.ch>

seguridad y la soberanía de los Estados"; así también manifestaron ser... "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". Puede señalarse, entonces, un vínculo directo entre la finalidad criminal del lavado con cualquier fuente ilícita.²⁹

La amenaza del lavado de dinero, hizo que la Organización para el Comercio y Desarrollo Económico (OCDE), el cual era uno de los organismos más significativos a nivel mundial en la década de los '90, formara el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). En 1990 para establecer un marco estructural mundial de los esfuerzos contra el Lavado de Dinero, el GAFI emitió su primer documento "Las cuarenta recomendaciones". Estas recomendaciones constituyen los principios de acción en materia de lavado de dinero que los países deben aplicar, de acuerdo a sus circunstancias particulares y su marco constitucional, dejando a los países cierta flexibilidad en su aplicación.³⁰ Todos los progresos normativos regionales, subregionales y nacionales, que en torno al delito de lavado de dinero examina y muestra actualmente el derecho penal comparado, reproducen legislativamente las orientaciones contenidas en la Convención de Viena.³¹

1.4.1 Terminología utilizada en el lenguaje operatorio del lavado de dinero

El lavado de dinero, no es un fenómeno novedoso, lo que sí es innovador es su conceptualización como delito, *"que nace cuando los analistas detectan*

²⁹ López Barja, *Dogmática Penal*, 67.

³⁰ González Benítez 2008, 55.

³¹ Manuel Broceta Pont, *El Lavado de Dinero y de Activos en la Nueva Era* (Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2011), <http://www.editorialuniversitaria.ch>

que se trata de un problema en sí mismo y comienzan a separarlo y distinguirlo de los delitos que le dan origen, dándole un tratamiento independiente.³²

Cada país tiene su propio lenguaje y por ende su propio vocablo, para referirse al delito de lavado de dinero, un ejemplo claro y muy común es “*Money Laundering*” el cual es utilizado en Estados Unidos de Norte América. El autor Aranguéz Sánchez, ostenta que “*Siendo el blanqueo de capitales una realidad económica relativamente novedosa, no puede hablarse de una terminología universalmente aceptada, aunque ya existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito.*”³³ La utilización de uno u otro término sólo está en empleo de las variantes lingüísticas territoriales; Los vocablos más comunes para denominar al fenómeno en comento son: lavado, blanqueo y reciclaje.

La expresión de “Lavado”, no es más que una traducción de la expresión inglesa “*laundry*”, derivado de los países Americanos en los cuales el termino es muy utilizado ya que en la década de los 20 las mafias articularon una red de lavanderías donde introducían los ingresos obtenidos de las actividades ilícitas que desarrollaban, tanto es el alcance de dicho termino que es utilizada en el Reglamento Modelo Sobre Delitos De Lavado De Activos Relacionados Con El Tráfico Ilícito De Drogas, y Otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana Para El Control Del Abuso De Drogas (CICAD). Dicho término significa purificar, quitar un defecto, mancha o descrédito. La locución “reciclaje”, es una traducción Italiana “*riciclaggio*”, que en términos generales se conoce como una técnica de reutilización de materiales. El término “blanqueo” pertenece, a una traducción de la locución

³² Pablo García Blanco, *Delito de Lavado de Dinero*, (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-garcia-blanco>

³³ González Benítez 2008, 60.

francesa "*blanchiment*"; la cual ha sido utilizada por Organismos Internacionales y por muchas legislaciones extranjeras. A manera de ejemplo, El Departamento de Justicia de EE.UU. ha definido el concepto de "lavado de dinero" o "reciclaje" como: El proceso por el cual alguien oculta la existencia, el origen ilegal o la aplicación ilegal del ingreso para que parezca legal.

La discrepancia terminológica que envuelve al lavado de dinero, no solo es en relación a la denominación de la conducta, sino también al objeto material sobre el que recae dicha conducta, ya que ha sido denominado bajo los términos, dinero, bienes, capitales, entre otros; La expresión "dinero" no es lo suficientemente amplia para configurar, el producto de un hecho delictivo previo que se aspira blanquear, pues notoriamente, como exhibe Blanco Cordero "*..., la experiencia muestra que no siempre va ser dinero lo que se derive de las actividades delictivas o lo que se trate de lavar, reintegrar o blanquear, sino que en ocasión son otros bienes o activos.*³⁴" es decir no solo el dinero puede ser objeto de beneficio económico adquirido ilícitamente, como derivación de la ejecución de un delito, por lo cual el mismo autor Blanco Cordero menciona el planteamiento de cambiar dicha expresión por la de "capitales" o "bienes", ya que esto daría lugar a todo tipo de valores objeto del blanqueo, lavado o reintegración.

Un claro ejemplo acontece en la legislación salvadoreña, dado que en la Ley contra el lavado de dinero y activos, no es análoga terminológicamente hablando, en su título, considerandos, y articulado. Ya que en el título y en su articulado hace alusión al termino lavado de dinero y activos, mientras que en el considerando III de la ley, habla de lavado o blanqueo de dinero. Esto se debe al empleo de una infinidad de vocablos que se utilizan como sinónimos y que encuentran su origen en otros tantos léxicos extranjeros.

³⁴ Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 102.

El lavado de activos no ha estado exento a la pluralidad de conceptos en relación a su contenido u objeto. La misma doctrina nos muestra tal aseveración. El autor Blanco Cordero, considera que el blanqueo de dinero es el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.”³⁵

La Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, de El Salvador, en su art. 4, consignado bajo el epígrafe Lavado De Dinero y Activos, ofrece una forma representativa, lo que entiende por este delito: Art. 4.- *“El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la Comisión de dichas actividades delictivas, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente.*

*Se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del país.”*³⁶

Son innumerables las definiciones que se hallan en la doctrina sobre el lavado de dinero, y buscar una definición que consiga englobar todas las formas posibles de lavar activos, es casi imposible, tomando en cuenta que son incontables las actividades que se deben incluir.

³⁵ Pierre Kopp, *La Corrupción Protege al Narcolavado* 2° ed. (Francia: Universidad de Lyon, 2006), 22.

³⁶ Ley Contra El Lavado De Dinero Y De Activos, D.L. N° 126, del 30 de octubre de 1997, D.O., publicado el N° 227, Tomo N° 337, publicado el 14 de diciembre de 1998.

1.5 Historia del blanqueo de bienes

El delito de blanqueo a lo largo de los años se ha ido extendiendo y la jurisprudencia ha ido perfeccionando esta figura haciendo compatibles la necesidad de proteger el orden socio económico y los derechos de los investigados. Con el delito de blanqueo de capitales se viene a castigar los actos de reinversión e introducción en el mercado de los bienes de procedencia ilícita.³⁷

El delito de blanqueo de capitales es un delito que surge taxativamente como tal en los trabajos preparatorios del Convenio de Viena de 1980, este delito, es mucho más antiguo, aunque no se le conocía con tal nombre, muchos autores sustentan que el blanqueo de capitales es tan antiguo como la moneda misma. En la Edad Media, surgieron prácticas semejantes al blanqueo de capitales con el reconocimiento de la usura como delito, ya que estos usureros fraguaban los medios idóneos para burlar la ley, dichos medios son muy semejantes a los que se utilizan hoy en día para el mismo fin, el de blanquear dinero.

Durante los siglos XVII y XVIII, los piratas y corsarios pusieron en práctica nuevamente estas técnicas de “blanqueo”, dado que no solamente se dedicaban al secuestro de esclavos, sino que también se dedicaban a blanquear el oro que desfalcaban de los navíos que navegaban en el Atlántico, con la aprobación de los gobiernos inglés y francés, entre otros, por lo que se puede aseverar que este delito no es algo novedoso, que surgió debido al creciente tráfico de drogas originado en los años 80, sino más bien se puede aseverar debido a la doctrina que el delito en comento existía desde mucho antes, pero no se le denominaba como blanqueo de capitales. A principios del siglo XX se empezó a utilizar el término blanqueo o

³⁷ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 76.

lavado de capitales o dinero, antes en las leyes penales existentes no se le conocía como tal, sino más bien como delito de receptación, pero en este siglo cuando un mafioso de Chicago empezó a maniobrar una serie de cadenas de tintorerías para lavar los dividendos originarios de la venta clandestina de alcohol en la época de la ley seca.

Aprovechándose que en las lavanderías de ese época se pagaba en efectivo los servicios, por lo que inicio con estos negocios para lograr fusionar el dinero que provenía de la venta clandestina de alcohol con el dinero que generaban los negocios de lavandería, de este modo, ocultaba cualquier rastro del dinero obtenido ilícitamente, en los años 50 y 60 optaron por invertir en otro tipo de negocios en vista que el de las lavanderías dejó de ser lucrativo, y acudieron al negocio de comida rápida, pubs y discotecas para blanquear el dinero sucio. De esta época es el famoso caso llamado "*Pizza-connection*", caso que dio lugar a que se popularizase este término para denominar a las mafias que en la actualidad, intentan blanquear sus ganancias procedentes de actividades ilícitas.³⁸ Necesitaban negocios con los cuales fuese más fácil mezclar las ganancias ilícitas con las lícitas, consiguiendo pasar expeditamente desapercibidos para Hacienda.

Se habla de blanqueo de capitales en referencia al proceso de legitimación de los bienes que tiene origen ilegal, fundamentalmente originados fuera del control de las instituciones estatales en general y tributarias en particular.

En sentido estricto, hablamos de blanqueo de capitales en relación al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo. Ambos emplean los mismos mecanismos de integración, pero la naturaleza del lavado de dinero en sentido estricto hace necesaria la intervención penal. El lavado de dinero significa en otras palabras, lavado o blanqueo de bienes y valores procedentes de crimen anterior.

³⁸ Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 29.

El delito de blanqueo de capitales surgió a raíz de la necesidad que se tenía de perseguir al crimen organizado en los delitos de narcotráfico y terrorismo.

Originariamente el delito de blanqueo de capitales nació como complemento en la persecución del crimen organizado en los delitos de narcotráfico y terrorismo. Estos delitos tienen tan alto grado de contenido emocional que quiebra cualquier sensibilidad garantista, más aún si nos enfrentamos con organizaciones criminales transnacionales. Eso explicó la aceptación inicial del castigo de la pretensión de legitimación de capitales derivados de dicha actividad. Al fin y al cabo era un anexo al delito de encubrimiento. Pero, poco a poco, a instancias de los mismos funcionarios agregados al GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales), se fueron extendiendo a los delitos graves y, finalmente, se generalizó a todos los delitos.³⁹

En la última década, se ha progresado en la investigación y legislación sobre el blanqueo de capitales y las instituciones financieras han accedido al cumplimiento de las normativas que existen para erradicar este delito. No obstante, grandes Bancos situados a nivel mundial, no cumplen con dichas normativas haciendo caso omiso de las mismas, las cuales exigen el cumplimiento de una serie de procedimientos encaminados a la prevención y detección de actos de blanqueo, ya que se ha comprobado que las organizaciones criminales a lo largo del tiempo han utilizado el sistema financiero a nivel mundial para blanquear capitales obtenidos ilícitamente, Esto ha originado consecuencias nefastas y ha logrado reducir el tamaño de la economía formal y asimismo sus tasas de beneficio.

Los primeros indicios acerca del blanqueo de capitales coordinada entre Estados y Bancos, tiene sus orígenes, desde fines de la década del 60, en

³⁹ Bajo Fernández, *Dogmática Penal*, 89.

los paraísos fiscales y en las plazas financieras *offshore*. Estos centros se hallan fuera del alcance de los bancos centrales, y son aptos por su ubicación estratégica, para la gran circulación de divisas. Asimismo el constante y progresivo crecimiento del narcotráfico de la década del 80 y 90, resulta contemporáneo a la desregulación y liberalización financiera.⁴⁰ Estos paraísos fiscales albergan un sin número de sociedades y compañías fantasmas, por medio de las cuales y resguardándose bajo el secreto bancario permiten que gran cantidad de delincuentes de todas las partes del mundo se establezcan en estos, para el blanqueo de dinero sucio.

Autores como Xavier Caño Tamayo, sustentan que este tipo de blanqueo se originó a raíz de la guerra fría, de la mano de Gran Bretaña, en territorios formalmente independientes, pero bajo el control o la influencia de las autoridades sajonas, las cuales dieron lugar a la aparición de los paraísos fiscales.⁴¹

1.6 Características del delito de lavado de dinero

El fenómeno del lavado de activos ostenta una serie de características que son las que ayudan a explicar la confabulación del proceso que procura dar apariencia legítima a recursos que tienen origen ilegal, el delito de lavado de dinero instituye un conjunto de operaciones que trasciende a dimensiones internacionales, ya que cuenta con un avanzado desarrollo tecnológico de canales financieros a nivel mundial.⁴² Por lo antes expuesto se puede aseverar que sus características están ligadas con la naturaleza internacional con que operan quienes se dedican a esta actividad ilícita, lo excesivo de las sumas envueltas, la profesionalización de las organizaciones criminales a fin de estructurar transacciones financieras que accedan eludir a

⁴⁰ Muñoz Conde, *Autoría y Participación*, 75.

⁴¹ Tondini, *Blanqueo*, 116-117.

⁴² *Ibíd.*

la autoridad de persecución, así como con las variadas técnicas que son empleadas para tal propósito.

El ámbito internacional: A través del fenómeno de lavado de dinero se busca darle decoro a capitales que tienen su origen en la comisión de un delito, y, se vería limitado sin un entorno internacional liberalizado. Al alejar el rastro delictivo originario de los recursos con el fin de dificultar su persecución por parte de las autoridades, el precepto liberalizado podría enfocarse de una manera errónea como beneficiándose de la diversidad de sistemas jurídicos sobre la materia en los diferentes países del mundo, toda aquella persona que se dedica a este ilícito.

La legislación salvadoreña vigente en materia de 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.”⁴³

Volumen del fenómeno: los montos que genera a escala mundial la delincuencia organizada, y que son objeto del proceso de lavado de activos, son casi imposibles de señalar, ya que por su naturaleza ilegal no se cuenta con estadísticas que nos indiquen datos exactos al respecto. Sin embargo organismos y grupos de suma importancia universal, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional (FMI), así como el Grupo de Acción Financiera (GAFI), han puesto de manifiesto que se trata de sumas realmente descomunales.

⁴³ Ley Contra El Lavado De Dinero Y De Activos, D.L. N° 126, del 30 de octubre de 1997, D.O., publicado el N° 227, Tomo N° 337, publicado el 14 de diciembre de 1998.

Profesionalización: Es natural que dados los altos volúmenes envueltos en el proceso de lavado de activos, y la complicación que conlleva la organización de procedimientos para tener éxito en insertar en el sistema económico legal con aspecto 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 un amplio conocimiento de la regulación internacional sobre la materia, con el objetivo de aprovechar las debilidades existentes en los distintos países.

Variación y variedad de las técnicas empleadas: El lavado de activos demanda el manejo de una vasta gama de técnicas, a través de las cuales, en las distintas etapas del fenómeno, logren esquivar las regulaciones preventivas dispuestas por los diferentes grupos que emiten lineamientos en materia financiera, de investigación del delito como tal, de judicialización y procesamiento de los casos, así como la autoridad en general de cada estado que interviene en pequeña, mediana, y, a gran escala en la persecución del delito.

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 manipulados por la delincuencia organizada se mueve la autoridad de persecución, ante tal monitoreo, los lavadores se ven en la obligación, de ser continuamente innovadores en sus estrategias para evitar que sus transacciones sean descubiertas 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". La doctrina señala ciertas características sobre el fenómeno del lavado de activos, las cuales se relacionan con dos aspectos: el primero referido al *modus operandi* al que recurre el agente del lavado; y el segundo, en función de los vínculos entre el agente del lavado y el origen ilegal del dinero que se lava.

La primera de las características, es en relación a que las personas que efectúan las operaciones de lavado de activos habitualmente no están vinculadas directamente con la ejecución del delito que concibe las utilidades generadas por el ilícito; La segunda de las características indicadas, involucra, la concretización y realización 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.⁴⁴

1.6.1 Elementos y fases del lavado de dinero

Uno de los elementos primordiales que define al lavado de dinero es ser un "proceso", es decir una actividad que se desenvuelve de forma no aislada, sino que en cuantiosas facetas. *"Ello significa que no es un hecho puntual mediante el que instantáneamente los bienes de origen ilícito pasan a tener una apariencia de legalidad. Consiste por el contrario, en una serie de actuaciones, doctrinariamente sistematizadas en fases o etapas, realizadas progresivamente hasta conseguir el resultado perseguido por el blanqueo."*⁴⁵

⁴⁴ Tondini, *Blanqueo*, 69.

⁴⁵ González Benítez 2008, 91.

El autor Pierre Kopp menciona que “Los elementos constitutivos de la noción de lavado son: a) *La transformación o transferencia de bienes*, sabiendo que provienen de actos delictivos, con miras a disimular o disfrazar su origen ilícito o ayudar a cualquier persona implicada en la comisión de tales actos con el objeto de sustraerla de las consecuencias legales de los mismos; b) *el encubrimiento o disimulación de la verdadera naturaleza*, proveniencia, localización, cesión, movimientos, derechos en relación con tales bienes o la posesión de los mismos, sabiendo que provienen de una infracción; c) *La adquisición, tenencia o utilización de bienes*, si el que los adquiere, detenta o utiliza, sabe en el momento de recibirlos, que provienen de una infracción o de la participación en una de esas infracciones.⁴⁶”

El delito de lavado de dinero se diferencia de otros delitos penales, por el hecho que el mismo se ejecuta por etapas, no lo hace en un instante. La convención de Viena de 1988 siendo precursora en las iniciativas internacionales en materia de lavado de activos, establece las conductas típicas de este ilícito, tomando en cuenta esa situación percibiendo todo el ciclo del proceso de lavado.⁴⁷

El manejo de elementos o tipologías de lavado, lo cual hace más difícil identificar las etapas de dicho delito entorpeciendo el proceso de detección y comprobación de la operación de lavado.⁴⁸

No obstante que el lavado de dinero sea un proceso, por estar conformado por una serie de etapas o fases diferenciables, de ninguna manera se puede obviar que jurídicamente a cada una de ellas se le da un tratamiento autónomo, especialmente para efectos punitivos. Tal es así que algunos de

⁴⁶ Kopp, P. *La Corrupción*, 124.

⁴⁷ Daniel Echaiz Moreno, *La Elusión Tributaria, Análisis crítico de la actual normativa y propuesta para futura reforma* (Buenos Aires: R.S.C. Media Group, 2014), 49

⁴⁸ Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 53.

los supuestos descritos en los artículos 4 y 5 de la ley contra el lavado de dinero y activos, correspondientemente de los que se deduce que la conducta constitutiva de blanqueo será aquella que con el provecho, tenencia o manejo bienes o derechos relacionados con los mismos, y reconociendo el hecho que estos derivan de actividades delictivas y con el fin de legitimarlos, jurídicamente hablando es constitutiva del delito de blanqueo.

La colocación de estos bienes que están relacionados con los mismos, mediante su conversión, transferencia, depósito o retiro, es constitutivo de una conducta de lavado autónoma, en base a lo regulado en los artículos en comento se puede analizar que aunque regularmente estemos en presencia de un proceso económico instituido por varias etapas, para efectos punibles, basta que se adecue la conducta en una sola operación tipificada por la ley como punible, para que ella se considere lavado de activos y por lo tanto se tenga como una actividad delictiva.

En ese orden de ideas, la mayoría de estudiosos del tema así como el prestigioso Grupo de Acción Financiera (GAFI), que intervienen en el proceso del lavado de activos proveniente de actividades ilícitas, identifican las siguientes etapas,⁴⁹ *“... con la expresa advertencia de que no tienen por qué producirse de modo estructurado o consecutivo, sino que pueden confundirse o simultanearse unas con otras, en función de la modalidad por la que, con arreglo a las necesidades de cada caso, opte el blanqueador.”* colocación, enmascaramiento e integración. Estas etapas cumplen, en el ciclo de lavado de activos, las funciones que se señalan a continuación:

Colocación, inserción o sustitución; Considerada por diversos autores como el primer paso, del proceso de lavado de dinero, en esta etapa el lavador tiene por objetivo segregar las colosales sumas de dinero en efectivo que

⁴⁹ Tondini, *Blanqueo*, 98-99.

han sido generadas por las diferentes actividades ilícitas que ha llevado a cabo; Blanco Cordero, declara que esta fase “*Consiste en deshacerse materialmente de importantes sumas de dinero en metálico, sin ocultar todavía la identidad de los titulares.*”⁵⁰

Para lograr culminar esta fase con éxito el lavador debe hacer un estudio del sistema financiero, y con ello distinguir las agencias de intermediación financiera que sean más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes para luego, depositar en aquellas el dinero sucio y conseguir instrumentos de pago como chequeras, tarjetas de crédito, cheques de gerencia, etc.

En esta etapa, existe un alto nivel de riesgo de detección, por lo cual el lavador necesita desprenderse de las excesivas sumas de dinero para lo cual disponen de una serie de mecanismos, como el uso físico de efectivo mediante numerosos medios, ya sea invirtiéndolo en una mezcla de negocios legítimos con los ilegales y/o haciendo depósitos en bancos e instituciones financieras, haciendo numerosas transacciones por debajo de la cuantía que las obligue a poner del conocimiento de las autoridades sobre las mismas, entre otras; para colocar el producto del delito base, se precisa el empleo de varias personas y el concurso de muchas operaciones, lo que multiplica los riesgos.⁵¹ Culminada esta fase, una vez que el efectivo ha sido puesto en el circuito financiero y empiezan a intervenir todos los recursos.⁵²

En la fase de colocación los delincuentes tienen que despejarse ciertamente del dinero en efectivo que genera su actividad delictiva de tal manera que cambian su ubicación para estar fuera del alcance de las autoridades. De

⁵⁰ López Barja, *Dogmática Penal*, 55

⁵¹ Daniel Cesar Salgado, *La Evasión Fiscal y el lavado de dinero en Argentina* (Buenos Aires: Universidad Nacional de Córdoba, 2015), 106.

⁵² Quinteros Olivares, *Prevención del Blanqueo*, 75.

esta forma el destino del dinero ilegal será su colocación en el mercado legal. Con la sola finalidad de que el dinero no genere atención de las autoridades y tampoco genere la obligación de declarar, regularmente se suelen seccionar estas sumas de dinero. Cuanto más elaborada sea la técnica del blanqueador de capitales, más posibilidades tendrá este de conseguir su objetivo y todo ello puede conllevar muchos gastos de gestión o intermediarios o de tipo temporal, para alcanzar su objetivo y distanciar el objetivo del delito subyacente como puede ser el tráfico de drogas o la evasión fiscal.⁵³

Enmascaramiento; En segundo momento se puede diferenciar otra fase denominada de muchas maneras como ensombrecimiento, transformación, diversificación, estratificación, intercalación o conversión; teniendo esta etapa como objetivo principal el de desenlazar los fondos ilícitos de su origen, para lo cual utilizan numerosos movimientos en diferentes países para borrar todo tipo de huella de dichos fondos. En esta fase como es notable que se realizan innumerables procedimientos para oscurecer de la mejor manera el origen ilícito de los activos, ya que se considera que entre más operaciones se lleven a cabo será más difícil identificar dicho origen. Esto con la ayuda de profesionales especializados en materia financiera. En esta fase las sociedades pantalla, los testaferros y los paraísos fiscales cobran gran importancia, porque es aquí donde se produce su actuación.⁵⁴

Integración; La posterior fase sería la de Integración o inversión; se considera la última fase en el proceso de lavado de activos, en la que se tramita la unificación final del capital que se ha logrado en “los cauces económicos oficiales”. Llegando a esta etapa, los fondos de origen delictivo ya son muy difíciles de detectar, entre el capital lícito del ilícito, a menos que

⁵³ Márquez Cárdenas, *Concepto y Requisitos*, 37-38

⁵⁴ *ibíd.*

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, creándose la justificación o explicación de los bienes y con toda libertad se puede invertir o gastar con la apariencia de haberse obtenido lícitamente.⁵⁵ En esta tercera fase el dinero retorna a la persona que lo ha blanqueado, pero con un aspecto disímil, en pocas palabras regresa de forma legal.

1.7 Dinero sucio y dinero negro en el lavado de dinero

En la doctrina por lo general trata estos términos como sinónimos, sin embargo esto depende del autor, el cual hace la diferencia entre cada uno de ellos, En líneas generales, la mayoría de los autores están de acuerdo en que el dinero negro, radica en cantidades de dinero que no han sido declaradas previamente a la Hacienda Pública. Siendo este dinero producto de las ganancias de actividades lícitas, ya que el dinero señalado, no deriva de delitos, simplemente es un dinero que no se declara al Fisco. Por otro lado el dinero sucio, es aquel que procede de actividades ilícitas.⁵⁶

El dinero negro y el dinero gris, procuran ocultar a Hacienda los ingresos obtenidos, pero la finalidad del primero solo es esa la ocultación de dichas ganancias; el dinero sucio además de la ocultación de estas ganancias también pretende ocultar su origen ilícito, es decir el delito del que procede. La distinción entre dinero negro y dinero sucio reside en el origen del dinero y la acción aparente efectuada para que parezca legal, el primero tiene la posibilidad de arrepentirse y reconocer ante la Hacienda las sanciones que se le pueden imponer o blanquear esos bienes procedentes de ilícitos, distinto el dinero gris no puede arrepentirse ya que estaría aceptando la fase de colocación de los delincuentes quienes tienen que despojarse ciertamente

⁵⁵ Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 109.

⁵⁶ Kopp, P. *La Corrupción*, 123.

de dinero en efectivo para tratar de permanecer alejados de la comisión de un delito con la posibilidad de blanquear los bienes procedentes de ilícitos, de tal manera que cambian su ubicación para estar fuera del alcance de las autoridades. De esta forma el destino del dinero ilegal será su colocación en el mercado legal.⁵⁷

⁵⁷ Vaca Andrade, *Delito de Lavado*, 85.

CAPITULO II

EVASIÓN FISCAL Y DELITO DE PASAJE, FORMAS PUNITIVAS Y MEDIOS DE REALIZACIÓN DEL DELITO

Este capítulo estudia a profundidad la importancia de enmarcar la evasión fiscal dentro de la idea que el legislador en materia tributaria plantea al momento de proteger y garantizar la seguridad jurídica no solo de los contribuyentes y sujetos obligados al pago de impuestos, sino de forma supra a garantizar la confianza de éstos en el sistema tributario de los estados en general. El propósito fundamental es que el lector comprenda como se desarrolla el verdadero problema de la evasión fiscal en los países, ya que el dinero que se debería recaudar por las instituciones que conforman la hacienda pública, debe ser utilizado para garantizar la consecución de programas sociales, económicos y de desarrollo en inversiones que, con la recaudación efectiva y eficaz se verían beneficiados los sectores vulnerables de toda sociedad que se transforman principalmente en los sectores de salud, educación y seguridad social.

2.1 Evasión fiscal como tipo penal

El tipo requiere necesariamente un presupuesto, la previa existencia de una determinada relación jurídico-tributaria entre el sujeto activo del delito y la Administración tributaria de que se trate; esto es, que haya nacido una deuda tributaria o que haya existido la concesión de un beneficio fiscal. Para entender la tipificación del delito tributario es necesario investigar la evolución histórica del delito tributario con su agregado del tipo previsional es necesario indagar el presente y la génesis de la actual tutela penal.

Por lo tanto en primer lugar se debe recordar la función social del tributo conforme a los criterios jurídicos orientadores de cada unidad política y si es necesario o no acorde con las conductas poblacionales criminalizar las conductas disvaliosas de carácter tributario lo que requiere profundizar en la estructura del presupuesto del impuesto y de las sanción penal el impone un análisis medular de lo que se entiendo como evasión fiscal tanto desde la perspectiva económica y sus efectos como de la jurídico penal, como de las propias del fraude fiscal y sobre todo que conceptos incluyen, es decir que comprenden impuestos.⁵⁸

Se deduce por evasión, el hecho de ser contribuyente en alguna forma determinada por la ley, y no cumplir con las obligaciones que dicha ley regula al respecto. “Esto sí es violatorio de la ley, puesto que la obligación existe, se ha dado, y el sujeto no cumple con ella”. La obligación de consumir una prestación fiduciaria de carácter tributaria a favor de una ente público surge a cargo de una persona privada, natural o jurídica, cuando concurren respecto a dicha persona, los presupuestos de hecho que una ley en vigor instituye como requisitos concluyentes del nacimiento de dicha obligación.⁵⁹ El autor Arrijo Vizcaíno, sobre la evasión, expresa: *“la evasión opera fundamentalmente como un caso de omisión. Es decir, el contribuyente en forma pasiva deja de cubrir los impuestos, ya sea por ignorancia o por imposibilidad material.”*⁶⁰

El bien jurídico inminentemente protegido en el sentido técnico es el patrimonio de la Hacienda pública reducido en la recaudación tributaria y es este, pues, el bien que ha de resultar lesionado por el comportamiento típico individual y cuya vulneración ha de ser captada por el dolo del autor. Ello no

⁵⁸ Almagro Martín, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 98.

⁵⁹ Juan Lino Castillo, *Evasión Fiscal Legítima* 3° ed. (Perú, Lima: Universidad de Lima, 1970), 33.

⁶⁰ López Barja, *Dogmática Penal*, 44.

significa desconocer la existencia de un bien jurídico mediato, que vendría integrado por las funciones que el tributo está llamado a cumplir, pero dicho bien no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo.

La evasión fiscal, en términos sencillos, es una acción fraudulenta, consciente y voluntaria, que busca evitar el pago de un tributo al Fisco. Dependiendo de la naturaleza de las leyes que se contravengan mediante la evasión, ésta puede ser una infracción tributaria o un delito penal.

El primer problema que se presenta con la conceptualización de la evasión fiscal es que si bien su adjetivo “fiscal” parecería englobar a toda clase de tributos, no siempre la legislación que la prevé y la sanciona está de acuerdo con su carácter “tributario”, pues la legislación tributaria se refiere indistintamente a la “evasión tributaria” y a la “evasión de impuestos” (lo cual ya representa una problemática conceptual dentro de un mismo instrumento jurídico); mientras que la legislación penal sanciona solamente a la “evasión de impuestos”.

En cuanto a sus características, la evasión consiste en un engaño, una defraudación, por lo que existe plena conciencia del evasor sobre sus obligaciones tributarias, sin embargo, el fenómeno de la irresponsabilidad fiscal está más comúnmente relacionado a quien tiene mayor capacidad tributaria, principalmente a través de procedimientos internos o entre personas jurídicas, de sustraerse del radio de alcance de la facultad fiscalizadora de la Administración Tributaria.⁶¹

En la calificación de la conducta de evasión, cabe formular la distinción entre un acto culposo por el cual el contribuyente tiene plena conciencia de que está organizando un delito y aquél en el que a pesar de existir un delito

⁶¹ Almagro Martin, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 102.

objetivo, el sujeto no ha obrado por la decisión de cometerlo, sobre un conocimiento equivocado o por interpretación diferente de la norma tributaria." La existencia del principio de la tributación "*nullum tributum sine lege*", asegura que no existirá ninguna carga impositiva sin una ley previa. Cualquier objeto de la actividad económica, para ser gravado, debe ser expresamente señalado por la ley. No se permite la analogía. La exclusión de la analogía conduce a las "lagunas fiscales". Su mayor implicación es que no se puede condenar a nadie por dejar de pagar un impuesto cuando la causa eficiente de esa acción sea el aprovechamiento de una laguna. También es ilícito ir más lejos y decir que, quien así procede, no está dejando de pagar ningún impuesto, pues no existe para él, en esas circunstancias, la carga de pagarlo.⁶²

El término "eludir" ha de ser entendido como "evitar con astucia una dificultad o una obligación." Semejante caracterización de la conducta elusiva permite ya calificar como atípico el comportamiento del contribuyente que, habiendo reconocido y liquidado correctamente su deuda tributaria, no efectúa el correspondiente pago. Por su parte el vocablo "tributos" debe ser entendido como un término normativo jurídico.

La modalidad del disfrute indebido de beneficios fiscales se justifica por la circunstancia de que, aunque sustancialmente pueda ser calificada como una forma de elusión del pago de los tributos, lo cierto es que desde la perspectiva del Derecho tributario aquella supone en puridad de principios una noción autónoma frente a esta modalidad, y habrá de ser concebida como toda clase de reducciones, deducciones, bonificaciones, exenciones y desgravaciones tributarias en cuya virtud se hubiere reducido indebidamente la deuda tributaria. Una cuestión intensamente debatida en la doctrina y en la

⁶² Daniel Mario Schwartzman, "Evasión fiscal; aspectos sociológicos y cuantitativos" (Tesis de posgrado, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1991), 14.

jurisprudencia ha sido la referente al caso de la no tributación de las rentas ilícitamente obtenidas, derivadas de la comisión de un delito, un ejemplo de ello es el dinero negro derivado del narcotráfico.⁶³

En general ya no son alejados los significados que se asignan al concepto de "evasión fiscal.", Las distinciones entre los posibles atributos del mismo se refieren a la propiedades de lo que se considera legal, la elusión siendo esta la acción que tiende al no pago de los tributos, pero sin violar ninguna norma jurídica y lo ilegal, la evasión. El concepto de la evasión fiscal, es el de no pago de impuestos en forma ilícita. Siempre la falta de pago es consecuencia de la acción violatoria de una ley. La existencia de culpa, en la conducta del evasor, es una condición implícita en la evasión, más allá de que haya fraude o no. Una conducta antijurídica, es requisito constitutivo del concepto de evasión fiscal.⁶⁴ En pocas palabras la evasión fiscal implica la transgresión de la legislación tributaria vigente, mientras que en el caso de la elusión fiscal se utilizan elementos amparados por la ley, pese a que se contraría el espíritu y objetivo de las normas, cometiendo, finalmente, un ilícito.⁶⁵

2.2 El problema real de la evasión fiscal

El fenómeno de la evasión fiscal es un problema que acarrea grandes consecuencias para la sociedad, siendo esta la causante que exista un detrimento en los ingresos públicos lo que viene a condicionar la calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales en definitiva, la evasión fiscal constituye el principal elemento de inequidad de todo sistema tributario.⁶⁶ La extensión que adquiere el problema de la evasión de

⁶³ Carlos Martínez-Bujan Pérez, *Derecho Penal Económico y de la empresa* (España: Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 49.

⁶⁴ (Schwartzman 1991, 22)

⁶⁵ Magdalena Belén Rúa, *Fuga de Capitales* (Argentina: Centro de Economía y Finanzas Para el Desarrollo de la Argentina, 2014), 13.

⁶⁶ Antonio Llacer Echave, "Factores explicativos de la evasión fiscal" (Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2014), 7.

impuestos es muy alarmante ya que las consecuencias que trae al presupuesto de estado son muy grandes debido a que esto representa una importante pérdida de recaudación, al igual que viene a deformar la actividad económica, debido a que las empresas que cumplen con el pago de los impuestos se deben enfrentar a la competencia desleal, por parte de aquellos que no se encuentran inscritos o ilegales, que no sufren ninguna carga tributaria lo que provoca un justo sentimiento de aplicación de inequidad de la ley. Siendo la equidad una estado fundamental para que las necesarias reformas económicas sean social y políticamente aceptables. La carga impositiva debe repartirse de forma equitativa, certificando que todos, los que se favorecen del mercado único o personas adineradas con capitales en el extranjero, contribuyen a las arcas públicas pagando lo que les corresponde. Equidad e igualdad significa también crear regímenes tributarios mejores y más justos.⁶⁷

Las legislaciones no precisan determinadas actividades, a lo que se le conoce como vacíos jurídicos, por lo que queda duda para determinar los elementos cualitativos y cuantitativos. Siendo estas ilegalidades lo que constituye una de las manifestaciones de evasión. Otra forma de evadir es la omisión, la que se exhibe en aquellos contribuyentes que, aun estando inscritos, no presentan la declaración de los diferentes tributos, a los cuales se denominan omisos. Esta infracción, aun cuando constituye una violación de un deber formal tiene consecuencias en la recaudación o cumplimiento del deber sustantivo o material. Esto se debe a que mediante el acto de declaración el contribuyente, de manera voluntaria, auto reconoce o auto liquida el monto de su obligación o deuda. Al violentarse este paso la administración, en última instancia, se vería obligada a realizar la labor

⁶⁷ Comisión Europea, Combatir el fraude y la evasión fiscal, contribución de la comisión al consejo Europeo de 22 de mayo de 2013, P. 2.

administrativa de la deuda, lo cual podría hacer en un número relativamente pequeño de casos en comparación con el conjunto de obligaciones potenciales.

Los errores formales, se consideran una forma de evadir ya que este se origina cuando el contribuyente declara con errores aritméticos y formales que anulan la autodeterminación e imputación de la obligación. Ahora bien la labor se refleja en aquellos contribuyentes que no pagan o pagan parcialmente el monto debido, o pagan fuera de la fecha establecida. A estos contribuyentes se les denomina infractores siendo su conducta una falta de acatamiento de los deberes señalados en la legislación. El incumplimiento antes tipificado no es de segundo orden para la administración tributaria, ya que la mayoría de estos deberes formales refuerzan o están dirigidos a mejorar el cumplimiento de la obligación sustantiva.⁶⁸

Toda la disputa que emana en cuanto a la idoneidad del delito fiscal como conducta delictiva precedente al blanqueo de capitales se origina en relación a la modalidad de omisión del ilícito fiscal, en el entendido que el dinero obtenido por medio del delito de defraudación a la Hacienda Pública entre al patrimonio del contribuyente como consecuencia directa de una acción delictiva y no estaba en el mismo antes de cometerla, siendo indiscutible la relación de causalidad que existe entre el incremento patrimonial del sujeto obligado y del delito fiscal cometido. Siendo así el delito contra la Hacienda Pública en su inicial alcance un delito de omisión resulta difícil establecer un nexo causal entre aquella conducta omisiva y el patrimonio que sirve de sustento al posible blanqueo de capitales en otras palabras la ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ello, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago de un

⁶⁸ Tulio Raúl Rosembuj Erujimovich, "*Elusión o Evasión Fiscal*", (España: Universidad de Barcelona, 2011), 104.

tributo. El problema se determina porque los bienes se encuentran en el patrimonio del defraudador antes de cometer el delito fiscal y tienen su origen en una actividad perfectamente lícita y no delictiva.⁶⁹

Los argumentos en contra de que el delito fiscal pueda constituir la actividad delictiva previa al blanqueo de capitales, se basan en cuanto al objeto material, se enfoca en que la cuota defraudada no proviene claramente del delito fiscal. Se trata según los defensores de esta interpretación del principal obstáculo que impide la apreciación del delito de blanqueo de capitales cuando su antecedente es el delito fiscal, ya que opinan no se puede apreciar incremento del patrimonio en quien comete este último, en el entendido que por incremento del patrimonio se entiende como la incorporación de un elemento al mismo.

Según señala Quintero Olivares⁷⁰ *“el dinero de quien no pago sus impuestos no es producto del delito fiscal y por tanto no puede ser objeto del delito de blanqueo, es decir, no hay origen ilícito y menos aún delictivo, porque el dinero no procedería de una actividad con ese último carácter. Ello está íntimamente relacionado con otro asunto que también ya se ha comentado y que la doctrina penalista se ha encargado de tratar ampliamente al configurar el delito de defraudación contra la Hacienda Pública como delito de omisión”*.

2.3 El mecanismo del resentimiento fiscal

Resentimiento fiscal es una propuesta de mecanismo explicativo de la relación entre la edad y la moral fiscal.⁷¹ El propósito evidente del Resentimiento Fiscal es el de "ir más allá de las relaciones estadísticas para explorar el mecanismo responsable de ellas." Siendo su contribución

⁶⁹ Almagro Martín, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 65.

⁷⁰ Quinteros Olivares, *Prevención del Blanqueo*, 229.

⁷¹ Márquez Cárdenas, *Concepto y Requisitos*, 96.

primordial brindar un mecanismo psicológico, el del resentimiento fiscal que separa una correlación estadística largamente reconocida en la literatura, a saber, que la moral fiscal aumenta con la edad, expresando que los jóvenes manifiestan mayor tolerancia ante el fraude tributario, que las personas con mayor edad.

Para lograr explicar este hecho se plantea un mecanismo de racionalización denominado “resentimiento fiscal”. El cual resulta novedoso ya que discurre las variadas oportunidades de evasión de los contribuyentes, así como los aspectos emocionales y de naturaleza adaptativa, de esta manera presenta un modo más fino en la explicación de la moral fiscal que las usuales indagaciones en la materia.⁷²

El resentimiento fiscal es un mecanismo que esclarece la asociación positiva entre edad y moral fiscal. La ventaja principal de este mecanismo es que permite dar cuenta de la evolución de la tolerancia ante el fraude de los asalariados y pensionados a lo largo del ciclo vital.

2.4 La evasión fiscal como problema histórico

El estudio empírico de la evasión fiscal debe afrontar el problema de la poca existencia de datos confiables, debido a que es un fenómeno que por definición subsiste oculto. En este sentido, se pueden encontrar una serie de trabajo que emplean modelos econométricos, basándose en datos reales de incumplimiento descubierto, los cuales fueron desarrollados esencialmente durante los años ochenta, y que presentan serias limitaciones.⁷³ Ya que se basan en las fiscalizaciones realizadas, dejando fuera todo el fraude cometido por los no declarantes porque solo detectan parte de las rentas

⁷² Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 130.

⁷³ *ibíd.*

ocultas, de igual manera no distinguían entre la evasión y el incumplimiento involuntario.

Por lo que los científicos sociales optaron por producir sus propios datos por medio de experimentos y encuestas, ya que los experimentos admiten otorgar, en el ambiente controlado de un laboratorio, el resultado que poseen determinadas variables sobre el comportamiento humano. Aun cuando en muchos casos deben enfrentarse a las críticas que apuntan a su invalidez externa, los resultados experimentales son una fuente de información muy valiosa para las ciencias sociales.

En la última década, por otro lado se encuentran un numeroso grupo de trabajos que manipulan datos derivados de encuestas de opinión. Tomando como precursora la obra de Schmolders y la “Escuela de Colonia de psicología fiscal” de los años sesenta, tratando estos trabajos de capturar las apreciaciones y condiciones fiscales de los ciudadanos. Estudiando su moral fiscal, esto es, su estimulación personal para pagar impuestos.

Este campo de investigación ha logrado alcanzar gran importancia, debido a que la moral fiscal se ha ostentado como el principal candidato a la hora de aminorar el déficit interpretativo que, como se ha abonado, han justificado los mecanismos rigurosamente económicos. Se han encontrado similitudes entre la moral fiscal y variables sociodemográficas a nivel individual, como por ejemplo el género a la edad, pero también con variables ideológicas como la confianza en el gobierno, la apreciación de ineficiencia en el gasto público, la religiosidad o el patriotismo.

Hay que destacar que la moral fiscal también está correlacionada con la evasión autodeclarada y con los niveles de cumplimiento observados en el laboratorio y, a nivel agregado, con el volumen de economía sumergida de un país. Tales asociaciones nos llevan a pensar que la moral fiscal no es

confianza en el gobierno, la apreciación de ineficiencia en el gasto público, la religiosidad o el patriotismo.

Hay que destacar que la moral fiscal también está correlacionada con la evasión autodeclarada y con los niveles de cumplimiento observados en el laboratorio y, a nivel agregado, con el volumen de economía sumergida de un país. Tales asociaciones nos llevan a pensar que la moral fiscal no es únicamente un indicador actitudinal, sino que se trata además de una herramienta irrenunciable a la hora de explicar el comportamiento efectivo de los contribuyentes.

2.5 El delito de pasaje y sus etapas previas de realización

La doctrina define al delito de pasaje de diversas maneras, tales como delito previo, delito precedente, delito medio o delito de resultado. Por lo cual es necesario definirlo el autor Guillermo Héctor Fernández define al Delito Previo como *“la actividad ilícita que le permite al criminal generar un beneficio económico en dinero y/o ingresos. Existe una gama de actividades no lícitas que se pueden transformar en delito previo al proceso del lavado, entre ellos los provenientes del tráfico de droga, armas, seres humanos, órganos, bienes, etc. como asimismo el terrorismo, corrupción, proxenetismo y la evasión impositiva.”*⁷⁴ La doctrina señala que el delito previo lesiona el mismo bien jurídico que el delito posterior por lo cual la conducta posterior se valora como un hecho posterior copenado.⁷⁵

La existencia del delito previo o precedente instituye un elemento objetivo del tipo y su prueba, condición también de tipicidad; diversos autores penalistas respaldan que no es condición objetiva de punibilidad y que dicho elemento

⁷⁴ Guillermo Héctor Fernández, *Lavado de activos y financiamiento del terrorismo* (Uruguay: Conferencia Interamericana de Contabilidad, Montevideo, 2013), 6.

⁷⁵ José Leiva Saavedra, *Blanqueo de Capitales y Lavado de dinero* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-leiva-saavedra>.

tipifican la acción precedente. Ambas tienen observaciones de índole política-criminal pero deben atender a sus presupuestos.⁷⁶

2.6 Formas punibles del delito de pasaje en la evasión fiscal

Una acción punible es la que se considera que merece ser castigada legalmente. Los actos o las conductas punibles son todos aquellos que van en contra de la ley y, como resultado, este tipo de acciones van acompañadas de su correspondiente sanción o penalización. Para que una conducta sea estimada punible legalmente debe efectuar una serie de requisitos. Primero la conducta debe encontrarse tipificada en un cuerpo normativo, segundo la conducta debe ser antijurídica y tercero la persona que cometa dicha acción debe ser declarada culpable.

Una vez desarrollado que son las acciones punibles, es necesario adentrarse al tema de las formas punibles del delito de pasaje en la evasión fiscal, por lo que se inicia con el Delito de lavado de dinero como una forma punible, considerando que con el delito de blanqueo de capitales se vienen a castigar los actos de reinversión e introducción en el mercado de los bienes y fondos de procedencia ilícita;⁷⁷ el delito de evasión fiscal es considerado para muchos autores como un delito de pasaje para el delito de lavado de dinero, tan es así que en el 2012 el GAFI en sus recomendaciones expresa que: *“Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos”*. En ese año, se decidió incluir al delito fiscal como delito precedente al lavado de dinero.⁷⁸

⁷⁶ Gonzalo Armienta Hernández, *El lavado de dinero en el siglo XXI, Una visión desde los Instrumentos Jurídicos Internacionales, La Doctrina y las Leyes en América Latina y España* (Madrid: Universidad de Madrid, 2015), 31.

⁷⁷ Almagro Martín, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 25.

⁷⁸ Juan Miguel Del Cid Gómez, *Dinero sucio y dinero negro; Entendiendo la borrosa frontera entre lavado de dinero y evasión fiscal* (España: Universidad de Granada, 2013), 33.

La posibilidad de que el delito fiscal pueda ser delito previo del delito de blanqueo de capitales es admitido por muchos países, ya que mientras que en unos países logra ser delito previo cualquier infracción penal fiscal, en otros concurren algunas condiciones. Un ejemplo de ello es Francia en donde el autor del delito fiscal puede ser penado por el posterior blanqueo, mientras que en otros se encuentra excluido explícitamente, como en Alemania. Son diversos los argumentos que emplea la doctrina en contra de que el delito de evasión fiscal consiga ser previo al de blanqueo. Algunos autores instituyen, esta ampliación del delito previo de blanqueo de capitales ha hecho que pierda su función original. Este delito nació para perseguir las ganancias procedentes del tráfico ilícito de estupefacientes, pero, actualmente se intenta utilizar como un medio más de recaudación fiscal porque entre otras cosas, los argumentos dirigidos a que el delito de blanqueo de capitales evite que el delincuente se beneficie de las ganancias no tiene sentido, puesto que para eso ya se encuentra el decomiso.⁷⁹

Se considera a la evasión fiscal como delito previo del delito de lavado de dinero, dado a las estrechas relaciones que existen entre este fenómeno y el crimen organizado, así también respecto del manejo de las mismas formas o metodologías de lavado, una corriente política criminal cada vez más influyente aboga por incluir expresamente el delito fiscal como fuente del delito de lavado.

El Informe sobre Refugios Financieros remitido a las Naciones Unidas, manifiesta en este sentido:⁸⁰ *“Parece llegado el momento de poner fin a la división artificial del dinero delictivo en categorías que dependen de la índole del delito de que provienen. Mientras que se considere legítimo blanquear ciertas categorías de dinero delictivo, el sistema financiero podrá argumentar*

⁷⁹ Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 67.

⁸⁰ Tondini, *Blanqueo*, 288.

que las medidas adoptadas por sus plazas financieras para ocultar ciertos fondos son legítimas. Un posible enfoque sería que los Estados convinieran en que todos los fondos provenientes de actividades delictivas son fondos que pueden dar lugar a un delito de lavado de dinero. Con arreglo a este criterio, de estar tipificada la evasión fiscal como delito en el país de origen de los fondos y ser esa la razón por la que los fondos se ocultan, ocultar esos fondos y su transferencia a otro lugar serían delitos de blanqueo de dinero.”

De acuerdo con los enfoques principalmente citados en relación al concepto material del delito de lavado, existen dos posiciones político criminales sobre la específica determinación del delito de referencia. La primera posición no llega a considerar este delito como una forma de participación criminal, si fundamenta el delito de lavado, su mayor dificultad respecto al encubrimiento; la segunda posición asienta a una mayor autonomía del delito de lavado, y funda la delimitación del delito de referencia, no con base a la mayor gravedad de éste delito, más bien en la capacidad de afectar al bien jurídico protegido o bienes jurídicos protegidos autónomos. Concibe esta posterior posición que si la *ratio legis* del delito de lavado de capitales debe ir enfocada a la lucha contra la criminalidad organizada, y en especial, contra los efectos negativos en el sistema económico y la capacidad de financiar y expandir el propio negocio criminal, los delitos de referencia deberían limitarse meramente a aquellos que contenidamente reúnan esta característica, y no volver, en cierta medida, a castigar de nuevo el hecho tipificado en el delito de referencia ya que en la actualidad lo relevante no es determinar si ha realizado una conducta de legalización, receptación o encubrimiento.

Es decir, la simple comisión del delito previo constituye el elemento típico esencial para resolver los problemas concursales entre esta figura y los

delitos de receptación o encubrimiento. Así, esta falta de correspondencia con la realidad social, por una parte, deja supuestos fuera de su ámbito de aplicación típica delitos cometidos por el crimen organizado, y por otra, incluye otros que no deberían tener la cualidad de delitos de referencia.

Como se aludió con anterioridad la doctrina se pronuncia al respecto del delito previo haciendo mención que este lesiona el mismo bien jurídico que el delito posterior. En el entendido de que el bien jurídico que protege el delito de lavado de dinero es la administración de justicia o el orden socioeconómico, se advierte que el desvalor del hecho previo no comprende en todos los casos la integridad del desvalor del posterior blanqueo. Existe una afectación de bienes jurídicos diferentes. Por ello puede reprocharse el fundamento acorde el cual existe un hecho copenado porque en la pena del delito previo ya está previsto el desvalor de la conducta del autor del lavado; como se observa el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo puede ser más amplio que el del delito precedente cuyo desvalor no es alcanzado por la comisión del delito previo.⁸¹ La despenalización determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos.⁸²

El autor Serrano González De Murillo, señala que la tesis propuesta por Kiepnapfel y por Lampe en la cual se propone que “la creación de un delito de formación y participación en una organización criminal y que sea éste el delito previo del delito de legalización. Las ventajas de esta proposición moran en el desenlace de los singulares delitos previos con el delito de legalización, hecho que sin duda proporcionaría la prueba del delito previo; y el incremento del ámbito de aplicación del comiso afectaría tanto a los bienes de origen criminal como a los bienes legales propiedad de la organización criminal”. Es “extraordinariamente tentadora pero puede generar la quiebra

⁸¹ Juan Lino Castillo, *Evasión Fiscal Legítima* 3° ed. (Perú, Universidad de Lima, 1970), 131.

⁸² Martínez-Bujan, *Derecho Penal*, 72.

de principios básicos del derecho penal, en particular del principio de culpabilidad". Razón por la cual se disiente con la crítica tradicional, pues la pertenencia a la organización o su asistencia mediante el blanqueo no son actos que, para poder imputárselos al autor, puedan prescindir del elemento subjetivo.⁸³

Se vulneraría el principio *ne bis in idem*, ya que según este principio se sancionaría dos veces la misma conducta del defraudador fiscal, porque en la conducta de evasión fiscal aparece tácito el encubrimiento, la posesión o la conversión de ese dinero. Además, la posesión de ese dinero ya se habría realizado antes de realizarse el delito previo de fraude fiscal. Por todo ello, tipificar la cuota tributaria del delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales sería una pena adicional al delito contra la Hacienda Pública y todo ello vulneraría dicho principio.

En realidad, el delito de "lavado", "blanqueo" o "reciclaje", no debe ser estimado como la etapa de agotamiento de un delito previo, sino como una nueva conducta criminal mediante la cual las consecuencias de determinados delitos sirven de objeto material para la condena de una nueva conducta criminal de "ocultamiento" y "reconversión" del producto de un delito en la economía legal de un determinado sistema, aunque el mismo no tenga relación alguna con el lugar en el que el delito precedente acaeció.⁸⁴

Con base en lo anterior se puede concluir que el delito tributario como principio general, no debe formar parte de esta categoría jurídico penal. La introducción del delito fiscal como delito previo, no corresponde con la finalidad político criminal de la lucha contra el crimen organizado. No obstante, la evasión fiscal y el lavado de dinero comparten ciertas técnicas

⁸³ Kopp, P. *La Corrupción*, 117.

⁸⁴ Fuentes, *Lavado y Blanqueo*, 31.

y las políticas preventivas logran robustecerse recíprocamente, conviene instaurar que se tratan de dos procesos que parten de presupuestos diferentes. Esto constriñe, a partir de una política criminal, a tipificar de forma desigual fenómenos que son menoscabados también de manera disímil.

Asimismo, la inserción del delito fiscal como delito de referencia puede concebir un conjunto de desatinos dogmático-jurídicos dificultosos de argumentar, un ejemplo de ello sería el hecho de tener que imponer una pena. Por lo que se debe tener en cuenta que un acrecentamiento de los delitos previos, sobre todo en relación a los delitos fiscales, conllevaría un riesgo de entorpecer en el sentido de que la depreciación social de estas conductas se vería decadente o extendida. Además esto generaría dificultades en el ámbito de cooperación internacional.⁸⁵

La polémica sobre si los delitos contra la hacienda pública y más concretamente el delito de la defraudación tributaria puede ser presupuesto del delito de lavado de capitales, es muy larga. Las relaciones que existen entre ambas figuras no solo radica desde el punto de vista penal sino también tributario y social, desde una perspectiva exclusivamente social las relaciones entre ambos fenómenos parecen claras sin embargo a nivel jurídico tal afinidad puede no dibujarse tan nítida, pues el tratamiento de estas conductas se sumerge en esferas diferentes del derecho.

El fraude fiscal tiende a contemplarse desde su inicio como una actividad propia del derecho tributario, administrativo en definitiva que da lugar en su acepción más cercana a una defraudación de cuota, sin embargo es en el derecho sancionador donde ambas ramas encuentran sus mejores puntos de conexión y más allá a nivel consensual cuando el legislador decidió otorgar reproche penal al fraude fiscal cuando supera una determinada cuantía.

⁸⁵ Tondini, *Blanqueo*, 332.

La relación entre ambos delitos se plantea en un doble sentido. Por un lado se valora la posibilidad de que los ingresos que generan el delito fiscal procedan del blanqueo de capitales y al contrario, planteándonos la posibilidad de que los bienes que tienen su origen en una actividad constitutiva de delito de defraudación contra la Hacienda Pública, posteriormente pueda ser objeto de blanqueo de capitales.⁸⁶

⁸⁶ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 145.

CAPITULO III

LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS EN RELACIÓN DIRECTA CON LA EVASIÓN FISCAL Y LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Este capítulo analiza al lavado de dinero en relación al fenómeno del crimen organizado y el terrorismo transnacional, quien financia gran parte de estos ilícitos con los dineros producto de defraudaciones al fisco, de igual manera gran parte de los activos que manejan estos grupos criminales han sido sometidos previamente a un proceso de blanqueo, con el propósito de ocultar la fuente criminal de aquellos. El aspecto del orden socioeconómico que puede ser lesionado por el blanqueo es la credibilidad del sistema financiero, bajo una perspectiva macroeconómica, el blanqueo de capitales perjudica la estabilidad y solidez del sistema financiero, debido a que esta actividad ilícita, pierde la credibilidad en el sistema económico.

3.1 Lavado de dinero propiamente dicho

El término Lavado de Activos tiene variadas denominaciones, tales como: Lavado de Dinero, Blanqueo de Capitales, Legitimación de Capitales, Blanqueo de Activos, entre otros. Ante cualquiera de las denominaciones anteriores se refiere al mismo proceso; Por lo cual, se concibe como Lavado de Activos, al mecanismo que realiza una persona natural o jurídica. El Fondo Monetario Internacional define al lavado de dinero como: *“Un proceso en virtud del cual los activos obtenidos o generados a través de actividades delictivas se transfieren o encubren, a fin de disimular sus vínculos con el delito.”*⁸⁷

⁸⁷ Schwartzman, 1991, 24.

El lavado de dinero es una práctica que radica en participar en transacciones financieras con el ánimo de enmascarar su identidad, las fuentes y/o el destino del dinero de origen ilícito y disfrazar así los réditos del crimen para darles un origen aparentemente lícito.⁸⁸ Es frecuente describir al dinero adquirido “limpiamente” y dinero “sucio”, el lavado de dinero sobreviene en tres pasos. El primer paso está encaminado a las diversas transacciones financieras que se realizan con el objeto de ocultar cualquier rastro de la trayectoria que han seguido los activos y así lograr el anonimato de dichos activos por capas, y el último paso lo compone la integración de estos activos a la economía lícita y al sistema financiero como si se tratase de cualquier otro activo del sistema.

Dada la naturaleza de las operaciones financieras utilizadas en esta actividad, es posible que las entidades financieras sean utilizadas involuntariamente como agentes para invertir fondos provenientes de actividades ilícitas o delictivas, comprometiendo la estabilidad, seriedad y credibilidad de las mencionadas instituciones. En la mayoría de los países, se supone que los bancos tengan medidas implantadas con el fin de “conocer a su cliente” y hacer preguntas respecto a este tipo de transacciones para determinar el beneficiario o propietario de la cuenta. Como resultado de estas medidas, los lavadores de dinero se han visto obligados a desarrollar métodos más complejos y sofisticados para integrar sus fondos al sistema financiero.

La corrupción genera numerosas utilidades, es por ello que dotan a quienes se dedican al lavado de dinero con suficientes recursos para ser innovadores y creativos para buscar métodos que les permitan lavar el dinero que generan por medio de actos delictivos de formas más seguras para ellos.

⁸⁸ Manuel Broceta Pont, *El Lavado de Dinero y de Activos en la Nueva Era* (Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2011), <http://www.editorialuniversitaria.ch>.

Estas ganancias, a su vez, generan la posibilidad de poder contratar los servicios de profesionales para maquinar la forma de lavar sus fondos ilícitos. Por lo que se asevera que las técnicas de lavado de dinero se hallan en constante evolución, dependiendo en el cambio surgido en los marcos jurídicos y del cumplimiento de la ley.

El “Lavado de Dinero” en un término genérico, es utilizado para describir toda operación comercial o financiera tendiente a legitimar los recursos, bienes y/o servicios provenientes de actividades ilícitas.⁸⁹ Pueden existir muchas definiciones al respecto, pero es transcendental destacar que todas estas definiciones describen al Lavado de Dinero como un proceso que convierte, transfiere, administra o disimula, para poner a circular en el mercado bienes que tienen origen ilícito, con la finalidad de que estos bienes adopten la apariencia de lícitos.

En muchos países el lavado de dinero se considera una conducta sancionada por las leyes, y quizás es una de las actividades más compleja, de difícil detección y comprobación y una de las que da mayor rentabilidad a las organizaciones criminales, el lavado de dinero genera un impacto negativo ya que afecta al crecimiento económico.⁹⁰

3.2 Bien jurídico protegido y análisis del tipo básico del lavado de dinero

Para emprender este tema se debe partir de una definición de bien jurídico protegido, expresando que son “*aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedades que son, por tanto, merecedores, de protecciones a través del poder coactivo del Estado representado por la*

⁸⁹ Salgado, *La Evasión*, 276.

⁹⁰ Chatain Pierre-Laurent, *Prevención del Lavado de Dinero y del Financiamiento al Terrorismo* (Francia: Universidad de Lyon, 2013), 78.

pena pública". "el derecho penal no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos tutelándolos."⁹¹

La exclusiva protección de los bienes jurídicos le compete al Derecho penal como rama del ordenamiento jurídico, el legislador al momento que tipifica una conducta como delito debe tomar en consideración al bien jurídico que está protegiendo, es decir todos aquellos supuestos indispensables de notable importancia para la existencia del ser humano y para la convivencia humana en sociedad; ya que de esta forma se está constituyendo el establecimiento de las distintas figuras delictivas. Porque si el legislador crea ilícitos penales que no tutelen bienes jurídicos, estaría haciendo un uso inicuo de la política penal legislativa; lo que tendría consecuencias funestas, y la legislación penal estaría llena de tipos penales vacíos de contenido y falta de legitimidad, por lo que se asevera que toda figura delictiva debe tener un bien jurídico penal que proteger.

El bien jurídico, desde una perspectiva procedimental, constituye, según, Vives Antón⁹², "el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma" o "el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad". Así es, por cuanto que la pretensión conceptual de relevancia, la cual está ligada a la tipicidad, va inescindiblemente unida a la pretensión de ofensividad o antijuridicidad material, "porque relevantes para el Derecho penal son sólo las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos", principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos que opera como límite del *ius puniendi*.

Con base en lo anterior se puede aseverar que todo delito protege un bien jurídico determinado y la doctrina como tal nos expresa que el delito tipificado

⁹¹ Isidoro Blanco Cordero, *Combate Al Lavado De Activos Desde El Sistema Judicial* 2° ed. (Perú, Organización de los Estados Americanos, 2012), 336.

⁹² Muñoz Conde, *Autoría y Participación*, 224.

como lavado de dinero tiene una serie de problemas en cuanto al bien jurídico que resguarda en cuanto a si este protege uno o varios bienes jurídicos.⁹³ El profesor Jaime Naquira de la Universidad Católica de Chile, en un estudio que realizo al respecto, señala ciertas posibilidades de los bienes jurídicos que se buscó proteger con la tipificación de este delito; primeramente hablo de la Administración de Justicia expresando que lo que busca el sujeto activo del delito de lavado de activos es proteger, asegurar o poner a cubierto de la Administración de Justicia, los efectos, bienes, dineros o valores originados u obtenidos de un hecho delictivo.⁹⁴ Esta consideración parte de la naturaleza jurídica de dichas conductas.

El autor Fabián Caparro, exterioriza que: *"el blanqueo, en esencia, supone ocultar la procedencia de capitales delictivos y, como actividad encubridora, lesiona la Administración de Justicia, toda vez que frustra la tarea encomendada a los poderes públicos de descubrir las infracciones."*⁹⁵

En contra de ello diversos autores alegan que la administración de justicia ya está debidamente protegido mediante el encubrimiento, expresando que la Administración de Justicia como bien jurídico tutelado *"tiene el inconveniente de incidir solamente en un aspecto parcial del blanqueo de bienes"*, que dicha formulación *"no comprendería valores claramente alejados del sector de la Administración de Justicia."*⁹⁶ Todas estas refutaciones nada representan si se examina el blanqueo desde una perspectiva pluriofensiva, reflexionando que junto a la Administración de Justicia también se protegen otros bienes jurídicos.

⁹³ González Benítez 2008, 91-92.

⁹⁴ Jaime Náquira Riveros, *El Delito de Lavado de Dinero en Ecuador* Segunda Edición (Quito, Universidad Autónoma de Quito, 2009), 111.

⁹⁵ Mallada Fernández, *Fiscalidad*, 62.

⁹⁶ Llacer Echave, 2014, 11.

Así se considera que el lavado de dinero busca proteger la Seguridad Interior del Estado; El preámbulo de la Convención de Naciones Unidas, indudablemente, reconoce que los vínculos entre el narcotráfico y otras actividades delictivas organizadas *"amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados."* Considerando que el tipo penal de lavado, tutela la seguridad interior del Estado, porque lidia con la criminalidad organizada.⁹⁷ La vinculación existente entre el blanqueo de activos y el crimen organizado, y en vista que su actividad pone en peligro la Seguridad Interior del Estado, debería ser el bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico penal, teniendo por finalidad la norma penal una represión retrospectiva de la lesión del bien jurídico y con ello impedir hechos delictivos futuros y reprimir la penetración del crimen organizado a la sociedad.

Otra consideración acerca del bien jurídico protegido es la Salud Pública; Esta consideración sería válida si se siguiera la teoría de la receptación de la prolongación del daño causado por el delito previo, siendo en tal caso el tráfico ilícito de drogas que es por excelencia el delito precedente en estas conductas y que el fin primordial es obtención de ganancias que deben incorporarse al circuito económico legal.

Por la pluralidad de recursos económicos que se forman al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación ilegal de empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad en el mercado. Según el criterio del profesor chileno Jaime Náquira. *"la referencia al orden público socio-económico sólo pretende describir un objeto político criminal que permite agrupar aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios"*.

⁹⁷ Convención de Viena, Preámbulo, Apartado 3.

Por esa razón, siendo los elementos de orden socio-económico afectados por el delito de lavado de activos; La libre competencia, siendo esta la libre manifestación del ejercicio de la libertad de empresa, la confianza en que todos los que intervienen en el mercado serán sometidos a las mismas normas y que serán sujetos a las mismas obligaciones y mecanismos de control. El principal objetivo del crimen organizado es infiltrarse en la economía "legal" tratando de obtener posiciones monopolísticas a través de la supresión de los competidores, por lo que los empresarios estarían en desventaja ya que estos criminales buscan lavar fácilmente el activo obtenido de forma ilícita no importando recuperar solo una parte de la inversión.

Otro elemento afectado es la estabilidad y solidez del sistema financiero, la economía de un país se ve seriamente afectado ya que es evidente que cuando con el dinero limpio se mezcla dinero sucio proveniente de actividades criminales, principalmente, delitos de narcotráfico, se genera malestar, desconfianza e inseguridad en el sistema financiero. Así mismo otro elemento afectado es el Fisco; la administración tributaria se ve afectada ya que no recauda impuestos derivados de las sumas excelsas que manejan las organizaciones criminales.

Existen diversas opiniones de que el dinero y los bienes que tienen un origen ilícito o delictivo, no generan tributos que deben pagarse al Estado, en razón de que debe partirse del supuesto de que los impuestos deben recaudarse únicamente sobre dineros lícitos, limpios o bien habidos, caso contrario, el Estado estaría permitiendo que el dinero sucio se recicle para lavarse al confundirse con dinero limpio aportado por contribuyentes honestos.

Pluralidad de bienes jurídicos afectados: Lo analizado hasta el momento demuestra que estamos frente a un comportamiento delictivo cuya complejidad no sólo está dada por las fases del proceso de blanqueo sino

porque con su actuar el sujeto activo ofende varios bienes jurídicos que resultan afectados en mayor o menor medida, directa o indirectamente, bien entendido que el lavado de dinero supone una conducta esencialmente dinámica, que puede involucrar actuaciones más o menos determinantes de varias personas, funcionarios o empleados del sistema financiero o de los organismos de control y de la Función Judicial. Hay que señalar, como nos recuerda Jaime Náquira. Que: *“La simple o mera ocultación o encubrimiento de bienes ilícitos no es la razón de ser de lo punible en el delito de blanqueo. Lo que caracteriza este delito es el “proceso dinámico” por el cual bienes ilícitos son incorporados al ámbito económico lícito, y de esta forma, son transformados, cambiados o reemplazados por otros bienes de apariencia lícita.”*

3.3 Delito uniofensivo o pluriofensivo

En razón a diversos criterios, doctrinariamente existen una serie de clasificaciones de los tipos penales, entre ellos, el número de bienes jurídicos que se ven claramente afectados por la conducta delictiva, así se entiende, que delitos uniofensivos son aquellos en los que lesiona o pone en peligro directa o inmediatamente a un solo bien jurídico, sin perjuicio que mediatamente se lesione o ponga en peligro otros; y delitos pluriofensivos son los que lesionan o ponen en peligro directa o inmediatamente varios bienes jurídicos; esta última, está cobrando fuerza en materia de bien jurídico del lavado de dinero, en el sentido que “Ante la inexistencia de un único bien jurídico, claramente protegido por el delito de blanqueo, cada vez son más los autores que optan por la consideración del blanqueo como un delito pluriofensivo.”

La consideración pluriofensiva del blanqueo se encuentra muy extendida entre la doctrina, ya que son cada vez más los juristas y expertos que optan

por esta consideración, entre ellos se encuentran Aranguez Sánchez, Moreno Canoves y Vives Anton, se instituyen una especie combinaciones y dicotomías, la primera de ellas, es la relativa al orden socioeconómico y la administración de justicia como bien jurídico protegido, esta dicotomía, sostenida por Vives Anton y González Cussac, consideran que el blanqueo compromete el orden socioeconómico, concretamente porque dificulta la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial, pero su naturaleza encubridora también advierten que se lesiona la administración de justicia, por lo que concluyen que nos encontramos ante un delito pluriofensivo.⁹⁸

El autor Zaragoza Aguado comparte parcialmente las valoraciones de los autores anteriores descritos en lo relativo de que el delito de blanqueo es un delito pluriofensivo, pero está en desacuerdo de los anteriores ya que este funda su apreciación en que los bienes jurídicos que se ven afectados son por un lado, el orden socioeconómico y por otro lado, la estabilidad democrática. Sostiene que *“el blanqueo se trata de una indudable infracción pluriofensiva por la variedad de bienes jurídicos, mediata e inmediatamente, protegidos, pues para él con el mentado proceso se cuestiona el orden socioeconómico y hasta la esencia de la democracia.”*⁹⁹ Mayoritariamente se acepta que un delito es pluriofensivo cuando tutela inmediatamente más de un bien jurídico. Es decir, que para poder suponer que un delito es pluriofensivo, no solamente tiene que poner en peligro o lesionar varios bienes jurídicos, sino que dicho peligro y lesión deben ser inmediatos, más no mediatos ni distantes.¹⁰⁰

⁹⁸ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 166.

⁹⁹ Miguel Abel Souto, “Normativa Internacional Sobre El Blanqueo De Dinero Y Su Recepción En El Ordenamiento Penal Español” (Tesis de Maestría, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2001), 115.

¹⁰⁰ González Benítez 2008, 97.

3.4 La evasión fiscal como indicio del delito de lavado de dinero

La evasión fiscal son aquellas conductas que conllevan al no pago total o parcial de los tributos que les atañen a personas naturales o jurídicas ante la administración tributaria dentro de un país. La evasión puede ser manipulada para dar la apariencia de legal a montos de dinero obtenidos de forma ilícita por medio de la implementación de estrategias tales como: la falsa facturación, la doble contabilidad o la alteración de documentos tributarios. por lo que sería raro que se pueda presentar tal delito, ya que estas organizaciones declaran con normalidad para no levantar sospechas y evitar ser intervenidas por las entidades competentes del estado, todo con la finalidad de engañar al fisco para poder limpiar fondos de origen ilegal. Debido a que el lavado de activos utiliza a la defraudación tributaria como medios para poder cumplir su fin ilegal.¹⁰¹

Existen dos posturas doctrinales al respecto del delito fiscal como antecedente del lavado de dinero; el primero es en contra, expresando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de lavado porque no origina los fondos que son objeto del delito. Con base a que el delito fiscal no produce nada que no se hallase antes en el haber defraudado, el defraudador no adquiere nada del delito sino que los bienes que constituyen la cuota tributaria ya se hallan en su capital. La otra postura es a favor; En esta postura se cree que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente de lavado de dinero ya que los bienes procedentes de delitos fiscales pueden considerarse de origen delictivo grave.¹⁰² Algunas técnicas de evasión y elusión fiscal, utilizadas por las empresas multinacionales logran reducir la base imponible mudando la actividad generadora del

¹⁰¹ Jonathan Agustín Bolaños Peralta, *Análisis de la evasión tributaria del sector comercial de la ciudad de Guayaquil, relacionada con el lavado de activos en el periodo 2004-2012* (Ecuador: Universidad de Guayaquil, 2014), 134.

¹⁰² Kopp, P. *La Corrupción*, 191.

ingreso a una jurisdicción de menor tributación, aunque, en muchos otros, retienen la sustancia de la actividad económica en el país y, mediante técnicas de planificación fiscal internacional, operan sobre las formas jurídicas adoptadas, con el objetivo de obtener un resultado equivalente al de trasladar la actividad económica.

La relación entre el lavado de activos y el delito tributario es especialmente complicada. Ambos delitos aparecen en ocasiones entremezclados, de modo que puede evidenciarse dos grupos de casos. En el primero de ellos, el objeto material deriva del lavado de activos y se discute si existe o no la obligación de pagar tributos por las rentas ilícitas generadas por el blanqueo. El grupo de acción financiera GAFI en sus nuevas recomendaciones emitidas en el año 2012, incorpora expresamente como delito determinante los delitos fiscales relacionados con impuestos directos e impuestos indirectos, siendo esto asumido por la legislación de múltiples estados, de esta manera impulsan la prevención y la persecución del blanqueo de capitales, En términos generales, el objeto material en el delito de lavado de activos se concreta en los bienes originados en un delito anterior.

Fundamentar al delito tributario como objeto material del delito de lavado de activos solo puede alcanzarse mediante el recurso a la imputación objetiva. Ya que, el asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la imputación objetiva. Delimitar si el patrimonio que emana de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la

peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*.

Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende contaminado o manchado por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un objeto peligroso, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*. Con ello, la cuota tributaria tiene origen delictivo, deriva de la comisión de un delito, sencillamente porque es el resultado material, el tributo dejado de pagar en todo o en parte al Estado, debido al incremento del riesgo que conllevó la conducta fraudulenta. Desde esta perspectiva carece de relevancia toda argumentación naturalística en el sentido de que el autor no gana nada o no recibe nada, argumentos que no alcanzan a ver que la imputación del origen ilícito no es una tarea descriptiva sino valorativa o normativa.

Por ese motivo no se discute que los delitos de apropiación ilícita, peculado, alzamiento de bienes o administración fraudulenta, son delitos fuente del blanqueo de capitales pese a que en tales casos el autor tampoco recibe nada. Decantado lo anterior, el problema central en los casos de lavado de activos derivados del delito tributario es cómo concretar, determinar o individualizar cuáles son los concretos bienes que corresponden al objeto material del delito, lo que es aún más complejo si se tiene en cuenta que por lo general el producto del delito tributario es una suma dineraria, esto es un bien fungible, fácil de mezclar con dinero de fuente lícita.

Según el autor Quinteros Olivares, la cuota defraudada no puede ser objeto material del delito de lavado de dinero ya que argumenta que el objeto material del delito de blanqueo corresponde a bienes que el autor obtiene mediante el delito previo, el autor obtiene algo que no tenía antes del delito.

Pero el dinero de quien no pagó sus impuestos no es dinero producto del delito fiscal, de modo que no puede ser objeto del delito de blanqueo, manifestando que por tal razón hay una falta de objeto material. El dinero debe proceder del delito y no se puede certificar la legítima naturaleza, es decir, no se conoce la base de los recursos, es por eso que se llega al lavado de dinero. Se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que emanen de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Es decir un suceso delictivo lleva al otro.¹⁰³

3.5 Origen y delito previo a la adquisición de bienes

El autor Blanco Cordero, sustenta que: *“Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del blanqueo y un delito previo.”* Porque de lo contrario, *“Si no está presente ese nexo o unión o si se rompe por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de blanqueo de capitales.”*¹⁰⁴ Teniendo en cuenta que el presupuesto básico del lavado de dinero es la comisión de un delito previo que origine los bienes a lavar. el mismo autor expresa, que: *“Las dudas surgen a la hora de considerar bienes procedente de un delito a los efectos del delito de blanqueo los instrumentos del delito previo y su objeto material.”* Estas dudas resultan a raíz de lo multivalente que puede manifestarse el término bien en el delito.

La definición de delito que se acoge para el delito previo del blanqueo de bienes, así será la relación de subordinación existente entre el delito previo y el delito de blanqueo. Desde el punto de vista dogmático, el conjunto de la doctrina sustenta que delito, es una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y en algunos casos punible, es decir que dogmáticamente hablando, para que exista un delito es necesario que concurren los anteriores

¹⁰³ Lino Castillo, *Evasión Fiscal*, 243.

¹⁰⁴ González Benítez 2008, 105.

elementos, categorías, estadios o niveles de análisis relacionados al supuesto de hecho de las preposiciones en el campo de la juridicidad penal, se representa por el delito, cuyas consecuencias son la pena donde esta se integra con los elementos constitutivos de la culpabilidad.¹⁰⁵

En el Código Penal Salvadoreño, en su artículo 18 inciso primero, el legislador trata de brindar una definición de lo que se debe entender por delito, expresando: “los hechos punibles se dividen en delitos y faltas”, y en el inciso segundo del mismo artículo, menciona que: “los delitos se dividen en graves y menos graves”; así como también, el artículo 19 del mismo cuerpo normativo, invoca que: “los hechos punibles pueden ser realizados por acción u omisión.”¹⁰⁶

De acuerdo con el principio de accesoriedad limitada, para que exista “delito” es necesario que el hecho previo sea una conducta típica y antijurídica, sin que necesariamente se haya pronunciado la administración de justicia declarando la culpabilidad de los responsables y determinando las penas que deben cumplir. Y esto en razón de que el hecho prohibido se agota en lo injusto, vale decir en la sola descripción típica, suficiente para “manchar” con el carácter “ilícito” a los bienes que de dicha conducta delictiva se obtengan.

3.6 Sistemas jurídicos y cooperación internacional

Contar con un régimen estricto contra el lavado de dinero, propia de cada país es igual de importante con el hecho de contar con normas y mecanismos mundiales para reducir y prevenir el lavado de dinero, ya que si no se cuenta con la cooperación internacional en este tema, no se podría disminuir este fenómeno, solamente con una combinación normativa

¹⁰⁵ Oscar Vicente Díaz, *Ilícitos Tributarios* (Argentina: Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2006), 67.

¹⁰⁶ Código Penal, D.L. N° 270 del 13 de febrero de 1973, D.O. N° 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo de 1973.

nacional e internacional será posible detener el fenómeno del lavado de dinero. Por esta razón a través del tiempo los países han consolidado una serie de organizaciones existentes y han creado otras nuevas. En 1989, se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), cuyo crecimiento ha continuado a tal punto que en la actualidad comprende treinta y cuatro países miembros y dos organizaciones regionales, además de ocho organizaciones que gozan de la calidad de miembros asociados. El GAFI es un organismo intergubernamental cuyo objeto es generar la voluntad política necesaria para que se promulguen reformas legislativas, y en la normatividad nacional mediante el desarrollo y la promoción de políticas y medidas tanto a nivel nacional como internacional para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.¹⁰⁷

El GAFI, mediante la ejecución de una serie de recomendaciones ha liderado los esfuerzos enfocados hacia la admisión e instrumentación de medidas planteadas para aquietar el uso del sistema financiero por parte de la delincuencia. Cabe afirmar que el elemento más importante en cualquier régimen contra el lavado de dinero efectivo es la habilidad y la voluntad de las partes interesadas de cooperar a nivel nacional e internacional.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Náquira Riveros, *El Delito de Lavado*, 54.

¹⁰⁸ Pierre-Laurent, *Prevención del Lavado de Dinero*, 97.

CAPITULO IV

CRITERIOS TÉCNICOS DE LAVADO DE DINERO BASADO EN LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA (GAFI)

En este capítulo se abordan los logros y avances llevados a cabo por los sistemas internacionales de cooperación, enfocados al control y posible erradicación o en su caso, disminución considerable de delitos en el marco de la corrupción, se ven materializados por el compromiso de alto nivel del Gobierno de El Salvador para abordar las deficiencias estratégicas que a lo largo del tiempo han existido en materia financiera y tributaria en general. Es así como el Grupo de Acción Financiera Internacional, por sus siglas (GAFI), avaló los saltos de calidad que nuestro país ha tenido en el fortalecimiento de su marco normativo en materia de Prevención del Lavado de Activos. Esta posición fue respaldada por varios países y por los organismos regionales del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) y el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC). Que en adelante se estudian.

4.1 Estándares internacionales contra el lavado de dinero

El proceso histórico del lavado de activos, en el marco de su política de prevención, encuentra su origen en normas de carácter internacional. La importancia de su investigación reside en que las normas concretas provienen en su mayor parte de dichas normas. Entre los principales instrumentos internacionales para la prevención y control del lavado;¹⁰⁹

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, La Declaración de

¹⁰⁹ Kopp, P. *La Corrupción*, 137.

Principios de Basilea sobre Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para Blanquear Fondos de Origen Criminal, del Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria del Grupo de los 10, en 1988. El Informe y Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Dinero - GAFI de 1990.

La Convención Europea sobre Blanqueo, Seguimiento, Secuestro y Decomiso del Producto del Crimen, de 1990. La Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a la Prevención de la Utilización del sistema financiero para el Blanqueo de Capitales de 1991. El Reglamento Modelo Americano de la Organización de Estados Americanos sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, de 1992. Las Bases para la Convención Hemisférica Interamericana contra el Lavado y Transferencia de Activos de Origen Ilícito, de la Organización de Estados Americanos, de 1995. La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000.

El lavado de dinero destruye la economía legal e internacional de los Estados ya que el mayor problema de esta actividad ilícita es que por medio de este no solo se oculta el producto de las actividades ilícitas sino que, también a través del lavado de dinero, se sostiene el crimen organizado. El delito de lavado de dinero es un proceso de expansión de la sociedad y la evolución negativa del comportamiento de sus integrantes. Es por ello que a través de la historia se ha tratado de contrarrestar este delito, ya que ha quedado claro que este ilícito es tan antiguo como lo es el dinero, es por ello que después del segundo conflicto mundial, los países decidieron fundar la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 24 de octubre de 1945 en San Francisco, (California), para promover la cooperación internacional y prevenir futuros conflictos. A finales de 1984 se modificó la política internacional antidroga perfeccionando con la suscripción, de la "Convención Contra el Tráfico Ilícito

de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas” el 20 de diciembre de 1988, popularmente conocida como Convención De Viena, que entro en vigencia en Noviembre de 1990, desde entonces ha tenido una importante influencia en la lucha contra el blanqueo de capitales, así también en dicha convención se concertó que la eliminación del tráfico ilícito era responsabilidad colectiva de todos los Estados.

En este documento se delinearon nuevas tácticas para combatir el tráfico ilícito y el consumo de drogas, se introdujo la criminalización de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas, esto fue una de las innovaciones que se introdujeron en este documento; de este modo se dio inicio a un largo camino para contrarrestar o limitar el movimiento y la utilización de capitales de origen espureo. A este documento le siguieron otros como la Convención de Estrasburgo de 1990, el Reglamento Modelo de la Organización de Estados Americanos, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como “Convención de Palermo”¹¹⁰ el “Grupo Egmont” de Unidades de Inteligencia Financiera, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos, entre otros, tal como se señaló anteriormente.

En diciembre del año 2000, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional manifestó la voluntad política de abordar un inconveniente mundial con una resistencia mundial. Si la delincuencia traspasa las fronteras, lo mismo debe de hacer la acción de la ley; haciendo mención *“Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los*

¹¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, Resolución A/RES/55/25.

resistencia mundial. Si la delincuencia traspasa las fronteras, lo mismo debe de hacer la acción de la ley; haciendo mención "*Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.*"¹¹¹

Aun cuando su labor se encuentra especialmente dirigida a la lucha contra dicho flagelo procedente del tráfico de drogas, ha dedicado su colaboración en temas de lavado de activos. Entre sus disposiciones prevé la calificación como delitos penales de las conductas de lavado de dinero y la precisión del concepto de blanqueo de capitales.

En 1989 los siete países más industrializados y miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, conocido como G-7 (Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá), cuyo peso político, económico y militar es muy relevante a escala global, crean en Europa la guía y primer grupo de especialistas en el combate al lavado de dinero en el ámbito internacional,¹¹² el Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, mejor conocido por sus siglas y nombre en inglés como FATF, *Financial Action Task Force*. Es un organismo intergubernamental cuyos objetivos consisten en establecer normas y promover la aplicación efectiva de las medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el lavado de dinero, el financiamiento al terrorismo, la proliferación de armas de

¹¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Nueva York, 2004

¹¹² Rúa, *Fuga de Capitales*, 87.

destrucción masiva y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional; este grupo enfocado a impedir la utilización del sistema bancario para la transformación de activos de origen delictivo.¹¹³

Este grupo recibió el mandato de elaborar recomendaciones sobre cómo mejorar la cooperación internacional en la lucha contra el lavado de activos. A principios de la década de los 90, el GAFI,¹¹⁴ dio a conocer sus Cuarenta Recomendaciones que tenían por objeto proporcionar un plan de acción necesario para la lucha contra el lavado de dinero, dichas recomendaciones fueron aprobadas en el año 1991 y consecutivamente, fueron adoptadas por otras organizaciones internacionales, regionales y sus respectivos países. En 1996 debido al rápido avance de la actividad financiera así como de la innovación en las modalidades de comisión de la actividad delictiva se hizo necesaria una actualización de dichas recomendaciones.

En el año 2001 dichas recomendaciones fueron revisadas y se incorporaron Recomendaciones Especiales, esto debido al atentado terrorista acaecidos el 11 de septiembre de ese año en EE.UU., por lo que a las ya existentes se le adicionaron 8 recomendaciones, vinculadas a la financiación del terrorismo. El 22 de octubre del 2004 se adoptó la novena recomendación especial referida al movimiento transfronterizo de efectivo.¹¹⁵ De esta manera, las cuarenta recomendaciones para la prevención del lavado de activos, combinadas con las nueve recomendaciones especiales relacionadas con el financiamiento del terrorismo, establecen el marco básico para detectar, prevenir y suprimir el

¹¹³ Cámara Internacional de Comercio A.C. CAMEDIC, "El Lavado de Dinero y Fraudes", en Boletín Informativo del capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, México 2005, P. 11.

¹¹⁴ Bárbara Gisela Linares, "Nociones Básicas sobre el Lavado de dinero", (Tesis de Maestría, Universidad de La Rioja, Argentina, 2010), 78.

¹¹⁵ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "Grupo de Acción Financiera Internacional", en Comisión Nacional Bancaria y de Valores, n. 6 (2014): 49.

lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.¹¹⁶ El 16 de febrero de 2012, publicó una nueva versión de sus Recomendaciones, en las que se componen las medidas esenciales comprendidas en las anteriores Cuarenta Recomendaciones, con las 9 Recomendaciones Especiales, que establecen los modelos internacionales manejados por más de 180 países para luchar eficientemente y de manera global los delitos mencionados, así también para impedir el uso de los sistemas financieros con fines ilícitos.

El GAFI, a pesar de funcionar dentro del ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, es un grupo *ad hoc* de carácter técnico sin subordinación eficaz respecto de aquel, lo forman 36 miembros, dentro de los cuales pueden distinguirse países y organizaciones internacionales, como ser la Comisión Europea y el consejo de Cooperación del Golfo. El GAFI tiene la finalidad de instituir foros regionales. Por este motivo es que actualmente existe el grupo de Acción Financiera del Caribe, y en el cono sur, el GAFI Sudamericano¹¹⁷

4.2 Recomendaciones del GAFI

El Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, es un organismo intergubernamental instituido en 1989 cuyo propósito es “elaborar y promover

¹¹⁶ Las 9 Recomendaciones Especiales del GAFI para combatir el financiamiento del terrorismo son: I. Ratificación y Aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas; II. Penalización del financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero conexo; III. Congelamiento y confiscación de los activos producto del terrorismo; IV. Informe de transacciones sospechosas relacionadas con el terrorismo; V. Cooperación internacional; VI. Remisiones alternativas; VII. Giros electrónicos; VIII. Organizaciones sin ánimo de lucro; y IX. Correos/portadores de efectivo. El texto de cada una de las 9 Recomendaciones, www.GAFI-gafi.org/document

¹¹⁷ *López Benítez, Benigno María*, “10 años de GAFISUD” en Boletín Informativo del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica, Buenos Aires, Argentina, 2011. El GAFISUD se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de nueve países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente se incorporaron como miembros plenos México (2006), Costa Rica y Panamá (2010). P. 23.

medidas para combatir el blanqueo de capitales”¹¹⁸ el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional, el GAFI procura identificar flaquezas a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos ilícitos; todo esto con la cooperación con otras partes involucradas a nivel internacional. Como marco general recomienda a los países ratificar y aplicar sin restricciones la Convención de Viena. Las Recomendaciones del GAFI establecen los principios de acción y admite que los países sean flexibles en la aplicación de estos principios para poder ajustarse a sus propias circunstancias y marcos constitucionales. Muchos países a nivel mundial, a pesar de que dicha convención internacional no es vinculante, han optado por un compromiso político auténtico en lo que concierne a la lucha contra el lavado de dinero mediante la aplicación de las Recomendaciones del GAFI, tomando en cuenta el daño que este fenómeno ocasiona a las sociedades y por los costos reales que sufriría la viabilidad financiera de los países si decidieran no hacerlo.¹¹⁹

Dichas recomendaciones constituyen un esquema de medidas completo y permanente que los países deben efectuar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. las Recomendaciones del GAFI, establecen un patrón internacional que los países deberían efectuar por medio de medidas acondicionadas a sus circunstancias particulares, ya que los países tienen diversos marcos legales, administrativos y operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todas medidas idénticas contra estas amenazas; son medidas básicas que los países deben

¹¹⁸ María Inés Baroli, *Lavado de Dinero y el Rol de la Administración Tributaria* (Argentina: Universidad de Buenos Aires, 2012), 129.

¹¹⁹ Rosembuj, *Elusión o Evasión Fiscal*, 56.

implementar para lograr: identificar los riesgos, y desarrollar políticas y coordinación local; luchar contra el lavado de activos; financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación; aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados; establecer poderes y responsabilidades y otras medidas institucionales; mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas.

Las 40 Recomendaciones originales del GAFI del año 1990 fueron una iniciativa para luchar con los usos clandestinos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero del tráfico ilícito de drogas, siendo un llamado importante a los países a tipificar el lavado de dinero como delito, creando la gama más amplia viable de delitos subyacentes y determinando sanciones efectivas, armoniosas y convincentes.¹²⁰ Siendo creadas para una aplicación universal. Engloban el sistema jurídico penal y policial, el sistema financiero y su reglamentación y la cooperación internacional.

En el año de 1996, se examinaron las Recomendaciones por primera vez para enunciar las crecientes directrices y técnicas de lavado de activos y para ampliar su campo más allá del lavado de activos procedente de las drogas. Después de perfeccionada la tercera ronda de Evaluaciones Mutuas de sus miembros, el GAFI, en cooperación con los Organismos Regionales estilo GAFI (FSRB por su sigla en inglés), y los organismos observadores, incluyendo el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y las Naciones Unidas, examinó y renovó sus Recomendaciones; Las revisiones contemplan nuevas amenazas procedente, clarifican y endurecen muchas de las obligaciones existentes, conservando la estabilidad necesaria y el rigor de las Recomendaciones.

¹²⁰ Baroli, *Lavado de Dinero*, 163.

Las pautas de GAFI han sido también analizadas y se fortalecieron los requisitos para las circunstancias de mayor riesgo a fin de admitir que todos los países se focalicen más en las áreas de alto riesgo o donde se podría optimizar la implementación. Para poder acoger las medidas apropiadas para atenuar los riesgos, los países, como ya se mencionó anteriormente deben identificar, evaluar y entender los riesgos del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo que afrontan. El enfoque basado en riesgo permite que los países acojan medidas más flexibles para orientar los recursos

El GAFI hace el llamado a los países a cumplir con las recomendaciones que han emitido para combatir el lavado de activos por medio de la implementación de medidas realmente efectivas para que sus sistemas nacionales puedan lidiar con el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación.¹²¹ Además para aseverar la integridad del sistema financiero se compromete a conservar diálogos con el sector privado, la sociedad y civil y con otras partes interesadas, así como también el GAFI se encuentra realmente comprometido a mantenerse actualizado con los cambios que puedan surgir en cuanto a las amenazas y vulnerabilidad del sistema financiero global y así asegurar los cambios a los estándares según corresponda a la realidad actual.

En el siguiente cuadro se muestran los cambios que han tenido las referidas recomendaciones emitidas por el GAFI. El Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, es un organismo intergubernamental instituido en 1989 cuyo propósito es “elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales”¹²² el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la

¹²¹ GAFISUD “Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, Recomendaciones GAFI”, febrero 2012, P.8

¹²² *Ibíd.*

proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional, el GAFI procura identificar flaquezas a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos ilícitos; todo esto de la cooperación con otras partes involucradas a nivel internacional.

Cuadro Comparativo Inicial De Las Normas GAFI

RECOM. CORRES. AL GAFI 2003	RECOMENDACIONES CORRESPONDIENTES AL GAFI 2012	RECOMENDACIONES CORRESPONDIENTES AL GAFI 2016
	A. POLÍTICAS Y COORDINACIÓN DE LA/CFT 1. Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo.	A POLÍTICAS Y COORDINACIÓN A LA/CFT 1 Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo
R. 31	2. Cooperación y coordinación nacional	2. Cooperación y coordinación nacional
R. 1 R. 2	B. LAVADO DE ACTIVOS Y DECOMISO 3. Delito de lavado de activos	B. LAVADO DE ACTIVOS Y DECOMISO 3. Delito de lavado de activos
R. 4	4. Decomiso y medidas provisionales.	4. Decomiso y medidas provisionales.
RE. II	C. FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN 5. Delito de financiamiento del	C. FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN 5. Delito de financiamiento del

	terrorismo.	terrorismo.
RE. III	6. Sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo.	6 Sanciones financieras dirigidas relacionadas con el terrorismo y el financiamiento del terrorismo
	7. Sanciones financieras dirigidas relacionadas a la proliferación.	7. Sanciones financieras dirigidas relacionadas con la proliferación.
RE. VIII	8. Organizaciones sin fines de lucro	8. Organizaciones sin fines de lucro
R. 4	D. MEDIDAS PREVENTIVAS 9. Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras	D. MEDIDAS PREVENTIVAS 9. Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras.
R. 5	Debida Diligencia y Mantenimiento de Registros 10. Debida diligencia de identificación del cliente	Debida Diligencia y Mantenimiento de Registros 10. Debida diligencia de identificación del cliente
R. 10	11. Mantenimiento de registros	11. Mantenimiento de registros
R. 6	Medidas Adicionales para Clientes y Actividades Específicas 12 Personas expuestas políticamente	Medidas Adicionales para Clientes y Actividades Específicas 12 Personas expuestas políticamente
R. 7	13. Banca corresponsal	13. Banca corresponsal
RE. VI	14. Servicios de transferencia de dinero o valores	14. Servicios de transferencia de dinero o valores
R. 8	15. Nuevas tecnologías	15. Nuevas tecnologías

RE. VII	16 Transferencias electrónicas	16 Transferencias electrónicas
R. 9	Dependencia, Controles y Grupos Financieros 17. Dependencia en terceros	Dependencia, Controles y Grupos Financieros 17. Dependencia en terceros
R. 15 R. 22	18. Controles internos y de filiales subsidiarias	18 Controles internos y sucursales y filiales extranjeras
R. 21	19. Países de mayor riesgo	19 Países de mayor riesgo
R. 13 RE IV	Reporte de operaciones sospechosas 20. Reporte de operaciones sospechosas.	Reporte de operaciones sospechosas 20 Reporte de operaciones sospechosas
R. 14	21. Revelación (tipping-off) y confidencialidad.	21 Revelación (tipping-off) y confidencialidad
R. 12	Actividades y Profesiones No Financieras Designadas 22. APNFD: debida diligencia del cliente.	Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) 22 APNFD: Debida diligencia del cliente
R. 16	23. APNFD: Otras medidas	23 APNFD: Otras medidas
R. 33	E. TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS 24. Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas	E – TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS 24 Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas
R. 34	25. Transparencia y	25 Transparencia y beneficiario

	beneficiario final de otras estructuras jurídicas.	final de estructuras jurídicas
R. 23	F. FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE AUTORIDADES COMPETENTES Y OTRAS MEDIDAS INSTITUCIONALES Regulación y Supervisión 26. Regulación y supervisión de las instituciones financieras	F – FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES Y OTRAS MEDIDAS INSTITUCIONALES Regulación y Supervisión 26 Regulación y supervisión de instituciones financieras
R. 29	27. Facultades de los supervisores	27 Facultades de los supervisores
R. 24	28. Regulación y supervisión de las APNFD	28 Regulación y supervisión de las APNFD
R. 26	Operativo y Orden Público 29. Unidades de inteligencia financiera	Operativo y Orden Público 29 Unidades de Inteligencia Financiera
R. 27	30. Responsabilidades de las autoridades de orden público e investigativas.	30 Responsabilidades de las autoridades del orden público e investigativas
R. 28	31. Facultades de las autoridades de orden público e investigativas	31 Facultades de las autoridades del orden público e investigativas
RE. IX	32. Transporte de efectivo	32 Transporte de efectivo
R. 32	Requisitos Generales 33. Estadísticas	Requisitos Generales 33 Estadísticas
R. 25	34. Guía y retroalimentación.	34 Guía y retroalimentación
R. 17	Sanciones	Sanciones

R. 39	39. Extradición referente a las medidas de protección.	39 Extradición referente a los sujetos obligados a proteger por su calidad diplomática.
R. 40	40. Otras formas de cooperación internacional	40 Otras formas de cooperación internacional

4.3 El terrorismo y la proliferación como financiamiento para el delito de lavado de dinero y de activos

El delito de lavado de dinero es muy grave, ya que afecta a la economía de un país, imposibilitando el desarrollo social, económico, político y cultural de las sociedades de todo el mundo. La globalización en las últimas décadas ha venido acompañada por el crecimiento de economías clandestinas transfronterizas y nacionales sustentadas por negocios ilegales. Estas actividades delictivas, han creado beneficios colosales que han incitado la demanda de lavado de dinero, el terrorismo y su financiamiento afectan a las economías nacionales como a las internacionales; ya que los terroristas necesitan utilizar los servicios financieros para mover y transferir sus fondos, los cuales son adquiridos a través de actividades fructuosas que proceden primordialmente de actos criminales como las extorciones, el secuestro, el contrabando a gran escala, el tráfico de narcóticos, el robo, entre otros. Por lo que toda entidad financiera tiene la obligación de conocer a sus clientes e informar de la existencia de transacciones sospechosas. Aunque estas obligaciones parecen sencillas, se ha puesto de manifiesto que es difícil de poner en práctica.¹²³

Las organizaciones terroristas, tanto como las organizaciones del tipo crimen organizado, necesitan de sustento financiero para conseguir sus objetivos. En

¹²³ Pierre-Laurent, *Prevención de Lavado de Dinero*, 253.

consecuencia, para que sean efectivamente exitosas, deben ser competentes de crear y conservar ilesa una infraestructura económico-financiera proyectada al cumplimiento de sus objetivos. Por lo que, necesitan contar con diversas y variadas fuentes de financiamiento y un mecanismo adecuado para lavar y ocultar los fondos, y canales apropiados que les permitan utilizar esos fondos para la estructura logística necesaria para cometer los actos terroristas.

Una organización terrorista puede tener sus actividades principales y secundarias en el mismo país, pero para aquellas organizaciones estructuradas y de cierto alcance, las actividades secundarias y sobre todo de financiamiento, suelen también ejecutarse en países diferentes a donde efectúan sus actividades operativas.

En octubre de 2001, el GAFI expandió su mandato e incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas y creó las importantes ocho recomendaciones, que luego fueron ampliadas a nueve recomendaciones especiales sobre el financiamiento del terrorismo¹²⁴. En 2003, estas fueron

¹²⁴ Las nueve recomendaciones especiales contra el financiamiento del terrorismo del GAFI. 1 Ratificación y ejecución de los instrumentos de las NU. 2 Tipificación del financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero asociado Los países tienen la obligación de tipificar el financiamiento del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deben asegurar que estos delitos sean designados como delitos precedentes del lavado de dinero. 3 Congelamiento y decomiso de activos terroristas. Los países deben poner en práctica medidas para congelar, sin demora alguna, los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financian el terrorismo y de las organizaciones terroristas, 4 Reporte de transacciones sospechosas relacionadas con el terrorismo, 5 Cooperación Internacional; Los países deben contar con tratados, acuerdos u otro mecanismo que le permita brindar a los demás estados la mayor ayuda posible, en temas legales o información respecto a la ejecución penal, civil e investigaciones administrativas, pesquisas y procedimientos relacionados con el financiamiento del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas, 6 Sistemas alternativos de envíos de fondos Los países deben tomar medidas para asegurar que las personas naturales o jurídicas, incluyendo a los agentes, que prestan un servicio para la transmisión de fondos, incluso por sistemas de red, estén sujetos a todas las Recomendaciones del GAFI que se apliquen a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias, 7 Transferencias electrónicas; Los países deben contar con las medidas necesarias que les permitan exigirles a las instituciones financieras, incluyendo a los que envían dinero, que tomen y conserven información precisa y significativa del autor de transferencias de fondos o mensaje relacionado a través de la cadena de pago, 8

revisadas por segunda vez y junto con las Recomendaciones Especiales fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

El desafío de luchar contra el financiamiento del terrorismo es muy significativo por lo que en el año 2012, la mayoría de las medidas que inicialmente se centralizaban en el financiamiento de este, se encuentran integradas en las Recomendaciones, evadiendo entonces la necesidad de las Recomendaciones Especiales. Sin embargo, en estas nuevas Recomendaciones se encuentran concertadas en la “Sección C” de las Recomendaciones del GAFI.¹²⁵ Siendo estas: La Recomendación 5 (la criminalización del financiamiento del terrorismo); Recomendación 6 (sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y financiamiento del terrorismo); y Recomendación 8 (medidas para prevenir el uso indebido de los organizaciones sin fines de lucro).

En el 2008 el mandato del GAFI se expandió tomando en cuenta que la proliferación de armas de destrucción masiva es también una preocupación para la seguridad; por lo que se incluyó el manejo del financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Para combatir esta amenaza, el GAFI ha adoptado una nueva Recomendación (R. 7), que intenta asegurar una implementación constante y efectiva de las sanciones financieras cuando éstas sean solicitadas por el Consejo de Seguridad.¹²⁶

¹²⁵ Sección “C – Financiamiento Del Terrorismo Y Financiamiento De La Proliferación”. 5 correspondiente a la recomendación especial del 2003 número II (REII) Delito de Financiamiento del Terrorismo; 6 correspondiente a la recomendación especial del 2003 número III (REIII) Sanciones financieras dirigidas relacionadas con el terrorismo y el financiamiento del terrorismo; 7 Sanciones financieras dirigidas relacionadas con la proliferación; 8 correspondiente a la recomendación especial del 2003 número VIII (REVIII) Organizaciones sin fines de lucro.

¹²⁶ GAFISUD “Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, Recomendaciones del GAFI”, febrero 2012, P.7

Para neutralizar el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo el régimen de un país, tiene tres objetivos primarios. El primer objetivo es el de disuadir a quienes lavan dinero y financian al terrorismo de utilizar el sistema financiero para actividades ilícitas. El segundo es detectar el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo cuando y donde ocurren, y el tercero es enjuiciar y castigar a aquellos implicados en dichas actividades. El gobierno de un país expresa su clara voluntad política de establecer un régimen de PLD/FT (Prevención del Lavado de Dinero / Financiamiento al Terrorismo), mediante la aprobación de leyes y reglamentos apropiados, la dotación de facultades adecuadas a organismos y ministerios relevantes, la asignación de recursos suficientes, el enjuiciamiento de casos y la obtención de condenas.¹²⁷

4.4 Dependencias, controles y grupos financieros como medio eficaz a la no realización del delito

EL GAFI en sus recomendaciones expresa que los países pueden acceder a las instituciones financieras que deleguen a terceros para que ejecuten los elementos contemplados en la recomendación número 10 literales a) y, c) de las medidas de Debida Diligencia del Cliente, plasmadas en dicha Recomendación, las cuales consisten en: a) *Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes. Y, c) Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial;*¹²⁸ siempre que se cumplan los criterios siguientes:

El primer criterio consiste en que una institución financiera que dependa de un tercero debe obtener rápidamente la información necesaria sobre los

¹²⁷ Pierre-Laurent, *Prevención del Lavado de Dinero*, 88.

¹²⁸ Oscar Vicente Díaz, *Ilícitos Tributarios* (Argentina: Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2006), 43.

elementos (a) - (c) antes ya mencionadas. Así también el segundo criterio indica que las instituciones financieras deben tomar medidas apropiadas para cerciorarse de que el tercero proporcionará, cuando se le solicite y sin demora, copias de los datos de identificación y demás documentación oportuna relativa a los requisitos sobre la Debida Diligencia del Cliente. El tercer criterio indica que la institución financiera debe convencerse de que el tercero está regulado, es supervisado o monitoreado en cuanto a los requisitos sobre la Debida Diligencia del Cliente y el mantenimiento de registros, y que cuenta con medidas establecidas para el cumplimiento de los mismos, de acuerdo con las Recomendaciones 10 y 11. El cuarto y último criterio determina que los países puede radicar el tercero que cumple con las condiciones, los países deben tomar en cuenta la información disponible sobre el nivel de riesgo de ese país.

Además se debe solicitar a las instituciones financieras que ejecuten programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Exigiéndoselos que efectúen estos programas a nivel de todo el grupo financiero para lograr intercambiar información entre ellos. De igual manera se debe exigir a las instituciones financieras que certifiquen que sus sucursales y filiales extranjeras apliquen las medidas contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

4.5 Transparencia y beneficiario final de personas jurídicas y otras estructuras jurídicas

Están comprendidas en el apartado “E” de las recomendaciones del GAFI, específicamente en las números 24 y 25; en las cuales se refleja parámetros que deben seguir los países en cuanto a este tema. En la recomendación 24, se describe a la Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas, considerando que los países deben adoptar medidas para cohibir el uso ilícito de las personas jurídicas para el lavado de dinero o el financiamiento del

terrorismo, para lo cual deben cerciorarse que exista información precisa y apropiada sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan adquirir acceso pertinentemente.¹²⁹

Por otra parte, la recomendación 25 regula lo concerniente a la transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas, en la recomendación en comento el GAFI ha estimado exhortar a los países a adoptar medidas con las que prevengan el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. *“los países deben asegurarse que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre los fideicomisos expresos, incluyendo información sobre el fideicomitente, fiduciario y los beneficiarios, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD), que ejecutan los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 y 22”.*¹³⁰

4.6 Requisitos para las instituciones financieras del GAFI

Todos los requisitos para las instituciones financieras o las actividades y profesiones no financieras designadas deben ser introducidos en la ley, y para todos los demás casos, en la ley u otros medios coercitivos (el país tiene poder de decisión a discreción).

El término “Ley”, se refiere a la legislación emitida o aprobada mediante un proceso y otros equivalentes conforme a los regulados en el marco

¹²⁹ GAFILAT, “Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, Recomendaciones del GAFI”, actualizadas en junio de 2016 P. 22

¹³⁰ GAFISUD “Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, Recomendaciones del GAFI”, 2012, P. 55.

constitucional de cada país, tal y como lo expresan las recomendaciones 10, 11 y 20 del GAFI, imponiendo requisitos de carácter obligatorio, y que tendrán una sanción si se incumplieren siendo estas eficaces, proporcionales y disuasivas.

Al considerar si un documento o mecanismo contiene requisitos que equivalen a medios coercitivos, deberán tomarse en cuenta los siguientes factores: Tiene que existir un documento o mecanismo que establezca o subraye los requisitos que aborden los temas contenidos en las Recomendaciones del GAFI, y que plasme requisitos claramente expresados que se entiendan como tal. Debiendo ser emitido dicho documento por una autoridad competente, teniendo que existir sanciones por incumplimiento las cuales no necesariamente deben constar en el mismo documento, pueden desarrollarse en uno diferente con el cuidado que existan vínculos entre los requisitos y las sanciones, las cuales deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas útiles si las personas incumplen con sus obligaciones; las sanciones deben ser aplicables, directa o indirectamente, por incumplimiento de un requisito. En todos los casos debe ser evidente que las instituciones financieras y las APNFD, entienden que se aplicarían sanciones por incumplimiento y cuáles serían esas sanciones.¹³¹

¹³¹ *Ibíd.*

CAPITULO V

INCREMENTOS NO JUSTIFICADOS DE PATRIMONIO DESDE EL PUNTO FISCAL Y DEL BLANQUEO DE CAPITALS

En este capítulo se aborda la corrupción desde la perspectiva de los ingresos no justificados, éstos se encuentran entre los flagelos más conocidos por los ciudadanos y es uno de los principales problemas que afrontan las sociedades latinoamericanas. Actualmente, en El Salvador es posible conocer mucho más de lo que antes era permitido por las instituciones del Estado. En el pasado no existían organismos especializados y ninguna organización ofrecía la información o los estudios que ahora se pueden presentar al público. Las organizaciones privadas, mediante su propio esfuerzo, abrieron las puertas y no se conformaron ante las reiteradas negativas para proporcionar información de parte de los funcionarios. La corrupción no es una práctica que se desarrolle únicamente en un periodo determinado, sino que está presente en las distintas etapas de evolución del estado salvadoreño.

5.1 el desafío de la corrupción para el estado democrático de derecho

A lo largo de la historia la corrupción ha existido y siempre existirá con menor o mayor medida. Erradicar la corrupción es algo inalcanzable, lo verdaderamente alcanzable es lograr combatirla y con ello reducirla al mínimo posible por medio de medidas éticas, de prevención, control y transparencia, sin dejar a un lado el ejercicio del *ius puniendi* estatal, y sin perder de vista el papel que el derecho penal debe jugar en un estado de derecho conforme al principio de intervención mínima. En los últimos tiempos

se ve reflejado un incremento de casos de corrupción y no es porque ahora se lleve a cabo más corrupción que antes.

Los casos cometidos en años pasados son objetos de investigación en el presente. En el siglo XXI la corrupción ostenta características disímiles a la corrupción tradicional. En muchos casos no se puede conocer quién es el responsable del acto de corrupción debido a que cada vez la administración pública es más compleja, con estructuras especializadas, con distintos niveles de decisión. La corrupción afecta a empresas y sociedades muy complejas que operan a lo largo de todo el mundo, afectando en muchos casos a la libre competencia, de forma que corrupción pública y privada van unidas.

Se pueden denotar que actualmente existen muchos casos de corrupción pública y privada, delito fiscal, blanqueo de capitales y crimen organizado, actividades delictivas que por lo general están ligadas, con el fenómeno de delincuencia económica organizada que debe ser abordada con nuevos instrumentos. Las organizaciones criminales cuentan con significativos medios materiales, con recursos económicos exorbitantes, y con innovadores medios tecnológicos, así también cuentan con expertos en los ámbitos legal y financiero que se ocupan de la ocultación de sus ganancias y de los productos del delito frente a la actuación del estado.

Estas estructuras criminales tienen la posibilidad de quebrantar los cimientos de la democracia y afectar a las estructuras del estado. Los altos niveles de corrupción política logran acabar con un Estado Democrático, por lo que se ve afectada toda la administración. El sometimiento de las administraciones a los intereses particulares de un reducido núcleo de personas en lugar de la voluntad democrática de los ciudadanos, supone además una pérdida de recursos públicos, bien por no entrar en las arcas públicas que simplemente

son esquilmas o bien por la realización de contratos y adjudicaciones en perjuicio de las administraciones en condiciones más ventajosas para la empresa que contrata y que en pocas ocasiones paga una cantidad al responsable político y su partido. El fraude fiscal es otra cara de esta realidad, las administraciones públicas realizan un gran esfuerzo para conseguir fondos y combatir la defraudación tributaria, destinando ingentes recursos a medios tecnológicos, creando múltiples mecanismos de control, bases de datos y comunicaciones obligatorias de distintas personas y entidades, mejorando la inspección y la colaboración internacional.

Las prácticas corruptas han invadido la actual economía globalizada limitando su eficacia y competitividad y contaminando el sistema financiero mediante la utilización de los circuitos para disfrutar de sus inmensos beneficios. Además han provocado que haya disminuido la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, dañando el propio estado social y democrático de derecho, produciéndose una situación de apatía política y escepticismo democrático de lo que es buena muestra el incremento de la abstención en los distintos procesos electorales o la aparición de nuevos partidos políticos, en algunos casos de cote populista, extremista, antisistema o simplemente de tono sarcástico que canalizan el hartazgo de los ciudadanos con la política tradicional sin aportar soluciones.

5.1.1 La insuficiencia de las nuevas medidas contra la corrupción

La corrupción ha existido a través del tiempo, por lo que se ha ido aprobando un sin número de leyes dirigidas a reformar determinados sectores económicos, y a luchar contra el fraude, mejorando la transparencia de la información pública, para lograr obtener nuevamente la confianza en las instituciones democráticas. Se han creado nuevos tipos penales de difícil interpretación y que en ocasiones crean conflictos entre normas,

declaraciones no deseables de llamado nuevo derecho penal que se desvía del principio de intervención mínima y del de seguridad jurídica. Así también en dichas normas se denota un aumento creciente de las penas, que ha sido muy bien visto por un sector de la población pero que no ha sido la solución al conflicto, ya que lo importante de las penas es que se cumplan y que el derecho penal cumpla su función. Porque de nada sirve imponer penas elevadas si luego estas no van a ser aplicadas y con ello dejaran de cumplir su objetivo, más bien acarrearían desconfianza en la norma y en el mismo sistema judicial. Dejando de cumplir el derecho penal su función preventiva e reprimiendo la reconstrucción de la confianza social en el ordenamiento jurídico y en el poder judicial. A lo mejor la solución concurriría en desarrollar el llamado principio de oportunidad consintiendo no acusar a determinadas personas que colaboran con la justicia, con rebajas o exenciones de penas.¹³²

5.1.2 El patrimonio de origen desconocido. Blanqueo de capitales y delito fiscal

Los delitos de corrupción y los delitos de blanqueo, con independencia de la posición que se adopte sobre el auto blanqueo, no cabe duda que se hallan en concurso real. En ocasiones se encuentran fondos o bienes de origen desconocido y que están relacionados con una persona que está siendo investigada por actos de corrupción, lo que traza muchas alternativas:

a) Agotamiento del delito

En el supuesto que como resultado o vinculo del cometimiento de una actividad delictiva previa, concreta y determinada, hay activos o bienes derivados de esta actividad, el autor no responderá por blanqueo del delito previo sino por puro agotamiento del delito que da lugar al decomiso de los

¹³² Cándido Conde-Pumpido Tournon, *Delitos relacionados con la corrupción* (España: Universidad Autónoma de Pamplona, Aranzadi, S.A.U, 2016), 78.

fondos y bienes de origen ilícito, sin perjuicio de la responsabilidad de otras personas por el blanqueo de esos fondos.

Cuando el patrimonio que se transforma es el que claramente proviene del delito antecedente, este absorbe los posteriores actos de aprovechamiento de los efectos del delito debido a que este tipo penal intuye en su total dimensión la conducta y la penalidad de modo que perturba al conjunto del patrimonio ilícitamente concebido por el delito objeto de sanción.

El anterior postulado, a manera de ejemplo, cabe mencionar lo acontecido en Órgano Judicial Español, específicamente en la ciudad de Sevilla, en que, una sentencia del Tribunal Supremo, para referencia (858/13 de noviembre RJ 2013, 7898) conocida como *Ley Udyco*, se investigaba a unos funcionarios policiales que habían robado y vendido sustancias tóxicas, que habían sustraído de las dependencias policiales y con el robo y venta de estos habían formado un patrimonio que era derivado de las actividades ilícitas ya mencionadas y con este patrimonio se realizaron diversas operaciones. Dicha sentencia establece que cuando el patrimonio se ha producido a través de una conducta de tráfico de drogas permanente en el tiempo, este patrimonio de origen ilícito aparece desconectado de una concreta operación de tráfico que ha sido objeto de investigación, pues esa operación interrumpida por la acción policial no ha generado un patrimonio de origen ilícito que tiene su referencia en otras operaciones de tráfico.¹³³

En los casos en los que consta la identidad de las ganancias y los beneficios que han sido resultado del delito de tráfico de drogas y el blanqueo de capitales, no engloba la doble punición, del mismo hecho como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, ya que es el mismo patrimonio objeto de una doble punición penal. Y esta doble punición lesionaría el *nem bis in ídem*, también se debe considerar que ya está

¹³³ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 77.

contemplado en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso, por lo que se considera que ya está penado.

b) Delito antecedente y blanqueo de capitales

El Derecho penal en los últimos tiempos arremete un reto muy importante, el de luchar contra la delincuencia económica, siendo esto nombrado por muchos juristas como la nueva ángulo del derecho penal, la delincuencia económica ha logrado que se generen nuevas figuras penales encaminadas a la ordenación de la economía, sus finalidades en un estado social y a la adquisición de patrimonios, A este último contexto se refiere el delito de blanqueo, ya que el derecho penal viene a perfeccionar por medio de este delito al ordenamiento civil resguardando la correcta formación de patrimonios, debido a que el ordenamiento civil establece como se obtiene el patrimonio y como nacen las obligaciones civiles, el derecho penal simplemente logra fortalecer la regulación del patrimonio y asegurar que deriven de actividades lícitas.

El delito de blanqueo ha ido tomando más fuerza y ha ido perfeccionando sus técnicas de blanqueo a través de los años, por lo que ha sido necesario que la jurisprudencia vaya mejorando esta figura, haciendo que la necesidad de proteger el orden socio económico y los derechos de los investigadores sean compatibles.

c) El delito fiscal, ganancias patrimoniales no justificadas

Breve referencia a la problemática del delito fiscal y blanqueo y tributación de rentas ilícitas: Los supuestos en los que aparece un importante patrimonio ya sea dinero en efectivo indiferentemente sea en un domicilio específico o en el extranjero, en paraísos fiscales o también podría ser un patrimonio inmobiliario, que cuyo titular no pueda justificar su origen, por este solo hecho no se puede deducir que estos procedan de un delito y por ende no se

puede decir que sea objeto de un delito o que estos puedan dar lugar a un delito de blanqueo, si no se tiene un claro conocimiento de su vinculación con actividades delictivas. Es más complicado en aquellos casos en los que un funcionario público o un responsable político son los que no logran justificar su patrimonio siendo este en gran medida desproporcional a sus ingresos.

Se debe tener en cuenta que la acusación por un expreso delito antecedente o por blanqueo de capitales debe de ir asistido de una acusación subsidiaria o alternativa por el delito fiscal, para el caso que no se logre acreditar el origen ilícito de estos fondos no declarados. La doctrina ha manifestado las relaciones existentes entre el blanqueo de dinero y la persecución de un incremento patrimonial no justificadas, por medio del delito fiscal. Ambos tipos penales tienen un campo que les es común.

Determinación penal de la cuota tributaria defraudada: El no declarar los ingresos tributarios instituye una de las conductas típicas del delito contra la hacienda pública, siendo de esta manera el elemento subjetivo del delito en comento, el ánimo que el defraudador demuestra al declarar de forma incorrecta o de forma retorcida los datos que sirven para imponer el total de lo que debe liquidar en impuestos, no declaren aun cuando conocen su deber de hacerlo, de tal manera omite su deber de declarar, ocultar el hecho imponible o de manera falsa disminuirlo, es constituyente de una conducta defraudadora ya que involucra una infracción del deber que se ha llevado a cabo por medio de la ocultación de la realidad. La prueba de los indicios es aquella a la cual se puede recurrir en relación a los hechos que establecen la base fáctica del delito fiscal, los engreimientos que a menudo acoge la legislación tributaria no son transmisibles llanamente al ámbito penal, en el que no se puede excluir la presunción de inocencia y sus efectos, debido a que el acusado no está en la obligación de demostrar su inocencia, y si

que no se puede excluir la presunción de inocencia y sus efectos, debido a que el acusado no está en la obligación de demostrar su inocencia, y si existe duda razonable será de beneficio para este ya que en ese caso se absuelve por existir duda por parte del juez.

El que acusa tiene la obligación de probar; La presunción de inocencia es un principio constitucional que establece condicionamientos, que no pueden ser derogados por el legislador ordinario debido a su jerarquía constitucional. Al existir esta duda razonable el principio *in dubio pro reo* impone la absolución.

Ganancias patrimoniales no justificadas: Son originalmente los bienes o derechos cuya posesión o adquisición no corresponde con la renta o patrimonio declarado por el contribuyente y se integraran en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubran,¹³⁴ con la excepción que el contribuyente logre justificar su titularidad de los bienes o derechos con las pruebas suficientes y pertinentes.

El incremento de patrimonio justificado es una institución jurídica que se instituye como elemento especial de cierre, con el que pretende evitar las rentas ocultas al fisco. Por tales incrementos no justificados el legislador constituye una presunción *iuris tantum*, por medio del cual se comprueba el incremento patrimonial que no logra justificar el contribuyente con las rentas que ha declarado, por lo que se entiende que se está en presencia de una renta oculta. Toda esta presunción puede desvirtuarse con la prueba en contrario que presente el contribuyente correspondiéndole acreditar la legalidad de dicho patrimonio. El sistema de determinación de la base de liquidación del impuesto y la consideración del incremento no justificado de patrimonio constituye efectivamente una regla probatoria.

¹³⁴ Ibíd.

5.1.3 El delito de enriquecimiento ilícito

- a) El delito de enriquecimiento ilícito como instrumento para luchar contra la corrupción. Convención de las naciones unidas de 2003

Tanto la corrupción como el enriquecimiento ilícito van del a mano y logran minar el sistema democrático así también consiguen que la política sea fuente de enriquecimiento económico injusto.

Es cada vez más evidente la multiplicación de los casos de corrupción de funcionarios y políticos en complicidad con diversos empresarios y particulares para llevar a cabo tal corrupción, tan es así que a simple vista se puede ver que los instrumentos que se utilizan para combatirla son insuficientes. Es imperante que los estados estén dotados de mecanismos e instrumentos que sirvan para eliminar y lidiar con la corrupción.

Existen diversas dificultades en la investigación penal que limitan y hacen ineficaz la justicia en estos casos, una de estas limitaciones es en cuanto a los tipos penales, por lo que sería útil crear un tipo penal que ayude a mejorar la eficacia y la celeridad de la investigación, este tipo penal debe ir dirigido al peligro abstracto, cuyo objetivo sea el de ejercer de forma normal y correcta el ejercicio de cargos públicos.

En las Naciones Unidas, llevada a cabo en Nueva York el 31 de octubre del año 2003, el delito de enriquecimiento ilícito fue examinado. En el artículo 20 de dicha convención contempla el enriquecimiento ilícito, dicho artículo no obliga a los estado a tipificar este delito, más bien hace recomendación que cada estado parte considere la posibilidad de adoptar las medidas adecuadas para tipificar como delito al enriquecimiento ilícito. Pero si obliga esta convención a los estados parte a verificar y examinar la necesidad de aprobar normas que penalicen el enriquecimiento ilícito, más si en dicho

estado se refleja que los mecanismos utilizados para combatir este fenómeno son insuficientes. Lo cual fue muy bien visto por muchos países, tanto que fue incorporado en diversas legislaciones, pero también muchas legislaciones consideran que este delito es incompatible con su constitución como por ejemplo Canadá y Noruega.¹³⁵

Cada vez es más cuestionable por qué no es posible la condena y el decomiso de los bienes a los políticos o funcionarios públicos que no logran justificar el incremento patrimonial que tienen y que no es consistente con los ingresos propios a su cargo, pero la realidad es que cada vez es más difícil vincular el patrimonio ilícito con los actos delictivos de los que se originan.

b) La corriente a favor del nuevo delito

Diverso autores así como organizaciones de prestigio internacional llaman a realizar una propuesta con la cual se logre prevenir y combatir la corrupción política e institucional y lo que tratan es de tipificar como delito el hecho que un político o funcionario público posea bienes ocultos que no sean acordes a su actividad y salario, valorando que dichos funcionario y políticos están en el deber de transparencia y declaración de todos sus bienes. En el caso de enriquecimiento notorio de un cargo público durante su mandato, para perseguirle penalmente es necesario demostrar que el dinero procede de un específico delito de cohecho o malversación de caudales públicos.¹³⁶

c) el nuevo régimen del decomiso y la cuasi-inversión de la carga de la prueba

La convención de la ONU del 20 de diciembre de 1988 o el plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada en su artículo 5.7, regula una iniciativa en el ámbito de decomiso donde se protege una especie de

¹³⁵ Vaca Andrade, *Delito de Lavado*, 98.

¹³⁶ Díaz y García, *Autoría*, 49.

inversión de la carga de la prueba. Proponiéndosele a los estados 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 que ellos sean compatibles con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales.

En el ámbito de decomiso existen varias previsiones que permiten acordarlo y decomisar los bienes del sujeto relacionado con una actividad delictiva y que no pueda justificar su origen sin necesidad de acreditar que esos bienes proceden de un delito. En el decomiso ampliado los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. No se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. El fin de este es privar de los bienes a la persona que estuvo relacionado con actividades delictivas, por lo que no puede justificar su origen, por lo que su naturaleza es civil y patrimonial, parecida al delito de enriquecimiento injusto, pero se debe tener el cuidado de no confundirlo con el delito de blanqueo de capitales ya que en el caso en comento el patrimonio no puede justificarse por lo que se presume que es de origen ilícito pero a la vez no se puede comprobar tal aseveración.

d) El delito de enriquecimiento patrimonial ilícito

El incremento del activo de una forma notoria, la desproporción de los ingresos, la falta de justificación de este activo y de los bienes que no están acorde a sus ingresos legales y además que el sujeto activo del delito sea

funcionario público, son elementos propios del delito de enriquecimiento patrimonial ilícito. La condena de este delito debe ir en seguida del decomiso de los bienes. Este delito se consuma en el momento que es descubierto el patrimonio no justificado ya que no se puede explicar el origen del mismo por parte del funcionario público, además no se puede perseguir el delito antecedente del que proceden los bienes, incluso no se acredita que sean originarios de ilícitos aunque sea evidente que así es. Ya que ese patrimonio no podrá tener un origen ilícito notable puesto que de acreditar dicho origen habrá de ser objeto de condena el delito del que provienen y convenir el decomiso de los mismos con la posibilidad de condena por blanqueo de capitales del autor del hecho y de quienes favorecieron el ocultando los bienes y el origen ilícito de estos.

Existe una limitante en cuanto a este delito ya que se plantea que solo los funcionarios públicos pueden incurrir en el delito de enriquecimiento ilícito, por lo que la Convención de Naciones Unidas en su artículo 2 define al funcionario público de forma amplia expresando: *“toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial en Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo, toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública o que reste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte”*. No pudiendo perseguirles por el delito de blanqueo de capitales dado que el supuesto del delito de enriquecimiento ilícito no es antecedente de su actividad.

e) La prueba de indicios

Cuando un funcionario tiene un incremento patrimonial el mayor problema es la no justificación del mismo para acreditar su licitud ya que si no lo hace

comete el delito de enriquecimiento ilícito, el hecho que dicho funcionario debe evidenciar la licitud del acrecentamiento de su patrimonio no presume que haya una presunción de culpabilidad, debido a que la carga de la prueba la posee la fiscalía, quienes deberán demostrar que el enriquecimiento del acusado es superior a sus ingresos legítimos. La prueba sobre el incremento patrimonial solo podrá ser de indicios, acreditando la condición de funcionario público y el incremento patrimonial valorando la desproporción del patrimonio con los ingresos y esencialmente la no justificación de este incremento. La prueba de indicios ha sido admitida y reconocida en los más importantes convenios internacionales¹³⁷, debido a que es primordial para el derecho penal, fundamentalmente en el delito de blanqueo de capitales y en el delito fiscal y de igual forma lo sería en el delito de enriquecimiento ilícito.

5.2 El bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales

El derecho penal como ente protector de bienes jurídicos establece un límite fundamental al ejercicio del *ius puniendi* que es titular el Estado.¹³⁸ El bien jurídico protegido por el derecho penal se basa en dos sentidos que son, el primero de ellos es en el sentido político criminal y el segundo sentido que es el dogmático, el primero se menciona que lo único que merece ser protegido por el derecho penal en contraposición sobre todo los valores solamente morales¹³⁹, el sentido dogmático formula que de objeto evidentemente protegido por la norma penal vulnerada de lo que se trate, interesándose en ese sentido dogmático de bien jurídico, como objeto de la tutela jurídica. El concepto político criminal de bien jurídico tenderá a tener un contenido muy

¹³⁷ Esta prueba de indicios ha sido reconocida en la Convención de Viena contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, en su art. 3.3, en el Convenio de Estrasburgo sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos de 1990 en su art. 6.2.

¹³⁸ Claus Roxin, *Sentido y límites de la pena estatal, problemas básicos del derecho penal* (España: Editorial Madrid, 1998), 67.

¹³⁹ Armienta Hernández, *El Lavado de Dinero en el Siglo XXI*, 142.

cercano al del concepto dogmático para quien sustente la misma concepción político criminal que inspira al Derecho Penal vigente y al contrario¹⁴⁰.

Los bienes jurídicos en ocasiones descansan en una realidad material y otros en una realidad inmaterial, aun cuando el bien descansa en una cosa corporal, su concepto no se agotará en el de esta, puesto que requiere ser algo más que su ser cosa, los bienes son las cosas más el valor que se les ha agregado.¹⁴¹

Al derecho le interesa la dimensión social, debida a que la prestación de aquellos objetos reales establece una necesidad social y conviene las posibilidades de intervención del individuo en los sistemas sociales en el sentido eficaz en que dichos objetos merecen protección como bienes jurídicos. Solo así se conseguirá cumplir el concepto de bien jurídico la función política liberal de brindar una acumulación material y no solo formal como la literalidad de los tipos penales de los diferentes estados valiosos que por su jerarquía requieren la tutela penal.

5.2.1 Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales

- a) *Concepto de Bien Jurídico Protegido:* En la última década, el legislador ha tenido la tarea de crear nuevas normas determinadas para completar una ley especial, o bien en el propio código penal, debido a la aparición de nuevas figuras de delincuencia. Con relación a la configuración de los ilícitos penales, el profesor Tiedemann ha subrayado en primer lugar que: *la ubicación en el código penal de un ilícito viene a expresar una clara voluntad legislativa de considerar así los tipos penales como especialmente importantes y en segundo*

¹⁴⁰ Bolaños Peralta, *Análisis de la Evasión*, 88.

¹⁴¹ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 49.

*lugar, porque ello fortalece la dedicación de la parte General a las particularidades del Derecho Penal Económico.*¹⁴²

Los bienes jurídicos son valores o intereses reconocidos y a la vez protegidos a través del derecho, nacen de la propia vida, de las relaciones vitales entre los hombres, de esa manera se convierten en bienes jurídicos.¹⁴³ Von Lizst menciona que: “*el bien jurídico es la existencia, de la que de sus distintas formas se derivan la división de los bienes jurídicos. Son intereses vitales que surgen de la propia vida y que los hombres a través del derecho reconocen y protegen jurídicamente*”. Así pues se puede entender que el bien jurídico estimable para la protección va a variar según el contexto cultural de cada sociedad y por supuesto del momento histórico en el que se encuentre, puesto que son valoraciones de los hombres sobre lo que debe ser protegido basado en la realidad de lo que se vive.

b) *Noción y Evolución Histórica del Bien Jurídico Protegido*: El principio de la evolución del bien jurídico devine del siglo XIX, la teoría del bien jurídico se sitúa en la obra de Birnbaum¹⁴⁴, quien desde el positivismo jurídico y con orientación liberal, más que apreciar un derecho en el bien jurídico, veía un bien material asegurado por el estado.

Como resultado de la corriente histórica anterior en relación al concepto material de bien jurídico, a principios de este siglo nace una nueva noción metodológica o teleológica–metodológica del bien jurídico protegido, dirigido por dos principales autores Honig y ulteriormente perfeccionada por Grunhut. Idealizando al bien jurídico como la finalidad reconocida por el legislador para la concreta norma jurídica de modo que el objeto de resguardo es aquella suma con la cual el pensamiento jurídico trata de atraer el sentido y fin de los

¹⁴² Schwartzman 1991, 14.

¹⁴³ María Lourdes Baza de la Fuente, *El delito fiscal: Particular referencia al artículo 305 del código penal* (España: Complutense De Madrid, 2016), 87.

¹⁴⁴ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 91.

distintos preceptos penales, decir se produce una especie de identificación entre el bien jurídico y el fin de la norma jurídica perseguida por el legislador.

La sociología confiere conceptos jurídicos penales. Desde esta perspectiva funcional se enlaza el bien jurídico con el criterio de dañosidad social o la disfuncionalidad para el sistema social, el ejercicio del *ius puniendi* se ha de dirigir contra comportamientos dañosos para el sistema social, disfuncionales.¹⁴⁵

Hassemer¹⁴⁶ requiere que las conductas idóneas de reacción penal sean dañinas socialmente ya que la lesión de un interés humano no va a ser suficiente puesto que los efectos lesivos de tal lesión superan el mero conflicto autor víctima.¹⁴⁷ Muñoz Conde, considera que tan importante como el interés humano necesitado de protección penal es el proceso mismo social y político a través del que se constituye.¹⁴⁸ Para Rudolphi, desde el punto de vista valorativo contenido en la constitución el bien jurídico consiste en proteger las funciones sociales y los mecanismos eficaces requeridos para el mantenimiento de la sociedad frente a los daños y perturbaciones que pudieran amenazarlos, quedando excluidos los comportamientos que carecen de perturbadores de funciones sociales.¹⁴⁹

La doctrina se ha esforzado en la exploración de un bien jurídico sustancial, limitador de la actividad del legislador y no indispensablemente formal, ya que el hombre es un ser social, desenvuelve su vida en sociedad, convive en sociedad, la cual enuncia sistemas de control entendidos como mecanismos, a través de los cuales la sociedad la practica y extiende su superioridad sobre los que la integran, ordenando las vías de superación de los conflictos,

¹⁴⁵ Blanco Cordero, *Combate al Lavado*, 59.

¹⁴⁶ Baza de la Fuente, *El Delito Fiscal*, 109.

¹⁴⁷ Díaz, *Ilícitos Tributarios*, 21.

¹⁴⁸ Martínez-Bujan, *Derecho Penal*, 95.

¹⁴⁹ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 246.

contradicciones y tensiones que puedan surgir entre los elementos que la componen, por esta razón el derecho penal se configura como parte del control social, es decir, a través de él, el control social se formaliza, con lo que aparece como previsible, controlable y vinculado a principios y criterios de conformidad y disconformidad con las normas.

El fundamento funcional del derecho penal, dirigido a la protección de la sociedad, exige que el sustrato del bien jurídico sea extraído de la propia realidad social, y se refiere a aquel conjunto de condiciones necesarias que posibilitan el funcionamiento del sistema social. Se trata este, de un concepto de bien jurídico abstracto y general, necesitando de concreción, puesto que el pluralismo y la complejidad de las estructuras sociales suscitan en algunas ocasiones alternativas para el buen funcionamiento del sistema.¹⁵⁰

5.2.2 El orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales

Una diversidad de autores apoyan la teoría que plantea que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales es el orden socioeconómico, basándose que para la ejecución de este delito es imperante utilizar la economía de los países para lograr blanquear el dinero objeto de ilícitos, y por tal aseveración el orden económico se ve perturbado en gran proporción, así también las empresas que son manipuladas para el blanqueo se ubican en una posición monopolizada, y de forma superior a las demás, lo cual perturba la libre competencia, de igual forma las entidades de crédito y las instituciones financieras son utilizadas para blanquear capitales, lo cual pone en peligro la solidez, estabilidad y credibilidad de los mismos. Para que quede claro que el orden socioeconómico es un bien protegido por el delito

¹⁵⁰ Lino Castillo, *Evasión Fiscal*, 34.

de blanqueo de capitales, deben quedar claros los aspectos de este que son lesionados o puestos en peligro por el blanqueo de capitales.

a) *La libre competencia como bien jurídico directamente menoscabado*

Siendo la libre competencia un principio rector de la economía, representando el marco de las libertades individuales y la forma más importante de manifestación del ejercicio de la libertad de empresa. El estado tiene la obligación de defender la libre competencia. La doctrina expresa que con el delito de lavado uno de los aspectos que sufre mayor impacto es el principio de libre competencia lo que pone en peligro la intervención del hombre en el mercado ya que esta intervención se funda en la confianza que se tiene que el competidor cumple con las normas del mercado. Pero los autores que consuman este delito no respetan dichas normas ya que su objetivo es blanquear el dinero objeto de actividades ilícitas, y para lograr su objetivo deben infiltrarse en la economía legal y con ellos suprimir a su competencia por medio de monopolios. Díez Ripolles, afirma en relación a los altos niveles del narcotráfico, que son: "*actuaciones u oligopolísticas que inciden sobre todos los ámbitos de la libre competencia, desde mecanismos de formación o determinación de los precios hasta la salvaguarda de los derechos de los consumidores.*"¹⁵¹

b) *El menoscabo de la estabilidad y solidez del sistema financiero*

La utilización de las instituciones financieras o entidades de crédito para blanquear capitales, ocasiona al público desconfianza al respecto de estas entidades de igual manera altera el sistema económico financiero. El buen ejercicio de la economía depende de tener como base principal el mantenimiento de un sistema financiero sano. En el preámbulo del convenio de Viena se reconoce lo evidente que es la utilización por parte de las

¹⁵¹ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 229.

estructuras criminales del sistema financiero para el blanqueo de capitales, de igual forma reconoce que este sistema es el más utilizado, poniendo en peligro las actividades financieras lícitas, ya que estas estructuras criminales de nivel trasnacional corrompen y contaminan todo el sistema.¹⁵²

5.2.3 El tráfico lícito de bienes como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales

El blanqueo de capitales permite a una estructura criminal introducir bienes o capitales de origen ilícito en el mercado legal, lo que le da una ventaja patrimonial y competitiva, acareando efectos nocivos en la economía. Por lo que es de vital importancia proteger por medio de la norma penal este aprovechamiento y circulación de bienes o capitales que derivan de actividades ilícitas. La titularidad, puesta en movimiento a través de los circuitos legales y beneficio de ganancias originarias de actividades delictivas, perjudica e incluso lesiona el tráfico lícito de bienes.¹⁵³

5.2.4 La administración de justicia como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales

Sectores doctrinales señalan que la razón de sanción del blanqueo de capitales reside en que es una conducta que da lugar a la ocultación de un delito ya cometido.¹⁵⁴ Lesionando así la administración de justicia pues quien blanqueo los bienes que procedían de un delito previo la lesiona, porque con el blanqueo está evitando que se descubra la comisión de un delito previo por parte de las autoridades correspondientes. El hecho de introducir en el cuerpo normativo el delito de blanqueo tiene como finalidad la de sancionar toda cooperación posterior con el autor del delito que genero las ganancias,

¹⁵² Jesús María Silva Sánchez, *El Derecho Penal Bancario De España En Actualidad Penal* 2° ed. (España: Universidad de Madrid, 1994), 37.

¹⁵³ Echaiz Moreno, *La Elusión Fiscal*, 56.

¹⁵⁴ Blanco Cordero, *Combate al Lavado*, 89.

salvaguardando con ello la administración de justicia. Así lo señala Bacigalupo Zapater.¹⁵⁵

ya sea de forma individual o en conjunto con otros bienes un ejemplo claro son Aranguéz Sánchez y Blanco Cordero, autores de los cuales ya anteriormente se explicó porque razón definen sus posturas en contradicción a los demás autores citados.

5.2.5 El delito previo como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales

La ejecución de un delito de blanqueo pretende la ejecución precedente de otro ilícito, el cual produce el capital que se procura introducir a la economía legal, siendo este un delito previo, esta consideración plantea que el delito previo comparte el bien jurídico con el delito de blanqueo de capitales, influenciada por la teoría del mantenimiento defendida por el profesor Palma Herrera, que se elaboró en el ámbito de la receptación para explicar la autonomía de este delito en relación al encubrimiento, sobre la base de que la receptación mantiene o incrementa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tutela el delito del que proceden los bienes.¹⁵⁶

5.2.6 Consideración del blanqueo de capitales como un delito pluriofensivo

En nuestros días no existe consenso entre la doctrina más calificada respecto del bien jurídico que debe proteger el delito de lavado de dinero. Incluso, existe un reducido sector de la doctrina que se encuentra a favor de la despenalización del lavado de dinero, alegando que dicha conducta no daña sustancialmente ningún bien jurídico que le de contenido y justificativo a su penalización. En definitiva, para esta posición, la criminalización del

¹⁵⁵ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 187.

¹⁵⁶ *ibíd.*

lavado de dinero no se justifica a la luz de los requisitos especiales de la teoría del derecho penal; en especial, en lo que hace al respeto del principio de última *ratio* del derecho penal. Existe un segundo sector de la doctrina que justifica la penalización del lavado de dinero; alegando que dicha actividad afecta, principalmente, un determinado y claro bien jurídico. Este segmento es el que considera al crimen de blanqueo como un delito uniofensivo. Finalmente, existe un tercer sector que concibe al delito en cuestión como pluriofensivo; es decir, que protege más de un único bien jurídico.

Más allá de la cantidad de intereses sociales que proteja la norma penal en cuestión, la doctrina también debate sobre cuales (y no cuantos), son los bienes jurídicos resguardados por el delito. En este sentido, las distintas líneas de opinión se dividen entre quienes sostienen que el delito de lavado de dinero protege uno o dos de los siguientes cuatro bienes jurídicos: (a) el bien jurídico protegido por el delito previo o subyacente al del blanqueo de capitales; (b) la administración de justicia; (c) el sistema socio-económico o la libre competencia; y, finalmente, (d) quienes creen que el delito de blanqueo protege la estabilidad o seguridad de las naciones y el sistema democrático de gobierno.

Mayoritariamente se acepta que un delito es pluriofensivo cuando tutela inmediatamente más de un bien jurídico. Es decir, que para considerar a un delito como pluriofensivo, no basta con que ponga en peligro o lesione varios bienes jurídicos, sino que dicho peligro y lesión deben ser inmediatos, más no mediatos ni distantes. Ahora bien, no se puede negar, que con la realización de las conductas de blanqueo se ponen en peligro o lesionan otros bienes jurídicos, como la administración de justicia, la libre competencia, la solidez y estabilidad del sistema financiero, y por ende también son tutelados indirectamente por esta figura; pero esa lesión o

puesta en peligro y su respectiva protección no es inmediata, sino más bien mediata, porque el bien que se lesiona o pone en peligro, y por ende, se tutela directa o inmediatamente es el tráfico lícito de los capitales que circulan en el mercado.

5.3 Algunas consideraciones sobre la tipificación y el objeto material del delito de blanqueo de capitales en los ordenamientos alemán y español

5.3.1 introducción, evolución de las últimas directrices sobre el delito de blanqueo de capitales y fases del blanqueo

Para combatir el blanqueo de capitales junto con la actuación del Derecho penal es necesario una actuación preventiva a través del sistema financiero. La credibilidad y solidez de estas entidades financieras y de crédito, se ven en peligro por los esfuerzos que llevan a cabo los delincuentes, dichos esfuerzos para encubrir el origen ilícito de sus bienes. El Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, en junio del año 2003, realizó una revisión de sus recomendaciones para ampliarlas y agregar el financiamiento del terrorismo, introduciendo requisitos más minuciosos en lo concerniente a la identificación y verificación de la identidad de los clientes y las situaciones en las cuales la existencia de un mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiamiento del terrorismo podría justificar unas medidas más estrictas.

En sus inicios el blanqueo de capitales se limitaba al tráfico de estupefacientes, pero por la evolución del mismo se ha tenido que definir al blanqueo de capitales de forma más amplia, tomando en consideración una amplia gama de delitos, lo cual ha facilitado la comunicación y cooperación internacional en este ámbito. El blanqueo de capitales tiene una acción jurídica con una línea internacional, que facilita una imagen global que admite desplegar cuantiosas acciones ante el potencial blanqueador. Se

debe tener en cuenta que el delito de blanqueo de capitales no tiene un único modo de blanquear, sino diversas acciones, tantas como a los tipos que puedan aparecer.¹⁵⁷ Y aun cuando son muchas, el modelo más admisible es el alusivo en los acuerdos GAFI, plasmado en su documento de 1990, sobre las tipologías de blanqueo de capitales, este modelo propuesto por el GAFI, se divide en tres etapas, de colocación, enmascaramiento e integración.

La fase de colocación en la cual los delincuentes tienen que despegarse materialmente de las sumas en de dinero en efectivo que genera su actividad ilícita, para estar fuera del alcance de las autoridades por lo cual deben cambiar la ubicación de este activo, esta etapa es la más peligrosa para los delincuentes ya que es la de más fácil detección por la cercanía del dinero con el delincuente.

La segunda etapa es la llamada enmascaramiento, en esta etapa el dinero que es objeto de una actividad ilícita ya se halla en el ámbito legal, debido al objetivo de distanciarlo de su origen y que sea de difícil rastreo por parte de las autoridades competentes, en esta etapa es común la utilización de profesionales que se especializan en materia financiera para hacer transacciones para que el dinero sufra grandes y numerosos movimientos para borrar todo rastro de su origen, esto debido a que esta etapa es demasiado compleja. La última fase es la de integración en esta tercera etapa el dinero regresa a la persona que lo ha blanqueado, pero aparentemente lícito. Estas etapas no se encuentran puntualizadas de forma conceptual pero no es muy difícil diferenciarlas.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Martínez-Bujan, *Derecho Penal*, 154.

¹⁵⁸ Luis Manuel Lombardero Expósito, *Blanqueo de capitales, Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativo y tributarios* (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009), 66.

5.3.2 La tipificación del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal alemán

El código penal Alemán en su párrafo 261.1 se halla lo concerniente al delito de blanqueo de capitales se introdujo a través de la ley complementaria e la lucha contra el blanqueo de capitales del 2008. En Alemania este tipo de delito siempre va a estar conectado con otro hecho previo, del que proceden los bienes que son objeto de blanqueo, siendo uno de estos delitos previos regulados por la mencionada ley el delito fiscal en conjunto con otros delitos considerados como previos al blanqueo. La ordenanza tributaria Alemana en su párrafo 370 supone la posibilidad en general de consideraciones del delito fiscal como delito previo de blanqueo de capitales. En el 2001 la Ley de lucha contra el fraude el IVA, se indica en el texto vigente al delito cometido en el art. 370 de la ordenanza antes citada extendiendo su aplicación a los gastos ahorrados por la evasión fiscal, los beneficios obtenidos indebidamente y los bienes patrimoniales cuyos impuestos han sido evadidos.

5.3.3 La tipificación del delito de blanqueo de capitales en el código penal español

El código penal español en su art. 301 tipifica el delito de blanqueo de capitales, en conjunto con la ley 5/2010 que tuvo como novedad la tipificación de este delito derivado de una actividad delictiva previa del propio blanqueador lo que se denomina como autoblanqueo, esta figura no está regulada en el código penal alemán ni en otro cuerpo normativo europeo. En el año 2010 se concibieron ciertas reformas al código penal español con las cuales se agregaron dos nuevas conductas, la de poseer y utilizar, las cuales puntean las líneas expansionistas en la que se halla hoy por hoy, siendo así que el contexto del blanqueo de capitales en el código penal español no ha

cambiado con posterioridad, pese a la reforma de 2015. La ley 1/2015 no modifico lo regulado por el código penal español, pero si hubieron cambios en relación a la ampliación de la figura del decomiso.¹⁵⁹ Refiriéndose a las ganancias por blanqueo, aunque en lo relativo a las obtenidas por el delito previo se pueden acordar en el mismo procedimiento, tanto que si se enjuicia en este como si no, debido a la ampliación de la regulación del decomiso.

La pretensión del legislador en las actuales reformas, es censurable ya que ha sido tan negativo para situaciones de insignificancia y que a la vez resulte comprensivo con la persecución del delito fiscal y el blanqueo de capitales. Dado que nada ha cambiado tras las reformas del 2015 resultando ilógico, ya que pudo introducir modificaciones a favor de la lucha contra estos delitos, pero se puede notar que nada cambio desde el 2012.

5.4 Fases en la evolución del fraude fiscal (elusivo, competitivo y agresivo). El fraude de Carrusel en IVA

5.4.1 Nuevas tipologías del fraude fiscal

Los esquemas defraudatorios han quedado obsoletos debido al mundo actual, ya que existe una economía globalizada. Pudiéndose acuñar términos más actuales en la clasificación de la tipología de fraude fiscal:

- a) *El fraude elusivo*: Es una forma tradicional de fraude fiscal fundada principalmente en la conducta elusiva, es decir dejar de ingresar las cuotas tributaria. Siendo que todos los ciudadanos tienen el deber de contribuir al mantenimiento de los gastos públicos de acuerdo a la capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad.

¹⁵⁹ Miguel Domingo Olmedo Cardenete, *Delitos contra el patrimonio y en contra del orden socioeconómico. La receptación y el blanqueo de capitales. En sistema de derecho penal parte especial*, 2 Ed. (España: Universidad de Granada, 2016), 135.

- b) *El Fraude Competitivo*: La economía global ha ido evolucionando de gran manera, al igual que ha ido evolucionando los mecanismos del fraude fiscal, por lo que se ha formado una pluralidad de figuras de fraude tributario que responden a unas mismas pautas que han comenzado a acoger la designación tradicional de fraude de tramas. La recaudación fiscal se ha visto totalmente afectada por el impacto negativo del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de sectores completos de la actividad comercial, esta forma de fraude es muy nocivo para el mercado y su desarrollo ya que agrede los principios esenciales de la libre competencia, ya que el operador fraudulento se crea una cartera de clientes bastante amplia debido a los precios y ofertas engañosas que emplea al no tributar.
- c) *El Fraude Agresivo*: Las innovaciones de los últimos años dio lugar a una forma de fraude diferente denominado fraude *Carrusel* en IVA y es una manera de retorcer el fraude de tramas con el uso de dichas innovaciones y sus perfeccionamientos con las figuras de truchas antiguas en otros estados miembros o el manejo de operaciones de régimen de depósito diferente del aduanero.

5.4.2 La brecha fiscal del IVA

La diferencia que existe entre los ingresos reales por el impuesto del IVA y los ingresos que los Estados miembros es lo que se conoce como brecha fiscal. La brecha del IVA esencialmente es un marcador de efectividad, o al contrario la falta de esta, así también de las medidas de aplicación y control del cumplimiento de las normas en materia de IVA. En los cálculos de la pérdida de ingresos por IVA; Estos cálculos de pérdida se valoran por medio de informes que alertan la brecha fiscal del IVA, y denotan la pérdida que un estado tiene en recaudación tributaria, es de aclarar que dependiendo de

cada Estado será la brecha fiscal existente. La evolución actual considera que el sistema transitorio de IVA lleva operando en la Unión Europea más de 23 años, pero es evidente que este ha sido insostenible, por lo que es imperante hacer reformas a dicho sistema, para darle mayor resistencia y validez para oprimir su debilidad ante el fraude. El cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias en IVA; estas fases comprenden:

- a) *Mejorar la cooperación administrativa:* Se busca con esta medida promover y mejorar la cooperación dentro de la Unión Europea y con terceros países, para lo cual plantean seguir midiendo la brecha de IVA de cada estado miembro y a la vez optimizando los métodos de estudios que admiten purificar dentro de las cifras nacionales que acata al fraude fiscal de IVA respecto a otros componentes de la brecha.
- b) *Mejorar el rendimiento y la eficacia de las administraciones fiscales de los estados miembros:* La administración tributaria de cada estado miembro afecta la recaudación del impuesto y la misión del mismo, mediante debates con las administraciones tributarias de los estados miembros para intercambiar opiniones y coordinar acciones bilaterales para gestionar el sistema tributario.
- c) *Mejorar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias en IVA:* Se trata de fortalecer la colaboración entre las empresas.

5.5 La lucha contra el fraude fiscal en España y en América Latina

5.5.1 Características generales de la tributación en España y en América Latina

Al estudiar los sistemas tributarios de España y de América Latina hay que tener en cuenta sus diferencias en las prácticas administrativas y políticas, aun conociendo que España comparte con la mayoría de los países

latinoamericanos su lengua, derecho y costumbres que lo que logran son recalculadas diferencias en lugar de marcadas similitudes entre los países. Pero los sistemas no son propios de los países Europeos ni los regímenes tributarios en el sentido de desorden fiscal son la teoría general de América Latina, porque aunque la imposición directa fue la vía natural financiera de España y el entorno Europeo y la indirecta los países sudamericanos, la inexistencia de una clase media en estos países impide el desarrollo de los impuestos sobre la renta personal, aunque es necesario destacar que actualmente se están dando diversos cambios al respecto. Lo que se refleja en el año 2015, se han realizado ciertas reformas en relación a la imposición directa, mientras que los países Europeos hay un aumento de la imposición indirecta.

En ese sentido para optimizar la recaudación del sistema tributario e incidir en la redistribución de los ingresos acrecentando la obligación sobre las rentas del capital, en el año 2014 se han originado reformas en el impuesto sobre la renta en Chile, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela, entre otros países, que han tenido como común denominador el aumento de los tipos de gravamen, la reducción de las exenciones, así como la implementación de sistemas de imposición dual en algunos casos, la modificación o creación de impuestos mínimos y el aumento de la fiscalidad a los grandes contribuyentes.

5.5.2 Reformas tributarias en España

Se regula por primera vez el delito fiscal, dentro "De los delitos contra la Sociedad", concretamente en el Título VIII bajo el epígrafe "De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben", con un Capítulo único en los artículos 573, 574 y 575. En la Constitución Española de 1812 se proclaman principios como el de igualdad ante la Ley, de proporcionalidad de las cargas

fiscales y de contribución directa en los artículos 339 y 344 Pero el fraude fiscal no se reguló hasta que se introducen los citados artículos en el Código Penal de 1822. El artículo 574 puede ser considerado como el verdadero antecedente del delito fiscal al afrontar el fraude, dedicándose los otros dos artículos a supuestos de negativa al pago y de falsedad. De igual manera se pueden citar varias precedentes en los que se regulo en España los delitos fiscales y que fueron reformados uno a uno a manera de ejemplo se puede mencionar los siguientes cuerpos normativos: Ley de 3 de septiembre de 1904 reformando la legislación penal y procesal en materia de contrabando y defraudación. El código de 1928, 1932, 1944, 1963, ley 50/1977 de 14 de noviembre sobre medidas urgentes de reforma fiscal, ley orgánica 2/1985, de 29 de abril de reforma del código penal en materia de delitos contra la hacienda pública.¹⁶⁰

Las principales reformas producidas en España fueron en el año 2014, por medio de las cuales se intentaba incentivar la actividad económica, ese era el objetivo primordial de dichas reformas, estas reformas fueron al IVA, IRPF, IS e incluso en el LGT. Con estas reformas se buscaba conferirle a la administración herramientas útiles para la lucha contra el fraude nacional e internacional, y con el propósito de luchar contra este fenómeno también se buscaba que esto ayudara a una mejor eficacia de recaudación tributaria. Algunas medidas tomadas para estos fines fueron las de la posibilidad de sancionar en casos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, la publicidad de los datos personales de los deudores con la Hacienda Pública sobre las deudas y sanciones pendientes de ingresos, la ampliación de las potestades de comprobación e investigación de la administración tributaria, la extensión de la prescripción de las deudas tributarias, las causas de prescripción, la ampliación del periodo de desarrollo del procedimiento de

¹⁶⁰ Baza de la Fuente, *El Delito Fiscal*, 122.

inspección y consecuentemente el procedimiento sancionador, la agilización de las reclamaciones económico administrativas.¹⁶¹

5.5.3 Paraísos fiscales

Se presumen paraísos fiscales, aquellos países de nula tributación y de real intercambio de información tributaria; teniéndose en cuenta ciertos criterios de existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional y cláusula de intercambio de información en materia tributaria. Se está en presencia de un país o territorio con nula tributación cuando el país o territorio de que se conozca no se aplique un impuesto idéntico o análogo al impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre sociedades o al impuesto sobre la renta de no residentes, según corresponda. Se supone que se emplea un impuesto idéntico o análogo cuando el país o territorio posea suscrito un convenio con otro país para impedir el doble gravamen internacional que sea de aplicación con las especialidades previstas en el mismo. Concurre efectivo intercambio de información tributaria con aquellos países o territorios que no posean la consideración de paraísos fiscal.

Las reformas fiscales que se han llevado a cabo en diferentes países de América Latina, se han centrado en el aumento de la recaudación y la redistribución de los ingresos, basadas dichas reformas especialmente en el impuesto de la renta de las personas físicas y las personas jurídicas, enfocadas en la modificación de la base imponible, los tipos de gravamen y la tributación internacional. La generalidad de las reformas de estos países se circunscribieron criterios de tributación internacional fundados en el ajuste de normas sobre precios de transferencia, paraísos fiscales y rentas de no residentes, son los casos de Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala,

¹⁶¹ Almagro, *Estudio Sobre el Control del Fraude*, 156.

Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y la República Dominicana, también se promovieron convenios para el intercambio de información entre los países con el objetivo de combatir la evasión fiscal.

5.5.4 Impuestos heterodoxos

En América Latina el IVA, es el impuesto que más genera recaudación a las arcas públicas, pero se han difundido nuevas figuras tributarias, incluso la doctrina ha tenido que hacer la diferencia entre impuestos ortodoxos y los heterodoxos, los cuales fueron creados en América Latina para incrementar la recaudación y combatir el fraude fiscal. Los impuestos ortodoxos son aquellos que siguen el modelo Europeo mientras que los heterodoxos revisten un carácter coyuntural ya que buscan la apta recaudación. Es lo que ha ocasionado el nacimiento de tantas figuras impositivas. González señala: *“estas particularidades han motivado que una parte muy significativa de la renta, el patrimonio y el consumo, no tengan gravabilidad efectiva, motivando a los formuladores de la política tributaria a adoptar medidas no ortodoxas para obtener una parte de los ingresos evadidos.”*¹⁶² Recalcando el carácter individual o negativo de los denominados impuestos heterodoxos, y el fácil control de la aplicación de estos impuestos por parte de la Administración Tributaria frente a los impuestos ortodoxos. Los principales impuestos heterodoxos impuestos en América latina son:

- a) *El Impuesto a las Transacciones Financieras*: Países como Argentina, Brasil, Bolivia y Ecuador, han establecido dicho impuesto. Utilizando entidades financieras como agentes de percepción de la fuente de las transacciones financieras. El hecho imponible se ha ampliado en diversos países del débito bancario al débito y crédito perpetrado en

¹⁶² Nancy Nelly González Sanmiguel, *Análisis Jurídico de la Defraudación y la Evasión Fiscal* (México, Universidad Autónoma de México, 2005), 117.

las entidades financieras y a los pagos realizados por las empresas al margen de las entidades financieras.

- b) *Impuesto a los Activos Empresariales*: Se puede decir que este impuesto es un complemento del impuesto sobre la renta, en ningún momento vino a sustituirlo sino más bien a complementarlo al establecerse como un pago a cuenta del impuesto a los activos empresariales. México lo introdujo en el año de 1989 con el objetivo de gravar los activos empresariales, lo cual fue ejemplo para muchos países de América Latina que lo implementaron de igual manera.
- c) *Impuestos Presuntivos Sobre la Renta*: Con estos impuestos se busca reemplazar al impuesto sobre la renta ortodoxo, ya que son optativos para los contribuyentes debido a que su finalidad es esa la de reemplazarlo. Los contribuyentes que se amparen a este régimen, no deben tributar en base a su renta real, sino como la presunción que instituye la propia normativa. En la mayoría de los países de Latinoamérica la percepción de los gobiernos centrales representa menos de la mitad de la recaudación total, teniendo como consecuencia una potestad tributaria limitada.¹⁶³

¹⁶³ Bolaños Peralta, *Análisis de la Evasión*, 69.

CONCLUSIONES

El supuesto jurídico de una configuración del delito de evasión fiscal y en su momento sea catalogado como lavado de dinero o viceversa, es la base fundamental y objetivo de esta investigación, ya que, tanto para el legislador como para el aplicador de justicia no resulta una tarea fácil al momento de regular vastamente estos dos grandes tipos penales, y se torna aún más complicado enfrentar la decisión de dar apertura a juicio o inclusive sentenciar condenatoria o absolutoriamente una decisión que si bien puede ser apegada a derecho y aún cumpla con los mínimos requisitos indispensables del debido proceso, jugaría demasiado sobre la grácil idea de los razonamientos y motivaciones judiciales amparadas en la ya peculiar sana crítica utilizada en cada proceso en particular.

En esa línea de ideas, doctrinariamente se tiene la certeza que el juez deberá resolver apegado a derecho conforme a lo que las pruebas aportadas por el ministerio público, en cada etapa procesal oportuna ya establecida; Pero es ahí entonces donde se enfrentan cara a cara con la certeza de la problemática de éste estudio y esto surge al momento dilucidar y tener la seguridad en que momento el delito de evasión fiscal pasa a ser catalogado como delito de pasaje para el ilícito penal de lavado de dinero y de activos.

Tal como se ha observado, la discusión reinante en torno a definir el bien jurídico en el delito de blanqueo no es un problema exclusivo de la doctrina nacional, ya que un debate similar se ha abierto en todos los países alrededor del mundo. Sin embargo, de lo expuesto en este trabajo se puede inferir una conclusión común: todos los estados concluyen en la necesidad de incriminar el delito de blanqueo. Aquello se ve reflejado, por ejemplo, en que prácticamente todos los países del mundo han ratificado la Convención de

Naciones Unidas de Viena (1988) que internacionaliza en su artículo 3, la definición del delito de lavado de dinero. Se concluye, como se ha venido adelantando, intentar ir un paso más allá. Es decir, señalar que el delito de lavado de dinero se trata de un crimen independiente a cualquier otro. A diferencia de lo que opinan otros autores, se considera que sería incorrecto asignarle al delito de lavado de dinero tan sólo uno o dos de los cuatro bienes jurídico aquí analizados.

Optar por una interpretación estricta y distinta del término bienes, lleva aparejada como desastrosa consecuencia, el que carezca de coherencia tipificar como delito las actividades de lavado de dinero, porque si el significado del término "bienes" ofrece vacíos y lagunas, los blanqueadores se valdrán de esas circunstancias, para evitar, que sus conductas se circunscriban en el tipo penal de lavado de dinero, pues únicamente tendrían que dirigir sus conductas de blanqueo sobre bienes que no estén abarcados por en el concepto estricto de bienes que define el tipo penal de blanqueo.

En cuanto al delito previo del blanqueo de capitales, la postura es, un concepto de delito con base al criterio de la Accesoriedad limitada, es decir una conducta típica y antijurídica, sin necesidad de que sea culpable y punible, pues la experiencia indica, que no es necesario, que un hecho delictivo sea culpable y punible para generar bienes a blanquear; así mismo este criterio es más acorde con el objeto de la normativa de la materia, ya que si el mismo es según el art. 1 de la ley de lavado es prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento, carecería de toda lógica y razón, que las conductas delictivas de las que proceden los bienes, únicamente sean idóneas para tal propósito cuando sean típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

En cuanto los sistemas para regular el delito previo, el legislador adoptó una solución extraña, pues ha optado por una combinación de los sistemas,

amplio y restringido, en el sentido que en el inc. 1 de la disposición supra relacionada, sostiene que estará sometida al ámbito de esa ley especial “toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y activos”, es decir todo delito de la legislación penal salvadoreña sin restricción alguna, y posteriormente en el mismo inciso hace mención a la expresión delimitadora “y de manera especial en lo que fuere aplicable los siguientes delitos”, y menciona a continuación a través de varios literales los delitos en concreto; así mismo en literal p) hace alusión nuevamente a una cláusula amplia abarcando según la misma a “todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas”, es decir de cualquier delito.

En lo que respecta al delito de lavado de dinero, la Actividad Probatoria, se califica de compleja, es decir múltiple y problemática; por las siguientes circunstancias: En primer lugar es una conducta que responde al *modus operandi* del crimen organizado; en segundo lugar es una conducta de trascendencia internacional; en tercer lugar, pese a ser una conducta autónoma, es necesario acreditar la procedencia delictiva de los bienes, es decir que se debe probar tanto el tipo autónomo de lavado, como el delito previo de donde proviene el producto blanqueado; así mismo en cuarto lugar ofrece dificultades la acreditación del conocimiento del origen delictivo de los bienes.

Todos estos presupuestos planteados, devienen en una incerteza e inexactitud de las formas punibles del delito, resultando como se dijo al principio de la investigación, lo más favorable al reo que sin lugar a dudas, es una sentencia definitiva absolutoria, máximo que el delito de lavado de dinero es un delito de mera actividad y por lo tanto no admite la tentativa.

RECOMENDACIONES

A continuación se plantean una serie de recomendaciones, con el fin de aportar ideas a las instituciones, como la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil, Asamblea Legislativa, y litigantes en materia penal; que están involucradas en la lucha contra el lavado de dinero:

Crear una disposición, en la ley contra el lavado de dinero y activos, que consigne el criterio de la accesoriedad limitada, porque ese silencio del legislador conlleva a interpretar que el delito en el que tienen origen los bienes, debe ser una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible; y por ende si en tal conducta delictiva falta uno de esos elementos, los bienes derivados de la misma no serían idóneos para constituir el objeto material del delito de blanqueo.

Capacitar a las autoridades encargadas de investigar y juzgar éste delito, en materia de lavado de dinero, crimen organizado, cooperación internacional y aspectos investigativos y sobre todo probatorios del mismo.

Crear mecanismos de cooperación internacional entre países, para facilitar la investigación y obtención de elementos de prueba, y así demostrar este tipo de conductas, enfocadas a darle un verdadero cumplimiento a los estándares ya existentes y fortalecimiento al sector justicia que se vea reflejado en la reducción significativa de las sentencias de carácter absolutorio. Haciendo la aclaración, que esto no significa que el ministerio público tenga las puertas abiertas para realizar una cacería indiscriminada sino, más bien, garantizar que el nivel de acceso a la justicia por estos ilícitos penales sean verdaderamente eficaces al momento de su aplicación respetando las garantías de los imputados bajo cualquier circunstancia.

Hacer uso de la prueba indiciaria para demostrar, el delito objeto de estudio, pues por la naturaleza del mismo, será posiblemente la única que pueda utilizarse.

Ser más claros y sencillos en la redacción de los tipos penales, que regulan estas conductas, porque la ambigüedad, no es una buena compañía de la técnica legislativa que como ya se dijo hasta la saciedad, los jueces no pueden deliberar sobre supuestos, sino sobre hechos claramente comprobados y sustentados bajo las normas ya establecidas en la ley penal, agotando de toda forma posible cualquier tipo de duda que pueda existir y que pueda convertirse ésta, mas delante en una injusticia por mala aplicación de las normas al intentar “encajar” una conducta donde realmente se tiene oda una anchura de interpretaciones para nada exactas.

Orientar y adecuar la política criminal, hacia las nuevas formas de criminalidad, como lo son las conductas de lavado de dinero y activos o blanqueo de capitales, en constante actualización conforme avanzan los planes de triquiñuelas de los lavadores y defraudadores.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Almagro Martin, Carmen. *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, S.A.U. 2016.

Armienta Hernández, Gonzalo. *El lavado de dinero en el siglo XXI, Una visión desde los Instrumentos Jurídicos Internacionales, La Doctrina y las Leyes en América Latina y España* Madrid: Universidad de Madrid, 2015.

Baroli María, Inés. *Lavado de Dinero y el Rol de la Administración Tributaria*. Argentina: Universidad de Buenos Aires, 2012.

Baza de la Fuente, María Lourdes. *El delito fiscal: Particular referencia al artículo 305 del código penal*. España: Complutense De Madrid, 2016.

Blanco Cordero, Isidoro. *Combate Al Lavado De Activos Desde El Sistema Judicial* 2° ed. Perú, Organización de los Estados Americanos, 2012.

Bolaños Peralta, Jonathan Agustín. *Análisis de la evasión tributaria del sector comercial de la ciudad de Guayaquil, relacionada con el lavado de activos en el periodo 2004-2012*. Ecuador: Universidad de Guayaquil, 2014.

Castillo, Juan Lino. *Evasión Fiscal Legítima* 3° ed. Perú, Universidad de Lima, 1970.

Conde-Pumpido Touron, Cándido. *Delitos relacionados con la corrupción*. España: Universidad Autónoma de Pamplona, Aranzadi, S.A.U, 2016.

Díaz, Oscar Vicente. *Ilícitos Tributarios*. Argentina: Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2006.

Díaz y García Conlledo, Miguel. *Autoría y Participación*, 2° ed. España: Universidad de León, 1998.

Echaiz Moreno, Daniel. *La Elusión Tributaria, Análisis crítico de la actual normativa y propuesta para futura reforma*. Buenos Aires: R.S.C. Media Group, 2014.

Fuentes, Guillermo Enrique. *Lavado y Blanqueo de Dinero*. Colombia: Media Group Co. Ltda., 2012.

González Sanmiguel, Nancy Nelly. *Análisis Jurídico de la Defraudación y la Evasión Fiscal*. México, Universidad Autónoma de México, 2005.

Kopp, Pierre. *La Corrupción Protege al Narcolavado* 2° ed. Francia: Universidad de Lyon, 2006.

Lombardero Expósito, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales, Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativo y tributarios*. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009.

López Barja de Quiroga, Pedro. *Requisitos en la Dogmática Penal*. Compostela: El Alto Imperio, 2007.

Mallada Fernández, Covadonga. *Fiscalidad y Blanqueo de Capitales*. España: Universidad de Madrid, 2013.

Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique. *La Coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal*. México: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2005.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. España: Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Muñoz Conde, Francisco. *Autoría y participación*. España: Universidad Autónoma de Sevilla, 2014.

Náquira Riveros, Jaime. *El Delito de Lavado de Dinero en Ecuador*, 2° ed. Quito: Universidad Autónoma de Quito, 2009.

Olmedo Cardenete, Miguel Domingo. *Delitos contra el patrimonio y en contra del orden socioeconómico. La receptación y el blanqueo de capitales. En sistema de derecho penal parte especial*, 2 Ed. España: Universidad de Granada, 2016.

Pierre-Laurent, Chatain. *Prevención del Lavado de Dinero y del Financiamiento al Terrorismo*. Francia: Universidad de Lyon, 2013.

Quinteros Olivares, Gonzalo. *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. España: Aranzadi, S.A.U. 2016.

Rosembuj Erujimovich, Tulio Raúl. *Elusión o Evasión Fiscal*. España: Universidad de Barcelona, 2011.

Rúa, Magdalena Belén. *Fuga de Capitales*. Argentina: Centro de Economía y Finanzas Para el Desarrollo de la Argentina, 2014.

Salgado, Daniel Cesar. *La Evasión Fiscal y el lavado de dinero en Argentina*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Córdoba, 2015.

Tondini, Bruno Manuel. *Blanqueo de Capitales y Lavado de dinero, su concepto, historia y aspectos operativos*. Argentina: Universidad Católica de la Plata, 2009.

Vaca Andrade, Ricardo. *El delito de lavado de dinero en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

TESIS

González Benítez, Lenin Stalin. 2008. El Delito de Lavado de dinero en la legislación penal salvadoreña. Tesis de grado, Universidad de El Salvador.

Llacer Echave, Antonio. 2014. Factores explicativos de la evasión fiscal. Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona.

Schwartzman, Daniel Mario. 1991. Evasión fiscal; aspectos sociológicos y cuantitativos. Tesis de posgrado, Universidad de Buenos Aires.

Souto, Miguel Abel. 2001. Normativa Internacional Sobre El Blanqueo De Dinero Y Su Recepción En El Ordenamiento Penal Español. Tesis de Maestría, Universidad de Santiago de Compostela.

LEGISLACIÓN

Código Penal De El Salvador, D.L. N° 205, del 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. N° 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998.

Código Procesal Penal De El Salvador, Decreto Legislativo No. 472 de fecha 22 de septiembre de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 183, Tomo 389 de fecha 01 de octubre de 2010.

Código Tributario, D.L. 230 de fecha 21 de diciembre de 2000, D. O. N° 241, Tomo N° 349, del 22 de diciembre de 2000.

Constitución De La República De El Salvador, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Convención De Las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, Resolución A/RES/55/25.

Ley Contra El Lavado De Dinero Y De Activos, D. L. No. 498, de fecha 2 de diciembre de 1998, D. O. N° 240, Tomo N° 341, Fecha: 23 de diciembre de 1998.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Con Referencia 288-Cas-2004, de fecha 28 de junio de 2006

Sentencia Con Referencia 12-CAS-2013, de fecha 4 de mayo de 2015.

Sentencia Con Referencia 8-Cas-2015, de fecha 16 de diciembre de 2015.

REVISTAS

Secretaria de Hacienda y Crédito Público, "Grupo de Acción Financiera Internacional", *Comisión Nacional Bancaria y de Valores*, n. 6 (2014): 49.

PÁGINAS WEB

José Leiva Saavedra. *Blanqueo de Capitales y Lavado de dinero* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-leiva-saavedra>

Manuel Broceta Pont. *El Lavado de Dinero y de Activos en la Nueva Era* (Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2011), <http://www.editorialuniversitaria.ch>

ANEXO

REFERENCIA 288-CAS-2004

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

San Salvador, 28 de junio de 2006

La Sala conoció del recurso de casación promovido contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca, el 22 de junio de 2004, en el proceso instruido contra las imputadas Elvia Noemí Rivera Paiz, Sheila Karina López Toledo Y Elizabeth Melina López De Tagüite, a las dos primeras imputadas se les atribuye el delito de Lavado de Dinero y de Activos regulado en el Art. 4 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, y por el delito de Casos especiales del delito de encubrimiento tipificado en el Art. 7 de la misma ley en comento, ambos ilícitos en perjuicio del orden socioeconómico. En el que se condenó a las dos primeras acusadas a la pena de prisión de cinco años y a la multa de cincuenta salarios mínimos mensuales y la imputada Elizabeth Melina López De Tagüite, se le condeno a la pena de cinco años de prisión formal; asimismo se les condena a las tres a la pena accesoria de la EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL una vez cumplida la pena principal. Absolviéndose a las imputadas de la responsabilidad civil y ordenándose el decomiso del remanente de lo incautado de conformidad a lo establecido en los Arts. 184 y 444 Pr.Pn.

Los defensores Bayron Alberto Carballo, José Ricardo Martínez Escobar y Eduardo Cardoza Rodríguez, interpusieron recurso de casación contra el anterior pronunciamiento, basándose en la teoría del caso del ministerio público fiscal sobre los hechos descritos en la sentencia que se configuraban como caso especial de lavado de dinero y activos que prevé y sanciona el art. 5 de la LCLDA, siendo estos hechos avalados por el Juez de Paz de San Luis Talpa y por la Jueza de Instrucción del mismo lugar el cual coordino la

investigación de los hechos, ordenándose juicio contra las acusadas. Afirmando la fiscalía que las acusadas son responsables de ocultar o disfrazar, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad aparentemente legal de fondos, bienes o derechos originarios claramente de actividades delictivas obteniendo dicha convicción del dictamen de acusación en el cual se expresa que las acusadas se trasladaban en grupo desde su país de origen (GUATEMALA), hasta este país, teniendo como destino final la República de Ecuador, ocultando en su cuerpo durante su viaje el dinero en efectivo que les fue incautado.

La fiscalía baso sus indicios con informes de diferentes Bancos e Instituciones autorizadas para captar fondos del público, tanto en nuestro país como en la República de Guatemala, y además en la República de Ecuador, constatándose con dichos documentos que las acusadas no poseen cuentas de ahorro o depósitos de dinero en efectivo o títulos valores que justifiquen la tenencia en efectivo de la cantidad de dinero que les fue encontrado. Así mismo la fiscalía asegura que se ha determinado que en ninguno de los países en evocación, sean parte las imputadas de sociedades o empresas mercantiles o de otra naturaleza que generen un volumen en efectivo como el que les fue incautado. Por lo que es notorio que no hay forma que acrediten la licitud de dicho activo.

Así mismo la República de Guatemala por medio de contestación a Carta Rogatoria o Solicitud de Asistencia Jurídica, emitió un informe en el que se involucra a la imputada SHEILA KARINA LOPEZ TOLEDO, con el narcotráfico en ese país ya que estuvo casada con un reconocido narcotraficante guatemalteco de nombre Mario Gustavo García de sobrenombre "Marioco", quien falleció en el año 2002, con quien estuvo casada durante 7 años, no obstante a su divorcio con el mencionado narcotraficante la imputa siguió vinculada a ese medio, ya que según

señalamientos por medio de informes de la inteligencia de la República de Guatemala e informe de la oficina de migración del mismo país, la imputada se dedica al transporte de drogas, siendo así que en su estatus migratorio reporta constantes salidas hacia Colombia y Ecuador sin justificación alguna. Llegando a la conclusión el Ministerio Público Fiscal, con todo lo antes mencionado que el dinero es producto del narcotráfico, y a manera de solidificar su teoría la fiscalía ofreció como prueba la experticia de IONES Y ANÁLISIS GRAFOTÉCNICO, que fuera realizado en los billetes incautados a las acusadas, por el técnico Juan Carlos Morales Santana. Ratificando la fiscalía en la vista pública la base factible de los hechos y el grado de participación y responsabilidad en la que han incurrido las acusadas y en virtud de ser responsable de esa conducta en los términos expuestos, solicitando una condena principal de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN Y DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS; y comisarse el dinero."

Alegando la defensa que El Tribunal de Sentencia tuvo por acreditado hechos diferentes a los expresados en la acusación y auto de apertura a juicio; sin que se haya hecho la respectiva advertencia. La defensa basa su escrito en el art. 359 CPr.Pn., haciendo mención que dicho artículo claramente establece que *"la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado,; de igual manera, el Tribunal tiene facultad para aplicar un precepto penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación o en el auto de apertura a juicio, pero es indispensable que previamente se haya advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica"*; lo que no se llevo a cabo, alegando que no se dio ni en el acta de vista pública y en la misma sentencia, no existiendo en ningún momento advertencia sobre el cambio de los preceptos penales por

los cuales fueron condenadas las acusadas. Por lo que hubo una clara violación al Principio de Congruencia, puesto que el Tribunal Sentenciador tuvo por acreditados hechos diferentes que los relacionados en la acusación y en el auto de apertura; y de igual manera, aplicó preceptos penales diferentes de los contenidos en la acusación y en el auto de apertura, sin que previamente hayan sido advertidas las imputadas sobre esa posible modificación. Han participado en hechos ilícitos de consecuencia o trascendencia penal al amparo del Art. 4 LCLDA., y no según pretende la representación fiscal, porque el caso especial de lavado de dinero y de activos, según el Art. 5 lit. a de la referida ley

Mencionando la misma defensa que el error en el que incurre El Tribunal de Sentencia es considerar que debe haber un delito precedente, ubicando como un supuesto delito de DEFRAUDACIÓN AL FISCO de la República de Guatemala, dado que no se estableció por ningún medio legal de prueba si la conducta narrada, constituye en la República de Guatemala infracción penal o lo que es más grave determinar: quien es el responsable de la misma. según dicho Tribunal el hecho generador del LAVADO, es decir, el delito precedente es: LA DEFRAUDACIÓN AL FISCO, y que con ellos las condenadas obtuvieron un "provecho injusto" y es precisamente esa actividad la que genera los valores que fueron incautados; por lo que alegan que el tribunal aplica erróneamente el precepto alegado, pues no toma en cuenta El Tribunal sentenciador por ningún medio legal de prueba tuvo como acreditado la existencia de un ilícito precedente al hecho acusado, ya que la expresión "DEFRAUDACIÓN AL FISCO" es una invención del Tribunal Sentenciador; ya que debió haber tenido la certeza absoluta, sobre la ilicitud o punición de una omisión de tal naturaleza en la República de Guatemala, pues no cita las disposiciones legales pertinentes de ese hermano país, que configure como delito un hecho de esa naturaleza; pues bien podría tratarse

de una simple infracción administrativa, que desde ningún punto de vista puede ser considerada como ACTIVIDAD DELICTIVA, que crea el hecho precedente o generador del delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. Esa afirmación del Tribunal sentenciador es una simple creencia delictual, insuficiente para tener por establecido ese hecho generador, y con ello está desnaturalizando el derecho penal, y principalmente el principio de la responsabilidad,

La representación fiscal argumentó al contestar el recurso dentro de la relación de hechos planteados tanto en el Requerimiento como en la Acusación se establecieron los elementos necesarios para afirmar en esos momentos que el dinero secuestrado a las imputadas tenía como origen la narcoactividad; sin embargo, tal afirmación no es un elemento del tipo penal regulado en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos vigente en nuestro país,

Por lo antes expuesto consideramos que la Sentencia emitida por el Tribunal de Zacatecoluca es congruente con la prueba incorporada en la Vista Pública y con los hechos probados en la misma; lo anterior no cambia el cuadro fáctico planteado en la Acusación Fiscal pues el Tribunal estableció que las conductas realizadas por las procesadas eran constitutivas de Lavado de Dinero y de Activos conforme el artículo 4 de la Ley Especial de la materia; por tanto la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia debe declarar inadmisibles estos motivos por no reunir los elementos necesarios para analizar su contenido y ser manifiestamente improcedentes. Considerando que la Sala de lo Penal debe declarar inadmisibles el Recurso interpuesto, por falta de fundamentación.

En base a todo lo anterior la sala falla que se declare no haber lugar a casar, la sentencia condenatoria, por considerarse no haberse comprobado la

existencia de las infracciones alegadas, se declarará improcedente casar la sentencia de mérito en cuanto a los motivos de fondo. En cuanto a la inobservancia del principio de congruencia, en cuanto los hechos acusados vinculaban el blanqueo de capitales con la narcoactividad, pero al comprobarse que el origen de los fondos provenía de la venta de unos inmuebles, el sentenciador falló sobre la base de la defraudación al fisco como delito subyacente y origen de los fondos alegando en relación a este motivo que si bien era cierto que no se determinó si en el país de procedencia de los fondos Guatemala es delictiva la evasión fiscal, pero igualmente es cierto que, el principio de congruencia exige la concordancia entre acusación y sentencia en relación a los hechos descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio y los acreditados por el Tribunal al momento de dictar sentencia definitiva, lo que en el caso sub júdice se cumplió, al haberse condenado precisamente por los mismos delitos acusados.

Se debe recalcar que la forma de trasportar el dinero y la situación económica de las imputadas no justifica la procedencia de tales cantidades de dinero de forma lícita, estos hechos. De igual manera la defensa quiso justificar dicho dinero con la venta de unos inmuebles que realizaron las imputadas pero en conformidad con el precio realmente pagado por los inmuebles, las compraventas generaron una cantidad de quetzales que, luego de convertir su valor en dólares de los Estados Unidos de América, excede en más de cien mil dólares a la suma total de las cantidades incautadas a las imputadas, por lo que resta una elevada cantidad de dinero sin respaldo. Siendo estos indicios de carácter decisivo para dicha sentencia.

12-CAS-2013

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

San Salvador, 4 de mayo de 2015

La presente resolución es emitida por los Magistrados Licenciada Doris Luz Rivas Galindo, Licenciada Rosa María Fortín Huevo y Licenciado Miguel Alberto Trejo Escobar, para resolver los recursos de casación que han sido interpuestos, el primero por el Licenciado José Misael Rivas Soriano, en su calidad de Defensor Particular; el segundo por las Licenciadas María Graciela Aragón Cabrera y Eugenia Maricela Campos de Velásquez, en su calidad de Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, contra la Sentencia Definitiva con pronunciamiento mixto, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, a las quince horas y treinta minutos del día once de enero del año dos mil trece, en el proceso penal instruido en contra de la imputada Sonia Margarita S. G. D. T., por atribuírsele la comisión de los delitos de DEFRAUDACIÓN A LA ECONOMÍA PÚBLICA, Art. 240-A Pn., y LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, ambos ilícitos en perjuicio del orden socioeconómico, y subsidiariamente en menoscabo patrimonial de los señores Nuvia Elizabeth M., María Eugenia W. R., Erika A.D.H., Antonio Julio César S. R. y otros.

Mediante sentencia definitiva dicho tribunal tuvo a bien resolver de la siguiente manera: a la imputada Sonia Margarita S.G.T, decláresele culpable penalmente en su calidad de autora directa en el delito de defraudación a la economía pública, en perjuicio del orden socioeconómico y subsidiariamente en perjuicio de las personas condenándosele a la pena principal de catorce años de prisión y como pena accesoria la suspensión de los derechos de ciudadano por el tiempo que dure la pena principal; y al pago de la cantidad total \$ 2,952,413.73, en concepto de responsabilidad civil por el delito

cometido. Así mismo se le absolvió de responsabilidad penal y civil, por el delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, en perjuicio del orden socio económico, y del pago de costas procesales y del pago en concepto de responsabilidad civil, respecto a las víctimas antes mencionadas.

El Licenciado José Misael Rivas Soriano, en su calidad de Defensor Particular de la imputada, interpuso recurso de casación del pronunciamiento condenatorio, dictado por el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, habiéndosele admitido el motivo relativo a que la sentencia se basó en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio. Basado su alegación en el Art. 362 No. 3 Pr. Pn. Expresando que la sentencia adolece de vicio que la hace nula siempre que la misma haya sido dada sobre la base de medios o elementos probatorios incorporados ilegalmente al juicio. Asevera que este precepto se violentó porque el Tribunal, se extralimitó en sus atribuciones,

La sala se pronunció al respecto del vicio alegado consistente en que la sentencia se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, haciendo mención que este vicio alegado está estructurado sobre dos distintas ideas, siendo ésta la equívoca suspensión de la audiencia de vista pública por inasistencia de testigos, y sobre la necesaria incorporación de un elemento que no constituyó prueba, ya que nunca fue ofertado y por ende inmediato en el juicio, desprendiéndose del mismo, una serie de consideraciones tendentes a que de contarse con éste la apreciación probatoria hubiera sido distinta, al respecto de este segundo motivo la sala no emitió pronunciamiento; en razón de que la pretensión del peticionario iba orientada a la valoración nuevamente de la prueba a la luz de un acta, que no fue producido en la audiencia de vista pública, a lo cual la sala ha reiterado en resoluciones emitidas, que lo relativo al examen del material probatorio no constituye materia de casación, sino sólo lo

concerniente a la inobservancia o errónea aplicación de la ley, por quedar excluido de su conocimiento todo lo referido al estudio de los medios de prueba y fijación de hechos, por atender al ámbito de inmediación de las pruebas que realiza de forma exclusiva el sentenciador.

En relación a este punto la sala efectuó una interpretación del artículo 333 Pr Pn estableciendo que dicho artículo contiene como regla general, el principio de continuidad de la audiencia de vista pública, que consiste en que aquella se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; estableciendo como excepción al mencionado principio, la suspensión de dicha audiencia, hasta por un plazo máximo de diez días, tan sólo una vez y en cualquiera de los casos enumerados en tal artículo, por ende, sólo concurriendo estos supuestos, es viable la misma, sin perjuicio del principio de concentración. En ese orden de ideas, y de acuerdo a lo consignado en el acta de vista pública, en la que textualmente dice: "... expresó la Licenciada GRACIELA ARAGÓN, que la FGR de conformidad al Art. 333 Pr. Pn. solicitó que el tribunal conceda la suspensión de la vista pública por un plazo de cinco días ya que no ha sido posible de localizar a muchos testigos, hizo las gestiones pertinentes presentando los documentos enviados a varias instituciones, al DAN y a la Unidad de Delitos Financieros de la FGR para ubicar a los testigos ofrecidos a lo que Considera el Tribunal que legalmente es viable la solicitud de suspensión ya que establece el artículo que en caso de inasistencia de testigos y peritos, puede solicitarse la suspensión, lo cual es legal según el C.Pr. Pn., en base a ello se accede a suspender por la inasistencia de los testigos que no se han presentado.

Se observa que el Tribunal de Sentencia reconoce la existencia de un error en la resolución que adoptó y que era consistente en suspender a petición de la Fiscalía el juicio, cediendo tal suspensión por un plazo de 24 horas mas no

por el plazo que la fiscalía había solicitado que era de 5 días, luego se revoca esta decisión decidiéndose otorgar dos días más hábiles, ya que el querellante se pronunció que no fue tomado en cuenta. Motivo por el cual de la pronunciación de otorgar dos días más. En base a lo anterior y tomando en consideración que el principio de continuidad prevé que la audiencia de vista pública se realizará sin interrupción, pero excepcionalmente puede ser modificada con el objeto de procurar la tramitación de un proceso penal que se encuentre revestido de todas las garantías constitucionales, para el caso, la comparecencia de los testigos que se constituyen como prueba legalmente ofertada y admitida y con los que se pretende la reconstrucción histórica del hecho. Es así, que se determina que los sentenciadores, no se alejan de las formas procesales establecidas por el legislador, para la suspensión de la vista pública, dado que, no se ha sobrepasado el máximo previsto para la misma, tal y como se manifestó lo que se refleja es una revocación en cuanto al número de los días que se otorgaba la suspensión, no incurriendo por ende, en dos suspensiones; por consiguiente, no se ha generado incertidumbre en la situación jurídica de la procesada, ni se ha afectado el principio de continuidad de la vista pública, que es en definitiva lo que tutela la norma, circunstancia que establece la inexistencia de perjuicio alguno para la procesada, por tanto, y de lo concluido, es posible afirmar, que no se configura la errónea aplicación del Art. 333 Pr. Pn., por lo que es procedente mantener la validez de la sentencia.

Así mismo, las Licenciadas María Graciela Aragón Cabrera y Eugenia Maricela Campos de Velásquez, en su carácter de Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, promovieron recurso de casación en contra del fallo absolutorio, pronunciado por el mismo tribunal, habiéndoseles admitido el único motivo aducido referente Infracción a un precepto legal, por errónea aplicación e interpretación del artículo 4 de la Ley Contra el Lavado

de Dinero y de Activos para fundamentar la absolución dictada a favor de la señora Sonia Margarita, recurriendo que en atención a la prohibición de doble juzgamiento o doble sanción por el mismo hecho, no es posible condenarla por el delito acusado de Lavado de Dinero y de Activos, previsto y sancionado en el artículo 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, pues entiende que no puede reprochársele doblemente la misma circunstancia.

Basando su reclamo en que las recurrentes consideran que con los hechos acreditados se han configurado dos delitos, la Defraudación a la Economía Pública y el Lavado de Dinero y de Activos, discrepando así con el pensamiento del Tribunal que determinó que los hechos constituían sólo la Defraudación, situación por la cual debe retomarse los elementos del tipo penal del Lavado de Dinero, obteniéndose respecto a este hecho punible, que el lavado de dinero y de activos lo que busca es ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control de dinero o bienes obtenidos ilegalmente; es decir, implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valerse de actividades lícitas. Agregando a ello que el autor de un delito de Lavado de Dinero; es decir, el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya sea natural o jurídica.

El Tribunal califico definitivamente el hecho acusado a la imputada Sofia Margarita como defraudación a la economía pública considerando el tribunal que la conducta de la imputada es típica por cuanto se ha establecido en el presente juicio que la Sociedad Operaciones Bursátiles de Centroamérica , S. A. antes de haber sido cerrada por disposición de la Superintendencia de Valores en virtud de las actuaciones irregulares que se realizaban en la misma, era una sociedad cuyo giro era el de administración de carteras de inversión bursátil e intermediación en la adquisición de valores bursátiles, y que para tal efecto, estaba autorizada para captar fondos del público por la

Superintendencia de Valores, en este caso, los inversores privados ponían a disposición de dicha sociedad fondos propios para que fueran manejados por esta casa de corredores de bolsa para el único propósito de ser invertidos en instrumentos bursátiles tal como lo establece la Ley del Mercado de Valores, por medio de la Bolsa de Valores de El Salvador, de lo cual la imputada se aprovechó y sustrajo y se apropió del dinero que las víctimas depositaban en la Sociedad de Operaciones Bursátiles, a efecto que fungiera como corredora de bolsas y lograr que ésta les produjera ganancias fue precisamente el desviar esos fondos a cuentas propias y no a las destinadas por OBC S.A. de C.V. razón por la cual, no se configura la conducta establecida en el Art. 4 de la Ley de Lavado de Dinero y de Activos, pues no se pretendía ocultar dinero para encubrir su origen ilícito, sino que como se advirtió era el mecanismo utilizado para la defraudación, razón por la cual, los hechos acreditados en el juicio se adecuan al tipo penal establecido en el Art. 240-A Pn., pues en este caso concurren sus elementos tanto subjetivos como objetivos, dado que, la encausada conocía, sabía y actuaba en la calidad de Gerente General de la OBC S.A. de C.V. de que el dinero que retiraba de las cuentas no lo iba a devolver y defraudaría el patrimonio de las víctimas; por consiguiente, el motivo en estudio tampoco se configura, debiendo por ende mantenerse la validez de la sentencia.

Por lo que la Sala tuvo a bien resolver DECLARARSE NO HA LUGAR A CASAR la sentencia de mérito por los recursos interpuestos.

8-CAS-2015

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

San Salvador, 16 de diciembre de 2015

Resolución emitida por los Magistrados Licenciados José Roberto Argueta Manzano, Leonardo Ramírez Murcia y Ricardo Alberto Iglesias Herrera, para resolver los recursos de casación que han sido interpuestos por el Licenciado Borys Abel González Funes, en su calidad de Defensor Particular de la señora Carmelina B. R. D. S. y el Licenciado Samuel Merino González, Defensor Particular del señor Domingo Antonio S. A., y las adhesiones presentadas por ambos procesados, todos en contra de la sentencia definitiva condenatoria, dictada por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, a las quince horas del día quince de enero del presente año, en el proceso penal instruido en contra de los señores DOMINGO ANTONIO S. A. y CARMELINA B. R. D. S., por atribuírseles el delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, previsto y sancionado en el Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en perjuicio del Orden Socioeconómico.

Interviene además los Licenciados María Graciela Aragón Cabrera y Mario Antonio Huevo Cortez, en calidad de Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República.

En el dicho proceso ordenó la Sala invalidar la sentencia definitiva absolutoria dictada por el Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador y ordenó la nueva realización del juicio por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, en la cual se dictó un fallo condenatorio, por los hechos que contra DOMINGO ANTONIO S. A., CARMELINA B. R. D. S. Y SARAIVA Y COMPAÑÍA S.A. de C. V.

Por medio de sentencia definitiva se resolvió declarar responsable penalmente al acusado DOMINGO ANTONIO S. A., condenándosele a la

pena de prisión de OCHO AÑOS, por el delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, regulado y sancionado en el Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en perjuicio del Orden Socioeconómico; así mismo se declaró responsable penalmente a la acusada CARMELINA B. R. D. S., condenándosele a la pena de prisión de SEIS AÑOS, por el delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, regulado y sancionado en el Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en perjuicio del Orden Socioeconómico; se les absolvió de la pena de multa

En el escrito impugnativo firmado por el Licenciado Samuel Merino González se hace alusión a la violación de la garantía básica del proceso penal consistente en la presunción de inocencia y justificando sus argumentos basándose en que el tribunal manifestó que la sociedad SARBO S.A DE C.V. no justifico la procedencia lícita de US\$1, 904,483.37 durante el periodo 2004-2007 que mantuvo en sus cuentas bancarias compraventas declaradas al Fisco. También se ha comprobado que Carmelina B. R. D. S. no ha justificado la procedencia lícita de la cantidad de US\$2, 035,083.89, que ingresó a sus cuentas bancarias compraventas declaradas al Fisco. A lo que también Agregó que no se configura el elemento objetivo de tipo penal el cual exige que los fondos dinero y bienes provengan directa o indirectamente de ilícitos precedentes, ya que al justificar la procedencia lícita de los montos de dinero depositados en cuentas y manejados por los imputados y la Sociedad y bienes manejados, se justifica cada uno de esos fondos, por lo tanto jamás se configuró el delito de lavado de dinero.

La sala menciona que los argumentos antes mencionados están orientados a la crítica de la forma en que el tribunal sentenciador valoro la prueba que se desfiló en el juicio, en específico los peritajes de cargo y descargo, dichos argumentos están orientados a un nuevo ejercicio valorativo de las probanzas y que con ello se obtendría un resultado distinto, situación que

deja de lado el hecho que el control de los aspectos del juicio de valoración de la prueba dependen de forma directa de los sentenciadores. Considerando la sala que es procedente declarar inadmisibile el motivo debido a que por esta vía solo es controlable lo relativo a la validez de los medios probatorios y si las conclusiones deducidas de éstos, responden a las reglas del recto entendimiento humano

el Licenciado Borys Abel González Funes, presentó un escrito impugnativo en el cual invoca vicios casacionales un conjunto de preceptos legales correspondientes al Código Procesal Penal y a la Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría que se aduce haber sido inobservados y erróneamente aplicados; sin embargo, tales denuncias quebrantan lo dispuesto en el Art. 423 Pr. Pn., ello en virtud de no consignarse de forma concreta y separada cada motivo, así como su debida fundamentación, todo con el objeto de demostrarle las razones que sostienen la configuración de cada uno de los defectos denunciados. Siendo esto una exigencia que constituye un requisito de admisibilidad en el escrito impugnativo, el solicitante presento una serie de denuncias que no logran materializarse ya que lo que se desarrolla son consideraciones que aluden a vulneraciones descritas de forma confusa pero son distintas a las alegadas, y que a su vez tiene como base criticas y cuestionamientos a la forma en que ponderaron las pruebas los sentenciadores, dado que están orientadas a buscar que las conclusiones emanadas de las probanzas no configuren los distintos elementos del tipo penal. Buscando que la Sala realice un nuevo estudio probatorio y determine la inexistencia de delito que conllevaría la modificación de los hechos ya acreditados, el solicitante se aleja de la materia de estudio del recurso de casación, pues éste sólo le compete conocer de la errónea aplicación del Derecho, ya sea sustantivo o procesal, pero no la revalorización de los medios de prueba, esto en correlación con el

principio de intangibilidad de los hechos se declaro la improcedencia del recurso, ya que no se vuelve factible verificar la prevención regulada en el Art. 407 Pr. Pn., ya que eso implicaría la posibilidad de construir nuevos motivos casacionales.

En relación a las adhesiones presentadas por los señores Domingo Antonio S. A. y Carmelina B. R. D. S., se expresó que dicha figura procesal tiene como fundamento el principio de igualdad procesal de oportunidades entre las partes, pues a través de ella se procura favorecer al imputado que no recurrió, permitiéndole que pueda impugnar la resolución fuera de término para recurrir, pero dentro del plazo del emplazamiento, ya que la adhesión solo procede respecto del recurso concedido a la contraparte. En este caso se considero que no es viable aceptar la adhesión cuando el imputado ha hecho uso de su derecho a oponerse a la resolución judicial que a su criterio le generó perjuicio, pues se interpretaría que su intención impugnativa queda agotada con la interposición del escrito casacional, por tanto, las adhesiones presentadas no pueden ser consideradas como otra posibilidad de alegar nuevos motivos de casación, por ende, se declaro la improcedencia de las mismas.

De igual forma el Licenciado Samuel Merino González alega como único vicio de forma la errónea aplicación del Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos y fundamentando que la Fiscalía acusó originalmente porque supuestamente el origen de los fondos detectados a los imputados se encontraban en actividades relacionadas al narcotráfico, tráfico ilegal de personas y estafa. según el tribunal al no haber justificado los imputados y la sociedad el origen de los fondos que ellos manifiestan, les atribuye que la procedencia de estos devienen de ilícitos precedentes como lo es tráfico ilegal de personas, evasión de impuestos, es este último caso puntual alega el Licenciado Merino que no se ha configurado ni siquiera a nivel indiciario tal

como lo afirma el tribunal ya que no se ha seguido el procedimiento administrativo para determinado, así como tampoco se ha mencionado como delito generador de lavado en el dictamen de acusación fiscal y en el auto de apertura a juicio, asimismo que dentro de los puntos de pericia encomendadas a los peritos jamás se les solicitó determinar si existía o no evasión fiscal. El objeto del reclamo radica en que el delito de Lavado de Dinero no se ha comprobado en virtud de no evidenciarse un origen ilícito de los fondos cuestionados por el ente Fiscal, pues a criterio del impetrante, los delitos precedentes no fueron demostrados.

en el presente caso se manifestó por los juzgadores que con el desfile probatorio se comprobó la existencia de cantidades de dinero que no fueron declaradas, ni debidamente justificadas, exponiendo de forma clara y lógica las razones de esta conclusión, y a su vez detallan una serie de indicios que llevan a la única deducción que los procesados conocían el origen ilícito de ese dinero, pues se demostró en el caso del señor Domingo Antonio S. A. la existencia de hechos que pudieran enmarcarse en los delitos de Estafa, Tráfico Ilegal de Personas y Evasión de Impuestos, y para Carmelina B. D. S., hechos que pudieran ser constitutivos de Evasión de Impuestos, al igual que varios negocios jurídicos sospechosos, como compraventas de vehículos en las cuales en su calidad de vendedora, reporta en las mismas una notable pérdida, circunstancias que llevaron a acreditar el delito de Lavado de Dinero y de Activos por razonarse que se ha cumplido con los verbos rectores de depositar y retirar dinero procedente de actividades ilícitas, contenidos en el Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, y agregado a ello, también se logra evidenciar que esos movimientos de dinero se hicieron con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del mismo, pues se conocía que su procedencia era producto del Tráfico Ilícito de Personas y de Estafas.

Lo que el peticionario ha afirmado en relación a que no se han configurado los elementos del tipo penal, en virtud de no comprobarse la existencia de los delitos que generan la ilicitud del dinero, no se vuelve válido, ya que tal y como se ha expuesto y ha sido sostenido en jurisprudencia emitida por esta Sala como es el caso de la sentencia clasificada bajo la referencia 288-CAS-2004, los hechos punibles precedentes en el delito de Lavado de Dinero y de Activos no necesitan ser comprobados sino que basta la existencia de indicios y datos objetivos que lleven a concluir que se realizaron actividades delictivas que generaron el dinero que se pretendía ocultar o encubrir. Por ende, no es factible aceptar que para dar por acreditados los delitos precedentes se tengan que haber dictado sentencias condenatorias respecto de éstos, pues como se señaló, basta con la concurrencia de elementos objetivos que lleven a la única conclusión de la ilegalidad de los fondos, situación que se dio en el presente caso.

Finalmente el impetrante advierte como vicio casacional de forma, inobservancia a las reglas relativas a la congruencia entre acusación y sentencia, y con ello a la garantía de la inviolabilidad de la defensa, lo sostiene al señalar que el Tribunal sentenciador tuvo por acreditado el delito de evasión de Impuestos, como uno de los delitos generadores o precedentes, sin que tal delito haya sido acusado, expresado que el A-quo tuvo por establecido la realización de transacciones bancarias sobre todo depósitos, que comparado con las ventas que declaraban los imputados y la sociedad existían diferencias notables, haciendo mención que la fiscalía formuló su acusación por el delito de Lavado de Dinero, sustentado en que: "los ingresos percibidos por el acusado tenían su origen en actividades de tráfico ilegal de personas y estafa, inclusive narcotráfico. Con lo cual a su criterio estaría vulnerando el principio de congruencia regulado en el Art. 359 Pr. Pn., el cual expresa la sentencia no podrá dar por acreditados otros

hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio, o en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado, ni tampoco se podrá dar al hecho una calificación jurídica o aplicar penas más graves a las solicitadas

la Sala, considero, que los Juzgadores no han sometido a su conocimiento y acreditado hechos o circunstancias distintas que las acusadas, sino que el análisis efectuado y que consta en los considerandos de su resolución está orientado a calificar jurídicamente las acciones precedentes al delito de Lavado de Dinero y de Activos, únicamente con el objeto de corroborar el origen ilícito de los fondos, pero no para juzgarlos y sancionarlos. Por tal razón, dicha situación no conlleva una ampliación o modificación de la calificación jurídica del ilícito penal, ya que los imputados conocían del cuadro fáctico atribuido, que fue el mismo por el que se apertura a juicio, que se discutió en audiencia de vista pública y por el cual se sentenció. Por lo que no es factible señalar que no es posible atribuirle a los Juzgadores la vulneración al debido proceso y el principio de legalidad por no haberle dado cumplimiento a lo establecido en el Art. 251-A Pn., ya que tal y como se señaló, el análisis efectuado estaba dirigido a establecer la procedencia ilícita del dinero mediante la existencia de indicios suficientes y fehacientes del cometimiento de actividades delictivas y no como se pretende hacer ver en el texto recursivo a juzgar y sancionar por el cometimiento de los mismos.

El Agente Auxiliar del Fiscal General de la República el Licenciado Mario Antonio Huevo Cortez haciendo uso del derecho que le otorga la ley para pronunciarse respecto de los recursos interpuestos, expresó sobre el escrito casacional del Licenciado Samuel Merino González, que no es necesario demostrar los delitos precedentes atribuidos en el Lavado de Dinero, sino que basta con la concurrencia de indicios respecto de éstos, para demostrar tal aseveración citó abundante jurisprudencia de la Sala en relación al tema,

así como también indicó que tampoco concurre una vulneración a la presunción de inocencia, y con relación al recurso presentado por el Licenciado Borys Abel González Funes, manifestó que este debe ser declarado inadmisibles por extemporáneo y por defectos de fondo.

En base a todo lo anterior la sala tuvo a bien resolver.

Primero declarar improcedentes el recurso presentado por el Licenciado Borys Abel González Funes y las adhesiones solicitadas por los señores Domingo Antonio S. A. y Carmelina Bonilla R. D. S...

Segundo inadmitirse el recurso interpuesto por el Licenciado Samuel Merino González, específicamente el motivo tres de dicho recurso

Tercero declararse no ha lugar a casar la sentencia de mérito, en virtud de los motivos uno y dos admitidos del recurso de casación, presentado por el Licenciado Samuel Merino González.