

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2008
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**CONFIGURACIÓN TÍPICA E INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE
LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS EN EL SALVADOR.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**LÓPEZ MENJÍVAR, FILIBERTO
MEJIA CARRILLO, DARWIN EDUARDO
ORTÍZ, ROBERTO GUSTAVO**

**LIC. REINALDO GONZÁLEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2008

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADO REINALDO GONZALEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACION

DEDICATORIA

Mi trabajo y esfuerzo se lo dedico a Dios la fuerza todopoderosa que guía mi vida y que cubre en todo momento mí ser.

En memoria de mis amados abuelos Filiberto Crespín y Agripina Menjívar que ya no comparten conmigo el plano físico, pero que su energía no ha dejado de fluir, personas de las que aprendí que las enfermedades no son solo corporales, sino que incluyen tu historia personal y les entrego el triunfo que esperaba compartieran conmigo.

A mi madre Edin Menjívar que estuvo conmigo apoyándome y dándome ánimos para que me sostuviera y me impulsara hacia delante, avanzando a pesar de los bloqueos.

A mis hermanos y hermanas: Douglas Manuel López Menjívar, Karla Yesenia y Jacqueline López

A mis demás familiares como lo son: Juana Ondina, Marta Estela, Berta Nelly, Alis Smith y José Solín.

A mis amigos que nunca me fallaron: Darwin Eduardo Mejía y Roberto Gustavo Ortiz.

Filiberto López Menjívar.

DEDICATORIA

Mi trabajo y esfuerzo se lo dedico a Dios todopoderoso que guía mi vida y que cubre en todo momento mí ser de fortaleza para salir adelante y que gracias a él obtengo este triunfo.

Todo mi trabajo y esfuerzo se los dedico a mis amados padres Erick Armando Mejía Menjívar y Susana Carrillo Prado, que estuvieron conmigo apoyándome y dándome ánimos para que me sostuviera y me impulsara hacia adelante; es gracias su esfuerzo que obtengo este triunfo; por lo que se lo agradezco de todo corazón.

De igual forma merece una dedicatoria especial a la memoria de mi amada abuela María Antonia Menjívar que estuvo conmigo y que siempre me demostró que el trabajo y dedicación de una sola persona puede cambiar el mundo; y es por ello que le entrego el triunfo que esperaba que compartiera conmigo.

A mis demás familiares que nunca me fallaron: Mi abuela María del Carmen Grande; mis tíos y tías Samarys Menjívar, Judith Menjívar, Rutilio Menjívar, Edgardo Menjívar, Ana Ines Prado, Miguel Tomas Rivas; Ana Lilian Carrillo, Cecilia Carrillo; y mis primos Marvin Menjívar; Ernesto Rivas, Miguel Ángel Rivas, Jimmy Aguilar; Oscar y Javier Carrillo.

A mis amigos y amigas que me acompañaron en este camino hacia el éxito y que nunca me fallaron: Filiberto López Menjívar, Roberto Gustavo Ortiz; Cristina Isabel Peña; Francis Rivera, Raquel Collado y Alejandrina Ramírez

Darwin Eduardo Mejía Carrillo

DEDICATORIA

El presente trabajo de graduación es el resultado de la bendición que Dios tiene para con mi persona y mi familia, es por ello que le dedico este triunfo a Jesús, a quien le agradezco su misericordia y por permitirme culminar mi carrera.

Con especial dedicación a las tres personas mas importantes de mi vida, mi mamá Marta del Carmen Ortiz, quien fue mi motor principal y modelo de que con empeño y esmero se pueden hacer las cosas con sacrificio; mi abuela “Chela Gamero”, quien ha sido un regalo de Dios y Maria el poder compartir con ella este triunfo; y mi hermana Alex a quien tanto amo y extraño en este momento. Y no por ello menos importante a mi hermano Guillermo, a quien quiero.

A mi papa, Sergio Amaya, por ser un pilar fundamental en la formación profesional de mi persona

A mis tíos, Roberto, Ana Luz y Jaime, quienes han sido un apoyo muy importante para este éxito.

A mis amigos que nunca me fallaron: Filiberto López Menjívar y Darwin Eduardo Mejía Carrillo.

Y a mi mejor amiga a la persona más especial que he conocido Silvia Cruz.

Roberto Gustavo Ortiz

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO 1	
DESARROLLO HISTÓRICO DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	3
1.1. HISTORIA DEL DINERO	3
1.2. DESARROLLO DEL DINERO Y SU VINCULACIÓN A LA ACTIVIDAD CRIMINAL	9
1.3. ALGUNOS EJEMPLOS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES DEDICADAS AL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	14
1.3.1. Las Tríadas Chinas	14
1.3.2. Cáteles Colombianos	16
1.3.3. La Mafia Siciliana	18
1.3.4. Mafias Rusas	21
1.4. DESARROLLO HISTÓRICO JURÍDICO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	25
1.4.1. Ámbito Internacional	25
1.4.1.1. La Convención de Viena de 1988	25
1.4.1.2. Actuaciones del GAFI	29
1.4.1.3. Convenio de Estrasburgo De 1990	33
1.4.1.4. Actuaciones de la Unión Europea	36
1.4.1.5. Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera	39
1.4.1.6. Reglamento Modelo CICAD/OEA	40
1.4.1.7. Convención de Palermo 2000	43
1.5. ÁMBITO NACIONAL	46
1.5.1. Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión del Lavado de Dinero y Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos	47
1.5.2. Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos	49
1.5.3. Implementación y Funcionamiento de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de La Republica	53

1.5.4. División de Investigación de Delitos Financieros	54
1.5.5. Policía Internacional (INTERPOL).....	54

CAPITULO 2

MODALIDADES DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	55
2.1. EL MODELO DE FASES DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	56
2.2. BLANQUEO DE CAPITALS “MONEY LAUNDERING”	56
2.3. EL BLANQUEO DE CAPITALS “RECYCLING”	57
2.4. OTROS MODELOS PROPUESTOS POR BERNASCONI.....	57
2.4.1. País del Comportamiento y País del Blanqueo de Capitales.	
Carácter Internacional del Blanqueo de Capitales	57
2.4.2. Factores Temporales de Blanqueo de Capitales	58
2.5. EL MODELO DE CICLOS DE ZÚND	59
2.6. EL MODELO DE OBJETIVOS	61
2.6.1. Objetivos Principales	61
2.6.2. Objetivos Secundarios	61
2.6.3 Objetivo Complementario	62
2.7. EL MODELO DE LOS CUATRO SECTORES.....	62
2.7.1. Descripción de los Sectores	63
2.7.2. Proceso de la Caja Negra (Black Box Prozesse).....	63
2.7.3. Punto de Intersección de los Sectores	64
2.7.4. Proceso de Lavado de Dinero	64
2.7.5. Marco de Condiciones Jurídicas como factor determinante del	
Proceso de Blanqueo de Capitales	65
2.7.6. Fases Para La Ejecución Del Lavado De Dinero Y Activos	67
2.8. OCULTACIÓN Y COLOCACIÓN	68
2.8.1. Colocación mediante Establecimientos Financieros	69
2.8.2. Fraccionamiento (Structuring/Smurfing)	69
2.8.3. Complicidad Bancaria	70

2.8.4. Empleo abusivo de las excepciones a la Obligación de Identificar o de Comunicar	70
2.8.5. Colocación mediante Instituciones Financieras No Tradicionales	71
2.8.6. Mezcla de Fondos Lícitos e Ilícitos.....	72
2.8.7. Adquisición de Bienes con Dinero en Metálico	73
2.8.8. Contrabando de Dinero	73
2.9. ENSOMBRECIMIENTO (LAYERING)	74
2.10. INTEGRACIÓN (INTEGRATION)	76

CAPITULO 3

TIPOLOGÍA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	84
3.1. BLANQUEO MEDIANTE OPERACIONES DE INTERIOR	86
3.2. MEDIANTE OPERACIONES FINANCIERAS	86
3.2.1. Creación de Sociedades Ficticias o Interposición de Testaferros	87
3.2.2. Inversiones en el Sector Inmobiliario	88
3.2.3. Suscripción de Seguros de Prima única por El propio Blanqueador o utilizando nombre de tercero	90
3.3. MEDIANTE OPERACIONES COMERCIALES	91
3.3.1. Declaración de Beneficios de Negocios Superiores a los Reales	92
3.3.2. A Través de Juegos de Azar.....	93
3.3.3. Compraventas de Piedras y Metales Preciosos	95
3.3.4. Compraventa de Obras de Arte y Antigüedades	95
3.3.5. La Manipulación de Facturas del IVA	96
3.4. BLANQUEO MEDIANTE OPERACIONES DE EXTERIOR	97
3.4.1. Mediante Operaciones Financieras	97
3.4.2. Depósito en Entidades Financieras de Paraísos Fiscales	98
3.4.3. Depósitos en Cuenta Corriente y Movimientos mediante Transferencia Internacional	99
3.4.4. Inversión en Títulos Valores, desinversión y Envío de Fondos al Exterior	101

3.4.5. Simulación de un Crédito o Préstamo Internacional	102
3.4.6. Inversiones Inmobiliarias a través de Sociedades constituidas en el Extranjero	102
3.4.7. Constitución de Sociedades de Intermediación en el Sector Bursátil.....	104
3.5. MEDIANTE OPERACIONES COMERCIALES	105
3.5.2. Devolución de las Mercancías a través de Contrabandistas	107
3.5.3. Reventa de pasajes Aéreos en vuelos Internacionales	108
3.6. TIPOLOGÍA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS SEGÚN LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	109

CAPITULO 4

CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL

SALVADOR	112
4.1. BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	112
4.2. EL BLANQUEO DE CAPITALES COMO DELITO PLURIOFENSIVO	113
4.3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	115
4.4. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	117
4.5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS EN EL SALVADOR	119
4.6. SURGIMIENTO DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	121
4.7. LA INCORPORACIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS AL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO	126
4.7.1. Modalidades de Tipificación	127
4.7.2. Problemas prácticos de la Tipificación.....	129
4.8. LOS COMPORTAMIENTOS DESCRITOS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	135
4.8.1. Conductas realizadas con la Intención de Ocultar o Encubrir	137
4.8.1.1. La Conversión de Bienes procedentes de un Delito Grave	137

4.8.1.2. La Transferencia	141
4.8.1.3. La Ocultación o Encubrimiento	144
4.8.1.4. La Ocultación	147
4.8.1.5. El Encubrimiento.....	150
4.9. CONDUCTAS REALIZADAS SIN INTENCIÓN DE OCULTAR O ENCUBRIR	151
4.9.1. La Adquisición de Bienes	151
4.9.2. El Transporte.....	154
4.9.3. La Posesión y la Tenencia	155
4.9.3.1. Identificación entre Tenencia y Posesión.....	156
4.9.3.2. Distinción entre Tenencia t Posesión.....	157
4.9.4. La Utilización	159
4.9.4.1. Necesidad de Restricción de la Interpretación del término Utilización.....	161
4.9.5. La Administración	163
4.10. EL PROBLEMA DE LAS ACCIONES SOCIALMENTE ADECUADAS	164
4.11. CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS EN EL SALVADOR	169
4.11.1. Sujeto Activo de la Acción Típica de Lavado de Dinero y Activos	169
4.11.2. Tipo Objetivo	173
4.11.2.1. La Acción	174
4.11.2.2. El Objeto	175
4.11.2.3. El Resultado	177
4.11.2.4. El Delito Precedente.....	179
4.11.3. Tipo Subjetivo.....	183
4.12. “CASOS ESPECIALES” DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	186
4.13. ENCUBRIMIENTO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	190
4.14. LA COMISIÓN CULPOSA	196
4.15. HACIA UN NUEVO MODELO DE TIPIFICACIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y	

ACTIVOS	199
---------------	-----

CAPITULO 5

INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	203
5.1. LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE BLANQUEO	203
5.2. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO Y SU RELACIÓN CON EL ENCUBRIMIENTO.....	204
5.2.1. La Autonomía del Delito de Lavado de Activos y la Prueba del Delito Previo.....	206
5.2.2. La Cuestión de la Autonomía del Delito de Lavado se relaciona con la Carga de la Prueba del Delito Anterior	207
5.3. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	209
5.4. GENERALIDADES DE LA PRUEBA	212
5.4.1. Prueba Pericial	214
5.4.2. Conversión de la Evidencia en Prueba	216
5.5. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA	217
5.5.1. La Prueba del Elemento Subjetivo	218
5.5.2. La Prueba de Indicios	222
5.6. MÉTODOS DE PRUEBA.....	224
5.7. ESPECIALIDADES PROCESALES	228
5.7.1. Excepciones al Secreto Bancario.....	228
5.7.2. Medidas Cautelares	229
5.8. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	229
5.8.1. Prevención y Controles Previos	230
5.9. LA AUDITORÍA FORENSE	232
5.9.1. Definición y Características de la Auditoría Forense.....	232
5.9.2. Origen de la Auditoría Forense	233
5.9.3. Auditoría Forense aplicada al Lavado de Dinero y Activos	236
5.10. EL MANEJO DE LA PRUEBA EN TÉRMINOS DE AUDITORÍA FORENSE PARA LOS CASOS DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS	238

CAPITULO 6

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 253

6.1. CONCLUSIONES 253

6.2. RECOMENDACIONES 257

BIBLIOGRAFÍA. 259

INTRODUCCIÓN

El Delito de Lavado de Dinero y Activos, es de reciente regulación en El Salvador, pues surgió a la vida jurídica por medio del Decreto 498 de 1998, como producto de las recomendaciones de la comunidad jurídica internacional; pues los Estados, se encuentran en una alarmante situación del incremento de esta actividad delictiva; debido a que los delincuentes ya sea individualmente o valiéndose del crimen organizado aprovechan diversos métodos desde los más simples hasta los más sofisticados, es por ello que se vuelve un tema de mucha importancia debido a su impacto en los diversos sectores de la sociedad; pero con gran influencia en lo socioeconómico, y como consecuencia los Estados han tenido que implementar nuevas políticas criminales cuya finalidad es la prevención y el combate de este flagelo.

El lavado de dinero es la forma en que el delincuente trata de asegurarse de que, al final de cuentas, el delito pague, es por ello que se aborda la temática desde el punto del desarrollo histórico del delito de lavado de dinero y activos, la regulación internacional que lo contempla y le da vida jurídica; partiendo desde los los Tratados Europeos hasta aterrizar en territorio Centroamericano y finalmente la creación de la ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

Es necesario tener una noción de las modalidades y formas del delito objeto de estudio, sistematizadas por la doctrina ya que estas se convierten en los pilares de las posibles estructuras típicas pues son las modalidades y las formas las que crean las conductas y estas derivan en los tipos básicos.

El lavado de dinero es esencial para lograr el funcionamiento efectivo prácticamente de toda forma de delincuencia nacional y transnacional organizada, es así que se busca prevenir y combatirlo, de tal forma que se impida o limite el desarrollo de la capacidad de los delincuentes de utilizar ganancias mal obtenidas, y destinarlas a la actividad comercial lícita; por tal razón su Tipificación e Investigación se convierte en el ius puniendi, para sancionar esta conducta ilícita, pero es indispensable que se aborde temas esenciales como lo son la autonomía del delito de lavado de dinero y activos, la inversión de la carga de la prueba, la prueba de indicios, la prueba del delito previo, lo cual si se realiza de manera sistemática esto ayudaría a tener una legislación eficiente que derive en un mayor número de condenas pero sin el ánimo de ser represivo o inquisitivo, debido a que en el combate del delito debe de hacerse respetando los derechos y garantías constitucionalmente reconocidas.

CAPITULO 1

DESARROLLO HISTÓRICO DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Sumario: 1.1. Historia Del Dinero, 1.2. Desarrollo del Dinero y su vinculación a la Actividad Criminal, 1.3. Algunos ejemplos de Organizaciones Criminales dedicadas al Lavado de Dinero y Activos, 1.3.1. Las Tríadas Chinas, 1.3.2. Cáteles Colombianos, 1.3.3. La Mafia Siciliana, 1.3.4. Mafias Rusas, 1.4. Desarrollo Histórico Jurídico Del Delito De Lavado De Dinero Y Activos, 1.4.1.1. La Convención de Viena de 1988, 1.4.1.2. Actuaciones Del GAFI y otras Organizaciones Asimiladas, 1.4.1.3. Convenio de Estrasburgo de 1990, 1.4.1.4. Actuaciones de La Unión Europea (Directivas De 1991 Y 2001), 1.4.1.5. Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, 1.4.1.6. Reglamento Modelo CICAD/OEA, 1.4.1.7. Convención de Palermo 2000, 1.5. Ámbito Nacional, 1.5.1. Convenio Centroamericano Para La Prevención y Represión del Lavado de Dinero y Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, 1.5.2. Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, 1.5.3. Implementación y Funcionamiento de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la Republica, 1.5.4. División de Investigación de Delitos Financieros (Policía Nacional Civil) ,1.5.5. Policía Internacional (INTERPOL).

1.1. HISTORIA DEL DINERO

El propósito de este apartado consiste en dar a conocer un esbozo referente a la historia del dinero; en el cual se pretende hacer mención de una serie de acontecimientos que a lo largo de la historia reflejan su evolución y la vinculación del dinero a actividades delictivas dentro de la sociedad, con especial énfasis las que se pueden considerar como las primeras formas de lavado de dinero y activos.

En un primer momento, desde tiempos remotos el hombre ideó sistemas para dar valor a las cosas y poder intercambiarlas, primero se utilizó el

trueque, después el intercambio y luego surgió el dinero¹. *“Es así que las primeras formas de intercambio y medios de pago dinero consistían en metales entre ellos el hierro, cobre, bronce, oro, plata, en sus formas puras; vidrios; plumas exóticas, las conchas marinas, las semillas de cacao, las piezas de ámbar, marfil o jade, las cuentas ornamentales, los clavos, la sal, pieles, el ganado vacuno y otras especies y cientos de otros objetos heterogéneos, así como también herramientas e incluso personas que eran esclavos, alguna vez sirvieron como instrumentos de intercambio y medios de pago, sobre todo antes de inventarse la acuñación de monedas²”*. Sin embargo, aun después de enraizada la cultura monetaria en los pueblos antiguos, la moneda no siempre llegó a desplazarlos totalmente³.

La aparición de la moneda metálica soluciona el doble problema de peso y número hasta ahora resuelto separadamente. El valor de las piezas de metal estaba relacionado con su peso. De esta manera, su valor se rige por sus inscripciones y dibujos. Las primeras monedas que se conocen, se acuñaron en Lidia, la actual Turquía en el Siglo VII A. de C., eran de aleación natural de oro y plata, ya que para todos los pueblos el oro era el metal más valioso seguido de la plata, patrón que se traslado a la fabricación del dinero.

¹ El dinero se desarrolló en muchas áreas del mundo, remotas entre sí, y en distintas épocas. Surgió además, por razones que no fueron sólo económicas y comerciales, sino políticas, religiosas y sociales (por ejemplo pagar tributos que los gobernantes exigían, presentar ofrendas a los dioses, comprar una esposa, pagar la dote al novio, o indemnizar a víctimas de delitos).

² FILIPPINI, SILVINA. *Historia del Dinero*, <http://www.ecobachillerato.com/trabajosecono/pdf>, p 5, fecha de consulta 22 de Mayo de 2008.

³ Si hoy hablamos de salario, es porque en un tiempo los soldados de la Antigua Roma recibían su paga en sal, y si usamos las palabras pecunia y pecuniario, es porque el ganado, también en Roma, se usó como medio de intercambio, y pecus, en latín, significa "ganado". Por eso, implantada la moneda, los romanos hablaban de pecunia pesata cuando las monedas se pesaban para determinar su valor, y de pecunia numerata cuando, en una fase más avanzada, ya no había que pesarlas, pues se les asignaba un valor numérico fijo.

“Durante siglos en Grecia, casi 500 Reyes y 1.400 ciudadanos, acuñaron sus propias monedas, y se estableció la costumbre de adornar cada moneda con el dibujo de su emblema local y se creó el primer sistema monetario unificado, que, con la caída del imperio se derrumbó, entonces obispos, nobles, propietarios y diversas localidades se dedicaron a acuñar monedas, esta dispersión fue habitual hasta la época de CARLO MAGNO, que reformó el sistema en el siglo VIII y devolvió el control de su emisión, al poder central⁴”.

En un segundo momento, al retomar la idea de Carlo Magno, muchos países se vieron en la necesidad de implementar nuevas formas de dinero; ya que la moneda metálica presentaba una serie de inconvenientes, por ejemplo su costo de emisión era elevado, al reunir una gran cantidad de monedas se hacía difícil para las personas transportarla, acuñarla, etc. Es por ello que las autoridades de la época hicieron uso de su ingenio y surgió el primer antecedente del billete tal y como lo conocemos hoy en día; el pionero en utilizar billetes, fue el emperador de Mongolia, KUBALI KHAN en el Siglo XI D. C., para él, era el certificado de propiedad de una cantidad de monedas de oro en Europa, en sus inicios, los billetes eran certificados sobre la existencia de un depósito de oro en un banco.

A finales del Siglo XVI⁵, cuando el público empezó a usarlo para saldar deudas y realizar pagos, los bancos emitieron certificados por cantidades fijas, los primeros billetes oficiales se emitieron en 1694, por el Banco de Inglaterra, así nació un nuevo tipo de dinero, el fiduciario, a diferencia de las monedas de la época, el billete solo tenía valor representativo. Históricamente, nació primero la cédula del Banco Nacional de San Carlos

⁴ *Ibidem*

⁵ FILIPPINI, SILVINA. *Historia del Dinero*, Op. Cit., , p 6

1798, segundo, la primera emisión de billetes del Banco de España 1856 y tercero, los billetes de 50 Ptas., que circularon en la republica española de 1931.

En Europa tendría que esperar hasta el siglo XVII⁶ para que surjan los primeros ejemplos de papel moneda, ya sea por su expresa impresión o porque el uso los dio dicha condición, como es el caso de los pagarés o promesas de pago contra una cantidad depositada en los comercios especializados que empezaron a denominarse bancos. Previamente se había generalizado la custodia del oro y de las joyas de las familias adineradas por parte de los orfebres, quienes entregaban resguardos con su firma y sello a los depositantes. Al igual que los pagarés, tales resguardos acabarían siendo aceptados como medios de pago en las transacciones. El uso de ambos documentos hacía más rápidos y seguros los intercambios, al evitar tener que cargar con pesadas piezas de oro o plata en los largos y peligrosos viajes de la época.

En el caso particular de El Salvador, nuestros antepasados precolombinos utilizaran el cacao como moneda, pues consideraban el chocolate como la bebida de los dioses. Si bien el trueque fue una forma de comercio que se conservó hasta el presente siglo, el uso del cacao como valor de cambio, data del auge de la civilización Maya. La unidad monetaria del cacao era el Xontle, que estaba formado por 400 almendras de cacao.

Posteriormente, los españoles introdujeron en el país el uso de su moneda: el Real. Pero el cacao se siguió usando a razón de 200 almendras de cacao por un real. *“Las primeras monedas que circularon en nuestra tierra fueron*

⁶ *Ibidem*

*acuñadas en España, hasta que, finalmente en 1731, se fundó la primera Casa de la Moneda en Guatemala. Sin embargo, las monedas más usadas durante la colonia fueron los llamados macacos o morlacos*⁷. Los macacos eran piezas de plata de forma irregular, acuñadas en Perú o México, en su mayoría, que se cortaban con tenaza y tenían grabadas las columnas de Hércules con la inscripción "Plus Ultra". En grandes cantidades eran aceptadas por su peso en metal más que por su valor nominal. Los macacos se siguieron usando después de la Independencia de los países centroamericanos y el 9 de julio de 1856 se estableció su curso legal.

Al mismo tiempo que los macacos, aparecieron las fichas de finca, que eran una especie de monedas fabricadas de latón. Casi todas tenían forma circular y se diferenciaban entre sí porque tenían grabado el nombre de la finca que las emitía. Estas fichas de finca eran utilizadas para pagar a los colonos por su trabajo y éstos, con las fichas, adquirían en las tiendas de la localidad, los bienes que necesitaban.

Durante el período de la Federación Centroamericana, el sistema monetario colonial no cambió. Se usó el peso de plata, equivalente a 8 reales, como moneda principal, pero se acuñó la primera moneda regional, cuyo objetivo fue conmemorar la Independencia⁸.

Los primeros cambios ocurrieron después, cuando el Gobierno decretó la acuñación de una moneda nacional en oro y plata. Las piezas de plata tenían una "R" que significaba "Real" y las de oro una "E" por Escudo. *“En 1883, bajo la presidencia del doctor Rafael Zaldívar, se decretó la Primera*

⁷ BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR. *¿Qué es el Dinero?*, publicación educativa, San Salvador, El Salvador, 2000.

⁸ *Ibidem*

Ley Monetaria, adoptándose el Peso como unidad monetaria y se descartó el sistema español de división del Peso en 8 reales, estableciéndose por ley el sistema métrico decimal, donde el peso equivalía a 10 reales”⁹. A fines del siglo XIX, aparecen los primeros billetes de banco en El Salvador. Estos pasaron a jugar un papel importante como instrumento de cambio, como unidad de medida del valor de los bienes y como elemento de ahorro. La emisión de los billetes estaba a cargo de bancos particulares autorizados por el Gobierno.

“Los primeros billetes salvadoreños fueron emitidos por el Banco Internacional, fundado en 1880. A este banco le fue otorgado el derecho exclusivo de emitir billetes que debían ser recibidos en oficinas públicas. Después, se autorizaron otros dos bancos de emisión: el Banco Occidental y el Banco Agrícola Comercial. El 28 de agosto de 1892, durante la presidencia del General Carlos Ezeta, se inauguró la Casa de la Moneda. Además, el 1 de octubre del mismo año, como homenaje a Cristóbal Colón, en el IV Centenario del Descubrimiento de América, el Poder Legislativo reformó la Ley Monetaria de 1883, cambiando el nombre de nuestra unidad monetaria de Peso a Colón. Se decretó que su valor con respecto al dólar fuera de ¢2.00 por US \$1.00”¹⁰.

En 1919 se decretó la Segunda Ley Monetaria¹¹ que estipulaba que las monedas desgastadas por el manejo diario serían retiradas de la circulación y las piezas recortadas o perforadas no serían de curso legal. Además, quedaba prohibido usar fichas, vales, etc., en sustitución de la moneda.

⁹ BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR. *¿Qué es el Dinero?*, Op. Cit., p 7

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

Esta contravención sería penada por la ley. Asimismo, definía que el Ministerio de Hacienda tendría el control de la circulación monetaria.

El 19 de junio de 1934¹², a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Creación del Banco Central de Reserva de El Salvador, institución que tendría como principal objetivo, controlar el volumen del crédito y la demanda de moneda circulante y la facultad exclusiva de emitir billetes. A partir de su creación, el Banco Central de Reserva fue el único que emitió billetes. A partir del 1 de enero de 2001¹³, con la entrada en vigencia de la Ley de Integración Monetaria (LIM), se autoriza además como moneda de curso legal en El Salvador, el dólar de Estados Unidos (Art. 3 de la LIM). La Ley establece la circulación de ambas monedas, el dólar y el colón (Arts. 3 y 5), y estipula el cambio de ¢8.75 por un dólar (Art. 1).

Han transcurrido más de 500 años desde que nuestros antepasados usaban el cacao como su moneda, como su manera de medir el precio de las cosas. La evolución del sistema monetario salvadoreño ha caminado, durante todos estos años, a la par de la transformación de nuestra economía, de nuestra sociedad y de la manera de ver el mundo que hemos tenido en las diferentes etapas de nuestra historia.

1.2. DESARROLLO DEL DINERO Y SU VINCULACIÓN A LA ACTIVIDAD CRIMINAL

Paralelamente al desarrollo del dinero y de la sociedad surgían nuevas formas de criminalidad, la existencia del dinero constituyó un gran aporte a la sociedad en cuanto a que contribuyó a las relaciones sociales y

¹² BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR. *¿Qué es el Dinero?*, Op. Cit., p 9

¹³ *Ibidem*

comerciales y la vez fue causa de los problemas que hasta hoy en día la aquejan; según RODOLFO URIBE *“Los delitos con el dinero, tanto falsificación como lavado no son delitos nuevos, han existido, paradójicamente, desde antes que existiera el dinero como lo conocemos hoy¹⁴”*.

Para poner en evidencia ciertas actividades que deben considerarse como antecedentes de lo que hoy en día comencemos como lavado de dinero se citan los siguientes ejemplos, *“la Orden de los Pobres Caballeros de Cristo del Templo de Salomón, mejor conocidos como los Templarios o Caballeros del Templar, tuvieron su origen en un pequeño grupo de nueve caballeros seculares que formaron una Orden después de la primera cruzada en el año de 1118¹⁵”*.

La Orden fue creada bajo el mandato de proteger a los peregrinos cristianos que iban a Tierra Santa. El Papa Inocente II eximió a la orden de responder a las leyes de hombre. Durante esa época, la Iglesia prohibía los préstamos con intereses, lo cual era condenado como usura. La astucia y visión de los Templarios les permitió el cambiar la manera en que los préstamos eran pagados y fueron capaces de evitar esta prohibición, financiando incluso a reyes.

Debido a su vasta riqueza, exceso de materiales y administración, los historiadores consideran que los Templarios inventaron los servicios y sistema bancario como lo conocemos. Una vez destruida la Orden, la Santa Sede y los reyes europeos adoptaron sus métodos y procedimientos para

¹⁴ URIBE, RODOLFO. *Cambio de Paradigmas sobre el Lavado de Activos*, artículo publicado en www.cicad.oas.org/oid/NEW/information/EIObservador2_2003/HistoriaLavado.doc.

¹⁵ M. TONDINI, BRUNO. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, Argentina, 2002. p 3

administrar y ocultar riqueza, siendo la primera la más exitosa, lo cual hoy en día sería considerado lavado de dinero. Cabe destacar que uno de los aportes de los Templarios fue el concepto de administrar la riqueza a través de estructuras y diversos países, lo cual se retoma hasta nuestros tiempos.

“Otro caso particular es el de los piratas que fueron considerados pioneros en la práctica del lavado de oro puesto que el dinero y bienes obtenidos por piratería eran legitimados lo cual no hubiera sido posible sin la ayuda, encubierta en un comienzo, de los gobiernos británico, francés y neerlandés, quienes encargaban a los piratas que hicieran blanco de sus ataques a las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico durante los siglos XVI y XVIII ¹⁶”.

Los ejemplos anteriores son los que se consideran como los antecedentes más remotos de formas de lavar dinero y es así, que para el advenimiento de la edad moderna, según CESARE BECCARIA *“el Derecho se había diversificado, en el estudio de los delitos y las penas, como también en los criterios para la determinación de la misma y su tipología; la Revolución Francesa obligaba a garantizar los derechos del hombre y del ciudadano en el cumplimiento de las penas, como también en el debido proceso, gestando un derecho nuevo, donde las escuelas criminológicas estaban orientadas por un estudio etiológico con raíces sociales (no solo jurídicas)”¹⁷.*

Estos cambios propiciaron nuevas formas de legislar, donde se daban garantías constitucionales, por lo que el apareamiento de la actividad del

¹⁶ Una gran parte de las riquezas acumuladas por corsarios y piratas, fueron resguardadas por los herederos de la tradición templar y por los banqueros de origen judío. Así surgieron los refugios financieros, moderna versión de aquellas guaridas, son el complemento indispensable para coronar prácticas de operaciones dudosas o abiertamente fraudulentas que se han abierto paso en el mundo, en la medida en que el lavado de dinero progresa.

¹⁷ BECCARIA, CESARE. *De los Delitos y de las Penas*. Editorial Temis, S.A. 2003 p 121.

“lavado de dinero” se mantenía en estratos sociales de poder, y no se consideraba para configurarlo como delito, pero afectaba en gran medida las economías tanto Inglesas, Españolas, Portuguesas, Alemanas, etc. Es por ello que teóricos de las ciencias económicas como David Ricardo y Adam Smith¹⁸, recomendaron un control del Estado sobre las actividades ilícitas que evaden tributos y legalizan dinero de dudosa procedencia, pues la legislación se orientaba a castigar el hurto, robo, homicidio, secuestros, falsificación de monedas y otros, que a criterio de los juristas de la época alteraban el orden económico, social y político existente.

La edad contemporánea se inicia con los cambios más importantes del nuevo siglo, revoluciones, como la industrial, la Rusa, la Mejjicana y otros eventos sociales, políticos, económicos, entre otros que transformaron al mundo, plasmaron una forma de legislar en función de los intereses del capitalismo, lo que motivó una codificación de delitos, que en definitiva atentaron contra el enriquecimiento de las clases burguesas; gestándose nuevas formas estructuradas del nascente lavado de dinero; *“a medida que el modelo capitalista adquiriría más hegemonía, la pobreza y los problemas sociales se incrementaban, motivando actividades ilícitas para sobrevivir; aunque no necesariamente eran las clases desposeídas las que practicaron el lavado de dinero; si no más bien los grupos allegados al nuevo tipo de poder, y que utilizaban a los menos favorecidos económicamente para operar dicho delito¹⁹”*.

“Durante la primera mitad del siglo XX el lavado de dinero presenta su mayor incidencia en los Estados Unidos de América, ya que éste presentaba las

¹⁸ ASTURIAS UMANZOR, *Análisis Jurídico y Doctrinario del Delito de Lavado de Dinero*, en AAVV, Universidad de El Salvador, 2003, T-UES 1201 A 888ª p 16

¹⁹ ASTURIAS UMANZOR. *Análisis Jurídico y Doctrinario del Delito de Lavado de Dinero*, Op. Cit., p 17

características necesarias para que los inmigrantes formaran y se involucraran con las mafias organizadas; que son los que se especializaron en lavar dólares, libras esterlinas, francos, liras, etc.”²⁰.

La palabra "lavado" tiene origen en los Estados Unidos aproximadamente en mil novecientos veinte, época en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaba con sus actividades criminales, fundamentalmente el contrabando y venta de bebidas alcohólicas prohibidas, extorsión, secuestros, tráfico de drogas, de armas, tráfico de personas, trata de blancas, y otras que generaban dinero ilegal, teniendo que darse el delito de lavado de dinero, ya que era la única manera de mantener “la legalidad” del capital de los capos.

“Basta señalar el caso de “Al Capone”, “il capi di tutti de capi”, controlador de la Magia de Chicago, quien no dudo en asociarse con, Meyer Lansky, único miembro de origen judío de la Mafía, que más tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo de Capone. Cabe recordar la masacre de San Valentín del 14 de febrero de 1929, que se produjo en terrenos de Chicago manejados por Capone, hecho por el que fue investigado y nunca sancionado.”²¹

²⁰ M. TONDINI, BRUNO. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*, Op. Cit., p 4

²¹ M. TONDINI, BRUNO. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*, Op. Cit., p 5 - El mecanismo empleado era el siguiente: las ganancias provenientes de las actividades ilícitas serían presentadas dentro del negocio de lavado de textiles, la mayoría de los pagos se realizaban en efectivo, situación que se reportaba al Internal Revenue Service de los Estados Unidos de América. Las ganancias provenientes de extorsión, tráfico de armas, alcohol y prostitución se combinaban con las de lavado de textiles. Al no poder distinguir qué dólar o centavo de dólar provenía de una actividad lícita o no, Capone logra burlar durante mucho tiempo a las autoridades norteamericanas.

1.3. ALGUNOS EJEMPLOS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES DEDICADAS AL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

A continuación se exponen algunas de las organizaciones criminales que se dedican al blanqueo de dinero y activos de los beneficios obtenidos de sus actividades delictivas. Es tradicionalmente admitido que las organizaciones criminales de carácter internacional más significativas y de mayor tradición son las “Tríadas” chinas, los cárteles colombianos, la mafia siciliana y la mafia rusa.

1.3.1. LAS TRÍADAS CHINAS

Las sociedades chinas secretas, o tríadas, existen desde el siglo XVII ²². Estas organizaciones comenzaron como una forma de resistencia contra el poder de la Dinastía Qing, tratando de restaurar a los Han en el gobierno. Siendo la primera sociedad mafiosa “Tian Di Hui” que significa “Sociedad del cielo y tierra”, extendiéndose por toda China y adquiriendo diferentes nombres. Representándose en un equilátero que representaba el cielo encima la tierra debajo y los hombres en medio lo que las hizo conocer como las triadas.

En una segunda etapa sustituyeron los fines políticos por otros meramente criminales y de lucro. Siendo en 1949 ²³ cuando el gobierno comunista tomó el poder y generó un declive en estas organizaciones ya que las persiguió y tuvieron que reubicarse en Hong Kong y Taiwán, puesto que en esta isla, al ser colonia británica, podían llegar a tener cierto grado de impunidad.

²² FALIGOT, ROGER. la-mafia-china-las-triadas, <http://criminologosdemurcia.blogspot.com> fecha de consulta 22 de Mayo de 2008

²³ *Ibidem*.

Su sistema de organización interna dista de las mafias occidentales puesto que se organiza en grupos de tres personas. Estos grupos están conectados jerárquicamente con otros grupos por solo uno de los integrantes, lo que conlleva un total desconocimiento del resto de los integrantes del grupo del resto de la organización. Esta técnica es bastante útil para dicha organización cuando es sometida por una investigación policial ya que existe una posibilidad menor para poder indagar en la jerarquía.

Normalmente las “Tríadas²⁴” realizan sus actividades en aquellas ciudades del mundo que cuentan con un núcleo numeroso de ciudadanos chinos, como por ejemplo Ámsterdam, Londres, Manchester, Nueva York y San Francisco. Las actividades ilegales que practican a nivel local son fundamentalmente la extorsión, juegos ilícitos, prostitución y otras actividades complementarias en ramos tales como negocios de vídeos chinos, libros, periódicos y servicios de entretenimiento. A nivel internacional, son importantes las actividades de tráfico de heroína hacia EE UU y Europa, el contrabando de armas, el robo y contrabando de automóviles de lujo, intervienen asimismo en mercados de yates de lujo y bienes de consumo para la República popular China y en el fraude internacional de tarjetas de crédito²⁵. Los sistemas que emplean para blanquear el dinero han sido descritos de la siguiente manera:

Los chinos transportan el dinero desde el lugar de recolección hasta el lugar de la inversión en metálico; se trata, por tanto, de un sistema de transporte físico del dinero, estimándose que alrededor de unos 10 millones de dólares

²⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2002 p 40.

²⁵ Se estima que todas estas actividades suponen una cantidad de 210.200 millones de dólares al año. Sin embargo, estas organizaciones, en ocasiones, más que diseñar esquemas para ocultar el origen del dinero, lo invierten directamente para generar nuevos fondos, manifestando poca preocupación por las investigaciones oficiales.

en metálico dejan los EE UU para ser reinvertidos en las operaciones de un contrabandista taiwanés ubicado en Bolivia. Posteriormente se produce la integración del dinero mediante la inversión de millones de dólares en negocios situados en zonas económicas especiales de Guandong y Fujian. Las “Tríadas” chinas también desarrollan sus actividades en España, fundamentalmente centradas en la inmigración ilegal de extranjeros y el tráfico de heroína. Además se dedican a la extorsión, al secuestro, a explotar a los chinos que han introducido ilegalmente en talleres de confección ilegales, y se están incorporando en las redes de distribución del tabaco de contrabando.

1.3.2. CÁRTELES COLOMBIANOS

El narcotráfico y los carteles Colombianos, pese a lo que muchos quisieran creer, no nació en los años setenta, la aparición de organizaciones criminales de orden mafioso, se relaciona con la estructura de poder y la debilidad del Estado colombiano desde su mismo origen. Obedece a procesos históricos favorecidos por la dinámica de la colonización española, dispersa y errátil, que promovió modelos hacendatarios derivados en fuertes autonomías regionales expresadas en la figura de los “gamonales”. Estos “mandamases” locales, fueron el poder real en las regiones y propiciaron a su antojo y conveniencia tensiones con el poder central estatal²⁶.

En cuanto a las mafias, su origen está influenciado por las condiciones estructurales ya descritas, sumándose además por ejemplo la intrincada geografía, la debilidad del Estado, la desconexión entre el Centro y la

²⁶ GONZÁLEZ DE LECAROS, CLAUDIA. *Lavado de activos una actividad multifacética*, Superintendencia financiera, Bogotá, Colombia 1998. Consulta en wikipedia /crimen organizado en Colombia. de fecha 22 de mayo de 2008

Periferia, y las resistencias locales tanto de despojo (terratenientes en la figura del "gamonal") como las reivindicativas (comunidades campesinas, indígenas o afrocolombiana con sus diferentes líderes).

Las modernas mafias conocidas como carteles tienen su origen, aproximadamente en 1960 cuando se arma la red de narcotráfico masivo colombiano. Pero sus raíces están en la debilidad de la justicia que permitió que individuos siniestros impusieran su ley aprovechando la impotencia y debilidad de las instituciones; estas mafias empezaron a disputar el negocio de las drogas a sicilianos, franceses y estadounidenses²⁷.

Normalmente las actividades ilegales a las que se dedican los cárteles colombianos están relacionadas con el "tráfico ilícito de drogas²⁸". A diferencia de otras organizaciones criminales cuyas actividades delictivas se encuentran diversificadas, los cárteles se dedican exclusivamente al tráfico de drogas. Son muy elevadas las sumas de dinero que mueven, empleando mecanismos extremadamente sofisticados para dar apariencia de licitud a tales sumas. Más que ningún otro grupo criminal, han conjugado la cultura empresarial con la criminal, llegando a desarrollar una industria basada en principios propios de la gestión de empresas, como la especialización y la división del trabajo.

En realidad, los cárteles actúan como una empresa transnacional; diversifican sus mercados, con particular incidencia en Europa, y también sus productos, mediante la producción de heroína, más compacta, barata de transportar y más rentable que la cocaína. La cifra de negocios anual

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000 p 43

estimada es de 80 mil millones de dólares. El grado de sofisticación alcanzado se debe fundamentalmente al empleo de especialistas financieros cuya estructura es la siguiente: los contables del cártel, los comisionistas, los cambistas y el blanqueador de dinero.

Los contables del cártel, que trabajan directamente bajo la dirección de los jefes del cártel, son los que manejan las cuestiones financieras de la mano de un consejero financiero (comisionista); el comisionista, sin embargo, es independiente del cártel, pese a su asociación con el mismo; su función es asesorar a los jefes del cártel sobre el empleo más eficaz de las ganancias, basado normalmente en inversiones, movimientos de capital, etc. Ya establecido en la comunidad financiera, el comisionista tiene diversos mecanismos para mover el dinero, siendo el más importante de ellos el cambio de dinero y el cambista ostenta un papel importante en la operación del blanqueo de capitales ya que es quien decide o planea el blanqueo de capitales. Normalmente el cambista no blanquea los productos de la droga sino que decide que el blanqueo tenga lugar mediante otros individuos u organizaciones²⁹.

1.3.3. LA MAFIA SICILIANA

Durante siglos, Sicilia estuvo dominada por un sistema feudal que explotaba a miles de campesinos mientras una minoría gozaba de privilegios. Estas circunstancias se le consideran decisivas para el surgimiento de la mafia. Por otro, la conducta delictiva se revelaba como la única manera de obtener

²⁹ ARANGUEZ SANCHEZ, al analizar este fenómeno observa una marcada independencia entre las actividades de dirección de los cárteles y las actividades de blanqueo de capitales. Esto ha llevado a los expertos a concluir que lo que caracteriza las prácticas de blanqueo de los cárteles es un movimiento hacia una progresiva especialización de las operaciones; ello exige personal cada vez más especializado en negocios, contabilidad y derecho.

privilegios en una sociedad que los reservaba sólo para los ricos terratenientes aliados de las autoridades políticas; pues a falta de una estructura de gobierno organizada y capaz de proteger a los habitantes de la isla, éstos se vieron obligados a fortalecer los vínculos familiares como alternativa para obtener seguridad. Por esta razón los lazos de sangre son tan importantes en la mafia.

En el siglo XIX³⁰, surgió una figura clave: los gabelotti o recolectores de impuestos, que administraban las propiedades de los aristócratas. Ellos obtenían a cambio un porcentaje de las cosechas obtenidas, pero para acrecentar sus ganancias dividían las tierras en pequeñas áreas y las rentaban a los campesinos, quienes también les otorgaban un porcentaje de la cosecha obtenida. De tal manera, los gabelotti cumplían la importante función social de mediadores entre los propietarios y los campesinos. Poco a poco se volvieron cada vez más poderosos e incurrieron en actos de corrupción: extorsionaban a los labriegos, se apropiaban indebidamente de pastizales para dar de comer al ganado y organizaban grupos de ladrones y cuatrerros. Al mismo tiempo, de ellos dependía el abasto de alimentos en las ciudades, lo que les permitía llevar a cabo prácticas de extorsión y especulación en el mercado. Por esta razón se les considera a los gabelotti como antecedente directo de la mafia y su manera de hacer negocios.

En 1874 los índices de criminalidad en Sicilia habían crecido a un grado alarmante. El gobierno de Italia decidió poner orden y envió a cientos de efectivos militares a la isla. El conflicto provocó la caída del gobierno conservador y la emergencia de un gobierno de izquierda en el que la mafia se hallaba bien representada. La mafia siciliana se consolidó y ofreció al gobierno restablecer la calma en Sicilia. En realidad aprovechó la

³⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Mafia_siciliana. fecha de consulta 22 de Mayo de 2008.

oportunidad para borrar del mapa a otros grupos enemigos. La mafia, ahora aliada del Estado, aplastó movimientos obreros y miles de personas abandonaron la isla en busca de mejores condiciones de vida; la mayoría a Estados Unidos³¹.

Los inmigrantes italianos trasladaron los esquemas y practicas de la mafia en actividades ilegales y estrechar los lazos con los integrantes de la comunidad italiana. De esta forma surgieron las organizaciones mafiosas estadounidenses que llegaron a rivalizar con la siciliana; florecieron con la llegada de la Ley Seca, en los años veinte.

“La mafia siciliana es la organización criminal más antigua de Italia. Tiene además un marcado carácter internacional motivado fundamentalmente por la emigración, considerado el canal más importante para el proceso de internacionalización de la mafia siciliana³²”. Las actividades delictivas a las que habitualmente se dedica la mafia italiana son: sobornos, adjudicaciones fraudulentas, tráfico de heroína, protección a comerciantes, instituciones financieras para el blanqueo de capitales, etc³³.

Inicialmente la mafia siciliana no empleaba formas de blanqueo de capitales excesivamente complejas. Sin embargo, se ha producido una transformación,

³¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Mafia_siciliana. fecha de consulta 22 de Mayo de 2008.

³² BLANCO CORDERO, ISIDORO, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 44

³³ De entre los aproximadamente 21.500 a 24.000 millones de dólares producidos por la criminalidad italiana, se estima que entre 10 y 12 mil millones de dólares son producidos por la criminalidad organizada. La cantidad correspondiente a la mafia siciliana oscila entre un tercio y la mitad de esta cantidad, esto es, aproximadamente entre 3.500 a 6000 millones de dólares por año, datos confirmados en los años 1991 y 1992. Para blanquear estas sumas se diseñan operaciones cada vez más sofisticadas, habiéndose dotado a lo largo de los años de sus propios sistemas de blanqueo de capitales. Actualmente lo que pretenden es maximizar beneficios de las inversiones de dinero sucio sin perder su control. Por eso, los miembros de la mafia prefieren adquirir apartamentos, tiendas, firmas de exportación/importación y restaurantes, más que comprar acciones y bonos. Estas inversiones pueden hacerse tanto en Italia como en el extranjero, normalmente por miembros de la mafia que han emigrado.

puesto que de hacerlo por sí misma, ha pasado actualmente a emplear firmas que ofrecen servicios de inversión blanqueadora realizados por asesores profesionales también abiertos a otras organizaciones criminales tanto nacionales como internacionales. Es importante para toda estrategia de blanqueo establecer o emplear una empresa independiente, no asociada con la actividad criminal de producción de bienes ilegales, para procesar los fondos de origen criminal.

Los mayores circuitos del blanqueo de capitales de la mafia siciliana son: el sistema bancario, el sistema no bancario, las empresas comerciales y los negocios relacionados con el juego como los casinos. En tales circuitos el blanqueo de capitales no suele requerir mucho tiempo.

La diversificación de la mafia va en el sentido del Sector financiero y bancario, hacia empresas que comercian con títulos valores o de prestación de servicios bancarios como el ramo del seguro. En la actualidad, los objetivos de la mafia consisten en una mayor infiltración en las actividades legales a nivel local, y en el desarrollo en el ámbito internacional de vínculos con otros grupos, ofreciéndoles también los servicios de blanqueo obtenidos mediante las actividades legales previamente infiltradas.

1.3.4. MAFIAS RUSAS

La mafia rusa (en ruso: Organizatsiya) es el nombre dado a varios grupos de criminales organizados en Rusia; estos grupos surgieron durante el desastre económico de los años 1990, que siguió a la caída de la Unión Soviética.

Desesperadas por dinero, muchas personas comenzaron a trabajar para el crimen, y la mafia fue una extensión natural de este hecho³⁴.

Jefes y miembros importantes de la mafia rusa fueron ex-oficiales del Ejército Rojo y del KGB que perdieron sus puestos en la reducción de las fuerzas que comenzó en 1993, después del fin de la Guerra Fría. Se tiene la idea que muchos de los grupos de imposición son ex rusos de las fuerzas especiales Spetsnaz. Las bandas han reclutado a muchos deportistas como (boxeadores y practicantes de artes marciales, entre otros), ya que los patrocinadores deportivos se han reducido repentinamente, y ellos pueden ofrecer un ingreso apreciable a estos hombres³⁵.

Desde mediados de los años 1990, los rusos han intentado expandirse hacia América, generalmente mediante el tráfico de drogas y armas ilegales. Esto ha conducido a guerras brutales entre las organizaciones hasta el presente, incluyendo a la mafia italiana y los japoneses Yakuza. Es posible que tengan contactos con contrabandistas de drogas colombianos y muchas pandillas pequeñas como resultado de la caída de la Unión Soviética. También se cree que son el núcleo principal de pandillas de contrabando de trabajadores ilegales a la Unión Europea y algunas veces al Reino Unido, aunque no hay pruebas que lo confirmen fehacientemente.

En los últimos años, el FBI y los servicios de seguridad rusa han tomado duras medidas en contra de la mafia, aunque el impacto de esto aún no ha sido medido. Muchos mafiosos se han convertido en ricos de Norteamérica, y han comenzado a imitar a la mafia italiana en cuanto al estilo

³⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 46

³⁵ *Ibidem*.

de vida. Esto ha conducido a un aparente suavizamiento de la mafia, ya que en realidad puede ser más peligrosa que nunca.

“Actualmente es muy difícil indicar cuáles son los mecanismos de blanqueo de capitales que emplean, pero es unánimemente admitido que los países de Europa del Este ofrecen posibilidades atractivas de inversión para el crimen organizado debido al proceso de privatización y a la desesperante necesidad de dinero de muchos de ellos³⁶”. Las actividades más usuales a las que se dedican las mafias rusas son el robo de antigüedades y su contrabando hacia el Oeste, la prostitución, el robo de coches, el comercio de armas y el tráfico de drogas. Sin embargo, pueden añadirse otras muchas actividades puesto que las mafias rusas se caracterizan por aprovechar las oportunidades que surgen en los mercados nacionales e internacionales. La cifra anual de negocios estimada es de 100 mil millones de dólares.

En cuanto al blanqueo de capitales, los propios Estados de la antigua URSS pueden ofrecer oportunidades para ello, dado que las mafias rusas invierten su capital sin preocupación al no existir un sistema de control de los movimientos de dinero o de la inversión.

En estos Estados se dan una serie de condiciones muy favorables para el blanqueo de capitales entre las que cabe señalar:

- a) Infraestructuras financieras en el sector privado y sistemas bancarios en fases embrionarias.
- b) Ausencia de legislación contra el blanqueo de capitales.
- c) Ausencia de capital extranjero.

³⁶ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., Pág. 45

- d) Personal policial y bancario no preparado o carente de formación para detectar y frenar el blanqueo de capitales.

El problema más importante a tener en cuenta relacionado con el blanqueo de capitales es la privatización de bienes y empresas públicas. Se trata de un proceso cada vez más presente en los países de Europa del Este que anteriormente disfrutaban de una economía socialista y planificada. Podemos decir que son dos las repercusiones de tal reprivatización:

- a) Los criminales con dinero, tanto nacional como extranjero, compran bonos de privatización o directamente adquieren negocios y obtienen el control de un amplio número de empresas.
- b) La privatización es también un proceso que supone la introducción de organizaciones criminales en el mundo legítimo de los negocios y por eso se acelera el proceso que normalmente pertenece a una segunda generación de grupos criminales organizados.

“No menos importante es el problema que surge en este grupo de países relativo al control de bancos por organizaciones criminales o por elementos que pagan o están dispuestos a hacer negocios con criminales. Se considera que alrededor de 2.000 bancos en Rusia están, controlados por la “mafia”. Algunos bancos de Europa del Este también se cree que están influenciados o controlados por elementos criminales. Aparte del control, muchos bancos e instituciones financieras en Europa del Este, al igual que en muchas partes de América y países de Europa Occidental, no hacen esfuerzos para diferenciar entre fondos legítimos e ilegítimos³⁷”.

³⁷ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., Pág. 48.

1.4. DESARROLLO HISTÓRICO JURÍDICO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

El blanqueo de capitales constituye un ejemplo paradigmático de la nueva delincuencia de nuestros días; un fenómeno que se desarrolla al abrigo de ese mercado pluridimensional e interactivo en el que nos encontramos, pero que al mismo tiempo atenta contra su propia existencia.

Precisamente por ello, pocas materias merecen ser evaluadas desde la perspectiva internacional como lo exige la que ahora nos ocupa. En el marco de la globalización progresiva a la que asistimos, los ordenamientos internos deben reaccionar frente a los fenómenos disfuncionales conforme a criterios también globales. En tanto no se cuente con instancias universales que controlen este tipo de procesos, será necesario armonizar las legislaciones de manera que las libertades de la nueva era no perjudiquen sus propios fundamentos. De ahí la importancia de analizar la evolución de las iniciativas internacionales sobre la materia para evaluar, más tarde, la adecuación del Derecho interno a sus previsiones.

1.4.1. ÁMBITO INTERNACIONAL

A continuación se expone algunos instrumentos internacionales que le dieron origen a la figura del lavado de dinero y lo elevaron a la categoría de delito, entre ellos tenemos por mencionar algunos los siguientes:

1.4.1.1. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988

Elemento culminante de una política sobre drogas eminentemente represiva que arrancó en 1984 con la aprobación de las Resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Convención contra el tráfico

ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de Diciembre de 1988³⁸, fue el primer documento internacional en el que las Partes se obligaron en términos jurídicamente vinculantes a aprobar una legislación interna en la que se previera la imposición de penas a quienes trataran de dar apariencia de licitud a capitales procedentes de actividades ilegales.

Indudablemente, la Convención de Viena representa un verdadero punto de inflexión en la política a seguir en el marco de la lucha contra el lavado de capitales. De hecho, constituye el antecedente en el que se han apoyado los diversos textos internacionales sobre esta materia suscritos tras su aprobación, llegando aquellos incluso a aceptar, sin demasiadas alteraciones, la definición de blanqueo adoptada en los apartados b) i) y u), y c) i) del artículo 3.1 del citado instrumento de Naciones Unidas.

Comenta CAPARRÓS en su obra que *“a pesar de su éxito, cabe decir que las fórmulas legales de las que se vale la Convención de Viena albergan ciertas deficiencias desde el punto de vista técnico, combinando el casuismo que distingue a los textos de inspiración anglosajona con la ambigüedad propia de los instrumentos internacionales que surgen a la vida jurídica con una neta vocación de universalidad. Con todo, no debe enjuiciarse por ello negativamente; se trata de una redacción deliberadamente redundante y abierta, destinada a servir de base a un número creciente de Estados que, en el ejercicio de su potestad punitiva, deben esforzarse por adaptar sus*

³⁸ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Organización de los Estados Americanos, segunda Edición Washinton D.C. 2006 p 10

*obligaciones internacionales a sus respectivas estructuras jurídicas internas*³⁹”.

En el campo del tratamiento jurídico-penal de la vertiente financiera del tráfico de drogas, la Convención de Viena no se limita a exigir la tipificación del lavado de activos y su forma de participación. Además, en materia de consecuencias jurídicas, establece las bases que las partes deben asumir para regular un eficaz sistema destinado a identificar, bloquear, secuestrar y confiscar las ganancias directas e indirectas del tráfico de drogas, procurando respetar la posición jurídica de los terceros de buena fe. En tal sentido, incorpora la figura del comiso del valor equivalente, trasladando al ámbito obligacional una medida tradicionalmente ligada al terreno de los derechos reales.

Ahora bien, el Derecho Penal de nada sirve por sí solo; requiere de los medios procesales idóneos para que sea posible la aplicación de las medidas dispuestas por las leyes sustantivas. Consiente de las peculiaridades de un delito como el que nos ocupa, la Convención de Viena dispone la puesta en práctica de vínculos de cooperación internacional, asistencia judicial recíproca, levantamiento del secreto bancario y establecimiento de plazos amplios de prescripción; medidas todas ellas orientadas a combatir eficazmente una manifestación delictiva compleja que se inserta en el moderno contexto de incipiente globalización.

En este mismo sentido, se incita a trascender más allá del clásico principio de territorialidad a la hora de determinar los límites jurisdiccionales, invitando

³⁹ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 11

a las partes a que apliquen criterios de personalidad, tanto en su vertiente de nacionalidad como de residencia.

Con todo, conviene tener siempre presente que el documento al que ahora nos referimos no se aprobó con la única finalidad de perseguir el lavado de activos. En efecto, *“la Convención de Viena ha dado forma jurídica a un programa de política criminal considerablemente más amplia, tendente en su conjunto a intensificar la represión del comercio ilegal de drogas en todo el Planeta. En unas ocasiones, este proyecto se ha traducido en el incremento de la presión penal sobre ciertas conductas que ya se encontraban castigadas en la práctica totalidad de Los países (por ejemplo, el artículo 3.5 de la Convención impone a las Partes que incluyan en sus respectivos códigos una amplia relación de circunstancias agravantes de la responsabilidad de los traficantes)”*⁴⁰.

En otras, el tratado internacional ha propugnado la necesidad de implantar ciertas instituciones jurídicas, tanto procesales como sustantivas, en los ordenamientos internos de los muchos Estados que aún no disponían de ellas así, la entrega vigilada de drogas en el marco de la investigación de delitos vinculados a estas sustancias, el incremento de la cooperación policial y judicial a escala internacional, la tipificación del tráfico de precursores y del propio blanqueo de las rentas derivadas de este comercio, el comiso de tales ganancias, etc.

Por consiguiente, la criminalización del reciclado de capitales no es, en modo alguno, la única medida contenida en la Convención de Viena. Ciertamente es que éste fue el primer documento internacional en el que se ha exigido a los

⁴⁰ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., pp 11-12.

Estados que regulen la prohibición de este género de comportamientos; pero el castigo del blanqueo previsto en el Convenio si y sólo si aquellos proceden del mercado de las drogas no es considerado en él más que como una técnica, entre otras muchas, dirigida a combatir este tráfico ilícito.

1.4.1.2. ACTUACIONES DEL GAFI

El Grupo de Acción Financiera sobre lavado de activos (FATF-GAFI) fue creado con motivo de la cumbre del G-7 celebrada en París en 1989. Reconociendo el papel esencial que podrían desempeñar en este campo el sistema bancario y las instituciones financieras, los Jefes de Estado y de Gobierno de los siete países más industrializados acordaron la constitución del Grupo, en cuya fundación también participaron otros ocho Estados entre ellos, España y la Comisión Europea⁴¹.

Este organismo es, probablemente, la entidad supranacional más relevante en este campo. El GAFI nació con el fin esencial de promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como en el internacional. Además, y aunque sus pronunciamientos difícilmente podrían considerarse vinculantes en términos técnico-jurídicos, lo cierto es que su capacidad de influencia ha hecho posible la renovación de la normativa interna de muchos países de acuerdo con los criterios esenciales marcados en sus célebres Cuarenta Recomendaciones.

Bajo la influencia de los acontecimientos producidos en Nueva York el 11 de Septiembre de 2001, y a modo de complemento específico de las originales, el GAFI aprobó el 31 de Octubre del pasado año una colección de

⁴¹ GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA. *Las Cuarenta Recomendaciones*, 20 de junio de 2003. p 2

Recomendaciones Especiales sobre Financiación del Terrorismo, a las que luego tendremos ocasión de referirnos.

Aunque no tengan eficacia jurídica directa, las Cuarenta Recomendaciones (aprobadas en Abril de 1990, revisadas seis años más tarde en atención a los cambios producidos desde que se redactaron), revelan una orientación bastante semejante a la demostrada pocos meses después por el Convenio de Estrasburgo. Preparadas en primera instancia con la finalidad de elaborar nuevas medidas destinadas a luchar contra la trama económica del tráfico de drogas a la luz de la Convención de Viena de 1988, constituyen un completo cuadro general de contramedidas contra el blanqueo de activos per se, implicando en el proyecto a los sistemas penales nacionales, al sistema financiero y a la cooperación internacional⁴².

Algunas de las obligaciones básicas planteadas a lo largo de las Cuarenta Recomendaciones son las siguientes:

- Penalización del blanqueo de bienes procedentes de delitos graves (4.a recomendación), acompañada de la aprobación (ya en el plano de las consecuencias jurídicas) de normas destinadas al bloqueo y confiscación de tales bienes (7.a recomendación).
- Sometimiento de las instituciones financieras a la obligación de identificar a sus clientes (incluyendo entre ellos a los beneficiarios reales, no sólo a los que formalmente puedan serlo) y de conservar los archivos correspondientes (10 a. Hasta el 12 a. recomendaciones), así como al deber de informar a las autoridades competentes nacionales de las operaciones sospechosas que se

⁴² GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA. “*Las Cuarenta Recomendaciones*” Op. Cit., p 2

realicen (15.a recomendación), adoptando las medidas institucionales de control interno que sean precisas (19.a recomendación).

- Establecimiento de sistemas adecuados de control y supervisión de las instituciones financieras (26.a a 29.a recomendaciones).
- Adopción de los acuerdos internacionales sobre la materia para ajustar las respectivas legislaciones internas a los niveles adecuados de cooperación entre Estados.

Con todo, la mayor virtualidad del entramado creado por el GAFI consiste en el carácter dinámico de sus actuaciones. No conformándose con lograr la adhesión de un número creciente de miembros (en la actualidad, 29 países y 2 organizaciones regionales), este organismo estructura su actividad sobre Programas de Trabajo anuales impulsados por la Presidencia rotatoria de un Estado. En el periodo 2002-2003 (el GAFI-XIV) bajo mandato alemán, a lo largo de sus programas, los países miembros se sometieron a un sistema continuado de autoevaluación y de evaluación mutua a partir del cual se determina la adecuación de sus respectivos sistemas a las exigencias planteadas en las Cuarenta Recomendaciones. De los resultados obtenidos se deriva la exigencia de responsabilidades políticas que pueden provocar la suspensión de pertenencia al GAFI.

El citado esfuerzo de renovación del GAFI también se traduce en la observación fenomenológica del blanqueo, importante para identificar la vertiente práctica del problema y así determinar si las medidas normativas adoptadas son suficientes para hacer frente a una realidad cambiante. Anualmente, el GAFI publica un Informe en el que describe las nuevas formas bajo las que se manifiesta el lavado de activos.

Así mismo, el GAFI elabora desde febrero de 2000 una lista negra de Países y Territorios no cooperadores en materia de blanqueo (NCCT's), en la que se encuentran reflejadas aquellas jurisdicciones cuya conducta impide la cooperación internacional. La incorporación a la lista se hace depender de la adecuación a las Cuarenta Recomendaciones, de acuerdo a veinticinco criterios publicados en el primer informe del GAFI sobre NCCT's. Esa falta de adecuación puede derivar de la carencia de normas suficientes o de la falta de aplicación de las que existen⁴³.

Como todos los acuerdos alcanzados por el GAFI, la relación de NCCT's no tiene carácter coactivo en términos jurídicos. Sin embargo, constituye un elemento de presión política que, en última instancia, se traduce en la aplicación de contramedidas. La última lista de NCCT's fue emitida el 21 de Junio de 2002, y contiene 15 jurisdicciones.

Aunque la presencia territorial del GAFI en el Planeta es bastante asimétrica (en Iberoamérica, únicamente Argentina, Brasil y México son miembros de esta organización, y sólo desde hace un par de años), también es cierto que a lo largo de su existencia han aparecido una serie de organizaciones internacionales dotadas de objetivos similares que, en buena parte de los casos, actúan a semejanza de la que ahora nos ocupa. Tal es el caso del Grupo Asia / Pacífico (Asia / Pacific Group on Money Laundering APG), el Grupo de Acción Financiera del Caribe (Caribbean Financial Action Task Force CFATF), el Grupo Antiblanqueo de África del Sur y del Este (Eastern and Southern África Anti-Money Laundering Group - ESAAMLG) o del Grupo de Acción Financiera de América del Sur (Financial Action Task Force on Money Laundering in South América - GAFISUD).

⁴³ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 14

Todos estos grupos han asumido como propias las Cuarenta Recomendaciones, complementándolas en ocasiones con normas propias referidas a las peculiaridades de la zona de que se trate, tal y como ocurre con las Diecinueve Recomendaciones del CFATF, que reúne a la mayoría de los países centroamericanos, Venezuela y los países caribeños. Con todo, la actuación de estos grupos no es siempre vista con confianza por el GAFI, "líder internacional en el combate del delito de lavado de activos", tal y como lo ha definido recientemente Michael Sullivan. A pesar de las similitudes entre estos otros grupos, el GAFI ha manifestado expresamente su negativa a aceptar como válidas para sus propios propósitos las evaluaciones por ellos practicadas.

1.4.1.3. CONVENIO DE ESTRASBURGO DE 1990

Con ocasión de la XV Conferencia Europea de Ministros de Justicia, reunida en Oslo entre los días 17 y 19 de Junio de 1986, los representantes de los países que entonces integraban el Consejo de Europa examinaron los aspectos penales del abuso y del tráfico de drogas. Con vistas a erradicar este mercado ilícito, la Conferencia resolvió recomendar la adopción de medidas y de criterios internacionales tendentes a garantizar una cooperación internacional eficaz entre autoridades policiales y judiciales con respecto al encubrimiento y el decomiso de los rendimientos procedentes del tráfico ilegal de estas sustancias.

A resultas de esta invitación, en Septiembre de 1987 ⁴⁴ se constituyó un Comité de expertos (conocido por las siglas PC-R-SC), en el que no sólo participaron representantes de los países del Consejo de Europa. Tomando

⁴⁴ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 16

como referencia los trabajos desarrollados hasta aquel momento en el marco de Naciones Unidas, se encargó de redactar un instrumento jurídico dirigido a armonizar la regulación de tales asuntos en el territorio de los distintos sujetos internacionales que lo suscribieran, con independencia de que tales beneficios procedieran o no del narcotráfico.

Así las cosas, tras casi tres años de trabajos efectuados en el marco del PCR-SC, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, convocado el día 8 de noviembre de 1990 en la ciudad francesa de Estrasburgo, adoptó la redacción definitiva del Convenio sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos.⁴⁵

Desde la década de los cincuenta, el Consejo de Europa ha trabajado en pos de la cooperación penal en su ámbito territorial de influencia. Diversos tratados aún vigentes sobre diversas materias penales (extradición, ejecución de sentencias, transferencia de actuaciones procesales, etc.) dan muestra de esta vocación. Con todo, apreciadas las peculiaridades del blanqueo de capitales, se apreciaron las insuficiencias del entramado convencional creado hasta entonces, haciéndose precisa la redacción de un nuevo instrumento legal creado específicamente para hacer frente a esta realidad.

⁴⁵ *Ibidem* “La referencia que se acaba de hacer al Convenio de 1990 tal vez pudiera parecer innecesariamente extensa, de no ser porque este instrumento constituye, desde nuestro particular punto de vista, un significativo cambio de orientación en la política criminal internacional sobre blanqueo de capitales. Si se atiende a su génesis, comprobaremos que en los antecedentes del texto aprobado en Estrasburgo se pretendió inicialmente reforzar la represión del tráfico de drogas, penalizando el lavado en tanto que herramienta de ese mercado ilícito. Sin embargo, su tramitación en el marco del Consejo de Europa hizo de él un cuerpo normativo autónomo (el primero en todo el mundo de carácter jurídicamente vinculante), destinado a afrontar una realidad que, aunque pueda correr paralela en el plano criminológico, alberga un contenido material radicalmente distinto al narcotráfico, así como a cualquier otra de las muchas manifestaciones delictivas que existen en nuestra sociedad y se caracterizan por estar dotadas de una elevadísima rentabilidad económica”.

Ahora bien, a diferencia de los tratados que la precedieron, el Convenio de Estrasburgo de 1990 quiso eludir el calificativo “europeo” que daba testimonio del origen institucional de sus predecesores a fin de dar acceso a los países “no europeos”, ajenos a la Organización: Australia, Canadá y EE.UU., a los que recientemente cabe sumar a Mónaco. En general, el art. 37 del Convenio prevé la posibilidad de que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, luego de celebrar consultas con las partes del Convenio, invite a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo. En suma, lo que se pretendió fue aglutinar en torno a un mismo acuerdo el máximo número de voluntades, elemento esencial en el marco de la lucha contra unas actividades que, por esencia, desconocen fronteras. A fecha de hoy, de los 40 Estados que lo han firmado, 31 ya lo han ratificado o se han adherido a él; entre ellos, Australia.

Su art. 6.º obliga a las Partes a penalizar toda una serie de conductas vinculadas con el lavado de las ventajas económicas procedentes de la comisión de delitos, sea cual fuere la naturaleza de éstos, aunque (como tantos otros instrumentos) lo haga tomando como modelo la literalidad que ofrece la Convención de Viena. En consecuencia, lo que aquí interesa es la existencia misma de una ganancia ilícita; no la cualidad concreta del delito previo, demostrado con ello que el lavado no es contemplado como un hecho accesorio de la infracción previa, sino dotado de significación autónoma⁴⁶.

⁴⁶ Con todo, el Convenio de Estrasburgo incide con especial intensidad sobre todo aquello que tenga que ver con el comiso de los bienes procedentes del blanqueo de capitales, desde el convencimiento de que es ésta la mejor forma de neutralizar el avance de las organizaciones criminales internacionales. En sus arts. 2 a 5 se prevén medidas de carácter nacional, profusamente complementadas a lo largo de los arts. 7 a 35 con una colección de disposiciones orientadas a la cooperación internacional sobre la materia.

1.4.1.4. ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA (DIRECTIVAS DE 1991 Y 2001)

A finales de los ochenta, Estados Unidos promovió una reforma legal interna tendente a extender a las entidades financieras extranjeras que operasen en su territorio la obligación (que ya afectaba a las domésticas) de comunicar a las autoridades la ejecución de cualquier transacción en dólares cuyo importe excediera de 10.000, bajo amenaza de retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos. Ante ello, la Comunidad Europea tuvo que emprender acciones diplomáticas, fruto de las cuales fue la retirada del proyecto norteamericano a cambio de la aprobación de la Directiva⁴⁷ 9 1/308/ CEE; la Primera Directiva sobre blanqueo de activos⁴⁸.

Desde el punto de vista sustantivo, la Primera Directiva no representó ninguna “innovación revolucionaria” en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales, tal y como ésta se había venido configurando en la escena internacional y, en especial, en la Convención de Viena de 1988. Sin embargo, la parte dispositiva de este cuerpo normativo fue precedida de un extenso preámbulo en el que se recogen de forma detallada las razones que aconsejan la adopción de medidas anti-reciclaje en el territorio de lo que hoy es la Unión Europea, orientadas a la tutela del sistema financiero.

⁴⁷ En el marco del Derecho Comunitario, una Directiva es una norma general dictada por el Consejo de la Unión Europea que los Estados miembros deben transponer a su Derecho interno dentro de los límites materiales y temporales en ella marcados. En principio, las Directivas no tienen eficacia directa; necesitan ser desarrolladas por los Estados miembros. Con todo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo reconoce a los ciudadanos las prerrogativas que de ellas deriven en el caso de que el Estado de que se trate incumpla el plazo de transposición preestablecido.

⁴⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Organización de los Estados Americanos, segunda Edición Washinton D.C. 2006. p 18

En él se advierte que el uso de las entidades de intermediación financiera para el blanqueo de capitales «puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la institución como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público», señalando algunos párrafos más adelante la necesidad de que los Estados extiendan total o parcialmente la eficacia de las normas destinadas a tales entidades o instituciones “a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales”. Coherentemente, la directiva se distancia en este campo de la política antidroga emprendida por la Convención de Viena, afirmando que “el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas”⁴⁹.

La Primera Directiva es una norma de naturaleza esencialmente administrativa y preventiva. Aunque se pretendió a lo largo del iter legislativo, el Consejo no incluyó en el texto final de la 91/308/CEE ninguna norma que obligara a los países miembros a tipificar como infracción penal el lavado de rentas ilegales: la Comunidad Europea (y aún hoy la Unión Europea) carece de competencias penales. En su lugar, se limitó a incluir un tímido artículo 2 en el que señaló la necesidad de que los Estados velaran “para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la presente Directiva, quede prohibido”, absteniéndose deliberadamente de concretar cuál debería de ser el carácter (penal, administrativo, civil, etc.) de tal interdicción⁵⁰.

⁴⁹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p19

⁵⁰ *Ibidem*.

A pesar de todo, el Consejo no quiso renunciar totalmente a expresar su voluntad original de extender la criminalización del lavado de rentas procedentes de actividades delictivas por todo el territorio comunitario. Por una parte, el preámbulo de la Directiva afirma sin lugar a ambigüedades que “el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”. Además (y quizá sea esto lo más llamativo), los autores de la 91/308/CEE añadieron al término de la misma una Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, cuya verdadera naturaleza jurídica no resulta nada fácil de precisar, y en la que los citados mandatarios expresaron su respectivo compromiso de tomar, antes de que finalizara el año 1992, todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal interna encaminada a cumplir los compromisos en materia de blanqueo de capitales derivados de la adopción de la Convención de Viena de 1988 y del Convenio de Estrasburgo de 1990, antes citados⁵¹.

Por consiguiente, la Primera Directiva no obliga directamente a los países que integran la Unión Europea a hacer del reciclaje de capitales un delito. En realidad, el deber que compete a los Estados de transponer la 91/308/CEE fluye en una doble dirección que no tiene por qué desembocar necesariamente en la modificación del ordenamiento penal: de un lado, exige la sanción del blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales del modo que estime más oportuno cada país miembro (incluyendo entre tales modos, por supuesto la opción penal; de otro, impone la obligación de aprobar una legislación interna de marcado carácter administrativo en la que se recoja una relación de normas orientadas a evitar, restringir o vigilar ciertas actividades o situaciones (uso excesivo de moneda en efectivo,

⁵¹ *Ibidem.*

transferencia o depósito de grandes cantidades de dinero, identificación insuficiente del cliente por parte de las entidades de crédito, etc.) susceptibles de ser utilizadas para lavar capitales⁵².

La Segunda Directiva también amplía el cuadro subjetivo de obligados, sometiendo a control la actividad de profesionales como los abogados, a pesar del riesgo que algunos países vieron en ello para el derecho fundamental a la defensa de los acusados de blanqueo.

1.4.1.5. GRUPO EGMONT DE UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA

Consientes del carácter internacional del blanqueo de capitales, al tiempo que reconociendo el valor de la adopción de medidas de control tendentes a prevenir la comisión de este tipo de conductas, el 9 de junio de 1995 se constituyó en el Palacio de Egmont-Aremberg de Bruselas el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera (FIU's)⁵³.

Cabría afirmar que el Grupo Egmont trae causa del GAFI, toda vez que fue esta última entidad la que, desde la perspectiva supranacional, sentó las bases de lo que hoy conocemos como FIU's: entidades nacionales

⁵² BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 20. A la luz de la experiencia, la Unión Europea ha desarrollado actuaciones en los últimos años encaminadas a perfeccionar los dispositivos establecidos en la Primera Directiva. Sin embargo, la aprobación de la nueva Directiva 2001/97/ CE (la Segunda Directiva sobre lavado de activos) no ha sido nada fácil, debiendo producirse los acontecimientos del pasado 11 de Septiembre para que los Estados superaran sus iniciales reticencias respecto de los límites de la intervención de la nueva norma. Obligados a transponerla antes del 15 de Junio de 2003, los países miembros deberán ampliar el cuadro de infracciones previas a todo tipo de delitos graves, considerando como tales los indicados a partir de los mínimos establecidos por la propia Directiva, y no por la legislación penal de cada Estado miembro.

⁵³ El Grupo Egmont aglutina unas 60 UIF's de todo el mundo; ayuda al establecimiento y funcionamiento de estas entidades, facilitando capacitación y asistencia técnica.

encargadas de recibir, analizar y canalizar hacia las autoridades competentes la información referente a operaciones sospechosas, suministrada por los sujetos obligados a ello (entidades financieras, profesionales, etc.) por la legislación destinada a la prevención del blanqueo.

1.4.1.6. REGLAMENTO MODELO CICAD/OEA

La Asamblea General de la OEA encomendó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD) La convocatoria de una comisión de expertos de países americanos para que investigara la influencia del blanqueo en el hemisferio y, a partir de ello, preparara medidas orientadas a su control. El trabajo de estos expertos se materializó en la elaboración de un Reglamento Modelo sobre el control del Lavado, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1992, base sobre la que la propia Organización ha ido apoyando la labor de los países miembros que han querido ajustar sus respectivos ordenamientos jurídicos para hacer frente a este fenómeno.

El Reglamento Modelo fue modificado recientemente. Su redacción actual fue aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1999, cuya Resolución 1656 exhortó a los Estados de la Organización a “brindar su firme apoyo político (...) y (...) proveer el apoyo institucional para su apropiada aplicación de conformidad con la legislación nacional”. En consecuencia, no se trata de un Convenio Internacional vinculante, sino de una norma de soft law, armonizadora desde el consenso, pero de cuyo incumplimiento no puede derivarse un régimen de sanciones jurídicas.

Siguiendo la línea iniciada desde comienzos de la década de los noventa en el plano internacional, los cambios introducidos en el Reglamento Modelo por la comisión de expertos se inspiraron sobre la idea de que era necesario

romper la dependencia de la lucha contra el blanqueo de capitales del delito de tráfico de drogas. Aún manteniéndose la iniciativa dentro del ámbito competencias de la CICAD, se quiso dotar al lavado de sustantividad propia, concediéndole relevancia en tanto los bienes procedieran de un delito grave, esto es “aquellos que así sean definidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado y, en particular, el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos”. Tal y como indica el propio texto, los países americanos han venido ampliando la relación de ilícitos previos, contando entre ellos el tráfico ilícito de armas, el tráfico de seres humanos (inmigración ilegal incluida), el tráfico de órganos, la prostitución, la pornografía, el secuestro, la extorsión, la corrupción, el terrorismo y el fraude.

Tratando de sintetizar, el Reglamento Modelo, el cual propone la necesidad de adoptar las siguientes medidas de Derecho interno:

- Penalización del lavado de activos en términos similares a los previstos en la Convención de Viena, pero ampliando su ámbito a toda clase de delitos graves, definidos en los términos que se acaba de indicar (art. 2). Su autonomía conceptual hace que se castigue cualquier forma de participación o forma de imperfecta ejecución, y que se persiga con interdependencia de la competencia que corresponda para el enjuiciamiento del delito previo (art. 3.)⁵⁴
- Decomiso del producto de los delitos previos, objeto de blanqueo (art. 5.11.) Para garantizarlo, prevé la aplicación de medidas cautelares reales (art. 4). Así mismo, ante la posibilidad de que el comiso perjudique los derechos de terceros de buena fe y siempre evitando la

⁵⁴ ZARAGOZA AGUADO, JAVIER ALBERTO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Organización de los Estados Americanos, segunda Edición Washinton D.C. 2006. p 21.

inversión de la carga de la prueba, establece una serie de medidas (art. 6) que se ven complementadas con la previsión de aplicar el comiso de bienes de valor equivalente o la aplicación de multas por idéntica cuantía (art. 5.2). Finalmente, establece ciertas normas sobre el destino de los bienes decomisados, previendo primero reglas de reparto entre las jurisdicciones participantes en la operación, y luego fijando la necesidad de constituir fondos orientados a la lucha contra los delitos de los que proceden y a restablecer los daños causados por los mismos (art. 71)⁵⁵.

- Creación de Unidades de Inteligencia Financiera en cada Estado, siguiendo para ello los criterios establecidos por el Grupo Egmont (art. 9).
- Establecimiento de una serie de medidas administrativas de orden preventivo, coherentes con lo establecido años antes por el GAFI o la UE, incidiendo con especial intensidad sobre el sistema financiero (arts. 10 a 131, aunque sin descuidar la intervención de otros operadores susceptibles de actuar de forma decisiva en el lavado de activos: seguros, casinos, abogados, notarios, etc. (art. 171. No sólo se prevé el establecimiento de controles reglados, sino que también se impone la necesidad de que los obligados comuniquen a las autoridades la realización de operaciones sospechosas (art. 14), aunque se ajusten formalmente a las normas.
- Sometimiento de medidas a las personas jurídicas, sin especificar claramente la naturaleza de las mismas, evitando con ello el

⁵⁵ ZARAGOZA AGUADO, JAVIER ALBERTO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 22

compromiso de pronunciarse expresamente sobre su posible capacidad penal (art. 15).

- Relativización del secreto bancario (art. 21).
- Fortalecimiento de la cooperación internacional en el esclarecimiento y persecución más eficaz de este tipo de conductas (art. 20).

A lo largo de la vida del Reglamento Modelo se han producido diversos eventos institucionales que, aunque demasiado vinculados al fenómeno del narcotráfico como origen del blanqueo, se han traducido en resultados concretos. Probablemente bajo el influjo de iniciativas similares emprendidas en el marco del GAFI, la Cumbre de 1994 de la OEA en Miami encargó a la CICAD que llevara a cabo un programa de evaluación del esfuerzo contra el lavado de activos realizado por los Gobiernos de los países del hemisferio, denominado Plan de Acción de Buenos Aires. Los resultados de esta evaluación se utilizaron para identificar las carencias de los países, así como las herramientas que les podrían ser útiles en el tratamiento del blanqueo.

1.4.1.7. CONVENCIÓN DE PALERMO 2000

Señala FABIAN CAPARRÓS, “*que la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de 2000 (más conocida como Convención de Palermo) constituye la evolución natural de la Convención de Viena de 1988*”⁵⁶; debido a que él considera que la convención de Palermo incorpora a la lucha contra el tráfico de drogas las nuevas dimensiones de una criminalidad renovada, incluyendo la penalización del blanqueo de activos. Ahora, lo que

⁵⁶ CAPARRÓS, EDUARDO FABIAN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 23

desea lograr la organización gubernamental universal es trascender del narcotráfico y ampliar las líneas entonces aportadas al combate de un amplio abanico de formas de delincuencia organizada: participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), blanqueo (art. 6), corrupción (art. 8), obstrucción a la justicia (art. 23) y, en general, “delitos graves” (art. 2), entendiéndose por tales a todos aquellos sancionables con una privación de libertad máxima de, al menos, 4 años.

Respecto del tratamiento del lavado de activos, la Convención de Palermo mantiene la misma línea que el resto de instrumentos internacionales sobre la materia suscritos tras la Convención de Viena, adoptando en líneas generales las tres tipicidades previstas en el art. 3 del texto de 1988, ampliando su objeto material. Con todo, ha sido preciso llegar al año 2000 para que Naciones Unidas emplee por vez primera el término “blanqueo”, tradicionalmente rechazado por considerarse impropio de un texto legal.

Además de la citada (e importantísima) apertura del objeto material del delito, pocas diferencias cabría destacar respecto del diseño de la Convención de Viena. Principalmente, merece destacarse el intento del texto de 2000 por evitar el empleo en la versión española (en la inglesa permanece inalterado) del término “encubrimiento”, sustituyéndolo por el de “disimulación”. Como señala SULLIVAN, *“los redactores de la Convención de Palermo pretendieron con ello garantizar que también puedan ser condenados como blanqueadores quienes cometen el delito previo a partir del cual se obtiene la riqueza a lavar, evitando que se califique su conducta como un acto impune de auto-encubrimiento”*⁵⁷... En este mismo sentido, la Convención expresa, a

⁵⁷ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 24

modo de excepción, que “si así lo requieren los principios fundamentales del Derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo (1) del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante” (art. 6.2, inciso e).

En cuanto al resto de sus disposiciones, la Convención de Palermo trata de lograr un consenso universal sobre medidas ya conocidas, tratando de dotarlas del debido rigor técnico:

- Se encomienda a los Estados con objeto de que éstos amplíen la tipificación del blanqueo a gama más amplia de delitos previos (art. 6.2, inciso a).
- Llama a los Estados para que perseveren en la misma línea sobre la que se ha trabajado a lo largo de los años 90 en el sentido de implementar adecuados regímenes internos de control y supervisión financiera tendente a prevenir la ejecución de operaciones de lavado. En tal sentido, se invita a los Estados a establecer Unidades de Inteligencia Financiera (art 7); e insiste sobre la necesidad de admitir la responsabilidad penal de personas colectivas dotadas de relevancia jurídica, defendiendo el principio de que *societas delinquere potest* (art. 10).
- Mantiene la necesidad de decomisar los bienes que constituyen el producto del delito en términos similares a los de la Convención de Viena, si bien adaptándolo a la perspectiva ampliada de delito previo (art. 12).
- Finalmente, un importante número de preceptos (arts. 13 y SS.) establecen una suerte de Código que trata de recopilar ordenadamente las iniciativas

nacionales e internacionales adoptadas a lo Largo de los últimos quince años en materia de cooperación internacional.

1.5. ÁMBITO NACIONAL

El Salvador tiene uno de los sistemas bancarios más grandes y desarrollados de América Central. Sus contactos financieros más importantes se realizan con los países centroamericanos vecinos, así como con Estados Unidos, México y República Dominicana. La adopción del dólar como moneda de curso legal en enero de 2001, junto al tamaño y crecimiento del sector financiero, convierten al país en terreno fértil para el lavado de dinero.

En 2005, más de dos mil millones de dólares en remesas fueron enviados a El Salvador a través del sistema financiero. La mayoría era de parte de salvadoreños que trabajan en Estados Unidos para sus familiares. Otras remesas llegan a El Salvador a través de otros métodos como los parientes que vienen de visita o el correo ordinario.

La mayor parte del lavado de dinero es realizado por organizaciones criminales internacionales. Estas organizaciones usan giros bancarios y transferencias de fondos de los Estados Unidos para disfrazar los fondos provenientes de actividades criminales como remesas legítimas para El Salvador.

Las remesas falsas son recolectadas y transferidas a otras instituciones financieras hasta que están lo suficientemente lavadas para ser usadas por la fuente de la industria criminal, la cual es generalmente una organización de narcotráfico.

1.5.1. CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS

En Centro América las repúblicas de Costa Rica, el Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá suscribieron, en el marco de la XIX cumbre de presidentes centroamericanos, que tuvo lugar en Panamá el 12 de junio de 1997, el Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión del Lavado de Dinero y Activos, relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y delitos conexos. En él se pretende armonizar las legislaciones de los países centroamericanos con la convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con el modelo de legislación sobre el blanqueo de dinero y el decomiso en materia de drogas del programa de Naciones Unidas para la fiscalización internacional de drogas (PNUFID) de 1995⁵⁸.

Según el Convenio ratificado, los estados partes deben adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno, conductas tales como la conversión o transferencia de recursos o bienes, con conocimiento que procedan directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de los actos, a quien haya participado en la comisión de uno de dichos delitos.

Así mismo se ordena establecer penas agravadas cuando estos delitos sean cometidos por funcionarios y empleados públicos. De igual forma, las

⁵⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 170

entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, serán objeto de control por las autoridades competentes de los estados. Las personas que realicen actividades como la operación sistemática o sustancial de canje de cheques, de emisión, venta o rescate de cheques de viajero o giro postal y todas aquellas actividades que comprendan intermediación financiera.

Las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras deberán cumplir con prontitud y dentro del plazo que se determine, las solicitudes de información que les dirijan las autoridades competentes. Estos datos serán utilizados en investigaciones y procesos penales, civiles o administrativos, según corresponda, relacionados con los delitos de tráfico ilícito o conexo, o con violaciones a las disposiciones del convenio; el mismo manifiesta que las instituciones financieras o las que realizan actividades de esa índole, deberán registrar, en un formulario diseñado por la autoridad competente de los estados parte, aquellas transacciones en efectivo en moneda nacional o extranjera que supere al monto determinado por el Convenio y así mismo determina que el Secreto o reserva Bancaria, no serán un impedimento para cumplir con lo establecido en sus disposiciones, cuando la información sea solicitada por un tribunal o autoridad competente, conforme al derecho interno de cada país.

Se formalizó la importancia de dictar instructivos o recomendaciones que ayuden a las entidades de intermediación financiera a detectar patrones sospechosos en la conducta de sus clientes; y cooperar con las autoridades competentes y aportarles asistencia técnica, en el marco de investigaciones y procesos referentes a los delitos que regula el Convenio.

1.5.2. LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Por presiones de diversos sectores de la sociedad después del caso de FINSEPRO-INSEPRO el cual puso el tema de blanqueo de dinero en la agenda nacional, propiciando que el día veintidós de Julio de 1997, veinte días después del escándalo financiero, se conoció que el Ejecutivo estudiaba un anteproyecto de ley contra el lavado de dinero teniendo como considerandos como fuente real la necesidad de aportar las medidas legales a fin de que las inversiones nacionales como extranjeras que se hagan en nuestro país, lo sean con fondos que tengan origen lícito; aunada la preocupación del Estado el crecimiento y auge de conductas delictivas, en las cuales los sujetos culpables de las mismas buscan y utilizan diversos mecanismos para darle una apariencia de legitimidad a las ganancias, bienes o beneficios obtenidos de la comisión de determinados delitos, a través de lo que se denominan como Lavado o Blanqueo de Dinero⁵⁹.

En este sentido se promulgó el Decreto 498 de 1998, la “Ley contra el lavado de dinero y activos” que entro en vigencia en el año de 1999; el cual penaliza el lavado de dinero relacionado con el narcotráfico y otros crímenes graves que incluyen la trata de personas, secuestro, extorsión, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos y contrabando. La ley también establece la creación de la Unidad contra los Delitos Financieros (UDF) de la Fiscalía General de la República (FGR). Esta unidad ha estado operando desde enero de 2000. La Policía Nacional Civil (PNC) y el Banco Central de Reserva tienen también sus propias unidades anti-lavado de dinero.

⁵⁹ Decreto 498 *Ley contra el lavado de dinero y activos*, emitida por la Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, del 2 de diciembre de 1998, publicado en el D.O. N° 240, Tomo 341, del 23 de diciembre de 1998.

Según el decreto 498, las instituciones financieras deben identificar a sus clientes, mantener récord por un mínimo de cinco años, entrenar a su personal en métodos de identificar el lavador de dinero y activos, establecer procedimientos de auditoría interna y reportar a la UDF todas las transacciones sospechosas y las transacciones que excedan los \$57 mil. Las entidades que están obligadas a cumplir con estos requisitos son bancos, compañías financieras, casas de cambio, corredores de bolsa y casas de bolsa, comercializadores de materia prima, compañías de seguros, compañías de tarjetas de crédito, casinos, comercializadores de metales y piedras preciosos, agentes de bienes raíces, agencias de viajes, correos, compañías constructoras y la industria hotelera. La ley incluye una cláusula de protección para las personas que reporten transacciones y que cooperen con las autoridades, también contiene cláusulas sobre la negligencia bancaria que adjudican responsabilidad a los banqueros por la existencia de lavado de dinero en sus instituciones. Las leyes de secreto bancario no se aplican a las investigaciones referentes a lavado de dinero.

Para hacerle frente al problema del transporte internacional de fondos provenientes de actividades criminales, el decreto 498 establece que todos los viajeros que ingresen al país deben declarar el valor de bienes, efectivo o instrumentos monetarios que traigan consigo si exceden un valor de \$11 mil 400. La falsedad, omisión o imprecisión en dicha declaración da pie para la retención de los bienes, el efectivo o los instrumentos monetarios del viajero y para que éste sea procesado judicialmente. Si, al cabo de 30 días, el viajero no ha probado la legalidad del origen de dichas posesiones las autoridades salvadoreñas tienen derecho de confiscarlas⁶⁰.

⁶⁰ Los fondos provenientes de lavado de dinero y que son confiscados se depositan en un fondo especial que se utiliza para apoyar las actividades de aplicación de la ley, tratamiento y prevención de la drogadicción y otros programas gubernamentales, mientras que los fondos que se decomisan como

El Gobierno de El Salvador (GOES) ha establecido sistemas para identificar, rastrear, congelar, decomisar y penalizar los activos provenientes del narcotráfico y de otros crímenes graves. La UDF y la PNC tienen poderes policiales adecuados para rastrear y decomisar activos, pero la PNC carece de los recursos para ponerlos en práctica. Incluso si los recursos fueran abundantes, queda por ver si estas agencias gubernamentales pueden cooperar para lograr sus objetivos anti lavado de dinero. En consecuencia, cualquier evidencia que relacione a otras personas con este esquema ya debe de haber sido destruida.

Aunque el decreto 498 no menciona específicamente el terrorismo o el financiamiento al terrorismo como delitos conectados al lavado de dinero, sí penaliza los fondos provenientes de actos criminales graves. Se ha interpretado que esto incluye el terrorismo. De ahí que es ilegal lavar dinero generado por un acto terrorista y los activos de terroristas provenientes de actividades criminales pueden ser incluidos en los que describe el decreto 498. Sin embargo, proveer dinero legítimo (dinero que no proviene de un acto criminal) a una organización terrorista conocida no es considerado un delito y la persona que provee esos fondos no será procesada a menos que se compruebe que él o ella estuvo directamente involucrado en la planificación o ejecución de un crimen.

El GOES ha redactado una Ley Anti Terrorismo por medio de la cual tiene la autoridad para congelar y decomisar los activos que se sospeche está

resultado de otras actividades criminales son depositados en el Fondo General de la Nación. Las instituciones de aplicación de la ley pueden utilizar algunos de los activos decomisados mientras el caso llega a una sentencia firme. No existe un mecanismo para compartir con otros países los activos decomisados. Actualmente, la ley salvadoreña se refiere solamente a los activos confiscados a raíz de una sentencia penal y no a los decomisados en procesos civiles o mercantiles. Una reforma al decreto 498 para regular el decomiso de los activos en procesos civiles está engavetada en la Asamblea Legislativa.

conectado a terroristas o al terrorismo. El GOES ha hecho circular los nombres de supuestos terroristas y de organizaciones terroristas que aparecen en la lista consolidada del Comité de Sanciones de Naciones Unidas 1267 para las instituciones financieras. Estas instituciones tienen que buscar cualquier activo relacionado a los individuos u organizaciones que aparecen en la lista. En El Salvador, no existe evidencia de que alguna organización de beneficencia o sin fines de lucro haya sido utilizada como conducto para financiar el terrorismo⁶¹.

El Salvador es miembro de la Comisión Interamericana de Expertos para el Control del Abuso de Drogas y del Lavado de Dinero de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Fuerza de Tarea de Acción Financiera del Caribe y del Grupo Egmont. El GOES es parte de la Convención Interamericana contra el Terrorismo de la OEA y de la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Eliminación del Financiamiento del Terrorismo, así como de la Convención Antidrogas de la ONU de 1988.

El Salvador ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en marzo y julio de 2004, respectivamente. El Salvador es también firmante de la Convención Centroamericana para la Prevención y Represión del Lavado de Dinero relativo a Tráfico Ilícito de Drogas y Crímenes Relacionados.

⁶¹ El Salvador ha firmado varios acuerdos de cooperación y entendimiento con supervisores de otros países para facilitar el intercambio de información de supervisión, lo cual incluye el permitir revisiones in situ de bancos y fundaciones o fideicomisos que operan en El Salvador. El Salvador es parte del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Materia Penal firmado por Costa Rica, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Panamá. La ley salvadoreña no exige a la UDF firmar acuerdos para compartir o proveer información a otros países. El GOES es parte de la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, la cual establece la cooperación entre las partes para rastrear y confiscar activos. Asimismo, la UDF tiene autoridad legal para acceder a las bases de datos de entidades públicas o privadas. El GOES ha cooperado con gobiernos extranjeros en investigaciones financieras relativos a narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, financiamiento de terrorismo y otros crímenes graves.

El crecimiento del sector financiero de El Salvador, el aumento en el tráfico de narcóticos, el gran volumen de remesas y el uso del dólar como moneda de curso legal convierten a El Salvador en un país vulnerable para el lavado de dinero. El Salvador debe seguir expandiendo y elevando sus políticas contra el lavado de dinero, y fortaleciendo su capacidad de confiscar y compartir activos. Las remesas son un importante sector de la economía por lo cual deben ser cuidadosamente supervisadas. El Gobierno de El Salvador debería penalizar el apoyo y financiamiento de terroristas y organizaciones terroristas

1.5.3. IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

Esta Unidad ha sido concebida para darle funcionamiento y operatividad a la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos y a su respectivo Reglamento, como oficina primaria adscrita a la Fiscalía General de la República. Esta Unidad tiene como finalidad enfrentar, prevenir, combatir y erradicar el lavado de dinero y de activos, ilícito que junto al narcotráfico Internacionales, especialmente aquellos relacionados con el lavado de dinero, suscritos por el Gobierno y ratificados por el órgano Legislativo. La Unidad de Investigación Financiera tiene como objetivo fundamental la investigación, prevención, detección y erradicación de los delitos previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos⁶².

⁶² Acuerdo N° 356 *Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del Lavado de Dinero y Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera*, emitido por la Fiscalía General de la República de El Salvador.

1.5.4. DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS FINANCIEROS (POLICÍA NACIONAL CIVIL)

En Enero del año dos mil fue la creación de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Nacional Civil, con la finalidad de debilitar el poder económico de las organizaciones criminales que afectan las operaciones financieras o comerciales resultantes de actividades ilícitas. Esta división es creada como una unidad policial de carácter especializada en prevenir y reprimir el delito de lavado de dinero y activos para garantizar el cumplimiento de la ley que regula esta conducta delictiva.

1.5.5. POLICÍA INTERNACIONAL (INTERPOL)

Fue una de las primeras organizaciones intergubernamentales en adoptar activamente medidas para combatir internacionalmente el blanqueo de capitales procedentes de actividades ilícitas, una de las iniciativas más importantes consistente en la creación de un grupo de trabajo integrado por un grupo de oficiales de seguridad bancaria de la asociación internacional y la INTERPOL. El grupo tiene como misión desarrollar nuevos enfoques para prevenir, detectar y resolver delitos financieros. También le corresponde examinar vías para mejorar la relación entre los bancos y la policía, desarrollar directrices para el intercambio de información e intentar identificar y analizar el modus operandi de "Los oficiales de seguridad en los bancos se encuentran unidos mediante una red informática y pueden comunicar información sensible sobre fraude, seguridad y terrorismo⁶³".

⁶³ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 168

CAPÍTULO 2

MODALIDADES DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Sumario: 2.1. El Modelo de Fases de Lavado de Dinero y Activos, 2.2. Blanqueo de Capitales en Primer Grado “Money Laundering”, 2.3. El Blanqueo de Capitales en Segundo Grado “Recycling”, 2.4. Otros Modelos Propuestos por Bernasconi ,2.4.1. País del Comportamiento y País del Blanqueo de Capitales. Carácter Internacional del Blanqueo de Capitales, 2.4.2. Factores Temporales de Blanqueo de Capitales, 2.5. El Modelo de Cidos de Zúnd, 2.6. El Modelo de Objetivos, 2.6.1. Objetivos Principales, 2.6.2. Objetivos Secundario, 2.6.3 Objetivo Complementario, 2.7. El Modelo De Los Cuatro Sectores, 2.7.1. Descripción de los Sectores, 2.7.2. Proceso de la Caja Negra (Black Box Prozesse), 2.7.3. Punto de Intersección de los Sectores, 2.7.4. Proceso de Lavado de Dinero, 2.7.5. Marco de Condiciones Jurídicas como Factor determinante del Proceso de Blanqueo de Capitales ,2.7.6. Fases Para La Ejecución del Lavado de Dinero y Activos, 2.8. Ocultación y Colocación, 2.8.1. Colocación Mediante Establecimientos Financieros, 2.8.2. Fraccionamiento (Structuring/Smurfing), 2.8.3. Complicidad Bancaria, 2.8.4. Empleo Abusivo de las Excepciones a la Obligación de Identificar o de Comunicar, 2.8.5. Colocación Mediante Instituciones Financieras no Tradicionales, 2.8.6. Mezcla de Fondos Lícitos e Ilícitos, 2.8.7. Adquisición de Bienes con Dinero en Metálico, 2.8.8. Contrabando de Dinero ,2.9. Ensombrecimiento (Layering), 2.10. Integración (Integration).

En este apartado se describen los modelos propuestos por la doctrina para sintetizar las fases en que se desarrolla el blanqueo de capitales, en el cual se emplean gran variedad de métodos que han sido organizados en diferentes modelos; los esquemas diseñados van desde los más sencillos, integrados solamente por tres fases en las que se intenta abarcar todo el proceso de lavado de capitales, hasta los más complejos divididos en distintas fases y con un alto grado de detallismo, las cuales a continuación desarrollaremos.

2.1. EL MODELO DE FASES DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Comenta ISIDORO CORDERO⁶⁴, en su obra que BERNASCONI⁶⁵ considerado el padre de la normativa penal relativa al blanqueo de capitales, divide en dos fases el proceso de blanqueo, es por ello que es muy importante la clasificación realizada por éste, siendo así denominado por algunos autores como el “modelo de fases” comprendiendo el blanqueo de capitales en primer grado “Money laundering” y el blanqueo de capitales en segundo grado “Recycling”.

2.2. BLANQUEO DE CAPITALS “MONEY LAUNDERING”

Money laundering, es la expresión en Ingles referente al lavado de dinero; que retoman los autores cuando tratan el modelo de fases, y se considera como el verdadero blanqueo de capitales. Es así que el blanqueo de capitales en primer grado “Money laundering”, consiste en aquel conjunto de actuaciones a través de las cuales se libera a los bienes contaminados, en un corto período de tiempo, de los rastros de su origen delictivo. Los objetivos de money laundering, consisten, por un lado, impedir la

⁶⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 55

⁶⁵ <http://www.mediaamente.rai.it/mmo/ld/english/bibliote/biografi/b/bernasco.htm>, con fecha de consulta de 19 de Septiembre de 2008. PAOLO BERNASCONI. Nacido en Lugano Suiza el 25 de Abril de 1943, completó sus estudios de derecho en las universidades de Berna e Fribourg, calificando como abogado y notario en 1968. Fue fiscal en Lugano, realizó investigaciones y el procesamiento de numerosos casos de delincuencia económica internacional... Ha sido profesor de derecho penal económico en San Gallo Universidad desde 1984, en la Universidad de Zúrich desde 1986, y el Centro di Studi Bancari de Lugano desde 1990. Además ha sido un experto asesor de los Ministerios de Suiza en una serie de propuestas legislativas: la revisión del código penal suizo sobre el blanqueo y el reciclado del producto del delito, una nueva ley sobre la bolsa y los mercados financieros, las nuevas modalidades de inter-cantonal la asistencia jurídica gratuita, la directiva sobre el blanqueo de dinero para la Comisión Federal de Supervisión de los bancos, la revisión de la ley federal sobre la ayuda internacional en materia penal. He has published several books and articles on legislative matters, and is a member of the editorial board of "Rèvue pénale suisse" (Bern) and "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia" (Padua). Ha publicado varios libros y artículos sobre asuntos legislativos, y es miembro del consejo de redacción de "Rèvue pénale suisse" (Berna) y "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia" (Padua).

identificación de los bienes y, con ello, evitar su confiscación, y, por otro, destruir las pruebas que incriminan al autor del hecho principal.

2.3. EL BLANQUEO DE CAPITALS “RECYCLING”

Recycling, que su traducción literal al español hace referencia a “reciclado o reciclaje”; pero aplicado al blanqueo de capitales, se refiere a las operaciones a medio y a largo plazo en la que los bienes ya lavados son tratados hasta que no sea posible en absoluto su conexión con un delito concreto, y hasta que se consideren como ganancias legales; se deduce entonces que el objetivo del recycling también es la reintegración del dinero sucio en el circuito financiero legal.

2.4. OTROS MODELOS PROPUESTOS POR BERNASCONI

BERNASCONI en su afán de enriquecer su teoría en función de sus modelos de fases realiza nuevas distinciones; estas han sido sistematizadas por MÜLLER⁶⁶ quien las expone en directa conexión con el anterior modelo.

2.4.1. PAÍS DEL COMPORTAMIENTO Y PAÍS DEL BLANQUEO DE CAPITALS. CARÁCTER INTERNACIONAL DEL BLANQUEO DE CAPITALS

Es una clasificación meramente territorial, obtenida con base en el dato de que el blanqueo de capitales a gran escala funciona normalmente más allá de las fronteras⁶⁷. Con el país del comportamiento (o país del delito previo del que proceden los bienes) se hace referencia al lugar de la producción,

⁶⁶ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 56

⁶⁷ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 57, Este autor cita la idea de BERNASCONI considera que el dinero sucio normalmente no se lava en el mismo Estado del que procede, y que no resulta raro el proceso de lavado en diferentes países.

transformación y venta de los bienes ilegales; por el contrario, el país del blanqueo es el lugar en que se realiza el blanqueo de capitales. *“En la práctica, sin embargo, el problema es mucho más complicado; por ejemplo, se dice que Estados Unidos es un país del comportamiento, porque es el lugar donde se lleva a cabo el delito de tráfico de drogas; sin embargo, Florida, capital de Miami, es considerada como una las ciudades donde más dinero se blanquea en Estados Unidos”*⁶⁸. Por la dificultad ó imposibilidad, que surge a partir del ejemplo anterior al no poder incluir ciertos países en una de las clasificaciones acuñada, algunos autores cuestionan esta distinción. Pese a ello, la práctica demuestra la existencia de países típicos de blanqueo de capitales hacia los que existe una tendencia a transferir el dinero de origen delictivo.

Por eso se habla, por un lado, de los centros financieros internacionales y, por otro, de los conocidos paraísos fiscales

2.4.2. FACTORES TEMPORALES DE BLANQUEO DE CAPITALS

El proceso de blanqueo de capitales se configura como una serie de fases que sintonizan unas con otras temporalmente; al principio, se pasa de una fase a otra de manera muy rápida, por razón de la urgencia que existe para transformar los valores patrimoniales. BERNASCONI considera que en la fase de money laundering se realizan operaciones a corto plazo, mientras que en la de recycling las operaciones son a medio y a largo plazo⁶⁹.

⁶⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 57

⁶⁹ *Ibidem*. Dice MULLER que en la fase del Recycling la repatriación al país del destino esta muy alejada temporalmente, es por ello que es considerada a medio o largo plazo.

2.5. EL MODELO DE CICLOS DE ZÚND

En este modelo se pretenden adecuar las fases del blanqueo de capitales al ciclo del agua. ISIDORO CORDERO, retoma las numerosas etapas en que se divide éste; y las describe de la siguiente manera⁷⁰:

- a) Precipitación: En el país donde se comete el delito se producen los bienes fruto de tales actuaciones delictivas que es conveniente lavar.
- b) Infiltración: El dinero ilícitamente obtenido es recogido en la central de la organización criminal y lavado por primera vez mediante su transformación en otros bienes, normalmente billetes grandes. Esta primera transformación se produce en una “lavandería” nacional.
- c) Corriente de aguas subterráneas: El dinero previamente lavado es movido en el interior de la organización y convertido en otras formas patrimoniales.
- d) Lago de aguas subterráneas / desagüe: El dinero es entregado a una sección especializada en blanqueo de capitales de la organización. Normalmente la organización criminal procede a realizar transacciones financieras al extranjero.
- e) Nueva acumulación en el lago: Dentro del país en que se va a realizar el blanqueo de capitales el dinero introducido es recibido nuevamente por especialistas.

⁷⁰ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 58, este autor retoma las ideas expuestas con anterioridad de MULLER y AKERMANN respecto de este modelo.

- f) Estación de bombeo: Mediante la apertura de cuentas en bancos y otras instituciones financieras así como mediante la compra de bienes el dinero es introducido clandestinamente en el circuito monetario normal.
- g) Estación de depuración: Mediante la interposición de testaferros⁷¹ (por ejemplo agentes de bolsa, abogados...) resulta más creíble la historia sobre el origen del dinero.
- h) Aplicación / aprovechamiento (transferencia e inversión): Después de que los bienes han salvado las barreras de los sistemas bancarios nacionales e internacionales, se mueven en inversiones legales de cuenta en cuenta para el encubrimiento de los rastros criminales. Para ello se realizan inversiones a corto y medio plazo, se fundan nuevas firmas, etc. De esta manera los bienes adquieren un carácter cada vez más legal.
- i) Evaporación: El dinero lavado cuyo rastro documental respecto de su origen ha sido borrado, es apto para ser transferido legalmente a cualquier país, incluso al “país del delito”. Para ello se pueden servir de distintas construcciones, como la concesión de préstamos a los acreedores o pago de salarios a los colaboradores que no cotizan al fisco. Con la repatriación del dinero al país de origen se alcanza el objetivo del blanqueo de capitales: un proceso de reciclado cerrado.
- j) Nueva precipitación: El dinero lavado y repatriado sirve, tras su tasación, para diversas actividades que se distribuyen generalmente de la siguiente manera: un tercio para financiar nuevas actividades ilegales, otro para la

⁷¹ CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 16ª Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Dentro de sus definiciones se encuentra la de Testaferro: entendiéndose este como el que presta su nombre para intervenir en un acto o contrato, que en realidad es de otra persona.

inversión en los mercados financieros internacionales y otro para la inversión en actividades legales.

2.6. EL MODELO DE OBJETIVOS

AKERMANN⁷² acoge un modelo teórico basado en la doctrina norteamericana. Este modelo teórico se construye en función de los objetivos pretendidos por el blanqueador, y la diferencia entre objetivos principales, secundarios y complementarios.

2.6.1. OBJETIVOS PRINCIPALES

Distingue en el blanqueo de capitales dos objetivos principales: por un lado, la evitación de la confiscación y la ocultación del origen delictivo de los bienes; por otro, asegurar las posibilidades de aprovechamiento de los valores patrimoniales. Para el blanqueador carece de utilidad obtener el encubrimiento de los bienes si no puede utilizarlos o invertirlos⁷³.

2.6.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS

Los objetivos secundarios a los que se refiere son:

- a) La integración, que consiste en el ingreso de los fondos en el sistema financiero legal o ilegal, y su transferencia hasta que se oculte su origen delictivo;

⁷² BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 59

⁷³ *Ibidem*.

- b) La inversión, principal objetivo del blanqueador, puesto que si dispone de una reserva de dinero intentará que una parte se integre en la economía legal;
- c) La elusión de impuestos;
- d) La disposición de medios para realizar otros hechos delictivos.

2.6.3 OBJETIVO COMPLEMENTARIO

Consiste en impedir la condena de los responsables del delito previo; este es el propósito de todo blanqueador el enfrentarse a un proceso penal en calidad de imputado, donde se ventile su culpabilidad o inocencia; esto es por que las legislaciones regulan como sanciones penas privativas de libertad, las cuales son considerables en razón de su tiempo, este tipo de delitos no goza de ningún beneficio penitenciario en el caso particular de El Salvador⁷⁴.

2.7. EL MODELO DE LOS CUATRO SECTORES

El Modelo de los cuatro sectores, creado por MÜLLER, sigue las ideas del proceso de ciclos de ZÜND. Se configura así un modelo abstracto, dotado de muchas variables, que exige un elevado nivel de atención para su comprensión. Para su exposición nos basamos fundamentalmente en la descripción realizada por MÜLLER⁷⁵.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Considera MÜLLER que el modelo de los cuatro sectores permite localizar las zonas críticas del proceso de blanqueo, define como zonas críticas aquellas que deben ser atravesadas obligatoriamente en el proceso de blanqueo. Estas constituyen el punto intersección de los sectores, en concreto el cruce del Sector I al Sector IV y viceversa, así como el cruce del Sector II al Sector IV. Llega finalmente a la conclusión de que una defensa eficiente no se puede dirigir sólo sobre la lucha contra las concretas formas de aparición y métodos de blanqueo, sino que también debe incluirse en el concepto de defensa el aumento de la vigilancia preventiva de los puntos de intersección de los sectores.

2.7.1. DESCRIPCIÓN DE LOS SECTORES

Para definir la estructura de este modelo recurre a la confección de dos polos dobles; ilegalidad/legalidad y país del delito/país de blanqueo de capitales. En sus particiones interiores se configuran cuatro sectores:

Sector I: País del delito/ilegalidad

Sector II: País del delito/Legalidad

Sector III: País del blanqueo de capitales/ ilegalidad

Sector IV: País del blanqueo de capitales/ legalidad⁷⁶

2.7.2. PROCESO DE LA CAJA NEGRA (BLACK BOX PROZESSE)

Cada sector implica un proceso específico de preparación y perfeccionamiento. Para la descripción de este modelo procede MÜLLER a la unificación del proceso de sectores con el proceso poco conocido de la caja negra⁷⁷. La meta de este último consiste en preparar el dinero a lavar para el cruce de sectores, y/o utilizar las posibilidades específicas de los sectores para otras transformaciones y/ o transferencias.

El proceso de la caja negra es concebido para las siguientes funciones:

Sector I: Blanqueo de capitales nacional para prelavar el dinero sucio; Sector

⁷⁶ Otros dos nuevos sectores, con base en otro polo denominado país de transferencia (país de transferencia/ilegalidad; país de transferencia/ legalidad) son concebibles para otras fases de transferencia de carácter encubridor, pero de poca importancia para el desarrollo del modelo. El proceso de los cuatro sectores se configura mediante dos combinaciones: “La combinación entre el país del delito y del país del blanqueo de capitales, y entre los factores de legalidad e ilegalidad”, ambas garantizan un borrado y anulación de los rastros de los bienes de origen delictivo. Van a existir supuestos en los que las fases del modelo quedan reducidas exclusivamente a actuaciones ilegales (por ejemplo, las actividades de contrabando)

⁷⁷ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 60

II: Agrupación de los fondos sucios (previamente prelavados) y prepararon para el contrabando; Sector III: Actos preparatorios para su entrada clandestina en el sistema financiero legal, por ejemplo actos de fraccionamiento (structuring o smurfing) o creación de una apariencia de legalidad para el dinero sucio y Sector IV: Actos de encubrimiento en forma de transferencias, procesos de inversión y desinversión.

2.7.3. PUNTO DE INTERSECCIÓN DE LOS SECTORES

Cada sector, al ser un ciclo cerrado, presenta dos puntos de intersección con los otros sectores. El proceso que describe este modelo comienza con el acceso del dinero negro procedente de la ilegalidad y finaliza con la salida del dinero ya lavado en el punto de intersección con la legalidad⁷⁸.

2.7.4. PROCESO DE LAVADO DE DINERO

El auténtico proceso de ciclos que describe este modelo tiene lugar mediante el cruce de los puntos de intersección existentes entre los sectores. El desarrollo del proceso implica que el dinero lavado accede al Sector 1 (mediante acciones directas de contrabando sin inserción en un establecimiento nacional de lavado accede el dinero negro directamente al Sector II) y debe buscar el camino hacia el Sector IV, para poder allí ser finalmente lavado y reintegrado en la legalidad del país de destino final⁷⁹.

⁷⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 61

⁷⁹ *Ibidem*.

2.7.5. MARCO DE CONDICIONES JURÍDICAS COMO FACTOR DETERMINANTE DEL PROCESO DE BLANQUEO DE CAPITALS

La elección de las salidas internacionales aplicables a los bienes de origen delictivo está condicionada, en gran medida, por la regulación jurídica existente tanto en el país del delito como en el país del blanqueo, ello condiciona la elección del país del blanqueo, que se hace en función del margen de maniobra que ofrece su ordenamiento jurídico.

El problema radica en determinar cuál ha de ser la manera de actuar con el dinero de origen delictivo allí donde existe una estricta legislación sobre el blanqueo de capitales. MÜLLER ha elaborado una clasificación en función de los escenarios en los que pueden desarrollarse las actividades de reciclado, que exponemos a continuación⁸⁰:

Escenario 1: “Ausencia de limitaciones jurídicas”.

En el primer escenario no existe, ni en el país del comportamiento ni en el país del blanqueo, ningún dispositivo legal para hacer frente al blanqueo de capitales, con lo que el blanqueador no encuentra obstáculos legales para sus actividades.

El paso del dinero de un país a otro se puede realizar bien mediante el transporte del dinero en metálico, o por medio de transferencias electrónicas.

⁸⁰ *Ibidem.*

Siguiendo el modelo indicado tendría lugar directamente el paso del Sector I al Sector IV⁸¹.

Escenario 2: “Obligación de comunicación en el país del comportamiento”.

Una obligación de comunicación⁸² o de identificación⁸³ en el país de la acción constriñe el proceso de blanqueo de capitales a la ilegalidad. Mediante un prelavado en un establecimiento de blanqueo nacional (proceso de la caja negra en el Sector I) se prepararía el dinero, que podría así ser desplazado en pequeñas cantidades, de forma legal, al ámbito internacional. Si no hay ningún establecimiento de blanqueo a disposición, debe ser introducido de contrabando en el país del blanqueo por vía del Sector II. Allí quedaría abierto el sistema financiero internacional⁸⁴.

Escenario 3: “Obligación de comunicación en ambos países”.

Una obligación de comunicación o de identificación en ambos países obliga a los encargados del proceso de blanqueo a un gran despliegue organizativo, que debe buscar en el país del blanqueo de capitales numerosas formas y métodos para conseguir la entrada en el sistema financiero legal. La mayoría de las veces el blanqueo de capitales se desvía a un nuevo país que no haya institucionalizado ninguna medida de defensa⁸⁵.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² La obligación de Comunicación consiste en el deber que tienen determinados sujetos (fundamentalmente Instituciones Financieras ó de Créditos) de comunicar a las autoridades cualquier operación respecto de las que exista indicio o certeza de que está relacionada con el blanqueo de capitales.

⁸³ La obligación de identificación es el deber que tienen ciertos sujetos de exigir la presentación de los documentos acreditativos de la identidad de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocios o cualquier otra operación.

⁸⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 62

⁸⁵ *Ibidem*.

2.7.6. FASES PARA LA EJECUCIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

La clasificación más ampliamente asumida, sobre todo por la doctrina americana, es la que diseñó el Grupo de Acción Financiera en los anexos a sus 40 recomendaciones, fundamentalmente, en la clasificación realizada por el GAFI, pero es corregida y completada con otras aportaciones doctrinales y prácticas⁸⁶. El blanqueo de capitales puede realizarse mediante bancos, instituciones financieras de carácter no bancario (por ejemplo corredores), entre otras.

No vamos a mencionar los métodos existentes para blanquear dinero pero tienen cabida la enumeración de unos de ellos: Fase de Ocultación y Colocación (placement), Fase de Ensombrecimiento (layering) y Fase de Integración (integration)⁸⁷. Estas tres etapas pueden llevarse a cabo separada o simultáneamente, la elección de alguna de estas tres etapas fundamentales, dependerá de los mecanismos de blanqueo disponibles en un determinado momento y de las necesidades de la organización criminal.

En el proceso de blanqueo de capitales tiene importancia fundamental el recurso de los denominados paraísos fiscales⁸⁸, territorios en los que se

⁸⁶ ZARAGOZA, AGUADO. *El Blanqueo de Dinero, Aspectos sustantivos, Su investigación*, en Cuadernos de Derecho judicial, Normativa Comunitaria. Madrid 1994. pp 107-112

⁸⁷ ZARAGOZA, AGUADO. *El Encubrimiento, la Receptación y el Blanqueo del Dinero*, Normativa Comunitaria. Madrid, 1994. p 107.

⁸⁸ De acuerdo con el Informe 1998 de La Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico (OCDE), los criterios que permiten identificar a un paraíso fiscal son los siguientes: Ausencia de impuestos o impuestos meramente nominales para las rentas generadas por las actividades económicas; carencia de intercambio efectivo de información debido a una legislación y prácticas administrativas basadas en reglas de confidencialidad que impiden el intercambio de información con trascendencia fiscal con otros países, la falta de transparencia en la aplicación de las normas administrativas o legislativas y la no exigencia de actividad real a personas, físicas o jurídicas, domiciliadas en su

garantiza, no sólo una presión fiscal baja o nula, sino también el secreto bancario. Los blanqueadores recurren al sistema bancario propio de estos lugares para impedir la detección e investigación de los bienes⁸⁹.

Los delincuentes se dan cuenta de que la acumulación de grandes cantidades de dinero en metálico puede llamar la atención en relación con su procedencia ilícita. Además, esta acumulación, si no es segura, supone un peligro constante de robo, hurto o incluso de embargo. Todo ello les obliga a desplazar físicamente grandes cantidades fuera del lugar de obtención con destino a otros donde sea más fácil encubrir u ocultar su origen delictivo.

2.8. OCULTACIÓN Y COLOCACIÓN

La etapa inicial de la legitimación de los beneficios de actividades delictivas está constituida por la colocación de las grandes cantidades de dinero a través de diversos mecanismos; es decir, esta fase corresponde a la colocación material del provecho del crimen y puede darse a través de una serie de operaciones. Según la doctrina, esta es la fase en que los delincuentes procuran desembarazarse materialmente de las importantes sumas en efectivo que generan sus actividades ilícitas.

“La característica principal de esta fase es la intención de los criminales de deshacerse materialmente de las sumas recaudadas en metálico, sin ocultar todavía la identidad de lo titulares”⁹⁰.

territorio, ya que pretenden atraer inversiones que acuden a esos lugares por razones simplemente tributarias.

⁸⁹ Las ventajas que se derivan de las entidades bancarias de los paraísos fiscales son fundamentalmente: por un lado, permiten la apertura de cuentas secretas y numeradas, donde los nombres de los depositarios se encuentran separados de las cuentas; y, por otro, permiten también la constitución de entidades comerciales en las que el titular se mantiene en el anonimato (garantizado por el secreto profesional), siendo administradas por un agente comercial residente, y operan libres de impuestos.

2.8.1. COLOCACIÓN MEDIANTE ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS

Señala ARANGUEZ SANCHEZ “*que las operaciones de ingeniería financiera suponen un desafío para las autoridades encargadas de detectar la comisión de delitos económicos, en especial por el enorme volumen del mercado financiero y su complejidad, que exige un profundo conocimiento de la realidad económica y la regulación jurídica del mundo de las finanzas. También otros factores del sistema financiero favorecen el blanqueo, como el secreto bancario o la disparidad de reglamentaciones que regulan las entidades situadas en varios países, pero que se conectan por redes informáticas que agilizan las operaciones financieras hasta alcanzar un frenético ritmo casi imposible de controlar*⁹¹”.

Son extremadamente diversos los mecanismos empleados para la colocación a través de instituciones financieras. Ello implica siempre el uso de los servicios ofrecidos por este tipo de instituciones, instrumentalizados en este caso para blanquear dinero. Los mecanismos descritos a nivel internacional pueden resumirse de la siguiente manera:

2.8.2. FRACCIONAMIENTO (STRUCTURING/SMURFING)

Es un procedimiento que consiste en fraccionar las sumas elevadas de dinero en otras múltiples de menor cuantía, o fraccionar las transacciones en metálico (depósitos, adquisición de instrumentos monetarios, cambios de billetes de menor valor por otros de mayor valor, etc.), “*y así evadir las obligaciones de identificación o comunicación*⁹²”. Respecto de este

⁹⁰ ZARA GOZA, AGUADO. *El Blanqueo de Dinero, Aspectos sustantivos, Su investigación*, Op. Cit., p 134

⁹¹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 46

⁹² BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 73

procedimiento señala CAPARROS que una manera habitual e amortiguar los celos de sospecha de grandes cantidades en una ventanilla de banco radica en fraccionar artificiosamente el ingreso por ventanilla de la totalidad del dinero en una pluralidad de depósitos de menor cuantía a lo largo de un periodo de tiempo determinado, lo que se puede hacer al contado o a través de otros instrumentos

2.8.3. COMPLICIDAD BANCARIA

Una de las formas de ingresar grandes cantidades de dinero sucio en efectivo se da cuando los criminales pueden contar con la complicidad de los empleados del banco o cuando el propio banco o entidad financiera está bajo control de la organización criminal.

Utilizando esta complicidad se consigue colocar en el circuito financiero el dinero sucio, de forma que una vez en él la ocultación de su origen va a ser infinitamente más sencillo. Esta técnica permite que los blanqueadores eviten la detección en la primera línea de defensa contra el blanqueo que es el empleado del banco o de la institución financiera.⁹³

2.8.4. EMPLEO ABUSIVO DE LAS EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR O DE COMUNICAR

La utilización abusiva de las normas que permiten a los bancos y otras instituciones financieras eximir de la obligación de identificación a determinadas actividades o categorías de empresas también permite la

⁹³ Esta complicidad simplifica la colocación del dinero, particularmente cuando las exigencias de identificación del cliente o de comunicación tienen un carácter más discrecional que obligatorio.

ocultación de dinero;⁹⁴ eso ocurre porque muchas legislaciones nacionales, a fin de aligerar la información, permiten a los bancos información eximir de la obligación de identificación de aquellas operaciones resultantes de actividades legítimas desarrolladas por clientes habituales o conocidos. Por ello la doctrina señala que la practica de esta relación o una utilización abusiva de la misma por parte del banco favorece la acción de los blanqueadores.

En estos casos los delincuentes se suelen vale de sociedades pantallas, o bien de la complicidad de los empleados del banco. *“Así que la creación de sociedades pantallas o la complicidad de los empleados del banco eximen a la institución o a sus clientes del régimen de identificación o de supervisión lo que puede ofrecer a los blanqueadores una vía para evitar la detección de pistas sobre sus transacciones en metálico”*⁹⁵.

2.8.5. COLOCACIÓN MEDIANTE INSTITUCIONES FINANCIERAS NO TRADICIONALES

Algunas prácticas de blanqueo de capitales realizadas en instituciones financieras tradicionales pueden reconducirse a instituciones financieras no tradicionales. *“La expresión instituciones financieras no tradicionales hace referencia a aquellos negocios que proporcionan servicios similares a los bancarios (por ejemplo cambios de divisas, agentes de seguros, vendedores o agentes de metales preciosos, casinos, servicios telegráficos, servicios postales, etc.), pero que históricamente están menos atentamente*

⁹⁴ Para evitar informaciones de poca utilidad, las normativas de algunos países frecuentemente contienen excepciones a las obligaciones de identificación y comunicación cuando se trata de negocios legítimos cuyas actividades son suficientemente conocidas por las instituciones financieras y sus clientes habituales.

⁹⁵ GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Primera Edición, Editorial Sigma Editores Ltda., Colombia, Octubre 2003, p 81

*supervisados y regulados que las instituciones financieras tradicionales*⁹⁶. Así que todas estas instituciones no tradicionales pueden ser utilizadas por los blanqueadores esencialmente del mismo modo que utilizan los bancos y demás entidades financieras. De acuerdo con ello una persona física o jurídica puede transferir dinero en efectivo o títulos valores a otro país sin constancia documental ni control de las autoridades de ninguno de los dos países; los mecanismos más utilizados son los siguientes:

2.8.6. MEZCLA DE FONDOS LÍCITOS E ILÍCITOS

Hay muchas clases de negocios en los que el manejo de considerables cantidades de dinero es común y legítimo (por ejemplo, supermercados, restaurantes, bares, hoteles, compañías de distribuidores de máquinas recreativas o de azar). *“Se pueden obtener ventajas de la creación de compañías pantalla, ya sea a través del oscurecimiento de los productos ilícitos mediante su mezcla con los lícitos en transacciones lícitas (mezcla), o haciendo pocos o ningún negocio y falseando la contabilidad respecto de los negocios realizados (sociedades pantalla o fantasma)”*.⁹⁷

En muchos casos el negocio lícito no es real ya que no se ejerce la actividad para la cual fue constituida sino es una mera pantalla que tiene el objetivo de servir de tapadera para los fondos procedentes de la actividad ilícita. Esta técnica tiene la ventaja de dar una explicación casi inmediata para el gran volumen de dinero en metálico, es decir como si fuera el dinero generado por el negocio lícito.

⁹⁶ GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op Cit., p 82

⁹⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 50

2.8.7. ADQUISICIÓN DE BIENES CON DINERO EN METÁLICO

Una importante forma de blanqueo es la adquisición de bienes materiales (por ejemplo coches, barcos, aviones, productos de lujo o bienes inmuebles) con dinero es un importante medio para el blanqueo de capitales. BLANCO CORDERO⁹⁸ menciona que según el GAFI, el objetivo de las adquisiciones puede ser triple:

- a) mantener un estilo de vida lujoso;
- b) transformar el aspecto llamativo de las cuantiosas ganancias en otros bienes, quizá menos valiosos, y menos llamativos;
- c) obtener bienes que serán empleados para fomentar la empresa criminal.

Además, los negocios inmobiliarios tienen para los inversores el atractivo de la segura apreciación de su patrimonio y su relativa liquidez, unida a los frecuentes incentivos y subvenciones con los que los estados estimulan este mercado. *“Ellos favorecen al blanqueador por el sistema de compras por precios diferenciales, que consiste en adquirir un bien inmueble estipulando en el documento público que contempla la operación un precio inferior al realmente acordado, lo cual supone el abono de la diferencia con dinero no controlado⁹⁹”*.

2.8.8. CONTRABANDO DE DINERO

El contrabando físico del dinero e instrumentos monetarios fuera del país mediante diversos métodos de transporte (por ejemplo, compañías aéreas de correos internacionales, compañías aéreas comerciales de pasajeros,

⁹⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit 76

⁹⁹ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 49

aviones privados, transportes de carga, etc.) no deja rastro; se trata de un método muy común, poco sofisticado, barato y relativamente bajo en riesgos. Como consecuencia de la globalización del mercado, y del aumento del volumen comercial mundial, es prácticamente imposible examinar todos los cargamentos que cruzan las fronteras, debiendo limitarse el control a una pequeña parte, y esto unido a la poca vigilancia o soborno de los controladores fronterizos en muchas regiones significa que el contrabando continuará y probablemente aumentará.

2.9. ENSOMBRECIMIENTO (LAYERING)

“La función de la fase de ensombrecimiento consiste en ocultar el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numerosas transacciones financieras¹⁰⁰”. Si tiene éxito la fase de colocación, los blanqueadores tratarán de hacer más difícil y complicada la detección de los bienes mediante la realización de múltiples transacciones que, al igual que capas, se irán amontonando unas tras otras dificultando el descubrimiento del origen de aquellos¹⁰¹.

El propósito perseguido en esta fase o etapa es “desligar los fondos de su origen, generando para ello un complejo sistema de amontonamiento de transacciones financieras encaminado a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos”¹⁰². La forma compleja en que las transacciones son

¹⁰⁰ ZARAGOZA, AGUADO. *El Blanqueo de Dinero, Aspectos sustantivos, Su investigación*, Op. Cit., p 135

¹⁰¹ En la fase de ensombrecimiento es preciso hacer desaparecer el vínculo existente entre el delincuente y el bien procedente de su actuar, razón por la que es usual el recurso a la superposición y combinación de complicadas operaciones financieras que tratan de dificultar el seguimiento de lo que se conoce como “Huella o rastro de dinero”.

¹⁰² GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op Cit., p 86

encadenadas, entre mezcladas y superpuestas tienen como finalidad hacer extremadamente difícil para las autoridades su detección.

Algunos métodos empleados en el proceso de ensombrecimiento son:

- a) Creación de un rastro documental falso para ocultar la verdadera fuente, propiedad, localización o control sobre los fondos ilegalmente generados.
- b) La conversión del dinero en instrumentos financieros. Una vez que los productos ilícitos han sido colocados con éxito en un banco o en una institución financiera no bancaria, pueden ser convertidos en otros instrumentos financieros tales como cheques de viaje, órdenes de pago, cheques de caja, bonos y acciones. Ello facilita su transporte fuera del país sin ser detectados, o su depósito en otras cuentas bancarias nacionales. También proporciona anonimato.
- c) La adquisición de bienes materiales con dinero y su posterior cambio o venta. Si un blanqueador ha colocado los productos mediante la adquisición de bienes (vehículos, oro), pueden éstos ser revendidos en el propio país o en el extranjero. De esta forma es más complicada la detección de la identidad del adquirente, y los bienes son más difíciles de localizar y embargar.
- d) Transferencias electrónicas de los fondos / Internet. La doctrina menciona que según el GAFI, éste es probablemente el método de ensombrecimiento más importante accesible a los blanqueadores. Esta técnica es consecuencia de la creciente introducción de nueva tecnología en el mercado, y la resultante integración financiera global, haciendo de las fronteras internacionales un obstáculo cada vez menor tanto para las actividades lícitas como para las ilícitas. *“De acuerdo con ello, se debilita*

así la eficacia de la normativa reguladora de los mercados financieros en cada zona geográfica, lo que proporciona oportunidades para el blanqueo de capitales”¹⁰³.

Estas transacciones electrónicas, son casi indetectables porque sólo se exige a los clientes proporcionar cantidades mínimas de información sobre su identidad, facilitan el movimiento internacional de elevadas sumas de dinero en segundos. Este método ofrece a los criminales muchas ventajas, como por ejemplo la ocultación de su paradero, rapidez de las transacciones, reducción al mínimo de los rastros contables, la distancia a que se pueden remitir rápidamente los fondos, y aumento del anonimato entre el enorme volumen diario de transferencias electrónicas de fondos son los mayores beneficios¹⁰⁴.

Entre las razones por las que faltan los controles internacionales de las transferencias electrónicas, está que los Gobiernos tienen interés en preservar la confidencialidad de una variedad de transacciones financieras¹⁰⁵.

2.10. INTEGRACIÓN (INTEGRATION)

“Consiste en la introducción de los bienes criminalmente obtenidos en la economía legal sin levantar sospechas y otorgando una apariencia de

¹⁰³ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 81

¹⁰⁴ GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Ob Cit., p 88

¹⁰⁵ El problema del abuso de las transferencias electrónicas es claramente internacional, las transferencias electrónicas de dinero constituyen la mayor parte de los pagos tanto nacionales como internacionales; además, las transacciones más cuantiosas tienden a ser concluidas electrónicamente. Sin embargo, puesto que las transferencias electrónicas son el método más rápido y eficaz para mover fondos de un banco a otro, ello le otorga también un amplio potencial para el abuso.

legitimidad en cuanto a su origen"¹⁰⁶; es decir, en esta etapa el capital lícitamente obtenido cuenta ya con la apariencia de legalidad que pretendía dársele. De acuerdo con ello, el dinero puede ser utilizado en el sistema económico y financiero como si se tratase de dinero lícitamente obtenido.

Consumada la fase de ensombrecimiento, los blanqueadores necesitan proporcionar una explicación aparentemente legítima para su riqueza.

Los sistemas de integración introducen los productos blanqueados en la economía de manera que aparezcan como inversiones normales, créditos o reinversiones de ahorros. A menos que los productos ilícitos puedan ser identificados por alguien durante las etapas de colocación o de ensombrecimiento, es extremadamente difícil distinguir entre riqueza lícita e ilícita¹⁰⁷.

La detección e identificación de los fondos blanqueados en la fase de integración sólo es posible mediante la infiltración clandestina o mediante el recurso a fuentes que conozcan el sistema del blanqueo. Tales métodos son los siguientes:

a) Transacciones de inmuebles:

ÁLVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU PALACIOS, señalan que, de acuerdo con el GAFI, *"Las variaciones de precios son frecuentes en el sector y pueden ser utilizadas para reinyectar los capitales blanqueados en la economía. Así, un bien inmueble puede ser adquirido por una sociedad de tapadera con*

¹⁰⁶ FIGUEROA VELÁSQUEZ, ROGELIO M. *El Delito de Lavado de Dinero en el Derecho Penal Mexicano*, Primera Edición, Editorial, Porrúa. México D.F. 2001 p 112

¹⁰⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 52

*capitales de origen ilícito. El bien es a continuación vendido, y los fondos producto de esta venta son considerados como fondos legales obtenidos por la venta de un inmueble*¹⁰⁸.

Entendemos que existen un gran número de transacciones sobre bienes inmuebles que pueden ser empleadas para integrar dinero blanqueado en la economía, así por ejemplo, se puede adquirir la propiedad de los inmuebles con dinero de origen delictivo a través de una sociedad interpuesta; posteriormente puede ser vendida y el producto de la venta ser considerado de origen legal, obtenido mediante la venta de propiedades. Se puede declarar un precio reducido y hacer un pago parcial al vendedor.

Este mecanismo es llamado por ZARAGOZA AGUADO, de “*reversión de las propiedades compradas*”, y consiste en el traspaso rápido de propiedades inmobiliarias a precios rápidamente acrecentados, método comúnmente utilizado en las estafas hipotecarias¹⁰⁹.

La doctrina señala que en los últimos años las inversiones en la compraventa de bienes inmuebles han sido un medio popular para el blanqueo de capitales¹¹⁰. Es un producto relativamente líquido y posibilita numerosas vías para oscurecer la fuente de los fondos y sus propietarios; la variedad de técnicas es muy amplia y van desde simples compras de propiedades residenciales o de negocios sin el intento específico de ocultar al propietario, hasta complejos sistemas donde las inversiones en bienes inmuebles son

¹⁰⁸ ÁLVAREZ PASTOR, D. y F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de Capitales*, Editorial Aranzadi, Editorial Pamplona, España 1998. p 35

¹⁰⁹ ZARAGOZA, A GUADO. *El Blanqueo de Dinero, Aspectos sustantivos, Su investigación*, Op. Cit., pp 139 y 140

¹¹⁰ ÁLVAREZ PASTOR, D. Y F. EGUIDAZU PALACIOS. *La prevención del blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 38

parte de una estrategia más amplia en la que se encuentran involucradas compañías pantalla.

Muchos de los intermediarios pueden ser personas dedicadas a negocios legítimos o profesionales que no conocen que están ayudando a blanquear.

b) Empresas pantalla y créditos simulados:

Mediante el empleo de empresas de pantalla¹¹¹ (normalmente anónimas, en paraísos fiscales), una organización criminal puede prestarse a sí misma sus propios productos blanqueados en una transacción aparentemente legítima.

Es la denominada técnica del préstamo de regreso, en la que el blanqueador crea una empresa en un paraíso fiscal, ocultando su verdadera propiedad, y abre cuenta en un banco local. De esta forma puede financiar la compra de un negocio similar en su país mediante la concesión de un préstamo de su propia empresa o de un banco extranjero¹¹².

Se está prestando su propio dinero, y a su vez cobrándose intereses a sí mismo sobre el crédito, pudiendo incluso declarar el interés como un gasto del negocio, reduciendo con ello su responsabilidad tributaria. Esto aumenta la responsabilidad tributaria de los ciudadanos para compensar las deducciones ilegales realizadas por la empresa criminal. El blanqueador seguirá reintegrando el capital y los intereses como si fuera un préstamo legítimo, con lo que consigue repatriar el dinero negro.

¹¹¹ Son las entidades constituidas por el blanqueador son denominadas “sociedades/empresas pantalla, por que su función real reside en ofrecer cobertura a las operaciones ilícitas”.

¹¹² ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 55

Las ventajas de estos créditos serían: la devolución del principal más los intereses genera una mayor cantidad de dinero que el correspondiente al crédito; no se deben pagar impuestos y además se obtienen desgravaciones fiscales; y, de esa forma, podrá el blanqueador ofrecer una explicación sobre el alto nivel de vida que lleva, basado en la solicitud y concesión de un crédito.

ZARAGOZA AGUADO, señala otra variante de esta técnica la denomina de “*inversión directa*”, que consiste en la inversión del blanqueador del dinero que posee en el extranjero en una empresa doméstica legítima, apareciendo su empresa como comprador. Así, la propiedad real del inversor extranjero se oscurece por las leyes de secreto o por el uso de propiedades nominales¹¹³.

c) Complicidad de bancos extranjeros:

La utilización de la complicidad de bancos extranjeros para el blanqueo de capitales representa un alto grado de sofisticación y supone un problema muy difícil tanto a nivel de técnica de persecución penal como a nivel político. La importancia estriba en su capacidad para encubrir muchos detalles incriminantes relativos a los productos.

Además, mediante la participación de empleados bancarios bien situados en los sistemas de préstamos simulados o de regreso, el blanqueador puede obtener créditos aparentemente legítimos, asegurándolos con productos ilícitos. La ayuda complaciente del banco extranjero frecuentemente está protegida contra la investigación de las autoridades no sólo por la duplicidad

¹¹³ ZARAGOZA, AGUADO. *El Blanqueo de Dinero, Aspectos sustantivos, Su investigación*, Op. Cit., p 139

de criminales (el blanqueador de dinero y el banco extranjero cómplice) sino por las leyes bancarias y regulaciones de otro Gobierno soberano, normalmente un paraíso fiscal¹¹⁴.

Junto a los mecanismos tradicionales, tales como los bancos y las instituciones financieras, se está centrando la atención progresivamente en una reorientación de las actividades de blanqueo hacia el exterior de los sectores financieros regulados, como, por ejemplo, negocios que generan gran cantidad de dinero y profesionales (abogados, contables, etc.). Algunos ejemplos son los siguientes:

a) Casinos/establecimientos de juego (por ejemplo, hipódromos, establecimientos de quinielas deportivas): Suponen una amenaza seria como vías para el blanqueo de capitales allí donde el juego es una industria legalmente tolerada. El juego es un negocio que genera grandes cantidades de dinero, ofreciendo ganancias sin rastro¹¹⁵

b) Profesionales: Es frecuente que los abogados, notarios y contables manejen grandes cantidades de dinero de sus clientes con motivo de sus actividades legítimas. Los abogados pueden recibir grandes cantidades de dinero en metálico derivadas de ventas ilegales de droga y depositar esos fondos en cuentas bancarias especiales constituidas a propósito para mantener fondos de sus clientes, y desde las que las remuneraciones de los abogados pueden ser retiradas. Estas cuentas se mantienen a nombre del abogado y generalmente no identifican los nombres de ninguno de los clientes.

¹¹⁴ GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op Cit., p 92

¹¹⁵ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 58

Para blanquear los fondos, el abogado puede devolver el dinero al cliente de forma diferente; a través un cheque o series de cheques u otros instrumentos monetarios, mediante la adquisición de bienes inmuebles u otras propiedades o por otros medios. Sin embargo, debido al privilegio de la confidencialidad profesional / cliente es muy difícil, pero no imposible, determinar la legitimidad tanto de los fondos como de los servicios profesionales¹¹⁶.

También es posible el empleo de profesionales para la adquisición de empresas e incluso industrias que desconocen en muchos casos quiénes son sus clientes últimos. El empleo de una persona interpuesta para adquirir acciones o participaciones en una empresa rompe el vínculo entre el criminal y su dinero de origen delictivo que ahora desea invertir. Las personas interpuestas aparecen en los informes de la empresa como poseedores de las acciones, pero en realidad son agentes del propietario real. Incluso el propietario real puede no ser conocido por el agente.

c) Compañías de seguros: Los seguros, en casi todos los países desarrollados, constituyen una industria con importantes concentraciones de capital que maneja grandes volúmenes de transacciones en el desarrollo normal de sus negocios. El empleo de una compañía aseguradora para un esquema de blanqueo de capitales normalmente exige la complicidad de los empleados para poder introducir los productos ilícitos en el sistema financiero legítimo¹¹⁷.

d) Agentes de bolsa: Pueden ayudar a los blanqueadores de dinero proporcionándoles una oportunidad para emplazar productos ilícitos en el

¹¹⁶ CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *El delito de Blanqueo de Capitales*, Colex. p 75

¹¹⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 58

sistema financiero legítimo. Compra o establecimiento de compañías privadas: Normalmente son empresas que operan con grandes cantidades de dinero. Lo más usual suelen ser bares, restaurantes/hoteles, negocios de venta de coches, agencias de viaje, empresas de construcción, joyerías, etc.

Por esta vía se blanquean grandes volúmenes de dinero, por lo que la red de engaños ha de ser muy compleja y, por tanto, más abierta a detección por parte de las autoridades. Facturas falsas, empleados fantasmas, gastos y ganancias infladas dejan un rastro documental que exige la involucración de contables y otras personas. Ello hace que cada vez más oficiales de la autoridad se interesen por tales negocios¹¹⁸.

¹¹⁸ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 59

CAPITULO 3

TIPOLOGÍA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Sumario: 3.1. Blanqueo Mediante Operaciones de Interior, 3.2. Mediante Operaciones Financieras, 3.2.1. Creación de Sociedades Ficticias o Interposición de Testaferros, 3.2.2. Inversiones en el Sector Inmobiliario, 3.2.3. Suscripción de Seguros de Prima Única por el Propio Blanqueador o Utilizando Nombre De Tercero, 3.3. Mediante Operaciones Comerciales, 3.3.1. Dedaración De Beneficios De Negocios Superiores A Los Reales, 3.3.2. A Través De Juegos De Azar, 3.3.3. Compraventas De Piedras Y Metales Preciosos, 3.3.4. Compraventa De Obras De Arte Y Antigüedades, 3.5.5. La Manipulación de Facturas del IVA, 3.4. Blanqueo Mediante Operaciones de Exterior, 3.4.1. Mediante Operaciones Finandieras, 3.4.2. Depósito en Entidades Financieras de Paraísos Fiscales, 3.4.3. Depósitos en Cuenta Corriente y Movimientos Mediante Transferencia Internacional, 3.4.4. Inversión en Títulos Valores, Desinversión y Envío de Fondos al Exterior, 3.4.5. Simulación de un Crédito u Préstamo Internacional, 3.4.6. Inversiones Inmobiliarias A Través De Sociedades Constituidas En El Extranjero, 3.4.7. Constitución de Sociedades de Intermediación en el Sector Bursátil, 3.5. Mediante Operaciones Comerciales, 3.5.1. Compraventa Intemacional de Mercancías Supervaloradas o Inexistentes, 3.5.2. Devolución de las Mercancías a Través de Contrabandistas, 3.5.3. Reventa de Pasajes Aéreos en Vuelos Internacionales, 3.6. Tipología del Delito de Lavado de Dinero y Activos Según la Ley Contra el Lavado de Dinero Y Activos.

El objetivo de este apartado consiste en describir los sistemas, circunstancias y canales aprovechados con mayor frecuencia por los blanqueadores para reinvertir beneficios ilícitos en la economía legal. Para ello recurriremos básicamente a fuentes secundarias, como informes policiales sobre este tema documentos en los que los organismos internacionales analizan el impacto de sus propuestas, o la descripción de hechos típicos en sentencias, pues la bibliografía que aborda decididamente esta cuestión es muy escasa.

En una primera aproximación al tema, sorprende la variedad de técnicas empleadas para borrar el rastro que une a los capitales con su ilícita procedencia. Así, los procedimientos utilizados para conseguir ese propósito

van desde los más rudimentarios (evasión física de divisas), hasta los más complejos (como la constitución de una comunidad de bienes con la cualidad de comunero determinada por la mera tenencia de un título al portador). Por ello, en muchas ocasiones, existen grandes problemas de prueba en los tribunales, pues la comisión del delito se oculta tras una maraña de documentos en los que se reflejan negocios jurídicos ficticios, a menudo se requieren conocimientos avanzados de economía financiera, Derecho tributario, Derecho mercantil y Derecho laboral para poder comprender procesos utilizados para simular la legitimación de los fondos. De ahí la importancia de que nos acerquemos a este tema desde una óptica multidisciplinar. Además, la aparición de nuevos métodos de blanqueo tiene como único límite la imaginación y habilidad de este tipo de delincuentes de cuello blanco.

Cuanto más novedoso sea un sistema, mayores posibilidades tendrá de pasar inadvertido a los órganos de persecución penal y de beneficiarse de lagunas legales; así, mientras que la forma de realizar un delito de robo a mano armada no ha variado sustancialmente en los últimos siglos, los mecanismos para blanquear dinero aparecen y desaparecen en apenas un quinquenio, como, por ejemplo, sucedió con los seguros de prima única o los contratos de cesión de crédito.

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

3.1. BLANQUEO MEDIANTE OPERACIONES DE INTERIOR

Tal y como acabamos de indicar, son aquellas que no requieren que parte de su realización se lleve a cabo en un país extranjero, aunque ocasionalmente algunos de los procedimientos que vamos a describir bajo este apartado también pueden realizarse parcialmente en el extranjero, para premeditadamente implicar otra legislación y otros órganos de persecución penal, con lo que se dificulta la detección del delito. Pese a ello, lo característico de estos mecanismos es la posibilidad de que puedan desarrollarse sin necesidad de actuar fuera de las fronteras de un determinado Estado¹¹⁹.

3.2. MEDIANTE OPERACIONES FINANCIERAS

Las operaciones de ingeniería financiera suponen un reto para los órganos encargados de detectar la comisión de delitos económicos, fundamentalmente por el enorme volumen del mercado financiero y su complejidad, que exige un profundo conocimiento de la realidad económica y la regulación jurídica del mundo de las finanzas. Además, otras características del sistema financiero también favorecen el blanqueo, como el tradicional secreto bancario o la disparidad de reglamentaciones que regulan a entidades situadas en distintos países, pero que están conectadas por redes informáticas que agilizan las operaciones financieras hasta alcanzar un frenético ritmo casi imposible de controlar. Este es el motivo por el que en muchos países se ha optado por encargar la persecución de estos delitos a unidades especializadas de la policía o la jurisdicción¹²⁰.

¹¹⁹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 46

¹²⁰ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 47

A continuación se intentará poner de relieve que muchos de los productos financieros aparecidos en los últimos años en muchos países principalmente de Europa y América del sur responden directamente al interés por eludir el pago de impuestos y eventualmente a la captación de capitales de muy dudosa procedencia.

3.2.1. CREACIÓN DE SOCIEDADES FICTICIAS O INTERPOSICIÓN DE TESTAFERROS

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

En el caso de interposición de testaferros se ha recurrido a las más variadas argucias, como la utilización de identidades falsas o pertenecientes a colaboradores de la organización de blanqueo, indigentes, inmigrantes, ancianos, etc. En ocasiones se recurre a familiares, pero para evitar la confiscación los blanqueadores toman “precauciones” tales como la ausencia de vínculo matrimonial o en su caso una supuesta separación legal (aunque realmente se mantiene la convivencia), alterar el orden de los apellidos de los hijos en el Registro Civil para dificultar la detección de los bienes a su nombre, etc.

Las entidades constituidas por el blanqueador han sido denominadas “sociedades pantalla”, porque su función real reside en ofrecer cobertura a las operaciones ilícitas. Normalmente se utiliza el mecanismo de “cajas vacías”, que consiste en la constitución o adquisición de sociedades para incluir luego en ellas otras empresas estratificando así la organización y dificultando la investigación. Si además se distribuye esa estructura en

distintos países, la averiguación de los verdaderos titulares y el origen del patrimonio resultan extraordinariamente complicado¹²¹. De los diferentes tipos de sociedades mercantiles y civiles utilizadas para el objetivo que acabamos de exponer destaca por su novedad y efectividad el empleo de la comunidad de bienes.

Otra modalidad de este mismo artificio es la comunidad de bienes en la que la cualidad de comunero se puede adquirir por la tenencia de un simple título al portador. Así, esta institución se beneficia de una falta de regulación específica, que impidiera por ejemplo la transmisión de la condición de comunero a través de la entrega de un título al portador, y de una absoluta opacidad fiscal. Antes de cerrar este apartado debemos subrayar que la utilización de sociedades civiles y mercantiles además de ser un sistema de blanquear fondos, también sirve de presupuesto para la realización de otras formas de blanqueo.

3.2.2. INVERSIONES EN EL SECTOR INMOBILIARIO

Uno de los sectores de mejor y más alta inversión en los últimos años es la compra y venta de bienes inmuebles. *“Mediante la compra de estos bienes rurales y urbanos o la inversión de cuantiosas obras de construcción como complejos habitacionales, hoteles, moteles o centros comerciales, el lavador obtiene una importante y segura forma de aparentar la licitud del producto de las actividades delictivas para ello aprovecha la falta de registros veraces sobre el verdadero valor de los bienes”*. También es común el

¹²¹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 49

aprovechamiento del sistema judicial de remates para justificar el patrimonio invertido bienes inmuebles¹²².

Por otra parte ARANGUEZ SÁNCHEZ, señala que “*este mecanismo requiere de una buena parte de dinero limpio, es frecuente encontrar una agencia inmobiliaria que trabaja en el mercado legal, pero con un “socio” que introduce cierta cantidad de dinero negro a cambio de compartir los beneficios lícitos de la empresa*”¹²³.

Una variante de esta especulación en el mercado inmobiliario es la compra por documento privado de un inmueble, aunque este negocio jurídico no sería sino un punto de partida para ulteriores operaciones de legitimación, ya que la regularización de la operación, o mejor dicho la aparente regularización de la operación (pues en el fondo el inmueble sigue proviniendo indirectamente de un acto delictivo), sólo se produce cuando se eleve el contrato a escritura pública¹²⁴, y el blanqueador inscriba dicho inmueble en el Registro de la Propiedad, y se vea amparado por la fe pública registral.

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

¹²² CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Primera Edición, Santa Fe Bogotá, D.C. Editores Litográficos Ltda. Octubre de 2001. p. 233

¹²³ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 50

¹²⁴ Art. 1605 del Código Civil del 23 de Agosto de 1859 según consta en la Gaceta Oficial número 85, tomo 8, de fecha 14 de abril de 1860.

valor real de un inmueble, que tras una operación de compraventa puede ser reinscrito con un valor muy superior al anteriormente consignado.

3.2.3. SUSCRIPCIÓN DE SEGUROS DE PRIMA ÚNICA POR EL PROPIO BLANQUEADOR O UTILIZANDO NOMBRE DE TERCERO

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

En un principio el propio blanqueador suscribía un seguro de prima única, al confiar en que no se iba a investigar el origen del dinero invertido por estar exento de control fiscal, pero otro procedimiento más refinado que el anterior consiste en la apertura de un seguro de prima única a nombre de un tercero que no sabe que su identidad está siendo utilizada para tal fin.

ARANGUEZ SÁNCHEZ¹²⁵ es de la idea que en este caso se requiere la colaboración de un empleado de banca y se realiza de acuerdo al siguiente procedimiento:

“Un cliente cualquiera deposita en una entidad financiera cierta cantidad de origen lícito, que produce la rentabilidad asignada al tipo de depósito de que se trate y cuyos beneficios tributan a Hacienda. Entonces interviene una organización criminal que capta a un empleado de la entidad financiera donde se ha realizado el depósito para que, sin conocimiento del depositante, suscriba un seguro de prima única a su nombre; Para ello normalmente se falsifica la firma del cliente, aunque en algunos casos el empleado bancario ha presentado los documentos del seguro de prima única

¹²⁵ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 52

al cliente, engañándole en cuanto a su contenido (por ejemplo se le informa de que no son más que los justificantes de ese depósito inicial). Naturalmente, la operación debe mantenerse oculta para el cliente depositante y para la auditoría interna de la entidad, por lo que es necesario que la información que se envíe al cliente y los beneficios del dinero depositado se corresponda con los de la operación primitiva.

Posteriormente la organización criminal entrega al empleado del banco colaborador la misma cantidad que se ha invertido en el seguro de prima única, lo que permite mantener el depósito inicial con misma rentabilidad acordada con el cliente. Por último, se vuelve a la situación de partida y la organización criminal retira el importe colocado en el depósito para realizar otra inversión sin control fiscal (metales preciosos, depósito en entidad financiera de paraíso bancario, etc.)”.

Este, por tanto, no es un sistema que permita blanquear los capitales definitivamente, aunque sirve para obtener una rentabilidad de esos fondos y además ocultarlos durante el período que dura la operación.

3.3. MEDIANTE OPERACIONES COMERCIALES

Una de las características esenciales de las sociedades modernas es el enorme volumen de las operaciones de intercambio de bienes y servicios que se realizan. Este descomunal tráfico mercantil dificulta la detección de operaciones que buscan la legitimación de fondos, entre los cuales citamos los siguientes.

3.3.1. DECLARACIÓN DE BENEFICIOS DE NEGOCIOS SUPERIORES A LOS REALES

Cualquier tipo de negocio que genere una gran cantidad de ingresos en efectivo y no emita factura, sino notas de entrega o tickets, es un buen instrumento para blanquear. Ejemplo de ellos podemos citar grandes almacenes, restaurantes, bares, hoteles, estacionamientos, discotecas, lavanderías, etc. Desde un punto de vista económico, SOLANS SOTERAS¹²⁶ advierte que existe una relación directa entre el peso de esas empresas de servicios y el blanqueo de capitales: a mayor porcentaje de Producto Interior Bruto generado por el sector servicios, mayor facilidad para blanquear”

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

Este mecanismo se ve especialmente favorecido por el sistema de tributación por signos, índices o módulos, con el que pretende estimar la base imponible de la persona sujeta al impuesto a través de determinados indicadores que sirven para calcular esa base imponible, eximiendo al contribuyente de la gravosa carga de llevar una contabilidad estricta. Pero precisamente esa relajación en los deberes contables es aprovechada por los blanqueadores que no tienen más que aumentar artificialmente los módulos para justificar enormes cantidades de efectivo en billetes pequeños.

¹²⁶ SOLANS SOTERAS, M. *Blanqueo de Dinero y Movimientos Financieros en Política Exterior*, Volumen IV, Numero 16, 1990. p 54

SOLANS SOTERAS¹²⁷ incluye como una variante más del mecanismo que acabamos de describir, las recientes noticias sobre la propiedad de equipos deportivos en diferentes países del mundo por parte de grandes narcotraficantes colombianos. La compra de dichos equipos proporciona la oportunidad de utilizar la recaudación de taquilla para blanquear, según el procedimiento antes expuesto, pero además posibilita otras formas de inversión del dinero de origen ilegal, como el pago extra de fichas o traspaso de jugadores, sin olvidar otras posibilidades delictivas distintas del blanqueo, como por ejemplo amañar el resultado para beneficiarse en las apuestas.

E igualmente se podría incluir en esta sede el recurso a profesionales como abogados notarios y contadores, que es comentado por BLANCO CORDERO¹²⁸ y que tendría como ventaja principal respecto al uso de otros sectores de la actividad empresarial que el deber de confidencialidad con el cliente podría ser alegado para obstaculizar una hipotética investigación.

3.3.2. A TRAVÉS DE JUEGOS DE AZAR

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

¹²⁷ SOLANS SOTERAS, M. *Blanqueo de Dinero y Movimientos Financieros en Política Exterior*, Op. Cit., p 55

¹²⁸ BLANCO CORDERO, I. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 77

Tratándose de casinos, *“un miembro de la organización compra una gran cantidad de fichas que otro individuo vuelve a cambiar por dinero alegando que las ha obtenido en el juego y exigiendo un recibo del casino que acredita haber conseguido esa cantidad como premio”*¹²⁹.

La ventaja de este método es que el coste del blanqueo se limita al sueldo de los sicarios enviados al casino. Para evitar esa forma de blanqueo algunos casinos entregaban a los jugadores un determinado tipo de fichas y abonaban los premios con otro tipo de fichas distinto. La medida resultó inútil: bastaba con que dos individuos pertenecientes al mismo grupo criminal jugaran a la ruleta al mismo tiempo apostando siempre uno el rojo y otro el negro, jugando siempre las fichas de cliente y guardando las que entregaba la banca como premio; tras un cierto número de jugadas todas las fichas provenían de alguna jugada ganadora. El coste añadido de blanqueo sólo era la pérdida de beneficios.

En el caso de boletos premiados en las loterías, las quinielas o el hipódromo, un intermediario pone en contacto al premiado con el blanqueador, que le abona el importe del premio más un tanto por ciento (que, junto a la comisión del intermediario, supone el coste del blanqueo). *“El intermediario puede ser un empleado de la banca en la que se suele depositar el boleto premiado, un directivo de una peña constituida para participar colectivamente en un juego de azar, o un jugador patológico al que se le obliga a contactar con los ganadores de apuestas en un hipódromo, a cambio de perdonar cierta cantidad de dinero prestado clandestinamente por la organización criminal, el premiado obtiene como ventaja ese dinero suplementario, aunque corre con*

¹²⁹ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 257

el riesgo de recibir una cantidad de dinero de ilícita procedencia; claro que en algunos casos ese riesgo es mínimo.”¹³⁰.

Este método es empleado tanto para blanquear capitales ilícitos como para eludir el control de la Hacienda Pública sobre fondos lícitamente obtenidos. De este modo los premiados pueden creer que cooperan en un delito fiscal cuando realmente participan en un delito de blanqueo de capitales ilícitos.

3.3.3. COMPRAVENTAS DE PIEDRAS Y METALES PRECIOSOS

Puesto que el dinero en efectivo es demasiado pesado y voluminoso, un buen sistema para ocultar esos fondos de origen delictivo e iniciar las operaciones de blanqueo puede ser su sustitución por joyas, que por su tamaño se prestan con más facilidad a su depósito en cajas de seguridad de entidades bancarias, o incluso a su evasión física del país. El peso de la economía sumergida en el sector de la joyería es tan grande que algunos autores, como HERRERO HERRERO, citado por ARANGUEZ SÁNCHEZ¹³¹ “*incluyen la receptación en este ámbito como un delito económico, subrayando su lesividad para el equilibrio del mercado de este sector*”.

3.3.4. COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE Y ANTIGÜEDADES

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

¹³⁰ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 258

¹³¹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 59

En cualquier caso, la posibilidad de acumular una gran riqueza en un objeto que puede trasladarse a cualquier país y ser aceptado como medio de pago resulta enormemente atractiva a los blanqueadores, aunque las condiciones de custodia para garantizar su buena conservación y seguridad pueden suponer un importante inconveniente¹³².

3.3.5. LA MANIPULACIÓN DE FACTURAS DEL IVA

Recientemente se ha descubierto la existencia de organizaciones dedicadas a emitir falsas facturas que posteriormente eran vendidas y utilizadas por otras empresas como justificantes en las declaraciones obligatorias del IVA. Estas conductas no deberían ser sancionadas como una simple infracción administrativa de la Ley del IVA, sino que merecen la atención del Derecho penal en base a la comisión de un delito de falsedad¹³³, así como la posible participación en un delito contra la Hacienda Pública¹³⁴ (siempre que se alcanzaran los requisitos establecidos para calificar esa defraudación fiscal como ilícito penal).

Evidentemente estas actividades, que hasta ahora han sido realizadas con la única intención de defraudar a Hacienda, pueden ser utilizadas como un medio idóneo para el blanqueo de capitales; para ello bastaría que el blanqueador creara una empresa dedicada a prestar servicios inexistentes (dictámenes inexistentes o sobrevalorados, venta de patentes de supuestos inventos, etc.). Dicha empresa vendería las facturas con las que otra empresa podría cometer fraude fiscal justificando haber abonado una

¹³² ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 60

¹³³ Capítulo II relativo a la Falsedad de Documentos del Código Penal de 10 de Junio de 1997, Publicado en el Diario Oficial Numero 105.

¹³⁴ Capítulo IV relativo a la Hacienda Pública, C. Pn.

cantidad en concepto de IVA que realmente no pagó, al tiempo que la otra empresa afloraba de su caja la supuesta cantidad percibida. De este modo una misma empresa puede cometer un delito contra la Hacienda Pública y cooperar en la comisión de un delito de blanqueo, todo ello al mismo tiempo.

3.4. BLANQUEO MEDIANTE OPERACIONES DE EXTERIOR

El blanqueo es un fenómeno transnacional; en muchas ocasiones se busca de propósito el realizar la operación delictiva implicando dos o más países; con ello se obtiene una situación ventajosa para el blanqueador, pues a menudo la falta de una adecuada colaboración entre autoridades y la heterogeneidad de legislaciones dificulta la persecución del delito¹³⁵.

También hay que tener en cuenta que las inversiones extranjeras son imprescindibles en muchos países para cubrir el déficit público, de modo que esa dependencia de los recursos financieros que llegan del exterior puede provocar una flexibilización de la normativa orientada a comprobar su origen.

3.4.1. MEDIANTE OPERACIONES FINANCIERAS

La interconexión de los distintos mercados bursátiles y la informatización de las operaciones bancarias entre los diferentes países, así como la consolidación de algunas divisas (dólar, euro, yen, etc.) como monedas aceptadas en cualquier transacción internacional han hecho que el mercado financiero se universalice, y la diversificación de inversiones nos lleve a un continuo flujo de capitales circulando por diversas economías nacionales, lo que ha facilitado la expansión del blanqueo al terreno internacional.

¹³⁵ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 61

Este proceso se ha visto además beneficiado por la progresiva liberalización del tránsito de capitales y es realizado mediante las siguientes operaciones:

3.4.2. DEPÓSITO EN ENTIDADES FINANCIERAS DE PARAÍOS FISCALES

El cambio de moneda nacional a divisas más fuertes se realiza generalmente con la intención de proceder posteriormente a su evasión física de país y su depósito en una entidad de un paraíso fiscal. Según el Informe del GAFI¹³⁶ de 28 de junio de 1996 el transporte de moneda en efectivo continúa siendo uno de los principales métodos de blanqueo, estando incluso en un momento de auge.

El terrorismo y los narcotraficantes son los que se benefician de estos paraísos ya que son lugares donde se opera con paraísos bancarios y fiscales (Islas Caimán, Andorra, Gibraltar) facilitando las operaciones de blanqueo de dinero de origen legal e ilegal, mediante el depósito del mismo en entidades bancarias de aquellos territorios.

Este procedimiento se practica con frecuencia con la asistencia de asesores jurídicos y economistas que ejercen su profesión en el paraíso financiero, y que perciben sus honorarios en metálico sin extender facturas. *“El dinero lo trasladan individuos integrados en organizaciones dedicadas especialmente a esta actividad o, en los casos más sencillos, los mismos propietarios. La rentabilidad que ofrecen estas entidades es normalmente superior al 14 por 100 neto (libre de impuestos) difícil de conseguir mediante un depósito en*

¹³⁶ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 258 señala que “los 42 paraísos fiscales acaparan según la ONU el 3% de la riqueza del planeta (5 billones de dólares)”.

*entidad financiera de nuestro país. Finalmente se produce el retorno del dinero al país de origen*¹³⁷.

3.4.3. DEPÓSITOS EN CUENTA CORRIENTE Y MOVIMIENTOS MEDIANTE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL

En el caso de grandes sumas de dinero la evasión física de los fondos resulta muy complicada por el volumen y el peso de billetes¹³⁸ usados; a esto hay que añadir los problemas de seguridad que genera el movimiento de semejantes sumas, por ello con frecuencia se procede al ingreso en efectivo en cuenta corriente del dinero ilícitamente obtenido. Los titulares y apoderados de estas cuentas son “testaferros¹³⁹” y, en muchas ocasiones, utilizan personas jurídicas como cobertura.

La adopción de unas mínimas medidas de seguridad para comprobar la identidad de los titulares y apoderados de estas cuentas puede ser válida desde una perspectiva preventiva, sobre todo cuando se trata de cuentas espontáneas, es decir, cuando la entidad de crédito ni conoce a los que abren la cuenta o sus apoderados, ni son clientes habituales de la misma.

Los esfuerzos por detectar el origen delictivo de los fondos deben concentrarse en este momento en el que el dinero llega por vez primera a una entidad bancaria o de crédito, pues es entonces cuando aún es posible

¹³⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”, Op. Cit., pp. 64 y 65

¹³⁸ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 65 señala que “según el tipo de moneda del país donde se realiza la transacción, se utilizan billetes de baja denominación ya que los beneficios de la venta de cocaína pesan unas treinta veces más que la misma droga”.

¹³⁹ GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op. Cit., p. 91 señala en su obra que uno de los métodos empleados es la intermediación de “hombres de paja” para ocultar la titularidad real y el origen de los capitales utilizados. En estos supuestos se suelen utilizar identidades falsas o pertenecientes a colaboradores de la organización de blanqueo, indigentes, inmigrantes, ancianos, familiares, etc.

establecer y demostrar la existencia de un vínculo directo entre el capital y su ilícito origen. Para evitar el deber de información que la mayoría de legislaciones establecen sobre los movimientos de efectivo que superan una determinada cantidad, se recurre al fraccionamiento de la cuantía global de la operación en ingresos que no superen el límite.

Evidentemente, si no se quiere llamar la atención, esa acción deberá llevarse a cabo implicando al mayor número de testaferros y sucursales posibles, pues de lo contrario no pasará desapercibida al empleado de banca que la considerará como una “operación sospechosa”¹⁴⁰ y emitirá los pertinentes informes (a menos, claro está, que dicho empleado esté involucrado también en el proceso de blanqueo).

Del mismo modo, y con la intención de evitar los férreos controles impuestos y auto-impuestos por bancos y cajas de ahorro, se ha recurrido a transferir esas elevadas sumas de dinero a través de otros canales alternativos, como por ejemplo servicios telegráficos o postales, casas de cambio de divisas, agentes de seguros, etc. Posteriormente el dinero así depositado se traslada mediante orden de transferencia de la cuenta corriente original a otra de una entidad de crédito distinta, este procedimiento se repite en varias ocasiones implicando a entidades de distintos países, con intención de dificultar una posible investigación.

¹⁴⁰ Art. 9 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, del 2 de Diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial Número 240. Señala que “Las Instituciones, están obligadas a informar por escrito o cualquier medio electrónico en el plazo de tres días hábiles a la UIF, de cualquier operación o transacción múltiple realizada por cada usuario que en un mismo día o en plazo de un mes, exceda los quinientos mil colones o su equivalente en moneda extranjera”...

3.4.4. INVERSIÓN EN TÍTULOS VALORES, DESINVERSIÓN Y ENVÍO DE FONDOS AL EXTERIOR

En este supuesto, los fondos que tienen su origen en las actividades delictivas que se realizan generalmente en distintos países se concentran en cuentas secretas de paraísos financieros, a través de los canales habituales en las operaciones bancarias nacionales, como son cheques de viaje, órdenes internacionales de pago, cheques de caja, etc. La conversión del efectivo en estos activos proporciona la posibilidad de transportar fuertes sumas al exterior, atemperando el riesgo de ser descubiertos¹⁴¹.

En otros casos, con la intermediación de las entidades financieras en las que han sido depositados los fondos a nombre de personas o sociedades interpuestas, se invierten éstos en títulos valores emitidos por entidades financieras españolas (obligaciones, bonos, pagarés, etc.) o bien en acciones, seleccionando inversores a corto o medio plazo, ya que se tiene la idea de continuar los actos de distanciamiento del origen ilícito. Al vencer el plazo de amortización de los títulos valores suscritos, se van situando los fondos en otros países y en inversiones diversificadas.

Como en otros casos, eligen los países que más favorecen las inversiones extranjeras y seleccionan los sectores en los que existen menos controles administrativos o policiales. Después, las sociedades o testaferros

¹⁴¹ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos. Op. Cit., p. 241 señala que “para el crimen organizado, resulta importante hacer inversiones que aumenten su poder y así tener los medios para lograr sus fines políticos, económicos y sociales. El crimen organizado invertirá en la medida en que pueda lograr varias metas simultáneamente (liquidez, control de los medios de producción y/o bancos a través de los cuales fluyen las ganancias y poder político.)”

instrumentalizados para realizar la operación desaparecen dificultando una eventual indagación¹⁴².

3.4.5. SIMULACIÓN DE UN CRÉDITO O PRÉSTAMO INTERNACIONAL

Una vez que el dinero se ha colocado en un centro de blanqueo internacional a través de cualquier procedimiento de los que ya hemos comentado, el “problema” para el blanqueador reside en poder disponer de los fondos de nuevo en su país, sin que su devolución pueda considerarse como injustificada; para ello con frecuencia se recurre a la llamada “técnica del préstamo-retorno”, según la cual el banco situado en el paraíso financiero concede un falso préstamo cuya auténtica garantía no es otra que el mismo dinero sucio depositado por el blanqueador, aunque en el contrato de préstamo figuren otras garantías aparentes¹⁴³.

3.4.6. INVERSIONES INMOBILIARIAS A TRAVÉS DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.

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

¹⁴² BLANCO CORDERO I. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p 85; expresa que operan como oficinas que ofrecen grandes ventajas pues permiten en una sola operación el cambio de moneda local a otra extranjera y su inmediata transferencia a un lugar lejano. Por ello, se han establecido sistemas de control de estas oficinas sometiéndolas a las obligaciones que contempla la legislación interna de cada país respecto al blanqueo de capitales.

¹⁴³ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., P 69

De acuerdo a ese plan, ARANGUEZ SÁNCHEZ manifiesta que “se constituyen varias sociedades anónimas en paraísos fiscales; sus consejos de administración estarán formados por testaferros, que no ejercen ningún control efectivo sobre la sociedad, limitándose a realizar tareas administrativas; siempre suelen ser las mismas personas las que figuran como socios y miembros del consejo de administración de distintas sociedades”¹⁴⁴. Dichas sociedades se constituyen con el capital mínimo exigido de acuerdo con la normativa sobre sociedades del país en cuestión y tienen como objeto social la gestión de operaciones de inversión en otros países.

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

Después, las sociedades extranjeras realizan inversiones en el sector inmobiliario de su país, actuando como representante para la gestión del capital invertido la sociedad constituida en el país del blanqueador. El capital colocado cumple la normativa sobre inversiones extranjeras en su país, estando las operaciones autorizadas o, en su caso, verificadas por las autoridades Estatales.

¹⁴⁴ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., P 70.

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

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

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

3.4.7. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN EN EL SECTOR BURSÁTIL

Otra forma para blanquear dinero es la constitución de una sociedad que tiene como objeto social la intermediación en el sector bursátil y se encuentra fuera del control de la Superintendencia del Sistema Financiero en el caso de El Salvador y en otros países cualquier institución Estatal que controle el

Mercado de Valores¹⁴⁵. Para evitar dicho control se puede recurrir a varias artimañas, siendo una de las más efectivas el realizar inversiones directas desde el exterior de nuestro país, teniendo cuidado de que cada uno de los testaferros o empresas interpuestas extranjeras no supere el límite del capital social impuesto, pues en ese caso sería necesaria la verificación administrativa de la operación.

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

3.5. MEDIANTE OPERACIONES COMERCIALES

El enorme volumen de las operaciones de tráfico comercial internacional favorece la posibilidad de que una operación de blanqueo pase inadvertida si

¹⁴⁵ <https://www.bves.com.sv>. (Bolsa de Valores de El Salvador) Mercado de Valores: Es un componente del mercado financiero que abarca al mercado de dinero y al mercado de capitales, a través del cual se puede invertir o captar recursos; a éste concurren quienes necesitan fondos (empresas) y quienes tienen dinero disponible (inversionistas). Por ello, las empresas pueden financiar proyectos, mediante la emisión de Títulos valores (acciones, certificados de inversión, etc.), los cuales otorgan al inversionista dividendos (para el caso de acciones) o pagos periódicos de interés (para los títulos de deuda: certificados de inversión, Eurobonos, entre otros).

se toma la preocupación de elegir los mercados con un menor control o bien se reviste la operación de una apariencia de licitud.

3.5.1. COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS SUPERVALORADAS O INEXISTENTES

Acudir a esta modalidad es muy frecuente ya que al aparentar una exportación e importación se consiguen los documentos legales que amparan el ingreso y la tenencia de divisas para luego monetizarlas.

Los delincuentes se dividen el trabajo criminal algunos aportan sus conocimientos en comercio exterior, otros contribuyen con la falsificación de documentos o prestando su nombre para aparecer como fabricante de mercancía, exportadores, o importadores; los demás ponen al servicio de la empresa criminal sus recursos económicos o, lo que es más deplorable su propia inteligencia. El exportador ficticio por lo general también es cuando menos en apariencia y en lo ajeno a la comisión del delito, una persona responsable y de elevado estatus social, que delinque en el desarrollo de su profesión, circunstancia que lo convierte en delincuente de cuello blanco¹⁴⁶.

ARANGUEZ SÁNCHEZ, describe un modo de operar por parte del blanqueador en el cual *“éste abre una cuenta corriente en divisas o en moneda nacional convertibles, usualmente utilizando a personas o entidades interpuestas y a menudo contando dentro del banco o caja con algún colaborador que consigue que las cuentas corrientes no se registren, y de este modo se evita el control de los órganos de auditoría interna de la entidad respecto a la auténtica titularidad de las mismas; posteriormente ese testaferro realiza o simula un contrato de importación de una determinada*

¹⁴⁶ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos, Op. Cit., p. 255

*mercancía con una compañía del país donde se quieren situar las divisas. El importe de la operación se sobrevalora, o incluso se inventa si se trata de un contrato simulado*¹⁴⁷. El importador realiza el pago de la operación mediante un cheque bancario o una orden de transferencia contra las cuentas en moneda extranjera, para abonar en otra cuenta que se ha abierto en un banco del lugar donde se quiere situar el dinero.

3.5.2. DEVOLUCIÓN DE LAS MERCANCÍAS A TRAVÉS DE CONTRABANDISTAS

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

En efecto, se abona el precio de las piedras preciosas que realmente llegan a nuestro país, quedando la constancia documental oportuna en la inspección aduanera. Pero una vez en el país de la empresa A son devueltas a través de contrabandistas a su lugar de origen. La operación se repite cuantas veces se crea oportuno, y finalmente la empresa A se declara en quiebra y desaparece.

El dinero transferido al país elegido se puede justificar siempre como el producto de esas ventas de piedras preciosas; la ventaja de este método respecto al anterior reside en que en este último caso se cuenta con los documentos aduaneros que acreditan que efectivamente circuló la mercancía, recordemos que al realizarse generalmente estas operaciones

¹⁴⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., P 73

mediante un crédito documentario internacional se requieren las citadas certificaciones aduaneras para hacerlo efectivo.

Una variante de este sistema es descrita por ZARAGOZA AGUADO quien se refiere a la posibilidad de utilizar un contrato de compraventa de mercancías de futuro; *“en este caso el blanqueador pretende repatriar fondos previamente depositados en otro país en el que se constituyó una sociedad tapadera, la sociedad del país extranjero firma un contrato de exportación de mercancías a la empresa del país donde se pretende introducir el dinero blanqueado, ambas compañías son controladas realmente por el blanqueador a través de testaferros, el blanqueador espera hasta el momento en el que el mercado de ese producto experimente un alza (la inflación por la inercia del paso del tiempo facilitará que se produzca esa situación). Entonces reclama la mercancía, con lo que la compañía compradora se imputa un determinado beneficio que lógicamente será contabilizado como pérdida en la sociedad exportadora, Con esto se ha justificado el movimiento de efectivo de un país a otro, aunque ciertamente este procedimiento requiere una gran infraestructura en relación a la cantidad de dinero que se puede blanquear sin llamar la atención”*¹⁴⁸.

3.5.3. REVENTA DE PASAJES AÉREOS EN VUELOS INTERNACIONALES

Se trata de un mecanismo que tiende a eludir los controles establecidos en países con un estricto control de cambio, y que ha generado numerosas perturbaciones en el comportamiento normal del mercado de boletos de avión; *“los boletos se adquieren a la compañía aérea en moneda local,*

¹⁴⁸ ZARAGOZA AGUADO, JAVIER ALBERTO. El Blanqueo de Dinero, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1994. p 140

*volviéndose a vender posteriormente en el país elegido a través de agencias de viaje normalmente a un precio inferior al de compra (este sería el coste del blanqueo)*¹⁴⁹. El gran inconveniente de este procedimiento para el blanqueador es que la inestabilidad de la demanda de boletos de avión no le garantiza cuál será el precio de reventa.

3.6. TIPOLOGÍA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS SEGÚN LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

En los apartados anteriores se ha tratado la tipología de Lavado de Dinero y Activos desde los diferentes autores, que son reconocidos por la comunidad jurídica como los máximos exponentes en el tema objeto de estudio; a partir de ello a continuación expondremos los delitos generadores que el legislador al promulgar la ley consideró como los mecanismos idóneos para el crimen organizado en el cometimiento del delito de lavado de dinero y activos.

En este sentido para efectos didácticos y mayor comprensión nos referiremos únicamente a las conductas típicas de los delitos generadores de lavado de dinero y activos; pues no analizaremos el injusto penal en su generalidad, por que serian objeto de otro estudio.

La Ley Contra Lavado de Dinero y Activos en su Art. 6 estipula lo siguiente: *“Estarán sometidos a la presente Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, y de manera especial en lo que fuere aplicable los siguientes delitos: a) Los previstos en el capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; b) Comercio de personas; c)*

¹⁴⁹ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos, Op. Cit., p. 259

Administración fraudulenta; d) Hurto y Robo de vehículos; e) Secuestro; f) Extorsión; g) Enriquecimiento ilícito; h) Negociaciones ilícitas; i) Peculado; j) Soborno; k) Comercio ilegal y depósito de armas; l) Evasión de impuestos; m) Contrabando de mercadería; n) Prevaricato; o) Estafa; y, p) Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas”¹⁵⁰

Del artículo anterior se deduce que es indiferente la naturaleza del delito generador o del delito previo; puesto que debe tenerse en cuenta que la anterior relación no agota con exhaustividad todas aquellas actividades que pueden originar un rendimiento económico o el acceso a bienes que pueda ser presupuesto de la comisión de los delitos recogidos en esta ley especial¹⁵¹.

De hecho, lo que el artículo 6 hace es someter al ámbito de aplicación de esta ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, es decir, medios capaces de producir un rendimiento económico o convertirse ellos mismos en un rendimiento de tal índole¹⁵².

¹⁵⁰ Art. 6 de la *Ley Contra Lavado de Dinero y Activos*.

¹⁵¹ Somos del criterio que el legislador trato de realizar una guía de las actividades delictivas generadoras de rendimientos económicos que sirven como herramientas para el Lavado de Dinero y Activos.

¹⁵² En este sentido consideramos que la ley en el literal p) del art. 6, riñe con el principio de seguridad jurídica regulado en el art. 2 de la constitución de la República de El Salvador, en cuanto a "la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. (Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2). Al analizar este criterio jurisprudencial vemos que el espíritu de la constitución respecto a este principio se basa en garantizar derecho y obligaciones previamente establecidas por la misma y demás leyes secundarias; para el caso concreto el literal p) del art. 6 donde se expresa “ todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas” deja abierta la posibilidad de una interpretación arbitraria de conductas delictivas que trascienden a la aplicación de la ley.

FRANCISCO MORENO CARRASCO, es de la idea que “*el aspecto que propiciará mayores problemas será el de ligar directa o indirectamente el bien con la actividad delictiva*”¹⁵³; su postura radica precisamente en el empleo por la ley de una expresión tan gráfica como la de "lavado" la cual hace referencia al hecho de que la acción emprendida por los sujetos implicados es la de hacer desaparecer de los rendimientos económicos o patrimoniales; es decir, cualquier signo que pueda ligarles con una actividad delictiva que pudiera imputarse al sujeto, por lo que la relación indirecta fundamentalmente consiste en un problema de prueba que se llevará a cabo a través de la acreditación de vínculos económicos o jurídicos con el producto más inmediato de la actividad delictiva, de manera que el bien es el resultado directo de esa actividad o lo es de actividades económicas o jurídicas que se han ido enlazando y que han tenido su objeto inicial en el citado bien, por ello se descubre una tendencia definida por el ánimo de someter al inicial rendimiento económico o patrimonial a transformaciones que tengan como efecto la desvinculación de la ilícita actividad que lo generara.

¹⁵³ MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L. *Código Penal Comentado*, Publicado por el Consejo Nacional de la Judicatura, segunda Edición, San Salvador, El Salvador, Abril de 2005

CAPITULO 4

CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL SALVADOR

Sumario: 4.1. Bien Jurídico del Delito de Lavado de Dinero y Activos, 4.2. El Blanqueo de Capitales como Delito Pluriofensivo, 4.3. La Administración de Justicia como Bien Jurídico Protegido, 4.4. El Orden Socioeconómico como Bien Jurídico Protegido, 4.5. Bien Jurídico Protegido por el Delito de Lavado de Dinero y Activos en El Salvador, 4.6. Surgimiento de la Conducta Típica del Delito de Lavado de Dinero y Activos, 4.7. La Incorporación del Lavado de Dinero Y Activos al Derecho Penal Latinoamericano, 4.7.1. Modalidades de Tipificación, 4.7.2. Problemas Prácticos de La Tipificación, 4.8. Los Comportamientos Descritos en los Instrumentos Internacionales, 4.8.1. Conductas Realizadas con la Intención de Ocultar o Encubrir, 4.8.1.1. La Conversión de Bienes Procedentes de un Delito Grave, 4.8.1.2. La Transferencia, 4.8.1.3. La Ocultación o Encubrimiento, 4.8.1.4. La Ocultación, 4.8.1.5. El Encubrimiento, 4.9. Conductas Realizadas sin Intención de Ocultar o Encubrir, 4.9.1. La Adquisición de Bienes, 4.9.2. El Transporte, 4.9.3. La Posesión y la Tenencia.4.9.3.1. Identificación entre Tenencia y Posesión, 4.9.3.2. Distinción entre Tenencia y Posesión, 4.9.4. La Utilización, 4.9.4.1. Necesidad de Restricción De La Interpretación Del Término Utilización, 4.9.5. La Administración, 4.10. El Problema de las Acciones Socialmente Adecuadas, 4.11. Conducta Típica del Delito de Lavado de Dinero y Activos en El Salvador, 4.11.1. Sujeto Activo de La Acción Típica de Lavado de Dinero y Activos, 4.11.2. Tipo Objetivo, 4.11.2.1. La Acción, 4.11.2.2. El Objeto, 4.11.2.3. El Resultado, 4.11.2.4. El Delito Precedente, 4.11.3. Tipo Subjetivo, 4.12. “Casos Especiales” de Lavado de Dinero y Activos, 4.13. Encubrimiento en El Delito de Lavado de Dinero y Activos, 4.14. La Comisión Culposa, 4.15. Hacia un nuevo Modelo de Tipificación del Lavado de Dinero Y Activos.

Para abordar el tema de la configuración típica del delito de lavado de dinero es necesario hacer un abordaje de aspectos sustanciales como lo es el bien jurídico temática que es de suma importancia para hacer un análisis de la estructuración del tipo básico del delito de lavado de dinero y activos.

4.1. BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Siempre fueron una preocupación de la doctrina los bienes jurídicos protegidos por el legislador; es decir, cuando el legislador crea un tipo penal

siempre debe buscar la protección de un bien jurídico. Es que hay determinados entes por los cuales el legislador se interesa y expresa este interés en una norma jurídica, lo que hace que sean considerados en sentido jurídico como bienes (bienes jurídicos), y cuando el legislador penal quiere tutelar esta norma penando su violación con una pena, los bienes jurídicos pasan a ser bienes jurídicos penalmente tutelados.

De acuerdo a MIR PUIG, *“el concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos: 1) En el sentido político criminal (de lege ferenda) de lo único que merece ser protegido por el derecho penal (en contraposición sobre todo a los valores solamente morales); 2) En el sentido dogmático (de lege data) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate, afirmando que interesa el sentido dogmático de bien jurídico, como “objeto de la tutela jurídica”: por ejemplo la vida, la propiedad, la libertad el honor etc., en cuanto el código penal castiga determinados ataques en contra de estos bienes.”*¹⁵⁴

4.2. EL BLANQUEO DE CAPITALES COMO DELITO PLURIOFENSIVO

Como un delito de carácter pluriofensivo, es decir, que protege más de un bien jurídico, lo considera VIDALES RODRÍGUEZ. Para esta autora el delito de legitimación de capitales, como así lo denomina, supone inicialmente un atentado contra la administración de justicia, en la medida que a través de la conversión y transferencia de los capitales ilícitamente obtenidos, de alguna manera se esta dificultando que el delito previo, en el que tienen origen los bienes sean descubiertos¹⁵⁵. Pero para VIDALES RODRIGUEZ, cuando el

¹⁵⁴ MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho Pena len el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, España, Ariel, 1994. p 134

¹⁵⁵ VIDALES RODRIGUEZ. *Los Delitos de Receptación, legitimación de Capitales en el código Penal*, Valencia, España, 1997. p 85

sujeto pretende darle una apariencia de legalidad a los capitales, generalmente tendrá que recurrir a otros delitos que atentan contra el orden socioeconómico, como pueden ser la evasión de capitales, la creación de sociedades ficticias como la falsificación de balances, etc.¹⁵⁶.

De este modo el ataque al orden socioeconómico se constituye como un medio a través del cual se lleva a cabo la conducta legitimadora de capitales. Pero es además agrega la legitimación de capitales supone la lesión a otros interés económicos que no encuentran protección en la norma penal como, por ejemplo, la compraventa de inmuebles en determinadas zonas de alguna ciudad o la libre competencia.

Según la autora en referencia el carácter pluriofensivo de este delito se desprende de la siguiente manera:

- a) Su ubicación sistemática,
- b) La pena de multa, tiene estar fijada en relación al valor de los bienes legitimados,
- c) La pena correspondiente al delito previo que no opera como limite máximo respecto de la pena privativa de libertad que haya de imponerse al legitimador, y
- d) La sanción con que se amenaza la realización de estas conductas, que supera tanto a la que corresponde al delito de encubrimiento como a la establecida para otros delitos¹⁵⁷.

¹⁵⁶ VIDALES RODRIGUEZ. *Los Delitos de Receptación, legitimación de Capitales en el código Penal*, Op. Cit. p 93

¹⁵⁷ *Ibidem*.

4.3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hay autores que consideran que la administración de justicia, es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo, entre ellos BLANCO CORDERO por considerar principalmente que se encuentran ubicados en el título de los delitos contra la administración de justicia en la mayoría de las legislaciones internas de los países principalmente de Europa¹⁵⁸.

En sentido contrario se ha argumentado que la administración de justicia no es el interés tutelado prioritariamente por el blanqueo. Es cierto que el blanqueo de bienes procedente de los delitos graves puede entorpecer la detección del ilícito previo por las autoridades encargadas de la persecución de tales delitos y al mismo tiempo, dificulta el comiso de esos bienes por parte del Estado. Así, en determinados supuestos el blanqueo de capitales lesiona incidentalmente la administración de justicia, pero eso no significa que el bien jurídico protegido sea la administración de justicia.

SUAREZ GONZALEZ, critica que el bien jurídico protegido sea la administración de justicia, bajo el argumento de que no se puede sostener que la aplicación de la pena del encubrimiento a los supuestos de blanqueo sería mínima y no se correspondería con la gravedad de los hechos, pues de todas formas no se explicaría donde estriba el plus de gravedad y tampoco se explicaría por qué para dotar de protección a la administración de justicia habría que imponerse en este caso una pena mas severa que la que

¹⁵⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de blanqueo de Capitales*, Op. Cit. p 220

correspondería de conformidad con las reglas generales cuando el encubrimiento lo es de otras manifestaciones delictivas¹⁵⁹.

En sentido similar ARANGUEZ SANCHEZ, señala que “*la administración de justicia no es el interés tutelado prioritariamente por una serie de razones*”¹⁶⁰. La crítica de este autor en cuanto al considerar la administración de justicia como el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo, advierte que es más evidente cuando un delincuente dedica las ganancias del delito a algunos de estos dos fines: reinversión en la actividad criminal o blanqueo. El dinero que promueve con mayor intensidad el mantenimiento en la actividad y solo más indirectamente, el que se blanquea¹⁶¹.

¹⁵⁹ SUAREZ GONZALEZ, CARLOS. *Blanqueo de Capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación Española*, cuadernos de política criminal, N°58, Madrid, 1996. p 146.

¹⁶⁰ GALLEGARI, André Luís. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op. Cit. p. 116 retoma las ideas de ARANGUEZ SANCHEZ al señalar que la administración de justicia no es el interés tutelado prioritariamente por las siguientes razones: 1) El blanqueo no siempre afecta al descubrimiento del delito previo, o al comiso del producto de un delito; 2) la opción de la administración de justicia como único bien jurídico supone renunciar en realidad a la existencia de una nueva necesidad político criminal que conduce a incriminar el blanqueo, pues estas conductas no se serían, desde esa perspectiva, si no simplemente una nueva forma de comisión del tradicional delito de encubrimiento (en sus modalidades de favorecimiento real o complementario); 3) cuando se parte de la administración de justicia como bien jurídico protegido, y entiéndase el blanqueo como una conducta afín al encubrimiento; 4) al adoptarse esa perspectiva no se comprendería por que todos los textos internacionales, y la mayoría de los ordenamientos internos, sanciona al autor o partícipe del delito previo por el posterior blanqueo de sus ganancias, sin recurrir al privilegio del autoencubrimiento, que mantienen para el delito de encubrimiento; 5) cuando se parte de que la administración de justicia es el único interés tutelado por el blanqueo no se explica porque todos los ordenamientos sancionan con mucha mayor severidad el blanqueo que el encubrimiento; 6) en cuanto a la prevención de la comisión de delitos como finalidad perseguida por la administración de justicia.

¹⁶¹ ARANGUEZ SANCHEZ. *El delito de blanqueo de Capitales*. Op. Cit. P 94 de lo expuesto por este autor podemos concluir que efectivamente no se puede considerar a la administración de justicia como el bien jurídico tutelado en el delito de blanqueo de capitales, pues no tiene cabida proteger a penas una forma de encubrimiento en el que el blanqueador aprovecha las ganancias obtenidas con la comisión del delito previo. Además, la mayoría de los ordenamientos sancionan al autor del delito previo también por las conductas blanqueadoras reconociendo el privilegio del “Autoencubrimiento” al autor o partícipe del delito previo.

4.4. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El orden socioeconómico constituye un objetivo político criminal, que suele servir de criterio sistematizador, para agrupar determinadas figuras delictivas, bajo ese denominador común. Tiene una forma de manifestación que en sentido estricto, puede entenderse como “regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”; y en sentido amplio como “regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹⁶²”.

En todo caso nos encontramos ante uno de los delitos socioeconómicos en sentido estricto, al darse en él todos los requisitos que para ser incluidos en dicha categoría, poseen como interés jurídico inmediato o directamente protegido un bien de naturaleza supraindividual general que afecta a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, llevando aparejada por esta razón una problemática jurídica común, político criminal y dogmática, sustantiva y procesal que dota de incuestionable homogeneidad científica a este grupo delictivo.

Pero hay otros autores que fundamentan el orden socioeconómico como bien jurídico en el delito de blanqueo, como las que dicen relación con la propia realidad, la cual muestra que la conducta del autor del blanqueo viene a superar, en primer lugar lo estrictamente patrimonial (el comportamiento de los blanqueadores no supone la continuidad de la situación antijurídica, causada por el anterior delito produciendo así una nueva lesión, impidiendo o reduciendo las posibilidades de volver a la originaria situación lícita, al disfrute de derechos patrimoniales por el sujeto pasivo), o en segundo lugar,

¹⁶² GALLEGARI, André Luís. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op. Cit. p. 118

los intereses del buen funcionamiento de la administración de justicia, puesto que la peligrosidad de estos comportamientos reside fundamentalmente en la desestabilización del mercado y de la economía¹⁶³.

De acuerdo con ARANGUEZ SÁNCHEZ la máxima expresión de esta forma de deslealtad competitiva es el blanqueo de capitales de ilícita procedencia, pues en estos supuestos la ventaja obtenida por el blanqueador respecto de quienes concurren con él en el mercado alcanza sus máximas cuotas. Por eso, el capital con el que cuenta una determinada empresa constituye una de sus principales bases para desarrollar con éxito sus actividades en un mercado competitivo. Así la existencia de agentes económicos que cuentan con una fuente de capital ilícita casi ilimitada y a un coste económico muy inferior al del capital legalmente obtenido supone un duro golpe a la competencia leal.

Por ello ARANGUEZ SANCHEZ, no centra la lesividad del blanqueo en el orden socioeconómico, pues centrarse en él supondría desconocer otros efectos perniciosos del blanqueo¹⁶⁴. Es que la incriminación del blanqueo puede servir para desincentivar la comisión de futuros delitos, porque se dificulta el acaparamiento de riqueza que persiguen en muchas ocasiones los delincuentes, y también la inclusión del delito de blanqueo en la legislación penal puede ser un factor que coadyuve a la pérdida de las organizaciones criminales por asestar un duro golpe en sus estructura. De todas formas, en la opinión del autor estos efectos son colaterales e incidentales, pues el interés fundamental que está llamado a tutelar el blanqueo de capitales es la leal competencia en el orden socioeconómico.

¹⁶³ GALLEGARI, André Luís. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op. Cit. p. 119

¹⁶⁴ ARANGUEZ SANCHEZ. *El delito de blanqueo de Capitales*. Op. Cit. p 98

La mayoría de la doctrina que ha estudiado el delito de blanqueo de capitales y su problemática se inclina en considerar que las maniobras de blanqueo constituyen un grave ataque al orden socioeconómico cuyos efectos no debería ser desdeñado por el ordenamiento jurídico. Aunque haya opiniones respetables en la doctrina en sentido contrario, el orden socioeconómico queda afectado por la comisión del delito de blanqueo de capitales. No obstante se sostenga que no afecta la libre competencia, el coste para la obtención de los capitales de origen ilícito es menor que el coste para la obtención del capital de origen lícito. Lo que es mayor o igual es el riesgo para la obtención de los capitales de origen ilícito. Sin embargo, obtener el capital de origen ilícito a un coste menor e ingresar en el sistema financiero es lo que justifica la protección del orden socioeconómico como bien jurídico protegido.

4.5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS EN EL SALVADOR

Mayoritariamente se acepta que un delito es pluriofensivo cuando tutela inmediatamente más de un bien jurídico. Sin embargo, si bien no podemos negar que a través de la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes se esta protegiendo otro bien jurídico como es la administración de justicia; JUANA DEL CARPIO DELGADO es de la opinión que “*esta protección es solo mediata*”. Si bien un hecho delictivo puede lesionar o poner en peligro una pluralidad de bienes jurídicos, para determinar su naturaleza hay que atender exclusivamente a los que resulten específicamente protegidos por él¹⁶⁵.

¹⁶⁵ DEL CARPIO DELGADO, JUANA. *El Delito de Blanqueo de Bienes en el nuevo Código Penal*. TIRANT LO BLANCH, Valencia, España 1997. pp 63 y 64 Esta autora sostiene que cuando se lleva a cabo todo el proceso para ocultar la procedencia delictiva de los bienes y posibilitar su incorporación al tráfico económico, se puede entorpecer la labor de la administración de justicia en la investigación y

Por otro lado, la postura de quienes entienden que es la administración de justicia, el bien jurídico protegido por este delito tiene el inconveniente de incidir solamente en un aspecto parcial del blanqueo de bienes. Es cierto, como se ha expuesto con anterioridad que cuando se lleva a cabo el blanqueo de alguna manera se esta imposibilitando el descubrimiento de la comisión del delito previo por parte de la administración de justicia¹⁶⁶.

Además entender que lo que se protege es la administración de justicia supone que la lucha debe ir dirigida al descubrimiento de la comisión del delito que origina los bienes, labor que ya tiene su fundamento cuando se tipifica el encubrimiento como delito contra la administración de justicia. De esta forma se dejaría de prestar atención a aquello en lo que realmente incide el blanqueo de bienes, es decir en el orden socioeconómico, pues no hay que olvidar que este delito es de naturaleza eminentemente económica.

En el caso particular de El Salvador el delito de lavado de dinero y activos, se encuentra regulado en una ley especial; es decir el legislador considero, que debido a su impacto dentro de la sociedad era menester que se le proporcionara a este delito un tratamiento especial y es por ello la razón de regularse dentro de una ley especial, la cual a la vez no especifica el bien jurídico que protege el lavado de dinero, pues esta situación genera un vacío, pues al no estar incluido dentro del Código Penal y por ende dentro de un capítulo que pueda orientar el tipo de bien jurídico que se tutela, produce incerteza respecto al bien jurídico que el legislador pretendía tutelar al momento de promulgar la ley especial. Es por ello que para llegar a una aproximación al bien jurídico tutelado, se toma en cuenta como fuente

descubriendo de la comisión de hechos delictivos, el tipo de blanqueo de bienes supone algo más, en la medida en que la incorporación de esos bienes ataca a uno de los elementos del orden socioeconómico.

¹⁶⁶ *Ibidem*

material la doctrina que mayoritariamente considera al orden socioeconómico como el bien jurídico protegido y que es retomado por la jurisprudencia de El Salvador en los casos que se han judicializado por el delito de lavado de dinero; no obstante ello no significa que optemos porque este sea el bien jurídico a proteger pues, a nuestro entender, el orden socioeconómico no puede constituirse como bien jurídico inmediatamente protegido ni de este ni de ningún otro delito.

4.6. SURGIMIENTO DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

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

“Esto es, por aquel entonces, se asume únicamente como necesidad táctica la detección y congelamiento de los activos derivados del narcotráfico, pero todavía no se decide calificar el manejo y transformación de los mismos en conducta punible específica” ¹⁶⁷. De allí que las diferentes reuniones de expertos en políticas internacionales contra el narcotráfico, que tienen lugar

¹⁶⁷ PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. *La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas*. CICAD-OEA p 1

entre Octubre de 1983 y Noviembre de 1984, se circunscriban también a proponer solamente medidas de fiscalización y decomiso. Es más, al surgir en Diciembre de 1984 la iniciativa de elaboración de una nueva Convención ONU para la represión del tráfico ilícito de drogas, a través de la Resolución 39/141 de la Asamblea General, la Comisión de Estupefacientes en 1985 hizo público un primer “Proyecto de Convención contra el Narcotráfico”, el cual no considera entre las conductas criminalizables al lavado de dinero.

Sin embargo, un año después, ya en junio de 1986, al publicarse un nuevo “Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, la Comisión de Estupefacientes de la ONU propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un delito autónomo. En tal sentido, el artículo 2 de dicho proyecto precisaba que las Partes deberán adoptar las medidas necesarias para definir como delitos graves en su legislación penal: “c) La adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado del tráfico ilícito o utilizado en ese tráfico”¹⁶⁸.

A partir, pues, de esta decisión, el lavado de dinero comienza a ser evaluado como una conducta que puede posibilitar mejores opciones para el control del narcotráfico. Razón por la cual el “Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras en Materia de Fiscalización del Uso Indevido en Materia de Drogas¹⁶⁹”, aprobado 1987 por las Naciones Unidas, consideró como uno de sus objetivos esenciales, la adecuación de las normas penales para una

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ La Asamblea General de las Naciones Unidas decidió celebrar el 26 de junio el Día Internacional de la lucha contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, como forma de expresar su determinación de consolidar la acción y la cooperación en todos los planos a fin de alcanzar el objetivo de una sociedad internacional libre del uso indebido de drogas. La Asamblea tomó esa medida el 7 de diciembre de 1987, sobre la base de lo recomendado por la Conferencia Internacional sobre el Uso Indevido y el Tráfico Ilícito de Drogas, que había aprobado el 26 de junio de 1987 el Plan Amplio y Multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas.

mayor eficacia, y dentro de las “medidas sugeridas” a cada Estado proponga la necesidad de definir como delito: “La adquisición, posesión temporal, transferencia o blanqueo del producto o los instrumentos derivados del tráfico ilícito utilizados en ese tráfico”. Asimismo, dicho documento estratégico definió de modo detallado un importante conjunto de medidas destinadas a la prevención y detección de los actos de lavado de dinero. Para lo cual se recomendaban, entre otras medidas, las siguientes:

“Las asociaciones bancarias, las sociedades de inversión y otras instituciones análogas deben elaborar códigos de conducta por los que sus propios miembros se comprometan a ayudar a las autoridades a detectar las ganancias derivadas de las actividades del tráfico ilícito¹⁷⁰. Con sujeción al respeto de los principios fundamentales de la legislación nacional, en la legislación podrían preverse multas u otras penas para el personal o los directores de esas empresas que hayan participado (o facilitado) con conocimiento de causa en planes para ocultar información relativa a tales transacciones.

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

¹⁷⁰ Por ejemplo los Arts. 11 a 14 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, Obligaciones que sugiere el reglamento a las instituciones Financieras y demás personas jurídicas que pueden ser considerados sujetos activos.

de empresas, así como en cualquier registro estadístico o financiero accesible que puede revelar desequilibrio entre el ingreso declarado y un nivel de gastos ostentoso.

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

La Convención de Viena avala, pues, la alternativa criminalizadora del lavado de dinero como medida efectiva para agotar la operatividad del narcotráfico, a través de la detección e intervención de sus bienes y capitales, lo que traería consigo la inmovilización económica y financiera de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito. En consecuencia, la Convención en los incisos b y c del artículo 3 obliga a las Partes a tipificar los siguientes delitos¹⁷¹:

1. La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados como tráfico ilícito de drogas por el inciso a del artículo tercero de la Convención, o de un acto de participación en dicho delito, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

¹⁷¹ Art. 3 incisos b y c de la Convención de Viena

2. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados como tráfico ilícito de drogas, o de actos de participación en dicho delito.

3. La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados como tráfico ilícito de drogas o de un acto de participación en tal delito.

Como bien apunta Díez Ripollés la Convención de Viena consagra, pues, al lavado de dinero, como un delito independiente y asimilable a través de sus formas de realización a una “variedad singular de receptación”¹⁷².

De otro lado, la amplitud de conductas susceptibles de considerarse derivadas o conexas con los ingresos del tráfico ilícito de drogas permitirían, como sostiene Saavedra Rojas, que en lo sucesivo “*el dinero proveniente del narcotráfico que se invierta en una industria o en un comercio lícito, los bienes derivados de la actividad ilícita y como tales deben ser entendidos como producto y de acuerdo a lo pactado internacionalmente, serían susceptibles de ser decomisados*”¹⁷³.

¹⁷² DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Editoriales Tecnos. Madrid, 1989, p. 18

¹⁷³ SAAVEDRA ROJAS, EDGAR. *La Política Criminal del Narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988*. Conferencia. Abril 1989 p. 28

4.7. LA INCORPORACIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS AL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO

La incorporación de los actos de lavado de dinero en el Derecho Penal interno de los países latinoamericanos fue el resultado de un proceso paulatino y que se originó a partir de 1989. Como ya se mencionó entre las obligaciones contraídas por los Estados que suscribieron la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, figuraba, con carácter preeminente, la criminalización específica de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de los bienes y capitales que se hubieran originado o derivado de la realización de operaciones de narcotráfico. Debido a ello los países de la Región comenzaron a ensayar modelos de tipificación de tales ilícitos.

Los primeros países que introdujeron en su legislación un tipo penal sobre lavado de dinero fueron Argentina (1989) y Ecuador (1990). Luego en la primera mitad de la década del 90 lo hicieron otros países Perú (1991), Chile (1993) y Colombia (1995). Los demás países del hemisferio, en cambio, recién legislan sobre el delito que nos ocupa en las postrimerías del siglo pasado. Ese fue el caso entre otros de México (1996), Bolivia (1997), Brasil (1998), Cuba (1999) y Uruguay (1998)¹⁷⁴.

A la fecha, pues, la experiencia legislativa latinoamericana es, por tanto, menos rica en desarrollos y problemas aplicativos que la que ya se ha adquirido en los Estados Unidos de Norteamérica donde los precedentes legislativos se remontan a 1956, aunque el delito de lavado de dinero recién

¹⁷⁴ PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. *La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas*. Op. Cit., p 3

es reprimido como tal en 1986, a través de la Ley de Control al Lavado de dinero (Money Laundering Control Act of 1986). Ahora bien, los únicos antecedentes latinos de tipificación y sanción del lavado de dinero, anteriores a la Convención de Viena, los encontramos en el Código Federal de México y en la Ley 23 panameña de 1986¹⁷⁵.

4.7.1. MODALIDADES DE TIPIFICACIÓN

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

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

La segunda modalidad de tipificación que hemos observado se desarrolla en Latinoamérica, corresponde a una etapa posterior al Reglamento Modelo de la CICAD-OEA¹⁷⁶. Se caracteriza por promover la apertura de los alcances

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ A principios de los años '90, los representantes de los Estados Miembros de la OEA sostuvieron en la Declaración y Programa de Ixtapa la necesidad de una "legislación que tipifique como delito toda actividad referente al Lavado de Activos relacionada con el tráfico ilícito de drogas y que posibilite la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de tales activos"; entonces, la

de la tipicidad penal de los actos de lavado hacia el producto de otros delitos graves distintos al tráfico ilícito de drogas. En este período la tendencia predominante busca incluir el delito de activos dentro de los Códigos Penales y fuera de la influencia directa de los delitos de narco tráfico.

Una tercera modalidad de tipificación que hemos encontrado es más reciente y busca asimilar los actos de lavado a las formas de receptación patrimonial o encubrimiento real. También, en esta fase se van a incorporar nuevas hipótesis delictivas autónomas, para sancionar los actos de “omisión de reporte de transacciones financieras sospechosas”; es de mencionar que a diferencia de lo ocurrido en Europa, los legisladores latinoamericanos no se deciden a criminalizar actos de lavado culposos¹⁷⁷. Es más, un ejemplo de esta situación podemos mencionar la voluntad legislativa que al respecto desarrolló la reforma argentina del 2000 fue rápidamente neutralizada al dejarse sin efecto tal posibilidad.

En cuanto a la ubicación sistemática de los delitos de lavado, éstos han transitado desde una dependencia absoluta al sistema del tráfico ilícito de drogas hasta ubicarse últimamente como sistema delictivo autónomo o vinculado a los delitos contra la administración de justicia como ha ocurrido en Colombia y Uruguay¹⁷⁸.

CICAD convocó a una Reunión de Grupo de Expertos con el cometido de redactar un Reglamento Modelo. Luego de seis reuniones, el Reglamento Modelo sobre Delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y Delitos Conexos fue concluido, siendo aprobado por la Asamblea General de la OEA realizada en Bahamas, en mayo de 1992.

¹⁷⁷ A excepción de El Salvador, el cual en la Ley contra Lavado de Dinero y activos en su art. 8 regula en encubrimiento culposo figura que será analizada con mayor precisión más adelante.

¹⁷⁸ Existen diferentes teorías a nivel doctrinario que han analizado el delito de lavado de dinero y activos como un delito autónomo al delito previo o delito precedente como se tratara más adelante en un apartado especial; así como ya se abordó en la parte final del capítulo anterior las diferentes teorías sobre el bien jurídico que protege el delito de lavado de dinero.

Sin embargo, es la penalidad que se ha conminado para tales delitos, la que expresa en nuestra Región, con mayor nitidez, la evolución paulatina y dispersa del proceso de criminalización primaria del lavado de dinero. En este nivel algunos países exageraron la punición de tales actos, al extremo que en Perú los actos de lavado que se realizan a través del sistema de intermediación financiera, son sancionados con “Cadena Perpetua”, mientras que en Ecuador no alcanzan una penalidad superior a 12 años de reclusión, en tanto que en Venezuela tales actos podrían ser reprimidos con penas de hasta 25 años de prisión.

4.7.2. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA TIPIFICACIÓN

Ahora bien, la actual configuración típica del lavado de dinero en sus diferentes modalidades ha generado varios problemas al momento de su interpretación judicial. En lo esencial, el problema mayor se ha materializado en la exigencia probatoria que deriva de vincular los actos de lavado con el producto de un delito concreto. Esto es, la dependencia probatoria de los actos de lavado de la prueba, a su vez, del delito del cual proceden los capitales lavados. Con esta actitud judicial, la pretendida autonomía normativa y dogmática del delito de lavado de dinero, ha sido considerablemente relativizada. Es más, un desarrollo jurisprudencial minoritario ha planteado incluso la necesidad de una condena por el delito fuente para poder condenar luego por lavado¹⁷⁹.

Esta dificultad sin embargo, no obedece exclusivamente a una actitud formalista o reaccionaria de las instancias jurisprudenciales, y tampoco podría afirmarse categóricamente que esa línea de interpretación, responde

¹⁷⁹ PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. *La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas*. Op. Cit., p 4

a un atávico interés del órgano jurisdiccional por desconocer la pertinencia y validez de la prueba indiciaria en la investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos; VICTOR SALDARRIAGA ¹⁸⁰, considera que ni lo uno ni lo otro. La exigencia judicial y que anula la independencia probatoria de los actos de lavado es consecuencia de la técnica legislativa empleada para tipificar el delito. Efectivamente, ha sido el legislador quien en la redacción de los elementos objetivos del tipo ha “ligado” la procedencia de los bienes lavados con un delito previo que los ha generado de modo original o derivado. Veamos al respecto algunos ejemplos:

MODELO I: *Código Penal Peruano, Art. 296 A. “El que intervienen en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiere conocido ese origen o lo hubiere sospechado¹⁸¹”*

MODELO II: *Código Penal Argentino, Art. 278. “Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/. 50.000), Sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí¹⁸²”*

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² *Ibidem.*

MODELO III: Decreto Ley, 14294 del Uruguay, Art. 54. “El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos será castigados con pena de 20 meses de prisión a diez años de penitenciaría¹⁸³”

MODELO IV: Ley No. 9613 Brasileña, Art. I. “Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movilización, o propiedad de bienes, derecho o valores provenientes directa o indirectamente de crímenes: I. De tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines; II. De terrorismo; III. De contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción; IV. De extorsión mediante secuestro; V. Contra la administración pública, inclusive con exigencia, para si o para otro, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la práctica o la omisión de actos administrativos; VI. Contra el sistema financiera nacional; VII. Practicado por organización criminal; Pena: Reclusión de tres a diez años y multa.¹⁸⁴”

MODELO V: Artículo 12 de la Ley N°19.366 de Chile. “El que a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales¹⁸⁵”.

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ibidem.*

MODELO VI: *Artículo 247 A del Código Penal Colombiano. “Lavado de Activos. El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediano o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, le dé a dichos bienes apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de seis a quince años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales.*

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes que conforme al parágrafo del artículo 340 del código de procedimiento penal, hayan sido declaradas de origen ilícito.

Parágrafo 1º: El lavado de activos será punible aun cuando el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Parágrafo 2º: Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

Parágrafo 3º: El aumento de la pena previsto en parágrafo anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional”¹⁸⁶.

MODELO VII: *El artículo 301 del Código Penal Español. “1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.*

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

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

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

¹⁸⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Manual de apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado*. p. 35

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”¹⁸⁷.

En todos estos textos legales no queda duda que procesalmente parte del *thema probandum* u objeto de la prueba es la fuente delictiva del delito. Y no como mero conocimiento sino como componente objetivo de la conducta. Cabe anotar que esta técnica legislativa no sólo se ha presentado en los momentos iniciales de la criminalización del lavado de dinero en el derecho latinoamericano, lo cual, VÍCTOR SALDARRIAGA lo atribuye a la inexperiencia del legislador, que, las mas de las veces, se limitó a reproducir el modelo estatuido por la Convención de Viena o la versión original del Reglamento Modelo de 1992. No obstante, en la actualidad los nuevos tipos penales que se vienen elaborando en la Región siguen reproduciéndola ¹⁸⁸.

El costo de esta deficiente técnica legislativa, deriva en un escaso número de condenas por actos de lavado de activo.

¹⁸⁷ *Ibidem.*

¹⁸⁸ PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. *La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas*. Op. Cit., p 5, quien manifiesta que esta situación se aprecia, por ejemplo, en el artículo 323 del Código Penal de Colombia del 2000 y en la Ley 17,343 de Uruguay de junio del 2001 “Lavado de Activos, el que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Ley 599 del 2000 de Colombia, Artículo 323)...

4.8. LOS COMPORTAMIENTOS DESCRITOS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Para analizar la conducta típica del delito de Lavado de Dinero y Activos en El Salvador es necesario en un primer momento analizar la normativa internacional la cual permite hacer una primera clasificación de las conductas constitutivas de lavado de dinero y activos en primer lugar las realizadas con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se produzca tal ocultación o encubrimiento; en segundo lugar, las conductas constitutivas de ocultación o encubrimiento de bienes de origen delictivo; finalmente, comportamientos realizados sobre los bienes de origen delictivo sin ninguna intención específica:

- a) Las primeras, esto es las dirigidas a ocultar o encubrir el origen de los bienes, se encuentran recogidas en el art. 3 b), i) del convenio de Viena, en el art. 1 de la Directiva CE, en el art. 6.1 a), del convenio del Consejo de Europa y en el Art. 6.1 a) de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Los términos empleados para describirlas se refieren a la “Conversión” y a la “Transferencia” de los bienes de origen delictivo, para ocultar o encubrir sus procedencia. De todas las conductas tendentes a la ocultación o encubrimiento, solamente las que consistan en la conversión o transferencia de los bienes son constitutivas de lavado. También lo es la participación en la conversión o transferencia de los bienes¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Art. 3.1 c) iv) del Convenio de Viena; art. 1 de La Directiva CE; en el art. 6.1 d), del Convenio del Consejo de Europa y en el Art. 6.1 a) de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

- b) Las segundas recogidas en el art. 3 b) ii) del Convenio de Viena, en el art. 1 de la Directiva CE, en el art. 6.1 b) del Convenio del Consejo de Europa, en el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA, y el art. 6.1.1 ii) del la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Se refieren a la ocultación o encubrimiento (Simulación dice con mejor criterio la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional) de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o derechos relativos a tales bienes origen delictivo. Todas las acciones que produzcan la ocultación o encubrimiento de bienes de procedencia delictiva o de derechos sobre los mismos, son constitutivas de lavado de dinero. También lo es la participación en tales actividades¹⁹⁰.
- c) Por último, aluden los instrumentos internacionales al definir lavado de activos a otra serie de conductas: la “adquisición”, la “posesión” y la “utilización”¹⁹¹, así como la “tenencia” y la “administración”¹⁹² de los bienes de Procedencia ilícita. Por su parte, el Reglamento Modelo de la OEA castiga las ya aludidas conductas de “conversión”, “transferencia” o “transporte” de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se encuentren movidas por la intención de ocultar o encubrir su procedencia.

De lo descrito se desprende que los legisladores internacionales pretenden evitar que quede alguna laguna en la punibilidad de las conductas de lavado de activos. Se trata de una descripción que incorpora fórmulas

¹⁹⁰ Art. 3 b) ii) del Convenio de Viena, en el art. 1 de la Directiva CE, en el art. 6.1 b) del Convenio del Consejo de Europa, en el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA, y el art. 6.1.1 ii) del la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹¹ Art. 3.1 c), i) del Convenio de Viena; en el art. 1 de la Directiva CE, en el art. 6.1 c) del Convenio del Consejo de Europa

¹⁹² Art. 2.2 del Reglamento Modelo de la OEA.

omnicomprensivas, de gran casuismo¹⁹³, que dan cabida prácticamente a todo comportamiento que suponga un contacto con bienes de origen delictivo.

4.8.1. CONDUCTAS REALIZADAS CON LA INTENCIÓN DE OCULTAR O ENCUBRIR

A continuación se analizará las conductas típicas que se enmarcan dentro de la ocultación o encubrimiento del delito de lavado de dinero y activos; como lo son la “Conversión y la Transferencia¹⁹⁴”, en virtud que estas dos conductas son los ejes principales de la actividad de blanqueo de capitales y que por ende se encuentran reguladas por la mayoría de países que regulan dicha actividad.

4.8.1.1. LA CONVERSIÓN DE BIENES PROCEDENTES DE UN DELITO GRAVE

Uno de los términos empleados en los instrumentos internacionales es el de “conversión”. Las conductas consistentes en la conversión de bienes procedentes de un delito, con intención de ocultar o encubrir su origen, son constitutivas de lavado de activos. De lo que se trata ahora es de determinar su contenido, esto es, en qué ha de consistir la conversión de los bienes

¹⁹³ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 106 este autor evidencia el excesivo casuismo de estas descripciones. Con todo, como acertadamente afirma, estas características son las que han inspirado la descripción de los convenios internacionales en materia de tráfico de drogas.

¹⁹⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Manual de apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado*, Op. Cit., p 22 el cual manifiesta que se debe entender por “conversión o transferencia” de bienes aquella actividad que tiene por objeto ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

procedentes de un delito, y su alcance, es decir, la delimitación del ámbito de prohibición mediante el recurso a las modalidades de conversión.

Un criterio de interpretación puede provenir del Convenio de Viena y de los proyectos que le precedieron. El “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” elaborado por el Secretario General, al definir blanqueo en el art. 1.j) se refería a la conversión del producto por transmisión electrónica”. Posteriormente, otro proyecto incluía la conversión junto con las conductas de ocultación y encubrimiento. Finalmente el texto definitivo sanciona la conversión y la transferencia en el mismo artículo (art. 3.1.b.i)).

El primer nivel de interpretación al que podemos acceder es el gramatical. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice que el término conversión consiste en la “acción y efecto de convertir o convertirse”, así como en la “mutación de una cosa en otra”. El término “convertir” se define como “mudar o volver una cosa en otra”. Hemos de partir de esta interpretación, así como de la interpretación funcional, determinada por el fin de luchar contra el lavado de activos procedentes de un delito, para fijar el contenido del término que nos ocupa¹⁹⁵.

Un contenido que debe adecuarse al objetivo que se persigue de lucha contra el lavado de activos, pero que no puede sobrepasar lo que es su sentido gramatical, desvirtuándolo o dejándolo sin sentido. De la interpretación gramatical podemos deducir una característica (en nuestra opinión la esencial) consistente en que los comportamientos conversores han de recaer directamente sobre el bien procedente de un delito. De ahí el

¹⁹⁵ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., pp 106-107

carácter esencial de establecer una relación entre el objeto material del delito y la acción típica que ha de recaer sobre el mismo. Ello se aprecia fundamentalmente en este delito donde el objeto material despliega una gran influencia sobre el contenido de la acción típica, y más concretamente sobre el comportamiento de conversión¹⁹⁶.

El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de recaer directamente sobre el objeto material. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado, esto es, el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario. Caben conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya mediante su supresión, o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada. La transformación puede producirse mediante la adición de otras cosas a las originarias, de manera que como resultado se obtiene otra totalmente diferente. Junto a la adición, puede producirse también la supresión de elementos de la cosa procedente de un delito, de la que resulte otra totalmente distinta.

Por último, quedará abarcada por el ámbito de aplicación del tipo de conversión la modificación de las cosas. Para asegurar la efectividad del tipo penal, parece necesario admitir que todas estas acciones puedan ser realizadas ya mediante el trabajo propio del blanqueador, ya mediante el trabajo ajeno, siempre y cuando haya sido ordenado por el blanqueador. De lo contrario se originaría una laguna de punibilidad al quedar impune el blanqueador que ordena a un tercero, que no conoce el origen de los bienes,

¹⁹⁶ *Ibidem.*

llevar a cabo tal transformación, al no ser él mismo quien la lleva a cabo¹⁹⁷. En cualquier caso, es indiferente que la mutación sea reversible (transformación de dinero en cualquier título al portador) o no (transformación de una joya con importante valor histórico en oro)¹⁹⁸.

El límite inferior de la tipicidad viene dado por la descripción de la siguiente conducta típica: la transferencia. Cuando los bienes resultados de una acción de transferencia de los que proceden de un delito grave son otros totalmente diferentes no basados en los originarios, estaremos ante otra conducta también típica no subsumible en el tipo de conversión. La doctrina considera que la acción típica de “convertir” hace referencia a un “proceso de sustitución”¹⁹⁹ característico del lavado de activos que normalmente se realiza mediante diversas operaciones financieras o de otro tipo. Según esta interpretación, quedarían abarcados los supuestos en que los bienes procedentes de un delito grave son transmitidos a título oneroso, de manera que el bien originario es sustituido por otro en el patrimonio del blanqueador. Sin embargo, en nuestra opinión, parece preferible considerar estos supuestos como transferencia de bienes, mientras que la conversión quedaría reservada exclusivamente a los supuestos de transformación.

En la práctica esta cuestión no tiene mucha relevancia, pues ambos son comportamientos subsumibles en la amplísima descripción típica del Convenio de Viena. Por eso, discutir si quien transmite a título oneroso (si

¹⁹⁷ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA. *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Escuela de Capacitación judicial, 2003. p 135. Cabría admitir que existe “autoría mediata” con instrumento que actué sin dolo, es decir los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento.

¹⁹⁸ ARANGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., p. 226

¹⁹⁹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 108, retoma la idea de GOMEZ INIESTA, quien opina que convertir es “cambiar, transformar o permutar una cosa”, de manera que la conversión consiste en “el cambio del bien obtenido de la comisión del delito por otro de naturaleza distinta...”

fuese a título gratuito estaríamos indudablemente ante una transferencia) un bien procedente de un delito convierte o transfiere no tiene mucho sentido. La conversión del bien de origen delictivo no necesariamente ha de ser por otro de naturaleza distinta²⁰⁰ sino que también comprende supuestos en los que se convierte en otro de la misma naturaleza.

En cualquier caso, la referencia a la acción típica de “convertir” ha sido calificada por algún autor como “muy acertada” desde las posturas que interpretan tal término en el sentido de “proceso de sustitución”. En palabras de ISIDORO CORDERO *“estima que el termino convertir hace referencia a la transformación de los bienes, también es una medida positiva, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes”*²⁰¹.

4.8.1.2. LA TRANSFERENCIA

Otro de los términos que emplean los instrumentos internacionales para describir la acción típica es el de “transferir” bienes con la intención de ocultar o encubrir su origen. Una interpretación gramatical del término “transferencia” lleva a algún autor a considerar que “transferir” consiste en llevar una cosa de un lugar a otro, transmitir o traspasar²⁰². Por tanto, esta transferencia se

²⁰⁰ *Ibidem*. Entienden que la conversión ha de ser por otro bien de naturaleza distinta.

²⁰¹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 109; en igual sentido se expresa ARANGUEZ SANCHEZ, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Op. Cit., p 225.

²⁰² CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 16º Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

produce no sólo con el cambio de ubicación de un bien, sino también cuando se transfiere el bien a terceros²⁰³.

Para la realización del injusto es necesaria la transferencia efectiva de los bienes procedentes de un delito. Cuando se transfiere un bien, se está haciendo referencia a la transmisión de los derechos sobre el mismo. Desde el punto de vista civil se entiende que la transmisión supone traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad. La transmisión en Derecho civil presupone la condición de enajenable del bien o derecho. Tanto un hecho jurídico (la muerte del causante) como un acto voluntario (la compraventa) pueden ser causas de la transmisión. Con carácter próximo a la transmisión por acto voluntario, pero no coincidente, se menciona la enajenación, que se entiende de dos maneras: en un sentido amplio, equivalente al desprendimiento voluntario de un derecho por su titular (incluidos supuestos en que no se produce un traslado del mismo a otro sujeto, como la renuncia al derecho); y en un sentido estricto, relativo a la transferencia de un derecho por acto Inter. vivos.

El problema reside en determinar si optamos por el concepto civil de transferencia, o si, por el contrario, la transferencia tiene un significado autónomo en el Derecho Penal. Si desde un punto de vista teleológico se pretende restringir la circulación en el tráfico económico de los bienes contaminados, parece más correcto acoger el concepto civil. De esta manera, el tipo abarcaría el traspaso de los derechos que recaigan sobre los bienes procedentes de un delito. De adoptar un concepto diferente, que admita algún tipo de traspaso por cualquier título, podría ser una vía de

²⁰³ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 109 indica que la transferencia se produce tanto en los casos en los que los bienes se transmiten, como cuando se trasladan de lugar.

escape para los blanqueadores; quienes tratarían por todos los medios de dirigir sus negocios traslativos hacia tales acepciones.

La conducta de transferencia de bienes procedentes de un delito, puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito. También, en principio, quedan abarcadas las transmisiones inter vivos y mortis causa. Estas últimas, sin embargo, presentarían problemas en orden a la sanción del autor, sobre todo si la causa de la transmisión es su muerte, dado que ella extingue la responsabilidad penal, no susceptible de transmisión a los sujetos receptores de los bienes, por el principio de personalidad de las penas²⁰⁴.

Finalmente, van a quedar abarcadas las transferencias electrónicas de dinero de unas cuentas bancarias a otras, incluidas las de carácter internacional, uno de los retos más importantes en la lucha contra el lavado de activos. La experiencia pone de manifiesto la utilización masiva de las transferencias bancarias como método para blanquear fundamentalmente dinero²⁰⁵.

Esta interpretación se adecua así a los proyectos del Convenio de Viena, como por ejemplo el “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General, que al definir “blanqueo” en su art. 1.j) se refería expresamente a la conducta de “movimiento del producto por transmisión electrónica”. Matiza, con todo, esta cuestión Palma Herrera, al entender que en el caso de las transferencias electrónicas se debe producir una salida de los capitales del señorío de quien las realiza, debe producirse un traslado dominical. Es cierto

²⁰⁴ Sin embargo, podrían ser sancionados estos sujetos mediante el comportamiento de adquisición, de ser punible siempre y cuando al adquirir tales bienes conozcan su origen delictivo.

²⁰⁵ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 110, se refiere al empleo de entidades financieras por los blanqueadores para realizar movimientos de capitales del país donde han sido obtenidos a otros donde se invierten en negocios lícitos.

que de no tener lugar tal traslado se produciría exclusivamente un desplazamiento de los bienes, que poco tendría que ver con el lavado de activos.

Ahora bien, una interpretación sistemática del tipo del lavado de activos permite comprender también estos supuestos. Imaginemos que el blanqueador hace una transferencia de varios millones a una cuenta que tiene en un banco ubicado en un paraíso fiscal, con el objetivo de ocultar el origen del dinero. ¿Está haciendo una transferencia para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes? La respuesta ha de ser afirmativa. La interpretación de este autor puede dar lugar a lagunas que van a ser utilizadas de forma muy fructífera por los blanqueadores. Sería entonces muy fácil alegar por quien se dedica al lavado de activos y que dispone de los bienes de origen delictivo, que no comete delito cuando transmite el dinero a una cuenta propia en un paraíso fiscal con la finalidad de reciclarlo. En resumen, la conducta de “transferencia” se define, de acuerdo con el concepto civil de “transmisión”, como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave²⁰⁶.

4.8.1.3. LA OCULTACIÓN O ENCUBRIMIENTO

Los verbos que describen las conductas típicas nucleares de los instrumentos internacionales son “ocultar” y “encubrir”. Así se recogen las conductas descritas en el artículo 3. 1. b) u) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE y en el art. 2 del Reglamento Modelo.

²⁰⁶ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 111

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos tipos penales, son supuestos muy cercanos al favorecimiento o encubrimiento real, pues con tales conductas se está ayudando al delincuente a aprovecharse de los productos de sus delitos, e impidiendo el descubrimiento de tales productos ilícitos. No se trata, por tanto, de un supuesto de receptación, porque no se requiere la intención de obtener una ventaja o beneficio económicos por parte del sujeto activo, aunque tampoco la excluye. Pero el hecho de que el tipo no lo exija, da cabida tanto a los supuestos en que tenga lugar el aprovechamiento, como a supuestos en que no.

La doctrina trata de buscar algún criterio de delimitación entre las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimiento, y éstas, consistentes precisamente en la ocultación o encubrimiento. Por eso algunos autores entienden que las primeras constituyen el tipo básico, mientras que las segundas tratan de castigar el lavado de los bienes que ya han sufrido una primera transformación, que es la castigada por las primeras. En este sentido, MORENO CANOVES / RUIZ MARCO se refieren a esta modalidad delictiva como “doble enmascaramiento”, pues se trata de la ocultación de bienes que previamente han sido enmascarados mediante las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimientos²⁰⁷. Por contra, otros autores entienden que las segundas constituyen el tipo básico del delito de lavado.

²⁰⁷ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 112 retoma en su obra lo expuesto por MORENO CANOVES / RUIZ MARCO. *Delitos Socioeconómicos*, Zaragoza, 1996 p 395, entiende que este precepto trata de incriminar la segunda fase del blanqueo de capitales, mientras que la primera resultaría sancionada mediante los comportamientos dirigidos a la ocultación o encubrimiento, esta posición ha sido criticada por ARANGUEZ SÁNCHEZ. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Op. Cit., p 238 puesto que este autor entiende que el blanqueo esta integrado por tres fases, no dice que pasa con la tercera. Además, señala que estando castigado el blanqueo en cadena no parece necesario que el legislador tipifique ulteriores operaciones de blanqueo realizadas tras la primera de ellas, y más si no va a alterar la pena.

Además, se entiende que estamos en presencia de un delito de resultado²⁰⁸. Por tanto, el encubrimiento de los bienes se considera un resultado, pues su consecución constituye un resultado unido mediante una relación de causalidad a cualquier acción dirigida a ello. Sin embargo, otros autores califican tales delitos como de mera actividad, “desvinculados del eventual resultado delictivo que pueda verse favorecido por la actividad del blanqueo.”²⁰⁹

En este sentido ARANGUEZ SANCHEZ entiende *que el delito de lavado es un delito de peligro abstracto para el bien jurídico (la lealtad competitiva a su juicio), siendo muy difícil entender que es un delito de resultado porque éste es un “proceso siempre perfectible”, sin que sea posible afirmar con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado*²¹⁰.

Más problemática es la consideración de la ocultación como resultado separable espacio-temporalmente de otras conductas²¹¹. Normalmente, cuando se alude a la ocultación de bienes parece hacerse referencia a una acción dirigida a la consecución de un resultado, y no tanto un resultado como tal²¹². Por eso, podría pensarse que se está haciendo referencia a una mera actividad, y no tanto a un resultado. Incluso que constituye una

²⁰⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 112 retoma en su obra lo expuesto por CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. *Consideraciones de urgencia sobre la ley Orgánica 8/1992 del 23 de Diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de tráfico de Drogas*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, pp 585-607

²⁰⁹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 112 retoma en su obra lo expuesto por SUÁREZ GONZÁLEZ. *CJ Blanqueo de Capitales y Merecimiento de Penas: Consideraciones Críticas a luz de La Legislación Española*, en Cuadernos de Política Criminal 1996 pp 125-153

²¹⁰ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 251

²¹¹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 113. Extrae la opinión de PALMA HERRERA. *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, p 463, quien considera que se trata de un delito de resultado.

²¹² Puede también ser interpretado como un resultado para conseguir otro resultado.

actividad para la consecución del encubrimiento como resultado. Sin embargo, esto choca con la letra de los convenios internacionales que emplean la conjunción o entre ocultar y encubrir, de manera que puede consumarse el delito sólo con la ocultación sin necesidad de que produzca como resultado el encubrimiento. Entendemos que la ocultación hace referencia tanto al comportamiento como al resultado de tal comportamiento²¹³ se trata, en definitiva, de un delito de resultado.

4.8.1.4. LA OCULTACIÓN

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el vocablo “ocultar” como “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista” y también como “callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad.” Son diversas las definiciones que se han aportado desde la doctrina penal española en referencia a la ocultación.

RODRIGUEZ MOURULLO considera que consiste en una “*acción que tiende a evitar que algo sea conocido*”²¹⁴ CONDE PUMPIDO indica que la ocultación ha de entenderse no sólo como “*acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica los elementos sobre los que el encubrimiento recae*”.²¹⁵

²¹³ Se trataría, por tanto, de un delito que da cabida también al resultado de encubrimiento. BLANCO CORDERO, considera que PALMA HERRERA, mal interpreta sus palabras, puesto que él considera que retrata de un delito de mera actividad. De ser así, evidentemente, no podríamos entender que la ocultación por omisión constituye un delito de comisión por omisión, al no existir resultado.

²¹⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 113

²¹⁵ *Ibidem*. Citando a CONDE PUMPIDO. *Encubrimiento y receptación*. Barcelona, 1955, p 17 también define la ocultación en el ámbito del favorecimiento real como “cualquier acto que tiende a evitar el conocimiento por terceros de los objetos sobre los que la acción recaiga de manera que ha de entenderse por ocultación no solo el hecho de esconder o hacer desaparecer de la vista el objeto encubierto o silenciar la comisión del delito, si no también cualquier acción que enmascare o desvirtúe aquellos objetos o altere las circunstancias de su normal presentación, y hasta la creación de falsos indicios, con el fin de llevar a los investigadores a un conociendo erróneo de los hechos”.

GÓMEZ PAVON, en relación con la ocultación como conducta activa, la define de manera negativa como “*cualquier acción tendente a conseguir el no descubrimiento del hecho anteriormente perpetrado*”²¹⁶.

Entendemos que la ocultación consiste en acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros, de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito o la propiedad de los mismos. Se podría interpretar, que no se refiere a la ocultación de los bienes como tales, esto es, del sustrato material del bien, sino solamente de determinadas circunstancias relativas a los mismos, que expresamente se recogen en el texto legal, como son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos; no se recogen, por tanto, los casos en que los bienes procedentes de un delito grave son materialmente escondidos. De esta manera, se excluye que el enterramiento de los bienes de origen delictivo pueda dar lugar al delito de lavado de activos²¹⁷.

No consideramos que sea ésta una interpretación acorde con la finalidad de la norma que pretende sancionar las conductas de ocultación, tanto de bienes como de derechos, que procedan de un delito grave. Ha de ser punible, por tanto, la ocultación de los bienes de origen delictivo, pues es un comportamiento subsumible directamente en un tipo penal. Quien esconde el bien, oculta, por ejemplo, su destino.

²¹⁶ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 114. trae a colación las ideas de GÓMEZ PAVÓN quien considera que esto se puede realizar “tanto actuando directamente sobre el cuerpo, efectos o instrumentos del delito escondiéndolo como disfrazando la verdad, alterándola”.

²¹⁷ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 317. ello a no ser que se considere que se oculta la ubicación.

La doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar- o mediante una conducta pasiva (callar lo que se conoce). Las activas abarcan conductas de carácter manipulador o clandestino, realizadas en el tráfico económico. La conducta omisiva consiste en callar lo que se puede o debe decir²¹⁸. Es discutible si cabe admitir la sanción de las conductas omisivas de ocultación. GOMEZ PAVON las considera de “*dudosa admisibilidad*”²¹⁹.

En el caso del lavado de activos, la presencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los su puestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas.

Existen deberes jurídicos de comunicar, esto es, de no callar información relativa a hechos u operaciones sospechosas de lavado de activos, que recaen sobre personas físicas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. Esta es una interpretación adecuada, pues si la ley exige la comunicación de las operaciones sospechosas, con más razón deben comunicarse a la autoridad las

²¹⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 114. En este sentido retoma lo expuesto en la obra de GÓMEZ PAVÓN. *Encubrimiento*, p 85 excluye el carácter de omisivo de las conductas de alteración de lo que se conoce, puesto que consistiría en un hacer, en un falsear lo que se sabe para impedir el descubrimiento del hecho.

²¹⁹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 318 Sin embargo, RODRIGUEZ MOURULLO opina que, “para que la ocultación omisiva resulte penalmente relevante, ha de existir un específico deber jurídico de obrar, esto es, de sacar a la luz lo que se conoce”. Por tanto, cuando la acción que se omite sea adecuada en un juicio ex ante para impedir un resultado lesivo, serán admisibles conductas ocultadoras omisivas. Para ello será necesario un previo deber jurídico que imponga una obligación de actuar que, en virtud de un juicio ex ante, resulte objetivamente adecuada o necesaria para evitar el resultado lesivo CUERDA ARNAU señala que esta interpretación restringe el tenor literal de la Ley, pues desde el punto de vista gramatical, “ocultar omitiendo” no es sólo callar advertidamente lo que se debe decir, sino también lo que se puede decir y no se dice.

operaciones de las que se tiene constancia de que son constitutivas de lavado de activos, porque sólo se pueden sancionar las conductas de ocultación cuando se conoce la procedencia de los bienes²²⁰.

4.8.1.5. EL ENCUBRIMIENTO

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “encubrir” como “ocultar una cosa o no manifestarla”, “impedir que llegue a saberse una cosa. Estas definiciones, sin embargo no son muy clarificadoras sobre el significado jurídico-penal del término “encubrimiento”. El Convenio de Viena pretende sancionar la ocultación del origen delictivo de los bienes y derechos. Sin embargo, en nuestra opinión, la utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha de entenderse como sinónimo de ocultación.

Así lo han entendido algunos países, como por ejemplo Portugal, que al incorporar la normativa internacional a su ordenamiento jurídico parece percibir el problema que puede surgir de trasponer textualmente aquélla, y en lugar de hacer referencia al encubrimiento, término técnico en el ordenamiento penal alusivo a una concreta modalidad delictiva, prefiere optar por el verbo típico “disimular”. En la misma línea, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional alude a la disimulación, para evitar confundir el término encubrimiento con el delito de encubrimiento propio de nuestros sistemas jurídicos.

²²⁰ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 116. hace referencia a una publicación de su autoría llamada *Responsabilidad Penal de los empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales.)* Granada 1999 p 115.

Entiende la doctrina mayoritaria que los términos ocultar o encubrir son sinónimos, y así se utilizan por los textos internacionales, por lo que se podría haber omitido una de las dos palabras²²¹.

4.9. CONDUCTAS REALIZADAS SIN INTENCIÓN DE OCULTAR O ENCUBRIR

A continuación desarrollaremos una serie de conductas que según la comunidad jurídica internacional son realizadas sin intención de ocultar o encubrir en el delito de lavado de dinero o blanqueo de capitales; pues se realizará su análisis desde el cuerpo normativo que las regula.

4.9.1. LA ADQUISICIÓN DE BIENES

El art. 3.1.c.i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de adquisición de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art. 6.1.b).1) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Y en el mismo sentido el art. 6.1 .c) del Convenio del Consejo de Europa. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la adquisición como comportamiento constitutivo de un delito de lavado.

La “adquisición” es un término de contenido complejo, por razón de su propia amplitud, pues se puede aplicar a diferentes situaciones jurídicas en diversos campos del Derecho²²². Así, por ejemplo, en el ámbito civil se hace referencia a la adquisición en el marco de la dinámica de los derechos

²²¹ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 232

²²² BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 117

subjetivos. La cuestión es cuál es el sentido que se ha de atribuir al mencionado término en el ordenamiento jurídico-penal.

Un primer paso es el recurso a la interpretación gramatical. El Diccionario de la Lengua Española define “adquisición” como “acción de adquirir”, y, a su vez, define “adquirir” como “comprar” o “hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”. Desde el punto de vista del lenguaje usual se tiende a identificar “adquisición” con compra²²³, tal y como se deriva del primero de los significados señalados por el diccionario de la lengua española.

El segundo de los significados aportado por el Diccionario de la Lengua Española se corresponde en gran medida con la definición civil del término “adquisición”, entendida como el fenómeno jurídico que consiste en el ingreso de un derecho en la esfera jurídica de una persona, esto es, “como incremento que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia de un determinado hecho o relación de Derecho²²⁴. Desde esta perspectiva, el incremento patrimonial se refiere tanto a un aumento del activo, como a una disminución del pasivo del patrimonio²²⁵.

La adquisición puede hacerse de tres formas: con la voluntad de aquel que adquiere, sin su voluntad o contra su voluntad. Es posible adquirir sin la voluntad del adquirente, e incluso existen supuestos en que la adquisición se opone a su voluntad.

²²³ *Ibidem.*

²²⁴ *Ibidem.*

²²⁵ *Ibidem.* De esta manera puede considerarse adquisición tanto la compra de un objeto, como la incorporación a nosotros de una obligación por medio de la cual adquirimos el deber de pago y la categoría de deudores.

Ya en el ámbito penal, CORDOBA RODA considera que la adquisición es “*equivalente a la toma de posesión de un cierto objeto*”²²⁶. Puede realizarse bien en virtud de una acción unilateral del sujeto (sustracción, descubrimiento seguido de ulterior apropiación), bien en virtud de una conducta de éste concurrente con la de una persona distinta (adquisición a título oneroso o gratuito). Por tanto, se equiparan adquisición con ingreso en la esfera jurídica de una persona del derecho de posesión.

Respecto de los instrumentos internacionales, cuya finalidad es la lucha contra el lavado de activos de origen delictivo, entendemos que la adquisición consiste en el ingreso de los derechos sobre los bienes de origen delictivo. No va a ser necesario que se produzca un incremento patrimonial pues también existirá la adquisición de un bien cuando se paga por él un precio muy superior al real, produciéndose así una disminución del patrimonio. Ni siquiera va a ser necesario el ánimo de lucro²²⁷. Tampoco va a ser precisa una contraprestación para poder hablar de adquisición

Discute la doctrina si se incluye o no el derecho de posesión. Opina un sector doctrinal que la simple posesión fáctica no debería quedar incluida en esta modalidad típica²²⁸. En este sentido, señala PALMA HERRERA que “*la adquisición lo será de la propiedad del bien o titularidad del derecho, sin que quepa la mera posesión del mismo. Esto, concluye, llevaría a la conclusión de que también el alquiler de un bien de procedencia delictiva significa su adquisición. No acabo de entender porqué razón esta conducta no es subsumible en esta modalidad delictiva, pues quien alquila el bien adquiere*

²²⁶ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 118

²²⁷ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Manual de apoyo para la tipificación del Delito de lavado*, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). p 25

²²⁸ ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 225

*un derecho sobre él y puede actuar con la finalidad de ocultar su ilícita procedencia*²²⁹. Entendemos que la inclusión o no de la posesión va a depender de si se encuentra o no expresamente castigada dicha conducta de posesión. De serlo así, no podrá reconducirse a esta conducta de adquisición. De lo contrario, podría quedar incluido en la adquisición el derecho de posesión²³⁰.

4.9.2. EL TRANSPORTE

Sólo el Reglamento Modelo de la CICAD alude en su art. 2.1 al transporte de bienes de origen delictivo como modalidad de lavado. El término transportar alude al desplazamiento físico de los bienes de origen delictivo. Parece que con este comportamiento se trata de hacer frente a los supuestos de contrabando físico del dinero de un país a otro con el objetivo de lavarlo, un mecanismo muy habitual de ocultar los bienes de origen delictivo.

El problema va a residir en la distinción de este comportamiento del de transferencia. Y es que si se castigan penalmente ambos comportamientos, se ha de extraer de la definición de transferencia el comportamiento consistente en el transporte.

Ahora bien, ¿se puede decir que quien transporta el dinero realmente está cometiendo un delito de lavado? Considero que si se entiende el lavado de capitales como el proceso dirigido a dotar de la apariencia de legalidad a los

²²⁹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 119 señala que con toda esta discusión no tiene mucho sentido salvo que se entienda que se castiga la mera adquisición a sabiendas del origen delictivo del bien, sin necesidad de que concurra ninguna finalidad adicional. En este caso si que podría tener relevancia.

²³⁰ *Ibidem*. Señala MORENO CANOVES en su obra *Delitos Socioeconómicos* p 387. Entiende que cabe la posesión siempre que esta comporte algún grado de disponibilidad sobre los bienes.

bienes originados en comportamientos delictivos, el comportamiento de transporte queda en la periferia de dicha actividad. En efecto, comportamientos nucleares pueden ser el aprovechamiento o la transformación de los bienes con el objetivo de esconder su origen delictivo, pero el transporte debería considerarse como una mera forma de participación en lavado de activos.

4.9.3. LA POSESIÓN Y LA TENENCIA

El art. 3.1 .c) .i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de posesión de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa. También la reciente convención contra la delincuencia organizada transnacional somete el castigo de la posesión a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la posesión como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

La posesión es una institución jurídica que procede del ordenamiento jurídico privado, para cuya interpretación en el ámbito penal surgen nuevamente cuestiones relativas a la delimitación de su contenido. Y es que existe una tendencia a identificar la tenencia y la posesión. Pero se ha de tener en cuenta que también es punible como lavado de activos en algunos instrumentos internacionales la conducta de tenencia. Es necesario proceder a una distinción entre ambas conductas y determinar el ámbito de prohibición que delimitan.

4.9.3.1. IDENTIFICACIÓN ENTRE TENENCIA Y POSESIÓN

Una primera interpretación suele identificar los términos posesión y tenencia, equiparando así del contenido de ambos términos. Sin embargo, se han levantado voces discrepantes que tratan de diferenciarlos, porque las normas internacionales emplean estos términos de manera diversa.

En el ámbito del delito de tenencia de armas en el Derecho español, CORDOBA RODA indica que, en atención a la letra y al fin de la ley la tenencia no sólo equivale a posesión; sino que se restringe tal posesión a “*aquella detentación que resulte idónea para la utilización del arma según su función*”²³¹. Con tal interpretación, la tenencia abarca, por razones teleológicas un ámbito menor que la posesión y restringe su contenido en función del objeto sobre el que recae, de manera que surge aquí un primer criterio de distinción de ambos términos.

Normalmente algunos exigen la concurrencia en la tenencia de determinados requisitos que parecen más bien corresponder a la posesión. Entre ellos, el “*animus possidendi*”²³² o “*rem sibi habendi*”²³³, requerido normalmente en el ámbito civil, en el que la posesión civil ha de implicar además de la tenencia, la intención de haber la cosa o derecho como propios.

²³¹ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 120.

²³² LAW DICTIONARY <http://www.lawyerintl.com>. fecha de consulta 25 de Septiembre del 2008 El “*animus possidendi*” se refiere a la intención de poseer, es el otro componente de la posesión. Todo lo que se requiere es una intención de poseer algo por el momento. En los países del common law, la intención de poseer una cosa es un hecho. Normalmente, se demuestra por los actos de control y circunstancias del caso.

²³³ Sentencia P0103-41-2001 proveída por el TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA de la ciudad de San Salvador. “*animus rem sibi habendi*” se debe de entender que significa “Sin intención de apropiarse”.

Además, se exige que la tenencia vaya acompañada de la disponibilidad del bien sobre el que recae, entendida no tanto como la situación que permite realizar actos de disposición jurídica (enajenación o creación de gravámenes), sino como la que hace posible la utilización del bien conforme a su función. De este requisito se deriva el carácter innecesario del contacto físico entre el tenedor y el bien sobre el que recae la tenencia, pues se admite la tenencia aun cuando los bienes sobre los que recae se encuentren escondidos u ocultos en un lugar conocido por el sujeto activo.

Otro de los requisitos es que transcurra un cierto lapso de tiempo para poder apreciar que existe tenencia.

4.9.3.2. DISTINCIÓN ENTRE TENENCIA Y POSESIÓN

Por otra parte, en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, LUZON PEÑA plantea una distinción entre “posesión” y “tenencia”, fundamentalmente basada en el requisito de la disponibilidad²³⁴. En su opinión la posesión exige disponibilidad real y actual. No se puede aceptar para la “posesión” que el sujeto tenga los bienes a su disposición (en este caso droga) en algún lugar, “en el sentido que otros la tengan o la hayan puesto a su disposición.” Ello supondría tener un mero poder de disposición sobre los bienes pero no su disponibilidad real y actual”.

Admite la “posesión” sin tenencia material, siendo suficiente con la disposición de los bienes. Incluso político-criminalmente (en el caso del tráfico de drogas) se admite la posesión aunque no se haya producido la

²³⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 121. Este autor entiende la posesión, no en el sentido de que el sujeto activo tenga una inmediata relación de la cosa con el cuerpo (tenencia material), sino que considera suficiente con la disponibilidad de hecho del bien a través de la atracción del mismo al ámbito de la propia esfera de custodia, sin que sea necesaria, la presencia del sujeto en el lugar donde se encuentra la cosa

tenencia material del bien. Define la posesión, según esto, en un sentido amplio, que admite la posesión inmaterial o incluso simbólica en concreto, como “tener el sujeto en su poder o disponible” el bien (en este caso la droga)²³⁵.

Ahora bien, plantea que el término “posesión” es más restrictivo que el de “tenencia”, en la medida en que la posesión requiere siempre la efectiva disponibilidad pero no la exige la tenencia. Textualmente señala que “puede haber posesión con disponibilidad sin tenencia material y también contención material, pero acompañada de disponibilidad efectiva, mientras que podría considerarse que tenencia puede darse (...) con disponibilidad aun sin tenencia material, pero, a diferencia de la posesión, también ya con la tenencia material, aunque no haya disponibilidad²³⁶” En este argumento residiría la distinción entre “tenencia” y “posesión”.

En nuestra opinión, es éste el criterio más claro a la hora de diferenciar ambos términos: la tenencia (material o no) no exige la disponibilidad del bien, aunque puede concurrir, mientras que la posesión requiere siempre que exista una disponibilidad real y efectiva. Por ello, en el ámbito del lavado de activos parece más correcto entender la posesión como la tenencia (material o no) de bienes procedentes de un delito, disponibles real y efectivamente. De esta manera se logra una interpretación del término “posesión” acorde con su significado gramatical que implica la tenencia y adecuado desde un punto de vista teleológico a la finalidad de luchar contra el lavado de activos sancionando a aquellas personas que tienen el poder de disposición sobre los bienes procedentes de un delito, siendo así que la titularidad de los mismos está a nombre de otros. Esta interpretación proporciona además un

²³⁵ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit p 122

²³⁶ *Ibidem*

nivel considerable de seguridad jurídica, en el sentido de que es coherente con el resto del ordenamiento jurídico-penal a la hora de integrar su contenido.

Por razón de la descripción típica que realiza el art. 3.1 .c.i) del Convenio de Viena es preciso que los bienes se hayan recibido. En opinión de QUERALT JIMENEZ *“la tenencia de los bienes, efectos o instrumentos no se requiere materialmente; basta con que el sujeto... tenga el poder de disposición sobre tales objetos.”*²³⁷

Esta interpretación se acomoda a la intención del legislador del luchar contra el lavado sancionando cualquier conducta de posesión vaya acompañada de tenencia material o no.

4.9.4. LA UTILIZACIÓN

El art. 3.1.c.i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de utilización de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. También la convención contra la delincuencia organizada transnacional se refiere a la utilización, pero nuevamente somete su sanción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte. Por su parte el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa se refiere al uso. El art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere a la utilización como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos²³⁸.

²³⁷ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit p 123, este autor expone lo comentado por QUERALT JIMENEZ en su obra *La Reforma Penal y Procesal en materia de Trafico de Drogas*.

²³⁸ *Ibidem*.

La explicación del significado del término utilización es particularmente problemática y de gran trascendencia. La cuestión consiste en determinar la línea donde debe terminar la atipicidad de las acciones de utilización y comenzar la intervención penal, esto es, qué conductas de utilización de bienes procedentes de un delito reúnen la suficiente entidad para ser abarcadas por el delito de lavado de activos.

En cuanto al significado del término normativo “utilización”, existe una tendencia doctrinal a identificar los términos “utilización” y “uso”, ambos empleados en la legislación internacional²³⁹. Por usar entiende la doctrina “hacer servir una cosa para un determinado objeto”. Sin embargo, en nuestra opinión, a la vista de la diversidad terminológica, parece más correcto dotar de contenido propio y específico al término “utilización”.

Si optamos por una interpretación amplia, es decir, comprensiva de cualquier uso de un bien, va a ser posible imaginar infinitos grupos de casos susceptibles de ser abarcados por la utilización, siempre y cuando concurren todos los requisitos necesarios desde el punto de vista subjetivo. Así, entre otros imaginables, podemos hacer referencia a algunos²⁴⁰:

Caso 1: Pedro, invitado por su amiga María a darse un baño en la piscina de sus padres, conoce que éstos se dedican al tráfico de drogas, y pese a ello acude y usa la piscina. Igualmente usa la cocina, la ducha, ve la televisión, etc.²⁴¹

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 124.

²⁴¹ *Ibidem*

Caso 2: Antonio, mientras pasea por la calle, es invitado por su amigo Juan a subir al coche para acercarle a su casa. Durante el trayecto, Juan le confiesa que se dedica al tráfico de drogas y que el coche en el que viajan lo ha adquirido con las ganancias procedentes del mismo. Pese a su conocimiento, Antonio continúa en el coche hasta ser dejado en la puerta de su casa²⁴².

Caso 3: Conductor de autobús de una compañía recién creada, sabe que los dueños se dedican al tráfico de drogas. Pese a ello, conduce el vehículo. Igualmente, Javier, que conoce los mismos hechos, compra un billete de autobús y utiliza e servicio.²⁴³

Incluso parece posible abarcar todas aquellas conductas de utilización ilegítima de bienes procedentes de un delito. Por ejemplo, la sustracción de un bien por parte de un amigo del narcotraficante, a sabiendas de su origen delictivo, con el único propósito de utilizarlo durante un tiempo y posteriormente devolverlo.

4.9.4.1. NECESIDAD DE RESTRICCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO UTILIZACIÓN

Podríamos continuar hasta el infinito en la descripción de casos. Sin embargo, surge la duda de si todos los casos aquí mencionados han de ser considerados típicos, o bien han de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada ampliación. Esto es, se trata de determinar el límite inferior de la tipicidad en relación con el elemento normativo “utilización”, de tal forma que nos permita fijar si las conductas mencionadas y similares suponen la realización del delito de lavado; ello fundamentalmente debido a

²⁴² *Ibidem*

²⁴³ *Ibidem*

la amplitud de la materia de prohibición, y a la ausencia de límites expresos en la normativa, salvo los relativos al tipo subjetivo. A la hora de establecer límites, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido.

Por eso, surge la necesidad de incluir criterios correctores en orden a delimitar la frontera entre tipicidad y atipicidad en los supuestos de utilización de bienes procedentes de un delito. Tales mecanismos vienen dados por el recurso a los principios inspiradores del Derecho Penal, en virtud de los cuales va a ser posible excluir los supuestos que han de quedar al margen de toda intervención punitiva del Estado mediante el recurso a su instrumento más contundente²⁴⁴.

Es claro que para hacer uso de un bien, en principio, es necesario que éste llegue al poder del sujeto o se encuentre ya en su poder, aunque las normas internacionales no son claras a la hora de determinar la forma en que ello se puede producir. Únicamente el Convenio de Viena hace referencia a que el sujeto debe haber recibido los bienes. Ambos datos nos inclinan a considerar que es necesaria la disponibilidad previa del bien.

Es preciso que la utilización vaya acompañada previamente de la disponibilidad del bien procedente de un delito. Requisito imprescindible es ostentar la disponibilidad de tal bien, de forma que permita su uso conforme a

²⁴⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 125. este comenta que Parece excesivo sancionar penalmente todas las conductas de utilización de bienes procedentes de un delito, pues se llegaría a tal contaminación de bienes en la economía, que no sería posible su uso desde el momento en que existiese una sospecha de su origen. No se podrían realizar negocios con personas sospechosas de cometer delitos de tráfico de drogas o que implicasen utilización de sus bienes.

su función. Cuando alguien utiliza un bien procedente de un delito que no posee, al no gozar de su disponibilidad, no se puede decir que lo esté utilizando.

Quedan excluidos así del término utilización los casos en que el sujeto utiliza la piscina o la casa de un traficante de drogas, o es transportado en su vehículo, puesto que los sujetos no gozan sin embargo de la disponibilidad del bien que le otorgue la posibilidad de utilizarlo conforme a su uso, y en la dirección que estimen conveniente.

Son atípicas como utilización las conductas que, pese a constituir una utilización en sentido amplio, no se encuadran en el marco de la disponibilidad del sujeto, sino que, perteneciendo a otro esta posibilidad, exclusivamente lo emplea en la dirección indicada, permitida o normalmente realizada por quien puede disponer; con todo, dichas conductas podrían ser constitutivas del comportamiento típico de uso, por lo que podrían ser castigadas con base en el Reglamento Modelo de la CICAD.

4.9.5. LA ADMINISTRACIÓN

El término administración fue introducido en el Reglamento Modelo de la CICAD en 1998. Administrar significa gramaticalmente “ordenar, disponer, organizar”. Este término parece que pretende sancionar a todas aquellas personas que se hacen cargo de los intereses de otros, gestionando los bienes que tienen origen delictivo²⁴⁵.

²⁴⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Manual de apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado*, Op. Cit., p 26

4.10. EL PROBLEMA DE LAS ACCIONES SOCIALMENTE ADECUADAS

En relación con estos comportamientos que se pueden realizar sin la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes, surge un importante problema que ha ocupado a la doctrina. En concreto, una cuestión fundamental a analizar es si han de sancionarse las denominadas acciones socialmente adecuadas, la actividad comercial diaria, esto es, las acciones que se desarrollan en la vida cotidiana. El panadero que vende pan al narcotraficante, el taxista que le transporta, ¿realizan conductas constitutivas del delito de lavado, cuando aceptan el pago por sus bienes y servicios? La oferta de bienes y servicios al público en general puede ser utilizada por los delincuentes para reciclar el dinero. El problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo²⁴⁶.

La sanción de las conductas de adquirir, recibir u ocultar configura una norma que parece pretender el aislamiento de autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación. Y ello mediante la sanción de todas aquellas personas que realicen negocios con el delincuente a sabiendas del origen de sus bienes. Sería una especie de

²⁴⁶ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 127. Este autor comenta que un temprano proyecto Bundesrat (Es el Órgano de representación de los dieciséis estados federados de Alemania) de fecha 10 de agosto de 1990, el cual declaraba no aplicable lo preceptuado como delito de blanqueo de capitales para acciones relacionadas con dinero u otros bienes de origen delictivo, cuando se lleve a cabo una prestación de vida o devengada en virtud de la ley, o una contraprestación por bienes o servicios de necesidad diaria que se precisan para sufragar la subsistencia, así como la utilización de tales bienes. Se daba de esta manera una solución material a los posibles supuestos de blanqueo realizados mediante acciones socialmente adecuadas, consistentes en declarar que no eran merecedores de pena. Sin embargo el gobierno Alemán rechazó tal regulación excepcional, al considerar que en tales casos también concurre un injusto penal merecedor de penas. En este país un proyecto de Ley estableció una regulación excepcional que declaraban impunes tales acciones. Sin embargo el gobierno rechazó tal regulación excepcional al considerar que estas conductas también han de ser sancionadas.

excomuni3n econ3mica de los delincuentes. Se sanciona de esta manera a quien quiebra la excomuni3n econ3mica de los delincuentes. Quedan abarcados todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que est3n destinados.

Por ejemplo, van a quedar abarcados los negocios dirigidos a satisfacer las necesidades b3sicas para la vida de los delincuentes. Se ver3n as3 reducidas las posibilidades de subsistencia del autor del delito previo que dispone s3lo de bienes de origen delictivo, o de una mezcla de bienes delictivos con otros de origen il3cito. El panadero que vende pan al narcotraficante, el tendero que le vende alimentos, o el arrendatario que le arrienda la casa, estar3n sometidos a la amenaza de pena por raz3n del delito de lavado²⁴⁷.

Tambi3n quedar3n abarcados los negocios de bagatela, esto es, los de escasa cuantía. Las normas relativas al lavado de activos no suelen establecer ning3n l3mite cuantitativo por debajo del cual el lavado sea impune. De esta manera se configura una norma penal muy amplia, que da cabida a gran cantidad de comportamientos en los que los bienes de origen delictivo implicados son de escasa cuantía. Desde esta perspectiva, cabr3 sancionar al taxista que transporta al autor del delito previo a cambio de la tarifa normal del viaje, al camarero que le sirve bebidas alcoh3licas, etc.²⁴⁸

Igualmente ser3 punible la conducta del abogado que acepta el cobro de los honorarios profesionales de un cliente a sabiendas de su procedencia delictiva. El reglamento Modelo sanciona las conductas de “adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes de origen delictivo”, as3 como las

²⁴⁷ *Ib3dem.*

²⁴⁸ *Ib3dem.*

conductas de “convertir, transportar dichos bienes”. Tienen cabida aquí, numerosos comportamientos socialmente adecuados. Tratando de limitar un tipo tan excesivamente amplio del lavado de activos se han elaborado doctrinalmente diversos criterios. Estos pueden clasificarse en función de si pretende limitar el tipo en el ámbito subjetivo o bien en el objetivo²⁴⁹.

1. Criterios de limitación relativos al tipo subjetivo. Un sector doctrinal considera que la cuestión de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas es en realidad un problema concerniente al dolo²⁵⁰ y, en concreto, al dolo eventual. Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y es punible si se realiza con dolo directo (de primer o segundo grado), ya sea para contribuir a la acción antijurídica de otro (complicidad), ya constituya una actuación delictiva como tal (lavado, encubrimiento). De lo contrario, se dice, quedarían impunes determinados comportamientos típicos y antijurídicos que se realizan bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas.
2. Criterios de limitación relativos al tipo objetivo. Frente a la postura que excluye la tipicidad de las acciones socialmente adecuadas en función del dolo del sujeto, otros sectores doctrinales opinan que tales acciones quedan fuera ya del propio tipo objetivo. Mención destacada merece la postura de BARTON²⁵¹ en Alemania, quien intenta llevar a cabo una reducción teleológica de los tipos del lavado de dinero (§ 261 StGB alemán) con base en el criterio del fin de protección de la norma.

²⁴⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD). *Reglamento modelo*. Art. 11, 12, 13, y 14.

²⁵⁰ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 128

²⁵¹ *Ibidem*.

La finalidad perseguida por el legislador alemán con las normas sobre el lavado es impedir el ingreso oculto de las ganancias ilegales en el circuito financiero legal, de manera que los delincuentes queden aislados del entorno en sentido económico. También pretende dar a las autoridades de persecución penal mecanismos procesales para seguir el rastro documental del dinero con los que obtener la reconstrucción del curso financiero, para tener así acceso a los centros de la organización criminal²⁵². Con base en estas finalidades, excluye este autor del tipo del delito de lavado de activos determinadas acciones socialmente adecuadas.

Niega que los negocios con bienes de origen delictivo dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes constituyan un delito de lavado de activos. El límite del aislamiento del delincuente se encuentra situado allí donde éste pretende satisfacer con el dinero de origen delictivo necesidades humanas y sociales básicas. Por eso, opina BARTON que *“quien acepta dinero de origen delictivo destinado a la alimentación, vivienda, vestido, cuidado corporal, cultura, participación en la vida social u otras necesidades humanas básicas del autor del delito previo o del lavador, no realiza el tipo del lavado”*²⁵³.

La seguridad interior, uno de los fines que pretende la norma del lavado en Alemania, no resulta lesionada cuando alguien satisface en el ámbito de la normalidad social sus necesidades vitales. Más bien, el ordenamiento público

²⁵² BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 129, quien retoma las palabras de BARTON en una de su obras llamada *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwasche* (Mercado, Criminalidad Organizada y blanqueo de Dinero en Alemania, traducido al castellano por SOLEDAD ARROLLO ALFONSO Y TERESA AGUADO CORREA, en Revista Penal Nº 2, 1998 pp 6 y 7) expresa que en su opinión, los preceptos sobre el blanqueo tienen una finalidad esencialmente preventiva, pues más que dirigirse a una represión retrospectiva de la lesión del bien jurídico, se dirigen a impedir futuros hechos delictivos.

²⁵³ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 129.

y la paz social se verían menoscabadas si se negase a las personas la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas físicas o sociales de forma fraudulenta.

También recurre al fin objetivo de protección de la norma para proceder a una reducción teleológica del tipo del lavado, y negar que el bien jurídico protegido sea menoscabado cuando alguien acepta dinero del autor del delito previo en cantidades pequeñas a cambio de servicios normales.

A juicio de BLANCO CORDERO, *“hubiera sido conveniente que desde las instancias internacionales se hubiese limitado de alguna manera la descripción de los comportamientos mediante el recurso a alguna de las fórmulas aquí señaladas. En este sentido, por ejemplo, el legislador español ha excluido las actuaciones socialmente adecuadas del tipo de este delito a través del recurso al reforzamiento del dolo”*²⁵⁴.

En efecto, la normativa española exige expresamente que el sujeto activo actúe con la intención de encubrir el origen de los bienes, esto es, se precisa el dolo directo. Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, si no actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (art. 301 CP español), no realiza el tipo del delito de lavado de activos. Sólo de esta manera se puede evitar una ampliación desmesurada la punibilidad de las conductas de lavado de activos.

²⁵⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Op. Cit., p 130.

4.11. CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS EN EL SALVADOR

En el salvador el delito de lavado de dinero y activos o blanqueo de capitales no se encuentra en el Código Penal de 1998, si no que el legislador regulo esta conducta en una ley especial dándole el beneficio de la duda somos de la idea que lo hizo de esta forma debido a que primeramente el código penal ya había sido promulgado ya al tratar de regularlo debió de hacerse una reforma sustancial; además es posible que considerara que las formas de delinquir de carácter transnacional han evolucionado y por ese motivo fue de la idea de darle un tratamiento especial y surgen como por ejemplo la Ley de Drogas, de armas, de infracciones aduanera, etc., aunado a la exigencia de la comunidad jurídica internacional de regular este tipo de conductas.

Hablar de la tipicidad del delito de lavado de dinero resulta un tema muy divergente, lo cual genera problemas debido a que el legislador en su afán de regular tal conducta consideramos que ha sido muy inquisitivo o represivo en algunos de los artículos de la ley contra lavado de dinero y activos y en otros peca de ingenuo (¿convenientemente?) al regular el encubrimiento culposo del cual más adelante se hará su análisis. Para entrar en materia a continuación analizaremos el tipo regulado en el artículo 4 partiendo de sus elementos básicos.

4.11.1. SUJETO ACTIVO DE LA ACCIÓN TÍPICA DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona que realice la acción típica, según no sólo se deduce de la redacción del artículo 4 (“El que depositare ... etc.”), sino que expresamente se dice en el artículo 2: “la

presente Ley será aplicable a cualquier persona natural o jurídica aun cuando ésta última no se encuentre constituida legalmente”. Desde el punto de vista del sujeto activo, se trata en consecuencia de un delito común (por contraposición con los delitos especiales por razón del autor), por lo que no debe inducir a confusión la segunda parte del citado artículo 2 donde a título de mero ejemplo (“entre otras”, dice) se citan determinadas instituciones o actividades en torno a las cuales es más frecuente que pueda desarrollarse la actividad de blanqueo. No obstante, esa enumeración también podrá constituir un valioso elemento de ayuda, en los términos del apartado anterior, para determinar cuándo podemos hallarnos ante un delito de lavado de dinero, y no ante una mera receptación o encubrimiento común.

Conviene de todos modos recordar que, como claramente se desprende del artículo 38 del Código Penal, en el sistema salvadoreño rige el tradicional principio del derecho continental “societas delinquere non potest”, (es una locución latina, que significa “las sociedades no pueden delinquir”)²⁵⁵. La referencia del artículo 2 de la ley contra el Lavado a “instituciones y actividades” se debe, por tanto, al hecho de que, Como señala CRESPO

²⁵⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T.; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español*; en: AA.VV., “El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación”; Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 133; Mucho se ha debatido, sobre si las personas jurídicas pueden ser responsables de un delito; pero en la actualidad esta discusión cobra más importancia, por el incremento de la criminalidad económica dentro de los países industrializados; mediante la utilización de estas corporaciones, asociaciones, empresas, en definitiva personas jurídicas, que en la mayoría de los casos son creadas para disimular verdaderas conductas delictivas, lo que ha obligado a reflexionar sobre la urgente necesidad de sancionar tales comportamientos; ante esta problemática el Derecho Penal se ha encontrado impedido para sancionar a dichas personas jurídicas, pues esta posibilidad choca con el principio tradicional “societas delinquere non potest”, que ha informado el sistema penal desde hace siglos; y del que se deriva que es imposible hacer responder penalmente a una persona jurídica; puesto que el Derecho Penal a lo largo de su evolución se ha caracterizado por una concepción individual y personal de la responsabilidad penal.

BARQUERO, “*en ella se codifican de manera integrada aspectos penales y administrativos*”²⁵⁶.

En ese sentido, la ley “se aplica” a personas morales e instituciones, en tanto que se les encomiendan como veremos determinadas obligaciones de información y control. Pero, por supuesto, ello no significa una alteración de la regla de la personalidad de la pena, de modo que si existe responsabilidad penal ésta será individual y personal, imputable al autor material o mediato de la conducta típica que actúe en nombre o representación de la entidad o institución. Así lo recuerda explícitamente el propio artículo 4 de la Ley, en su penúltimo párrafo. La persona moral responderá, pues, subsidiariamente, en el terreno de la responsabilidad civil (art. 38 C.P., citado²⁵⁷), con independencia de las consecuencias accesorias (artículos 126 y 127 del Código Penal²⁵⁸, y 20 y siguientes de la Ley²⁵⁹) que puedan afectarles. Sin embargo, el problema interpretativo de mayor calado que suscita el sujeto activo del blanqueo es el de determinar si puede serlo quien a su vez haya sido autor o partícipe del delito previo del que proceden los bienes o el dinero “lavados”.

En este terreno la doctrina ha operado tradicionalmente, en el Derecho Comparado, con la idea del “autoencubrimiento impune”, que algunos relacionan con la aplicación del principio “non bis in idem”, entendiéndolo que sancionar al autor o partícipe del delito que posteriormente se aprovecha de sus efectos o pretende ocultar su producto, vulnera esa regla básica del

²⁵⁶ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Nº 11 año V Vol. 1 Enero-Abril 2002 p 115

²⁵⁷ Art. 38 código Penal relativo a “Actuar por otro”.

²⁵⁸ Art. 126 Código penal relativo a “De la pérdida del producto, de las ganancias y ventajas provenientes del hecho y del comiso y el Art. 127 “ del Comiso de la pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho”

²⁵⁹ Art. 20 Ley Contra Lavado de Dinero y Activos “provocará la retención de los valores...”

Derecho Penal. De hecho, algunos de los textos internacionales como la Convención sobre Delincuencia Organizada Transnacional o el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana, hacen expresa mención a la posible existencia de limitaciones constitucionales en ese sentido.

Ciertamente el artículo 7 del Código Procesal Penal salvadoreño consagra de manera inequívoca la regla de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito y, por tanto, tampoco por la fase de agotamiento del mismo²⁶⁰. De este modo, excepción hecha de aquellos supuestos de retorno de bienes²⁶¹, el blanqueo constituiría un hecho posterior sancionado, que conforme al principio de culpabilidad, y más concretamente a partir de la idea de la inexigibilidad de una conducta alternativa, habría de determinar la impunidad de esa conducta ulterior.

Este planteamiento ha sido sin embargo contundentemente criticado desde posiciones favorables a la autonomía conceptual del delito de lavado. Siguiendo a PINTO y CHEVALIER²⁶², y aunque no sea posible aquí una exposición más detallada de los argumentos, existen sólidas razones para negar la limitación del sujeto activo basada en su previa participación en el delito-fuente.

²⁶⁰ Art. 7 del Código Procesal Penal, publicado en Diario Oficial N° 11 Tomo 334 publicado en 20 de Enero de 1997; relacionado con el Art. 11 de la Constitución de la República, sobre el significado de la prohibición de doble enjuiciamiento, la Sala de lo Constitucional ha dicho que "la prohibición del doble juzgamiento significa, pues, la prohibición sobre la duplicidad de decisiones respecto de un mismo hecho y en relación de una misma persona; y específicamente en el área judicial, la inmodificabilidad del contenido de una resolución estatal que decide de manera definitiva una situación jurídica determinada, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley" (Resolución de Improcedencia de 11-VIII-1997, A mp. 276-97).

²⁶¹ Aquellos en que el partícipe en el delito previo blanquea su producto, éste pasa a un tercero y, tras ello vuelven a recuperar el control de lo ya transformado y realiza nuevas operaciones de lavado.

²⁶² CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 116

Tales razones se obtienen principalmente al poner en tela de juicio que el delito de lavado sea “sólo” una forma de encubrimiento, o que, de hecho, pueda calificarse como tal; si nos remitimos a lo dicho acerca del bien jurídico protegido no resultará difícil extraer consecuencias en el mismo sentido que defienden los autores citados: el lavado de activos no se concibe como una actividad meramente dirigida a ocultar el delito y hacer con ello ineficaz la acción de la Justicia. Es claro que afecta a más bienes jurídicos que el delito fuente, a otros que son distintos de los vulnerados por aquél y también por el encubrimiento en su concepción tradicional, llegando a globalizarse su potencial capacidad de daño al conjunto del orden socioeconómico, y además lo hace mediante el despliegue de una actividad compleja, perfectamente escindible en la mayor parte de los casos de la previa acción delictiva.

En estas condiciones, y habida cuenta de que la Ley salvadoreña no establece (como sí sucede en otros sistemas) un elemento negativo del tipo que excluya la autoría de quien fue partícipe en el delito fuente, parece perfectamente posible defender la coexistencia de ambas imputaciones, mediante el concurso real (artículo 71 C.P.²⁶³) del delito previo y el posterior lavado de su producto.

4.11.2. TIPO OBJETIVO

Para realizar un análisis del tipo debemos de realizarlo a través de la acción, el objeto, el resultado, el delito presente; lo cual desarrollaremos a continuación

²⁶³ Art. 71 Código Penal relativo a “Penalidad de concurso real”

4.11.2.1. LA ACCIÓN

El núcleo de la acción tipificada en el artículo 4 consiste en “convertir” o “transferir” los bienes, conforme a los textos internacionales repetidamente citados; la norma salvadoreña añade dos conductas instrumentales o consecutivas, en realidad inherentes y fácilmente incluíbles en las anteriores: “depositar y “retirar”. A ellas se equiparan (“también”) las contempladas en el segundo párrafo del mismo artículo 4, que incluye “cualquier operación, transacción²⁶⁴, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas “.

La razón de ser de esa división en párrafos parece tener un origen exclusivamente teórico: a la luz de las propias Convenciones Internacionales, algunos autores entienden que la acción de blanqueo stricto sensu es la conversión o transferencia de bienes, mientras que esas otras conductas equiparadas serían formas específicas de encubrimiento, o incluso de receptación (art. 5.b de la misma Ley). La cuestión es bastante confusa; así, por ejemplo, no parece muy acertado afirmar que no constituyan actos propiamente de reciclaje aquéllos que van precisamente orientados a “ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes”, que es lo que de modo específico constituye la esencia del lavado tal y como lo hemos descrito.

En fin, lo cierto es que el Legislador ha querido equiparar directamente (art. 4 párrafo segundo) o asimilar (art. 5) determinadas conductas que presentan una nota común, y es la de contribuir, en cualquiera de los diferentes momentos de la cadena de transformación y en función de la diferente

²⁶⁴ El concepto de “transacción” cuenta con una definición auténtica en el artículo 2.0 del Reglamento de la Ley: “cualquier operación o acto realizado dentro del giro ordinario de la actividad o negocio de las Instituciones, o relacionada con las actividades que la Ley somete a su control en el art. 2 inc. 2°.

intensidad de la contribución de cada sujeto (ésta es la clave de la prolijidad y minuciosidad en la enumeración de conductas alternativas), al reciclaje de fondos procedentes de los delitos a que se refiere el artículo 6, sin dejar “escapar” ninguno de los comportamientos que, de un modo u otro, puedan contribuir a los fines del delito.

4.11.2.2. EL OBJETO

El artículo 4 habla de “fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas” (párrafo primero) y de “bienes y valores provenientes de actividades delictivas” (párrafo segundo); la Ley contra el Lavado opta así en su texto por una descripción enumerativa del objeto de la acción, evitando la necesidad de recurrir a criterios interpretativos que podrían topar con la prohibición de interpretación extensiva de las normas penales. En esto se aparta de la Convención de Viena y del Convenio Centroamericano, que prefieren (más en la línea clásica de los tratados internacionales) utilizar conceptos más flexibles y dotarles de un contenido más preciso mediante el sistema de la “definición auténtica”.

En concreto, el problema que se plantea en relación con el objeto del blanqueo es que estos textos internacionales se refieren al “producto” del delito, expresión que, *stricto sensu*, puede entenderse exclusivamente referida al botín o fruto de la actividad delictiva y no, por tanto, a sus sucesivas transformaciones o manipulaciones, ni al resultado de éstas, ni los títulos o derechos relacionados con tales bienes²⁶⁵.

²⁶⁵ Por ello el artículo 1 de la Convención de Viena se ve forzado a aclarar que por “producto” del delito precedente se entiende “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3” y por “bienes”, “los activos de cualquier tipo corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o

Ahora bien, aunque en ese sentido la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos facilita la comprensión y la aplicación de la norma penal, paradójicamente no aprovecha esa ventaja para mejorar uno de los más graves defectos de los textos supranacionales: su deplorable técnica jurídica²⁶⁶ y su falta de sistemática.

En efecto, si el lavado de dinero y activos se refiere tanto a los bienes directamente procedentes del delito como a los que indirectamente derivan de él (porque los sustituyen o se obtienen con ellos), resulta difícil explicar y comprender por qué se tipifican como delitos distintos, separados y además castigados con distintas penas, actos de ocultación o encubrimiento simultáneo o ulterior -receptación sustitutiva- (artículos 5 y 7) que, atendiendo a esa equiparación del origen delictivo inmediato o mediato de los bienes cumplen una finalidad delictiva idéntica y generan un efecto igualmente nocivo. Es más, cuanto más alejado o transformado está el bien respecto de su origen, más dañosa es cada nueva transformación, por cuanto profundiza en la fase de ensombrecimiento (ver Capítulo II).

Así, la ocultación del origen del bien (artículo 5), cualquiera que sea la forma en que se lleve a cabo (contratos simulados, enajenación, inversión... art. 7) difícilmente no consistirá en un acto de conversión, transferencia, o "cualquier operación" -art. 4- relativa a esos "fondos, bienes o derechos", encaminada a obtener su encubrimiento, ocultación o "legalización". Pero si además se admite la equiparación del producto directo del delito con los bienes indirectamente obtenidos a partir de dicho producto, es obvio que todas esas conductas constituyen per se actos de lavado, dado que es muy

instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"; definición ésta última prácticamente idéntica a la que facilita el Convenio Interamericano.

²⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Ed. Tecnos. Madrid, 1989, p. 148.

complicado imaginar supuestos concretos en que la ocultación o el encubrimiento no se instrumente precisamente mediante alguna de las formas comisivas del mencionado artículo 4²⁶⁷.

4.11.2.3. EL RESULTADO

Los “fines” perseguidos por el delito que menciona dicho artículo 4 son, precisamente, los que configuraban tradicionalmente la doble modalidad real y personal del encubrimiento. Se trata de “ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o de ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos” a los partícipes, o bien -como acabamos de ver- de “ocultar el origen ilícito y legalizar” los bienes y activos en cuestión.

Ese elemento tendencial, como ya se ha advertido, no se integra en la acción típica, sino que constituye su finalidad y por tanto no se incorpora al tipo objetivo, sino al subjetivo, ubicándose por tanto en la fase de agotamiento del delito. Dicho de otro modo, el hecho de que el sujeto no obtenga su propósito de ocultación o encubrimiento²⁶⁸ no impide la consumación. Basta con que con sus actos pretenda obtener ese fin, para que el mero hecho de llevar a cabo la conducta nuclear antes definida complete la ejecución de la acción típica. Habrá delito tentado si no llega a culminar el depósito, la transferencia, la conversión o la transacción; pero el hecho de que, completada esa “operación”, consiga con ella su propósito de ocultación, encubrimiento o

²⁶⁷ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 119; manifiesta que resulta, por tanto, especialmente incomprensible la figura del encubrimiento (real y personal) del blanqueo (art. 7), que, sentada esa equiparación entre el producto del delito y -valga la expresión- “el producto del producto”, no parece nada fácil de distinguir del lavado propiamente dicho, sancionado en el artículo 4.

²⁶⁸ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 120. manifiesta que en esta dicotomía “ocultar-encubrir” puede hallarse un argumento complementario para sostener la posibilidad de imputación del delito al partícipe en el precedente: se “encubre” a otro (ya que el concepto jurídico penal de encubrimiento sí excluye al partícipe en la previa acción delictiva) mientras que se “oculta” la propia acción. Esa sería la razón de que la ley utilice los dos términos.

ayuda al autor, no será óbice para el pleno perfeccionamiento del delito; consiguientemente, cualquier acto posterior sobre ese mismo bien o de su producto por parte del mismo sujeto no aportará nada al iter criminis, y cualquier operación llevada a cabo por otra persona no tendría por qué ser calificada de modo distinto que un nuevo delito de blanqueo, de no ser por la especialidad (curiosamente atenuada) del encubrimiento especial regulado en el artículo 7.

Se revela así la típica estructura del delito de resultado cortado, en el que la obtención de un primer fin (la culminación de la operación) consuma la acción típica, desplazando el logro del fin último (la ocultación), a la fase de agotamiento del delito, a partir de ahí, y volviendo a lo sostenido en el apartado anterior, se están tipificando como delitos autónomos lo que no son más que fases de una misma conducta antijurídica, así, en el artículo 5.a) se castiga con pena de ocho a doce años de prisión y multa a quien oculte o disfrace” la naturaleza, origen, etc., de los bienes (delito de resultado, que parece exigir para su consumación la efectiva obtención de esa ocultación), mientras que el artículo 4 castiga con pena superior (de 5 a 15 años de prisión y multa) a quien meramente realice cualquier operación con esos mismos bienes encaminada a conseguir su ocultación.

Dado que será muy difícil encontrar ejemplos reales en que la ocultación o lavado se obtenga por un medio distinto de los que se enumeran en un tipo tan abierto como es el que contiene el artículo 4 (cabe insistir en esa posibilidad de “cualquier operación”), resultará ciertamente absurdo el esfuerzo de acreditar el agotamiento de la acción de blanqueo de un mismo objeto (el producto del delito y/o sus ulteriores transformaciones) cuando

cualquier operación realizada sobre éste ya será constitutiva de delito, y además de un delito más grave²⁶⁹.

De lo antes expuesto consideramos una vez más, parece que tanto el Legislador internacional como el nacional se han dejado llevar por su voluntad de cubrir todos los frentes, no dejando resquicio o grieta alguna en la persecución penal de estas conductas, dando como resultado una norma totalmente represiva; pero para ello ha incurrido en cierto barroquismo jurídico, creando tipos penales redundantes, plagados de puntos de intersección y superposiciones, olvidando quizá que la confusión, la dificultad de comprensión y los problemas de interpretación de las normas penales no suelen ser buenos compañeros de la eficacia.

4.11.2.4. EL DELITO PRECEDENTE

El delito precedente es aquel del que procedan los fondos, bienes o efectos que se tratan de lavar, como una de las claves de la propia concepción jurídica del delito de blanqueo²⁷⁰. En particular, al tratar del bien jurídico

²⁶⁹ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 121.

²⁷⁰ BLANCO CORDERO, ISIDORO. *El delito de blanqueo de capitales*. Op. Cit., pp 251-253. La doctrina establece diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica de la exigencia de un delito previo del cual provengan los bienes y las exponemos a continuación: 1. Inicialmente alega un motivo relacionado con la normativa suiza relativa al blanqueo de capitales. Dice que el objetivo de los preceptos relativos al blanqueo de capitales es la lucha contra la criminalidad organizada, mediante la prohibición de la ocultación de ganancias delictivas para facilitar su confiscación. Como consecuencia de un hecho punible puede iniciarse una demanda del Estado solicitando la confiscación. No sólo es condición para la confiscación, sino también condición para la punibilidad del blanqueo de capitales. 2. La interpretación de que el hecho previo es una condición objetiva de punibilidad se justifica como resultado de consideraciones sistemáticas. Si la participación en grado de tentativa, por ejemplo, según el art. 25 CP suizo no es merecedora de pena y, por tanto, impune, también debe ser impune la tentativa inidónea de blanqueo de capitales, ya que este último constituye una participación independiente posterior al hecho; 3. En opinión de BLANCO CORDERO, el blanqueador no debe tener ningún conocimiento concreto del hecho previo. Si se considera al hecho previo como elemento objetivo del tipo surge un problema que se puede apreciar mejor en un ejemplo: un banquero acepta una cantidad de dinero muy elevada como ingreso en una cuenta corriente, y, por razón de su cuantía y de otras circunstancias, piensa decididamente que se trata de dinero procedente de un delito. Aunque

protegido y con el propósito de delimitar el campo de aplicación de los tipos penales contenidos en la Ley especial, se puso de manifiesto cómo de entre las diversas líneas doctrinales existentes; el Legislador salvadoreño no parecía optar por la autonomía plena de la figura penal, pero tampoco la restringe a la tradicional conexión con los delitos relativos a las drogas, sino que prefiere ampliar el campo de aplicación estableciendo un catálogo de delitos-fuente. Ese es el cometido del artículo 6 de la Ley. Un análisis detenido del mismo suscita empero algunas observaciones.

En primer lugar, la ratio legis de la norma parece concretarse en un criterio de gravedad de la conducta previa basado en dos ejes: la peligrosidad o nocividad para el “sistema” (lo que nos aproximaría a la visión avanzada del delito autónomo como delito contra el orden socioeconómico), y la alarma social o capacidad de intensidad de lesión de otros bienes jurídicos de entidad individual. En la primera línea podrían situarse los delitos del apartado a) (drogas), así como el peculado, el soborno, el comercio ilegal y depósito de armas, a evasión de impuestos, el contrabando de mercadería, el prevaricato y la estafa. En la segunda dirección, el comercio de personas, el hurto y robo de vehículos, el secuestro, la extorsión, o la estafa.

En lo que concierne a la lista de delitos, podrán mostrarse diferencias de valoración en cuanto a la “oportunidad” o el “acierto” de la selección realizada por el Órgano Legislativo, atendiendo a criterios de política criminal, pero

no tuviese un conocimiento exacto del hecho previo, sería punible la tentativa inidónea sobre un objeto inidóneo según el art. 23 CP suizo, si se probase finalmente que el bien no procede de un delito según la jurisdicción suiza. Objetivo de política criminal de la definición del blanqueo de capitales es, dice, dificultar la ocultación de los valores patrimoniales que proceden de un delito grave. Por el contrario, no lo es sancionar la ocultación del dinero de un delito fiscal como tentativa inidónea de blanqueo de capitales. Concluye que el hecho previo debe necesariamente ser una condición objetiva de punibilidad; 4. Finalmente alega motivos de claridad y de determinación para este entendimiento. Si un valor patrimonial que no procede de un delito se transforma, nunca puede ser un objeto de un delito.

desde un punto de vista técnico jurídico nada hay que alegar. Ahora bien, al llegar al apartado p), el barco de la lógica jurídica parece hacer aguas y hundirse por su propio peso. Resulta que, tras la prolija enumeración de delitos de los que habrán de proceder los bienes objeto de los actos y “operaciones” a que se refiere el artículo 4, se concluye que podrá existir blanqueo conforme a la Ley “en lo que fuere aplicable a los siguientes delitos: (...) p) todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas”. Es decir, que el delito de lavado de dinero puede consistir en cualquier operación dirigida a la ocultación o encubrimiento de cualquier delito²⁷¹.

CRESPO BARQUERO, considera que evidentemente, por más que la letra de la ley diga inequívocamente eso, tal conclusión no puede ser aceptada sin objeciones: si se admite la literalidad de la norma, es obvio que no sólo se estará derogando el Código Penal, reconduciendo cualquier encubrimiento

²⁷¹ Somos de la idea que el legislador, pretendió dar un listado “*numerus clausus*” de delitos cuyo propósito es la obtención de dinero y activos; cuyo fin ulterior es el beneficio económico; el problema es que en el literal p) deja abierta la posibilidad de realizar una interpretación extensiva o analógica, en el sentido que expresa “todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas”, siendo esto último atentatorio al principio de legalidad el cual cumple dos funciones esenciales en el Estado democrático: primeramente es una exigencia de la seguridad jurídica, que sólo existe si la persona tiene una posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas y además es una garantía política para el ciudadano, a quien ni el Estado ni los jueces podrán someter a consecuencias por sus actos que no hayan sido antes queridas por los representantes de la soberanía popular, encargados de la elaboración de las leyes. Pues consideramos que hay actividades delictivas que no trascienden a la esfera del delito de lavado de dinero; por ejemplo: Una persona que realiza una serie de acciones delictivas como robos, hurtos; o una estafa simple; esta dañando el bien jurídico del patrimonio de una persona en específico, por lo cual consideramos que esta serie de actos aislados no vulnera el bien jurídico del orden socioeconómico (art. 3 C. Pn.); es importante considerar que la ley al no establecer una cantidad mínima como requisito de procesabilidad como lo es la cantidad de dinero que se trata de legitimar crea un vacío y es esto mismo lo que hace que esta norma sea vaga y muy amplia interpretativamente hablando. A contrario sensu si vemos estos hechos delictivos no de manera aislada si no desde el punto de vista del crimen organizado, partiendo que el *modus operandi* se vuelve sistemático, utilizando métodos cuyo fin es el aumentar la cantidad de los delitos derivando en un incremento de las cantidades de dinero o bienes; esta organización se ve en la necesidad de ejecutar fases propias del blanqueo para disfrutar del producto del delito previo, por lo que cabría la posibilidad de enmarcarlo en el delito de lavado de dinero y activos. Es aquí lo ambiguo de esta normativa.

personal o real (lucrativo o no) al ámbito de aplicación de la Ley Especial, sino que además se estará atentando -habida cuenta de las penas que se prevén- contra la más elemental concepción de la proporcionalidad punitiva, el principio de legalidad penal y la seguridad jurídica. Una norma como la comentada atentaría frontalmente contra esas reglas básicas del derecho penal²⁷².

Pero cabe una interpretación alternativa: invocando una vez más el bien jurídico protegido, y acudiendo a la interpretación sistemática y a la analogía, cabe entender que cuando el artículo 6 dice que “estarán sometidos” a esta Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero”, y en concreto, esos supuestos del apartado p) “en lo que fuere aplicable”, lo que está queriendo decir es que no lo será siempre y en todos los casos, sino sólo cuando la actividad delictiva sea susceptible de ser considerada como “generadora de lavado”, esto es, cuando por la naturaleza, características y capacidad de afectación del bien jurídico protegido (principio de ofensividad), el “acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes” procedentes de esas “actividades delictivas” deba entenderse calificable como delito de blanqueo; dicho de otro modo, estaríamos muy cerca (si no plenamente dentro) de la tesis de la autonomía del delito de lavado: el artículo 6 facilita al intérprete, a título de ejemplo, un catálogo de conductas capaces de generar blanqueo, y le encomienda la tarea de averiguar si, a partir de su realización, su producto ha dado lugar a operaciones capaces de poner en riesgo (aunque sea remoto o abstracto) el orden socioeconómico. Nótese cómo así la norma cobra sentido: estamos ante conductas muy concretas, y muy graves, que no lo son por razón del delito precedente, ya que puede ser

²⁷² CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 123

virtualmente cualquiera (art. 6.p), sino por su propia potencialidad de lesión del bien jurídico que se trata de preservar.

4.11.3. TIPO SUBJETIVO

Basta lo dicho hasta aquí para deducir sin posibilidad de error que el delito contemplado en el artículo 4 de la Ley es esencialmente doloso, y además exige un dolo directo²⁷³ que se proyecta sobre un elemento subjetivo del injusto, que no es otro que la finalidad de obtener la ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los bienes, o el auxilio de los partícipes en el delito previo. Precisamente ese sería el punto esencial de distinción con el delito tipificado en el artículo 5.a) (no así el apartado b), que exige la “finalidad de legitimar” los bienes) y los apartados d) y e) del artículo 7 que, como se dirá, parecen admitir sin dificultad la modalidad del dolo eventual.

Ahora bien, es el elemento subyacente a todas estas figuras penales, el conocimiento de la previa ilicitud (o del origen ilícito de los bienes) el que plantea mayores dificultades en el análisis del tipo subjetivo del delito. Esta cuestión del elemento cognoscitivo del dolo había producido ya auténticos quebraderos de cabeza a la doctrina en relación con los delitos “comunes” de receptación y encubrimiento, y no es menor la dificultad al tratar de los delitos de blanqueo, hasta el punto de que algún autor afirma que, al menos desde el punto de vista de la prueba (cuestión que examinaremos en su momento) es el “mayor” problema que plantea este tipo penal²⁷⁴.

²⁷³ GALLEGARI, ANDRÉ LUÍS. *El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil*, Op. Cit., p. 268 señala en su obra que la razón por la que debe de ser el dolo directo es que el autor que tiene la finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o la de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir la consecuencia jurídica de sus actos debe de abarcar también en su voluntad la realización de estos últimos, por lo menos como consecuencia necesaria de su actuar aunque no la desee.

²⁷⁴ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 124

Sin ánimo de exhaustividad, el planteamiento de la cuestión es el siguiente: en la medida en que se mantenga el sistema del delito de referencia (es decir, la negación de la autonomía absoluta del lavado por su propia naturaleza y medios empleados²⁷⁵) está claro que para poder imputar objetivamente el delito de blanqueo al sujeto es imprescindible que éste “conozca” la existencia de ese delito previo y por tanto “sea consciente” de que las operaciones sobre los bienes y fondos que de él proceden constituyen actos de ocultación, encubrimiento, legalización o reciclaje en relación con una actividad que, efectivamente, es delictiva.

En ese punto, los autores se han debatido acerca del grado y el modo de conocimiento de la previa infracción, e incluso se han extendido en consideraciones relativas al grado de accesoriedad que rige la relación entre ambas infracciones; es decir, si por “delito previo” ha de entenderse cualquier conducta que en abstracto reúna los requisitos de un tipo penal, o por el contrario circunstancias como la inculpabilidad, la concurrencia de una excusa absolutoria, etc., que en el caso concreto supongan la impunidad de la conducta fuente, debe determinar la atipicidad penal del ulterior delito de encubrimiento.

En relación con el grado o tipo de conocimiento, la doctrina ha venido elaborando, a partir de pronunciamientos jurisprudenciales de diversos países, un cuerpo teórico, que sustancialmente identifica ese elemento subjetivo con un “estado anímico de certeza, más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sobre el origen ilícito, sin que sea preciso un conocimiento concreto, exhaustivo y pormenorizado del hecho

²⁷⁵ *Ibidem.*

criminal en cuanto a sus particularidades de fecha, forma o lugar, ni exigirse que el sujeto acierte a calificar la infracción precedente”²⁷⁶.

Respecto de la relación de dependencia entre el delito previo y el delito ulterior de encubrimiento o blanqueo, aunque las soluciones son muy diversas, la mayor parte de los autores optan, siguiendo las tesis elaboradas en relación con el delito de receptación, por la “accesoriedad limitada”, esto es, la exigencia de que la conducta previa sea objetivamente típica y antijurídica, sin exigir que se trate de una acción culpable (accesoriedad extrema) y, menos aún, punible (accesoriedad máxima)²⁷⁷.

La redacción de la Ley contra el Lavado de El Salvador evita algunos problemas, en la medida en que al no distinguir el tratamiento punitivo en función de cuál sea el “delito previo” permite considerar que basta la conciencia de una actividad “genéricamente” delictiva para integrar el tipo subjetivo, sin necesidad de constatar que se trata de un delito concreto y determinado, como sucede en algunos sistemas que establecen agravaciones o atenuaciones en función de cuál sea el delito previo²⁷⁸. No obstante, con ello no se termina de salvar el “mayor” obstáculo a que antes hacíamos referencia, cual es la prueba de ese conocimiento en el proceso.

El dolo debe proyectarse además (tanto en el sistema de delito de referencia como si se acepta la autonomía del delito) sobre la propia actividad blanqueadora, es decir, que el sujeto tiene que conocer y querer -al menos

²⁷⁶ ZARAGOZA, AGUADO. *El Encubrimiento, la Receptación y el Blanqueo del Dinero*, Op. Cit., p 56

²⁷⁷ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 125

²⁷⁸ Por ejemplo, en el derecho Español el blanqueo subsiguiente a tráfico de drogas es un tipo penal agravado, lo que implica que para su aplicación exige la prueba del conocimiento de que los bienes lavados procedían precisamente de un delito de esa clase exigiendo en consecuencia una prueba cuasi diabólica para sus demostración.

eventualmente- el efecto de ocultación o reciclaje. Esto permitirá, como veremos en su lugar, la construcción de modalidades de comisión por omisión, e incluso de un tipo de omisión propia (art. 7.c).

Finalmente, queda la duda acerca de si es exigible o no el ánimo de lucro como elemento subjetivo en el blanqueo. Ni los textos internacionales examinados ni la Ley de El Salvador exigen esa finalidad lucrativa de manera expresa, aunque no faltan opiniones²⁷⁹ que insinúan que se halla implícita en este tipo de conductas. Lo cierto es que en la práctica no será frecuente encontrar supuestos de ocultación o encubrimiento real que no comporten ese ánimo de aprovechamiento económico propio o de tercero, máxime cuando la esencia del blanqueo es, como vimos extensamente en la primera parte de este trabajo, la canalización de los beneficios obtenidos por las grandes organizaciones criminales; quizá en el auxilio al partícipe (encubrimiento personal) puedan hallarse motivaciones de otra índole. Incluso en este último caso, si se aplica correctamente el principio de lesividad u ofensividad del bien jurídico protegido (artículo 3 del Código Penal), lo habitual será que esa dimensión económica aparezca siempre en primer o segundo plano²⁸⁰.

4.12. “CASOS ESPECIALES” DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Junto al tipo básico de blanqueo tipificado en el artículo 4 de la Ley, ésta contiene otras figuras delictivas asimiladas o próximas. Aunque en buena medida ya se han anticipado diversos comentarios acerca de su naturaleza y

²⁷⁹ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 126

²⁸⁰ De cualquier modo, hay que insistir en que ninguno de los tipos penales contenidos en la Ley exige que el sujeto actúe guiado por el mencionado ánimo de lucro.

contenido, es conveniente resumir sistemáticamente sus aspectos más relevantes.

Bajo ese epígrafe incluye el artículo 5 de la ley dos grupos de conductas, que ya se contemplaban, respectivamente, en los artículos 3.b).ii) y 3.c).i) de la Convención de Viena, en éste último caso con la reserva de que fuera posible su persecución penal en función de los “principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico” de cada Estado²⁸¹. Se trata de tipos penales en la línea clásica del favorecimiento real²⁸² (apartado a) y la receptación (apartado b).

a) Artículo “5.a). Ocultar o disfrazar en cualquier forma la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino el movimiento o la propiedad aparentemente legal de fondos, bienes o derechos relativos a ellos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas; y²⁸³”

Este literal es llamado por CRESPO BARQUERO “*Encubrimiento real*”²⁸⁴. La conducta tipificada en el artículo 5.a) se refiere claramente a la fase de ensombrecimiento del blanqueo. Se trata de un delito de resultado consistente en ocultar o disfrazar la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los fondos, bienes o derechos.

²⁸¹ Esta locución se refiere implícitamente al problema, ya apuntado, de la prueba del conocimiento de la procedencia ilícita. Sólo en la medida en que el sistema constitucional-procesal permita la prueba indirecta del elemento cognoscitivo del dolo, será posible la persecución de una conducta que, de otro modo, debería articularse a través de una presunción contra reo, prohibida en casi todos los ordenamientos.

²⁸² Es de aclarar que en la legislación Brasileña al no tener en su normativa penal el delito de encubrimiento lo equipara a figuras similares denominadas favorecimiento personal y favorecimiento real; previstos en los art. 348 y 349 C. Pn., de Brasil. Entiéndase por favorecimiento personal al auxilio a ocultarse de la acción de la autoridad pública al autor del crimen cuando la pena sea privativa de libertad; y favorecimiento real es prestar al criminal, fuera de los casos de coautoría o de receptación auxilio destinado a tornar seguro el provecho del crimen.

²⁸³ Art. 5 lit. a) de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

²⁸⁴ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz, Op. Cit.*, P 127

Respecto del último inciso, el defecto de redacción es patente: parece claro que lo que es constitutivo de delito es ocultar la propiedad real, o aparentar una propiedad ficticia, y no (como literalmente dice la norma) “ocultar la propiedad aparentemente legal”.

El objeto de ocultación o disfraz son “fondos, bienes o derechos relativos a ellos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas”. Todos estos aspectos (las nociones de producto del delito y procedencia directa o indirecta, y el concepto de actividad delictiva) ya han sido examinados en relación con el tipo básico.

Aunque no existe una mención expresa, la redacción de la norma parece implicar que esa procedencia “directa o indirecta” de actividades delictivas debe ser conocida por el sujeto, ya que en otro caso se estaría produciendo una imputación objetiva por el resultado, contraria al principio de culpabilidad y expresamente prohibida por el artículo 4 del Código Penal. Por consiguiente, es preciso dar por reproducido en este punto cuando se dijo en los apartados anteriores acerca de la naturaleza dolosa del delito, y el contenido del elemento cognoscitivo del dolo.

Ya hemos puesto de manifiesto cierto grado de superposición o intersección entre estas conductas y las comprendidas en el tipo básico del artículo 4. En realidad, se trata de hechos lógicamente posteriores a los que se penalizan en aquél, o consecuencia de los actos en él tipificados. De este modo, como también advertíamos, será frecuente que la mera tentativa de obtener el resultado descrito en estos tipos penales “ya” sea constitutiva de un delito penado en el mencionado artículo 4, donde lo que se castiga es la “acción” ejecutada con la finalidad de obtener, precisamente, ese fin de ocultación, cuya efectiva consecución determina la consumación de este delito del

artículo 5 no resulta por ello fácil de explicar la escala punitiva, puesto que los actos del artículo 4 pueden ser sancionados con pena mayor que éstos del artículo 5. Paradójicamente, sin embargo, la pena mínima es superior en el caso del artículo 5 (ocho años de prisión) que en el del 4 (cinco años).

b) Artículo “5.b). Adquirir, poseer y utilizar fondos, bienes o derechos relacionados con los mismos, sabiendo que derivan de actividades delictivas con la finalidad de legitimarlos²⁸⁵”.

La redacción de este literal hace referencia a la figura de “*Receptación*”²⁸⁶. El apartado b) del artículo 5 describe, siguiendo la pauta del artículo 3.c.i) de la Convención de Viena, una conducta característicamente receptadora (“adquirir, poseer y utilizar bienes o derechos relacionados con los mismos, sabiendo que derivan de actividades delictivas”) aunque introduce un elemento subjetivo desacostumbrado en el tratamiento penal de esta categoría delictiva: la finalidad de legitimar esos bienes o derechos.

Para CRESPO BARQUERO, es precisamente esa nota tendencial es la que distingue este delito de la receptación común, y ciertamente trastoca toda su estructura, en la medida en que, lejos de plantear las consabidas dificultades acerca del contenido del tipo subjetivo (una vez más hay que remitir a lo dicho acerca del contenido del dolo, proyectado sobre la conciencia de la procedencia delictiva), presenta un tipo penal claramente doloso, regido por un elemento subjetivo del injusto (la finalidad de legitimación) que hace referencia directa a la tercera fase del blanqueo: la integración de los fondos blanqueados en los circuitos legales del tráfico jurídico²⁸⁷.

²⁸⁵ Art. 5 lit. b) de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

²⁸⁶ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 128

²⁸⁷ *Ibidem*.

No obstante, la estrecha franja de antijuridicidad penal que parece resultar de la exigencia típica de perseguir ese fin concreto, en modo alguno genera la impunidad de las conductas periféricas.

4.13. ENCUBRIMIENTO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Tal y como ya hemos analizado, el artículo 7 de la ley tipifica una serie de conductas, que en general se definen como encubrimiento o receptación subsiguiente o sustitutivos. Conviene, sin embargo, destacar algunos aspectos relevantes desde el punto de vista de la técnica penal.

- a) Artículo “7.a). *Los que sin concierto previo con los autores o partícipes del delito de lavado de dinero y de activos, ocultaren, adquirieren o recibieren dinero, valores u otros bienes y no informaren a la autoridad correspondiente, inmediatamente después de conocer su origen, o impidieren el decomiso de dinero u otros bienes que provengan de tal actividad delictiva*²⁸⁸”;

Para cresco Barquero este literal lo denomina: “*Receptación sustitutiva y encubrimiento real del delito de lavado*²⁸⁹”. En el primer inciso del apartado a), el objeto de ocultación, adquisición o recepción, es el dinero, valores u otros bienes”, que se lleva a cabo “sin concierto previo con los autores o partícipes del delito de lavado de dinero y de activos”. Se trata, por tanto, de la figura clásica de la receptación, pero aplicada precisamente al producto del blanqueo. Puede conducir a cierta perplejidad. El requisito negativo de la inexistencia de “concierto previo” parece pretender ciertamente distinguir

²⁸⁸ Art. 7 lit. a) de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

²⁸⁹ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 129

entre la conducta propiamente blanqueadora (que se concibe como una cadena ininterrumpida y coordinada dirigida a la integración final de los bienes) y esta actividad, tendencialmente desconectada de ese propósito último, consistente en la receptación o encubrimiento real de bienes procedentes del blanqueo, como podría tratarse de productos de cualquier otro delito; de modo que nos hallaríamos ante un supuesto de receptación o encubrimiento real especial por razón del objeto²⁹⁰.

Esa desconexión tendencial, por cierto, justificaría en términos de menor desvalor de la acción una pena (de cinco a diez años de prisión) sustancialmente inferior a la prevista para los blanqueadores en el artículo 4. El añadido relativo al hecho de no informar a las autoridades de la recepción de esos bienes constituye una mera e innecesaria tipificación expresa de un elemento negativo del tipo, más concretamente de una excusa absolutoria, que como veremos se formula en su versión positiva en el párrafo último del artículo 4.

Por supuesto, aunque no exista una referencia explícita, el artículo 4 del Código Penal (principio de culpabilidad) obliga a entender que el sujeto autor de este delito tiene que conocer el origen de los bienes, y se plantea el problema de la remisión al delito precedente para la imputación objetiva de la conducta punible²⁹¹. Dicho de otro modo, el tipo subjetivo de este

²⁹⁰ Somos del criterio que al hacer referencia a la “inexistencia de concierto previo” tiene su fundamento en que la figura de encubrimiento se caracteriza, en todas sus modalidades, por ser un delito de referencia, pues para su comisión es precisa la previa existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, definido en el Código Penal o en leyes especiales como delito, no como falta, del que el encubridor tiene que tener conocimiento (dolo), lo que debe entenderse en el sentido de que sepa los actos que se han realizado, y que conozca en general que son delito, sin que sea preciso que conozca su exacta tipificación, siempre que este conocimiento no provenga de un concierto previo a la comisión del delito, pues, quien, de acuerdo con los autores de un delito, realiza alguna de las conductas tipificadas, no es un encubridor, sino un auténtico partícipe.

²⁹¹ Como es evidente, los problemas de prueba sobre este extremo serán notables en la práctica

encubrimiento real especial exige el conocimiento específico de que los bienes o valores provienen de un delito de lavado de dinero o activos²⁹².

- b) Artículo “7.b). *Los que sin concierto previo con los autores o partícipes, ayudaren a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta*²⁹³,”

CRESPO BARQUERO, denomina a este literal “*Favorecimiento personal*”²⁹⁴. En la misma dirección de tipificación del encubrimiento del lavado, el apartado b) del artículo 7 se dedica al encubrimiento o favorecimiento personal, con una redacción clásica para este tipo penal, con la única particularidad, por tanto, de que, igual que sucedía en el apartado anterior, el delito encubierto es precisamente el lavado de dinero y activos.

- c) Artículo 7.c). Los Superintendentes y demás funcionarios o empleados de los organismos encargados de fiscalizar o supervisar, que no comuniquen inmediatamente obstaculicen el conocimiento a la Fiscalía General de la República, de la información que les remitan las entidades bajo su control²⁹⁵;

Este literal es denominado “*Encubrimiento por funcionario o autoridad*”²⁹⁶. Se tipifican dos delitos especiales (sólo pueden ser perpetrados por los

²⁹² La conducta encubridora examinada se compara, en el inciso final del artículo 7.a), con la consistente en “impedir el decomiso de dinero u otros bienes que provengan de tal actividad delictiva”, que revela con especial claridad la naturaleza de delito contra la Administración de Justicia que se predica del encubrimiento. No es preciso reiterar que las exigencias del tipo objetivo subjetivo examinadas para la modalidad delictiva anterior son igualmente extensivas a esta segunda forma de encubrimiento real.

²⁹³ Art. 7 lit. b) de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

²⁹⁴ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 131

²⁹⁵ Art. 7 lit. c) de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

²⁹⁶ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 131

superintendentes, funcionarios o empleados de los organismos encargados de fiscalizar o supervisar) claramente distintos. Por una parte, un delito de omisión pura, consistente en “no comunicar inmediatamente” a la Fiscalía General de la República la información facilitada por las entidades bajo su control, y otro, de resultado, consistente en “obstaculizar a la Fiscalía el conocimiento de esa información. Es obvio que, en el terreno de la protección del bien jurídico, en ambos supuestos nos hallamos ante delitos de peligro abstracto, de modo que se castiga el mero “cortocircuito” de la información, sin prejuzgar ni valorar que ésta sea relevante efectivamente desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico (es decir, que realmente ponga de manifiesto a existencia de un delito de lavado).

El Legislador salvadoreño va, pues, más lejos que otros ordenamientos, en los que se prefiere establecer un delito de omisión impropia, basado en la posición de garante de las autoridades e instituciones en cuestión, sancionando penalmente la denominada “ceguera jurídica”²⁹⁷, es decir, la inactividad institucional que, con manifiesta infracción del deber que incumbe a la autoridad o funcionario, permite causalmente el resultado perseguido por el autor directo de la acción dolosa.

Llama la atención, por el contrario, que ésta sea la única norma penal contenida en la ley donde se hace referencia a las Autoridades que, de algún modo, se ubican en posición de garante respecto de este tipo de actividades. Y es aún más llamativo que en ningún caso la Ley se haga eco de la exhortación del Convenio Centroamericano (artículo 2, párrafo último) para que se establezcan penas agravadas cuando los delitos relacionados con el

²⁹⁷ *Ibidem.*

blanqueo sean cometidos por funcionarios y empleados públicos²⁹⁸. No sólo se silencia cualquier especialidad de su participación con la única excepción de este tipo penal secundario, sino que además se establece en el último párrafo un tratamiento punitivo más leve (cuatro a ocho años de prisión) que el que corresponde a los apartados anteriores (cinco a diez), equiparándolo al de las conductas de los apartados d) y e).

En el aspecto subjetivo conviene recordar que de acuerdo con la regla general del párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal, la conducta omisiva consistente en no informar sólo será sancionada por este título cuando sea consciente (o, más precisamente, dolosa), sin perjuicio de que la omisión negligente de ese deber pueda reconducirse al artículo 8.

- d) Artículo 7. d) Quienes con conocimiento hayan intervenido como otorgantes en cualquier tipo de contrato simulado, de enajenación, mera tenencia o inversión, por medio de la cual se encubra la naturaleza, origen, ubicación, destino o circulación de las ganancias, valores, o demás bienes provenientes de hechos delictivos tal como se especifica en el Artículo 4 de esta Ley, o hayan obtenido de cualquier manera beneficio económico del delito; y e) Quien compre,

²⁹⁸ Art. 2 párrafo final de Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Trafico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. (...) “De igual manera, se establecerán penas agravadas cuando tales delitos sean cometidos por funcionarios y empleados públicos”. Se advierte que en este caso se ha omitido la agravación de la penalidad cuando un funcionario o empleado de los organismos encargados de fiscalizar o supervisar comete este ilícito y le impone una sanción de 4 a 8 años de prisión; ignorando lo recomendando por la comunidad jurídica internacional en cuanto a la agravación de la pena; siendo evidente que existe una omisión conveniente; destinada a la protección de este sector; pues en los demás casos que contempla el art. 7 en específico literales a) y b) cuya penalidad es de 5 a 10 años de prisión, pero el sujeto activo es un particular y es aquí es donde se pone de manifiesto tal situación.

guarde, oculte o recepte dichas ganancias, bienes o beneficios, seguros y activos conociendo su origen delictivo²⁹⁹.

Estas son conductas que se consideran “*Receptación subsiguiente al lavado*”³⁰⁰. Los dos últimos apartados del artículo 7 tipifican conductas plenamente inmersas en las tareas de ensombrecimiento correspondientes a la segunda fase teórica de blanqueo. Pese a la redacción casuística, la verdad es que en buena medida se trata de tipos superfluos, puesto que será ciertamente difícil encontrar en la práctica hechos subsumibles en ellos que no lo sean a la vez en alguno o algunos de los delitos tipificados anteriormente.

De hecho, el apartado d) presenta el aspecto de una cláusula de cierre, llegando a penalizar genéricamente la acción consistente en “obtener de cualquier manera beneficio económico del delito”, lo que, al prescindir de la descripción del medio comisivo e incluso de cualquier forma de especificación del resultado, configura un tipo penal absolutamente abierto e indeterminado (poco acorde, por cierto, con los principios de legalidad penal - tipicidad- y seguridad jurídica) en el que, cabe prácticamente cualquier conducta mediata o remotamente relacionada con el blanqueo.

Por si esto no fuera bastante, la redundancia punitiva se hace especialmente patente en el último apartado, cuando el Legislador añade a las conductas características de la receptación (“compre, guarde, oculte”) la propia definición jurídica de las mismas (“recepte”).

²⁹⁹ Art. 7 lit. d) y e) de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

³⁰⁰ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 132

4.14. LA COMISIÓN CULPOSA

Buen ejemplo de ese celo punitivo, reflejo de la extrema preocupación que suscitan estos delitos, es la tipificación de una modalidad culposa o imprudente de encubrimiento específico, que se contiene en el artículo 8 “En los casos del artículo anterior, si el encubrimiento se produjere por negligencia o ignorancia inexcusable en las atribuciones de los funcionarios o empleados de las instituciones a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley o de los organismos fiscalizadores o de supervisión en que se produce, la sanción será de dos a cuatro años”³⁰¹.

Tal regulación nos propone la siguiente interrogante, ¿para cometer el delito de lavado de activos culposo o imprudente es necesario conocer los hechos y querer consumir esta conducta? La respuesta no se hace esperar y viene dada por la diferencia entre el dolo y la culpa o imprudencia. El dolo al igual que la culpa o imprudencia son elementos subjetivos de los tipos penales, que para el primer caso se predica de la mayoría de delitos, en cambio, para la modalidad culposa o imprudente es necesario que la descripción legal del delito que se trate expresamente lo consagre, es decir, para el caso de la modalidad culposa o imprudente del lavado de activos es necesario contar con una norma especial dentro de la normatividad respectiva³⁰². Pero más allá de estas precisiones jurídicas, es claro que los elementos de la culpa o imprudencia son diferentes a los del dolo. En ese sentido, la culpa o imprudencia se estructura generalmente sobre la base de la violación de un deber objetivo de cuidado, la consecución de un resultado típico y la relación de determinación entre éste y aquel.

³⁰¹ Art. 2 y 8 de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos.

³⁰² ZARAGOZA, AGUADO. *El Encubrimiento, la Receptación y el Blanqueo del Dinero*, Op. Cit., p 473

La persecución penal del blanqueo culposo ha llevado a algún autor a interrogarse acerca de si no se ha ido “demasiado lejos”³⁰³. De hecho las conductas imprudentes no aparecen entre los tipos modelo de la Convención de Viena (y por supuesto tampoco en el Convenio Centroamericano, que es mucho más parco en la descripción de los tipos penales). Sí aparecen, por el contrario, en el convenio Europeo de Estrasburgo de 9 de noviembre de 1990, y algunos países europeos (España, Alemania y Luxemburgo) han tipificado en efecto el encubrimiento-blanqueo culposo.

En todos estos sistemas, incluido el salvadoreño, la norma parece directamente relacionada con el incumplimiento por parte de los responsables de las entidades financieras e intermediarias de las obligaciones legales destinadas a prevenir la utilización del sistema financiero como instrumento para el blanqueo de fondos³⁰⁴. Así, en el artículo 8 de la Ley contra el Lavado se castiga con la pena de dos a cuatro años de prisión precisamente la conducta de “los funcionarios o empleados de las instituciones a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, o de los organismos fiscalizadores o de supervisión” cuando el encubrimiento se produzca a causa de su “negligencia, impericia o ignorancia inexcusable”.

Ahora bien, partiendo de la doctrina del delito imprudente, conviene observar que la construcción de la conducta típica no es tan sencilla como a primera vista puede parecer: no todas las obligaciones legales establecidas en los

³⁰³ ZARAGOZA, AGUADO. *El Encubrimiento, la Receptación y el Blanqueo del Dinero*, Op. Cit., p 474 y En ese orden de ideas, cabe mencionar que Javier A. Zaragoza Aguado, en sus funciones de Fiscal Antidrogas de España, señaló en el III Congreso sobre Prevención y Control del Lavado de Activos realizado en Cartagena (Colombia), la marcada tendencia que existe por tipificar este delito en su modalidad culposa o imprudente, siendo ésta una norma dirigida al sector financiero, ya que a pesar de contar con la regulación vigente, procedimientos, controles y políticas de prevención, en el sentir del Fiscal español debe hacerse más estricta la regulación referente al blanqueo de capitales, y esto como un desarrollo de los instrumentos internacionales que regulan la materia.

³⁰⁴ *Ibidem*.

artículos 9 y 10 de la Ley y en su Reglamento de desarrollo -algunas meramente formales- son aptas realmente para generar responsabilidad penal, en la medida en que difícilmente puede constatarse la exigible relación de causalidad entre su mero incumplimiento y el acto concreto de encubrimiento u ocultación.

Algunas de esas obligaciones, como la debida identificación de clientes (artículo 10.a), o la conservación de la documentación (10.b), en la medida en que vayan seguidas del resultado blanqueador, obviamente sí tendrán aptitud bastante para integrar el tipo penal en la medida en que no resultará en exceso difícil demostrar que, de haber mediado la diligencia y cuidado necesarios, la operación se habría podido detectar y evitar.

Es evidente que la prueba de esa conexión causal será en muchas ocasiones difícil. Por eso, siguiendo la tendencia de algunos ordenamientos³⁰⁵, la Ley salvadoreña adelanta la trinchera penal en relación con una de esas obligaciones legales, la de informar de las operaciones sospechosas a la Fiscalía General (10-e- III), tipificando su mero incumplimiento como delito de peligro abstracto (artículo 7.c, ya estudiado), en el que ni siquiera es precisa la acreditación de una conexión causal con el resultado. Estas conductas, no obstante -y conviene hacer énfasis en este punto- son dolosas del sujeto sabe que debe informar pero no lo hace, aunque no persiga con ello una finalidad específica de encubrir la operación, en cuyo caso sería coautor o cooperador necesario del delito de blanqueo en sí), y por tanto exigirán en su versión imprudente (el funcionario olvida informar o no valora por error o ignorancia la obligación de hacerlo³⁰⁶) la

³⁰⁵ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., P 135

³⁰⁶ *Ibidem*.

prueba de esa conexión causal con un resultado dañoso (artículos 18 y 3 del Código Penal)³⁰⁷.

4.15. HACIA UN NUEVO MODELO DE TIPIFICACIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

De inicio debemos destacar que la autonomía del delito de lavado de dinero no es un problema exclusivamente dogmático, político-criminal o sistemático; es ante todo un problema de técnica legislativa y de eficacia procesal³⁰⁸. Esto significa que está vinculado con la descripción típica que se haga del delito y con las facilidades que tal tipificación ofrezca a la investigación y prueba judicial del hecho punible. Hay que recordar, además, que el Principio de Legalidad penal y la Presunción de Inocencia Procesal no pueden dejarse a un lado para superar las deficiencias de la tipificación actual.

Con relación a lo primero no cabe duda que la técnica de tipificación actual debe ser sustituida por otra que no vincule materialmente al bien objeto de acción del delito con una procedencia delictiva determinada. Y con referencia a lo segundo no cabe duda que la construcción de la prueba indiciaria debe

³⁰⁷ Criticando el art.8, somos de la idea que el legislador empleo una deplorable técnica legislativa al unir en un solo tipo dos figuras de naturaleza diferentes como lo son el encubrimiento, y la culpa; ya que la primera como ya se dijo anteriormente su elemento subjetivo es el dolo; y realizando un análisis del espíritu de la norma deducimos que esta se dirige a sancionar la omisión del deber objetivo de cuidado por parte de los funcionarios de los organismos encargados de fiscalización o supervisión; sin que este tenga el ánimo de realizar acciones tendientes a encubrir las operaciones producto de lavado de dinero y activos; el tipo en este caso cumple con los elementos de la culpa pero el epígrafe lo consideramos fuera de lugar tal y como está redactado el artículo 8; puesto que la lógica jurídica nos indica que no puede ser un encubrimiento culposo; pues encubre quien ayuda a eludir una responsabilidad penal estando consiente de su actuar.

³⁰⁸ PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. *La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas*. Op. Cit., p 5

referirse al conocimiento de la ilicitud de la procedencia del recurso y no a la procedencia en sí³⁰⁹.

Esto es, que el agente conozca que el bien no tiene explicación legal y no que conozca cual es la fuente de esa ilegalidad. Es más fácil ubicar indicios contingentes de lo primero que de lo segundo. Ello se ha desarrollado de alguna manera en México: “Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días-multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: Adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, de en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que procede o representa el producto de una actividad ilícita, con algunos de los siguientes propósitos: Ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes o alentar alguna actividad ilícita” (Código Penal Mexicano, Art. 400 BIS). Aunque el párrafo 6º de dicho dispositivo vuelve a vincular a los bienes como procedentes de un delito.

Para superar las dificultades mencionadas PRADO SALDARRIAGA sugiere una nueva estructura de tipificación y que gira en base a lo siguiente:

- “a) Identificar las conductas típicas de modo genérico evitando el casuismo.*
- b) Eliminar de la descripción típica toda referencia a un hecho punible previo y específico.*

³⁰⁹ PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. *La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas*. Op. Cit., p 6

c) Vincular el origen ilícito de los bienes objeto del delito únicamente con la tipicidad subjetiva. Esto es con el dolo o con elementos subjetivos especiales.

d) Ubicar sistemáticamente el delito de lavado como un título especial autónomo³¹⁰.

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

Por consiguiente, para concluir retomamos el tipo penal elaborado por PRADO SALDARRIAGA,³¹¹ propuesto y sustentado en la XIV Reunión del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos de la CICAD-OEA realizada en Lima, Perú y abordado como tema de discusión en la reunión del Grupo de Expertos que tuvo lugar el año 2000 en la ciudad de México; de la cual se desprende el siguiente modelo de tipificación, con fin de presentarlo como alternativas de modificación al Reglamento Modelo de la CICAD-OEA.

El texto es el siguiente: “Artículo 2. Delitos de Lavado: 1) Comete delito penal, la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ Si bien es cierto se ha tratado de corregir el tipo, prácticamente se incurre en el error de regular todas las posibles formas de comisión del delito en un solo artículo, que arrastra los mismos problemas de pasado; por lo que sería recomendable que la comunidad jurídica al tratar el delito de lavado de dinero o blanqueo de capitales ya sea en un código penal o mediante una ley especial; utilice una técnica legislativa que redacte una norma para que su interpretación sea correcta; procurando dejar claro la autonomía del delito, la participación del sujeto en el delito previo en relación al delito de lavado de dinero. Error que presenta la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos es que establece un tipo base; del cual se derivan otras conductas que su contenido no corresponden a lo que la norma pretende regular, es una redacción confusa y claramente represiva como ya se dijo con anterioridad.

saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito; 2) Comete delito penal, la persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito; 3) Comete delito penal, la persona que oculte o disimule la procedencia de bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito; 4) El conocimiento, la intención o finalidad requeridos como elemento subjetivos de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.³¹²”

³¹² *Ibidem.*

CAPITULO 5

INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

Sumario: 5.1. La Autonomía del Delito de Blanqueo, 5.2. La Cuestión de la Autonomía del Delito de Lavado y su Relación con el Encubrimiento, 5.2.1. La Autonomía del Delito de Lavado de Activos y la Prueba del Delito Previo, 5.2.2. La Cuestión de la Autonomía del Delito de Lavado se Relaciona con La Carga de la Prueba del Delito Anterior, 5.3. La Inversión de la Carga de la Prueba, 5.4. Generalidades de la Prueba, 5.4.1. Prueba Pericial, 5.4.2. Conversión de la Evidencia en Prueba, 5.5. El Problema de la Prueba, 5.5.1. La Prueba del Elemento Subjetivo, 5.5.2. La Prueba de Indicios, 5.6. Métodos de Prueba, 5.7. Especialidades Procesales, 5.7.1. Excepciones al Secreto Bancario, 5.7.2. Medidas Cautelares, 5.8. Técnicas de Investigación, 5.8.1. Prevención y Controles Previos (La Regulación Administrativa), 5.9. La Auditoría Forense, 5.9.1. Definición y Características de la Auditoría Forense, 5.9.2. Origen de la Auditoría Forense, 5.9.3. Auditoría Forense aplicada al Lavado de Dinero y Activos, 5.10. El Manejo de la Prueba en Términos de Auditoría Forense para los Casos de Lavado de Dinero y Activos.

5.1. LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE BLANQUEO

Retomamos el tema de la configuración típica del lavado de dinero; tratado en el capítulo anterior; específicamente los problemas al momento de su interpretación judicial; ya que dentro de estos surge la exigencia probatoria que deriva de vincular los actos de lavado con el producto de un delito concreto. Esto es, la dependencia probatoria de los actos de lavado y de la prueba, a su vez, del delito del cual proceden los capitales lavados; todo esto deriva de la redacción que los legisladores utilicen al momento de crear la figura típica del delito de lavado de dinero, es así que la pretendida autonomía normativa y dogmática del delito de lavado de dinero, ha sido considerablemente relativizada. Es más, un desarrollo jurisprudencial minoritario ha planteado incluso la necesidad de una condena por el delito fuente para poder condenar luego por lavado.

Esta dificultad sin embargo, no obedece exclusivamente a una actitud formalista o reaccionaria de las instancias jurisprudenciales, y tampoco podría afirmarse categóricamente que esa línea de interpretación, responde a un hereditario interés del órgano jurisdiccional por desconocer la pertinencia y validez de la prueba indiciaria en la investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos; ni lo uno ni lo otro, la exigencia judicial y que anula la independencia probatoria de los actos de lavado es consecuencia de la técnica legislativa empleada para tipificar el delito, efectivamente, ha sido el legislador quien en la redacción de los elementos objetivos del tipo ha “ligado” la procedencia de los bienes lavados con un delito previo que los ha generado de modo original o derivado. Es por ello que antes de entrar en materia respecto de la investigación del delito de lavado de dinero y activos; abordaremos la cuestión de la autonomía desde varias perspectivas y se realizará de la siguiente forma:

5.2. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO Y SU RELACIÓN CON EL ENCUBRIMIENTO

Una de las cuestiones centrales a tomar en consideración para valorar en la formación de leyes penales que pretendan penalizar el lavado de activos está relacionada con las similitudes y diferencias entre el delito de lavado de dinero y el encubrimiento. Es importante considerar si el delito de lavado es un delito independiente que puede ser diferenciado del encubrimiento. De ser así, el autor del delito previo puede ser considerado autor del crimen de blanqueo de dinero y, por ende posible de ser penado en concurso con el delito precedente.

Para comprender el delito de lavado de activos hay que valorar que en los instrumentos jurídicos internacionales una de las hipótesis de conducta del

delincuente incurso en dicho delito puede coincidir con la del tipo penal del encubrimiento (en sus formas de favorecimiento real, personal o receptación); es decir, el lavado puede verse como una forma de encubrimiento calificado³¹³.

El origen de la confusión entre ambos delitos surge por cuanto en las tipologías que se utilizan para describir la conducta de lavar activos se emplean verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento como ser encubrir y ocultar tal y como lo mencionamos en el capítulo anterior al tratar la figura de encubrimiento. Asimismo en situaciones en que se penaliza en el lavado el convertir o transferir como acciones típicas también se requiere usualmente que dichas acciones tengan como finalidad el encubrir u ocultar el origen ilícito del bien³¹⁴.

Asimismo es importante valorar si es necesario y mediante que tipo de procedimiento probatorio comprobar la comisión de un delito previo para corroborar la comisión del delito de lavado, o bien si a consecuencia del concepto de autonomía del delito de blanqueo de dinero es posible sostener que el crimen es independiente del delito predicado, pudiendo inferirse a partir de prueba circunstancial e indiciaria que hay un supuesto de lavado y que los fondos provienen de actividades que constituyen el delito predicado sin resultar necesario su acreditación previa.

Por lo tanto, para un control efectivo del fenómeno el blanqueo de capitales debe ser comprendido no sólo como una forma de encubrimiento sino como

³¹³ DR. PINTO, RICARDO Y DRA. CHEVALIER, OPHELIE. *El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo*. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), p. 7

³¹⁴ Esta confusión se ha tratado en el capítulo anterior de la configuración típica, donde se ha dicho que el legislador salvadoreño utilizó los verbos del encubrimiento dentro de la figura de lavado de dinero y activos.

un delito independiente (autónomo) contra el orden socioeconómico. Asimismo se argumentará que la prueba indiciaria permite corroborar el delito de lavado y la procedencia ilegal de los fondos.

5.2.1. LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA PRUEBA DEL DELITO PREVIO

Uno de los elementos del tipo de lavado de capitales esta constituido por el delito previo del cual proceden los activos (bienes)³¹⁵ que son ocultados, recibidos, transferidos o modificados, etc.; tal es el caso del art. 4 inc 2° y 6 de la ley contra el lavado de dinero y activos, los cuales traen a colación el tema del delito previo, a tal grado que el art. 6 ofrece una serie de delitos generadores y en su lit. p) Manifiesta: "Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas".

Generalmente el delito de lavado de capitales se ha tipificado a partir del delito de encubrimiento por cuanto en ambos delitos la acción consiste en ayudar a asegurar el beneficio o el resultado de un delito, a eludir la acción de la justicia, a sustraerse de esta, a eludir el castigo, a suprimir, alterar u ocultar los rastros del crimen³¹⁶.

Uno de los requisitos del delito de encubrimiento es precisamente la comisión de un delito previo. Este delito en el derecho penal normalmente ha sido probado a partir de una diligencia de secuestro en ocasión de un

³¹⁵ BLANCO CORDERO, ISIDRO. *El delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit. p 222. Explica el autor que el delito previo del cual provienen los bienes objeto del crimen analizado es considerado por parte de la doctrina como un elemento normativa del tipo y por otros como una condición de objetiva de punibilidad.

³¹⁶ LANGÓN CUÑARRO, MIGUEL. *La carga de la prueba y el lavado de activos*, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) www.cicad.oas.org, cursos de capacitación, p 2. Con fecha de consulta 5 de noviembre de 2008.

allanamiento, de un operativo policial, el reconocimiento de los bienes por parte de la víctima del crimen y otras formas, todo lo cual permite la condena del autor del encubrimiento del crimen previo (por dar casos ejemplificativos un robo o hurto) por cuanto se halla comprobada la comisión del delito base³¹⁷.

De esta forma si se conceptualiza al lavado de activos como una forma de encubrimiento o bien como un delito que se asemeja a este crimen, se podría afirmar que solo se puede imputar el lavado de bienes cuando se halle comprobada la comisión de un crimen previo. Para esto es necesario que se compruebe una conducta criminal anterior al hecho. Ahora bien, si se afirma que el delito de lavado de dinero es un crimen autónomo debería sustentarse que aún el narcotraficante de armas por dar un caso que se involucra en las acciones constitutivas de lavado debe ser castigado por este crimen.

El tema, como se ha visto anteriormente, reside en analizar si el lavado es una mera forma de encubrimiento calificado y un agotamiento del crimen previo o bien un delito que merece ser imputado en concurso con el delito base por cuanto tiene otro desvalor la acción y no afecta solamente la administración de justicia, sino el orden socioeconómico del estado³¹⁸.

5.2.2. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO SE RELACIONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DELITO ANTERIOR

La cuestión de la autonomía del delito de lavado se relaciona entonces con la carga de la prueba del delito anterior y de esta forma es importante

³¹⁷ *Ibíd.*

³¹⁸ *Ibíd.*

establecer cuales son los requisitos que resultan necesarios considerar probados en un juicio criminal para tener por acreditada esta circunstancia.

Es importante considerar que el delito de lavado de activos es un crimen no tradicional y que es la forma que tiene la criminalidad organizada para sustentar sus actividades ilícitas en el ámbito transnacional. A partir de las enormes e incalculables sumas de dinero que maneja el crimen internacional se ocasiona un daño continuo a la economía no solo de los estados sino a la comunidad internacional³¹⁹.

Uno de los casos típicos de lavado de activos que escapa al concepto del encubrimiento clásico es el supuesto en el cual a partir de indicios es posible comenzar una investigación de lavado de dinero, y posteriormente continuar con esta hasta llegar a un juicio criminal logrando una condena; también cuando no existe una denuncia formal o imputación de un crimen concreto, sino la sospecha por parte de organismos de seguridad de que determinados activos (dinero por ejemplo secuestrado en un aeropuerto a un pasajero) permiten sospechar que provienen de un delito. Es justamente en estos casos cuando el delito de lavado de dinero cobra vida y se autonomiza totalmente del delito previo. Es decir, no es necesario probar formalmente a partir de la denuncia de la sustracción de un automotor o cualquier otro bien como sería en un caso de un delito contra la propiedad, que un delito existe y por lo tanto aquel que se encuentra en posesión del bien sustraído es el autor o partícipe en el delito previo o alternativamente es un encubridor.

³¹⁹ A esto debe sumarse el hecho de que el dinero que lavan las organizaciones criminales les permite lograr impunidad y sobornar a funcionarios públicos; es por eso que algunos de los autores han dicho que este tipo de crímenes constituye delitos de lesa humanidad, al poner en riesgo a las instituciones democráticas y la estabilidad de las naciones.

5.3. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La inversión de la Carga de la Prueba, se encuentra regulada en la Convención de Viena de 1988 que establece en su artículo 5, (“Decomiso”), numeral 7 que “Cada una de las partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.”³²⁰

El tema mismo de la inversión de la carga de la prueba es controvertido y, por lo tanto, esta disposición de la Convención de Viena, y las legislaciones que se han creado a partir de ella, han desatado la polémica. Desde discusiones que abarcan el sentido mismo del artículo, pasando por las dificultades constitucionales por las cuales tienen que pasar algunos Estados que intentan poner en vigencia este tipo de norma, hasta llegar a profundas disquisiciones filosóficas sobre los límites al Derecho Penal de excepción. Una de las dificultades con que se enfrenta el legislador que considera establecer este tipo de solución penal, es el límite que la misma debe tener.

En el caso del artículo de la Convención en análisis, parece claro que la voluntad del redactor fue limitar la inversión de la carga de la prueba sólo a los efectos del decomiso de los bienes del presunto criminal. El problema, sin embargo, es establecer si la falta de prueba a ser aportada por el inculpatado, deriva en el encuadre, liso y llano, de su conducta en el tipo

³²⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Manual de apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado*. Op. Cit., p73

penal, lo que derivaría en ampliar el alcance de la presunción, concluyendo con la condena del imputado.

Si se llegase al caso que viene de referirse, se asistiría a la aplicación de la inversión de la carga de la prueba para el delito en sí mismo, lo que contraviene en algunos casos las Constituciones Políticas de muchos países³²¹, y siempre, los artículos 11 y 26 de la Convención de Derechos Humanos y del Pacto de San José de Costa Rica respectivamente.

Un punto de interés sobre la inversión de la carga de la prueba es el aportado por el Dr. LANGÓN CUÑARRO al comentar el deber de conocimiento del origen de los bienes producto del delito que impone el Reglamento Modelo de la CICAD. Respecto al mismo el mencionado jurista dice que la "*expresión debiendo saber coloca el juicio en la cabeza del Juez. Es este...el que debe apreciar...si el sospechoso, al tiempo del acto "debía saber" si los bienes...eran producto de un delito de tráfico ilícito o conexos*"³²². Como sea, en lo que se refiere a la inversión de la carga de la prueba, se podría tomar en cuenta la conclusión de LANGÓN: si se debe conocer "*es porque existe una obligación y un deber de conocer, el cual puede derivar de la profesión que se ejerce, del régimen de autorizaciones y*

³²¹ El Art. 193 N° 3, Constitución de La República de El Salvador en Relación al art. 238 del código Procesal Penal, le atribuyen al Fiscal la investigación del delito; así como el fin de todo proceso penal es la búsqueda de la verdad real, es aquí la importancia de aportar prueba de cargo y descargo; además, el fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que tiene encomendados y, por lo tanto, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo y, para hacerlo posible, realizando las actuaciones que le propongan el imputado y su defensor. Ciertamente, el Ministerio fiscal desempeña el papel de acusador, determinado por la vigencia del principio acusatorio. No obstante, como autoridad pública y objetiva, también ha de investigar los hechos exculpatorios. En este sentido, su posición es similar a la del juez, en cuanto que ambos se encuentran vinculados a la realización del valor justicia y al descubrimiento de la verdad. Por ello, se dice que en el proceso penal el fiscal "no es parte", al menos, no lo es en el sentido de que su función no es reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar tanto las circunstancias de cargo, como las sirven de descargo.

³²² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Manual de apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado.*, p73

licencias bajo el cual se funciona...sin perjuicio de la prueba en contrario que destruya la presunción de conocimiento impuesta por la ley, lo que involucra, en cierto sentido, un grado de inversión de la carga de la prueba". Y agrega, "...lo que podría probar el indagado no es que no sabía, sino que no debía saber³²³."

En la primera de las líneas indicadas -las propuestas de corte procesal- se ha especulado con la posibilidad de introducir en los sistemas de enjuiciamiento algún grado de inversión de la carga de la prueba, estableciendo, por ejemplo, que detectado un incremento patrimonial injustificado en relación con una persona, a la que a su vez pueda relacionarse de algún modo con alguna actividad delictiva de las que generan beneficios importantes (vid. artículo 6 de la Ley contra el Lavado), incumba al sospechoso la carga de probar el origen lícito de los bienes.

Tal solución choca, sin embargo, con la evidencia de que prácticamente todos los sistemas jurídicos europeos, tanto de origen anglosajón como continental, y todos los que se inspiran en ellos y se alinean bajo el modelo liberal del Estado de Derecho (por tanto, prácticamente todos, por no decir todos, los americanos) se basan en el sistema de presunción de inocencia, que consiguientemente comporta la distribución de la carga de la prueba que exige una prueba de cargo suficiente para destruir dicha presunción³²⁴.

Por ello, teóricos y prácticos del Derecho han emprendido la búsqueda de soluciones más sutiles y respetuosas con las garantías esenciales ligadas a los Derechos Humanos. La imposibilidad de alterar el régimen de distribución

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ El sistema salvadoreño no constituye excepción a esa regla, y en efecto establece el artículo 12 de la Constitución que "toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad".

de la prueba, con el riesgo de quebrar esas garantías, ha llevado a explorar la posibilidad de operar sobre el campo penal sustantivo, es decir, crear nuevos tipos penales, de peligro abstracto o concreto, que permitan castigar determinadas conductas por el hecho de la afectación mediata o potencial de bien jurídico protegido, sin necesidad de acreditar directamente la imputación objetiva de un resultado lesivo a la acción de un sujeto determinado.

5.4. GENERALIDADES DE LA PRUEBA

La prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que son investigados en el proceso penal y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva; en otras palabras la prueba es todo medio de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición³²⁵. El hombre ha tratado siempre de aplicar justicia, basado en las experiencias personales y en las tendencias ideológicas de la norma jurídica llamada a solucionar el problema suscitado.

Por tal motivo, la prueba penal y su apreciación es importante al interior del proceso, porque es a través de esos elementos de juicio con los cuales se acredita un hecho objeto de investigación. Sin probanza, en el caso del derecho penal, no se puede hablar de los elementos constitutivos de la conducta punible y, menos, aplicar cualquier esquema del delito³²⁶; el funcionario judicial debe formar su convicción sobre los hechos demostrados,

³²⁵ CAFFERTA NORES, JOSEI. *La Prueba en el Proceso Penal*, segunda edición p 4

³²⁶ Sentencia del 03/II/99, T 2° S. San Salvador, “Sólo el estado de certeza puede fundamentar una decisión condenatoria del imputado; ni la duda ni la probabilidad son suficientes para emitir un juicio de culpabilidad, esto es lo que se conoce como el Principio In dubio pro reo, y su aplicación se refiere a elementos de convicción positivos o negativos, pero de hecho, no de derecho”.

la cual tiene que ser allegada por el instructor, operador judicial y sujetos procesales, según el caso³²⁷.

Cuando hablamos de “la prueba” lo que deseamos es recopilar los principios de derecho probatorio y analizarlos a la luz de lo dispuesto en la Constitución y en la Ley, especialmente según lo dispuesto en los códigos vigentes.

La incorporación y la evaluación de la prueba al proceso deben sujetarse en los siguientes principios: Principio de la Necesidad de la Prueba; de la Eficacia Jurídica y de la Legalidad de la Prueba; de la Unidad de la Prueba; de Interés Público de la Función de la Prueba; de la Preclusión de la Prueba; de la Inmediación y de la Dirección del funcionario judicial en la producción de la Prueba; de la Originalidad de la Prueba; de Concentración de la Prueba; de la Libertad de la Prueba; de Pertinencia, Idoneidad y Utilidad de la Prueba; de la Inmaculación de la Prueba; de la Evaluación o apreciación de la Prueba; de la Comunidad de la Prueba; de la Lealtad y de Probidad o de Veracidad de la Prueba; de la Obtención Coactiva de los Medios Naturales de la Prueba³²⁸.

Profundizar en materia de la prueba se constituye en una labor de estudio de gran importancia para los investigadores del delito de lavado de dinero, se requiere necesariamente el apoyo de abogados expertos que soporten los procedimientos generalmente administrativos y que interpreten jurídicamente leyes locales e internacionales, además que conozcan especialmente el funcionamiento de las cortes, para minimizar la posibilidad de que la justicia

³²⁷ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 16.

³²⁸ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 17.

desvirtúe las evidencias por no considerarlas suficientes pruebas convincentes³²⁹.

5.4.1. PRUEBA PERICIAL

La Pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba³³⁰. Y la persona que realiza este dictamen recibe el nombre de “Perito”³³¹.

En la prueba pericial puede incluirse: Fotografía técnica forense; huellas dactilares; pruebas de caligrafía; Video grabación con cámaras ocultas selladas, con programación de tiempo y fecha; audio grabación y verificación de voz; rastreo de información en la memoria y archivos de las computadoras; recuperación de datos “borrados” en el disco duro de las computadoras y análisis de documentos³³².

Para dirigir una investigación forense es necesario establecer las diferencias entre indicio, evidencia de auditoría, prueba, operación inusual, operación sospechosa o irregular.

³²⁹ *Ibíd.*

³³⁰ CLARA OLMEDO, *Tratado de derecho Procesal Pena*, Lerner, Córdoba 1984 Tomo II, p 402. Quien establece que la pericia deberá ser ordenada para obtener o explicar un elemento de convicción y esta debe de estar caracterizada por su regulación formal y el encargo judicial previo.

³³¹ SANCHÉZ VÁSQUEZ, JUAN JOSE. *Estudio sobre los medios de prueba y algunas consideraciones sobre el Error de Derecho y el Error de Hecho en la apreciación de las pruebas*. Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica, editorial Ultimo Decenio, San Salvador, El Salvador, 1993 p 43.

³³² CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 17.

Indicio: signo que permite presumir algo con fundamento cuestionable. El indicio es un hecho o circunstancia del cual se puede mediante una operación lógica inferir la existencia de otro³³³. En otras palabras se entiende todo objeto, instrumento, huella, marca, rastro, señal o vestigio que se usa o se produce en la comisión de un hecho. Todo indicio en el orden técnico de la investigación se le conoce como evidencia física o evidencia material³³⁴.

Evidencia de auditoría: es la información obtenida por el auditor para llegar a una conclusión sobre la cual basa su opinión. La evidencia de auditoría comprenderá documentos fuente y registros³³⁵.

Prueba: forma con la que han contado los funcionarios judiciales para reconocer y atestiguar la verdad de un hecho. Prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente³³⁶.

Operación sospechosa o irregular: todas las operaciones poco usuales, las que se encuentran fuera de los patrones de transacción habituales y las que no sean significativas pero si periódicas, sin fundamento económico o legal evidentes y todas aquellas operaciones insistentes o que no guardan relación con el tipo de actividad económica del cliente³³⁷. En otros términos es aquella apreciación fundada en conjeturas, en apariencias o avisos de verdad, que determinará hacer un juicio negativo de la operación por quien recibe y analiza la información, haciendo que desconfíe, dude o recele de una

³³³ CAFFERTA NORES, JOSE I. *La Prueba en el Proceso Penal*, Op. Cit. p190

³³⁴ HERNANDEZ GAVIDIA, MARIO A. *Técnicas de investigación del delito*, en AA.VV., Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2004 p 8.

³³⁵ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 18.

³³⁶ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba judicial*, Tomo I p 9.

³³⁷ Acuerdo N° 356 *Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del Lavado de Dinero y Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera*, Op. Cit. 5.

persona por la actividad profesional o económica que desempeña, su perfil financiero, sus costumbres o personalidad, así la ley no determina un criterio en función de los cuales se puede apreciar el carácter dudoso de una operación. Es un criterio subjetivo basado en las normas de máxima experiencia de hecho.

Para la detección de operaciones sospechosas o irregulares es importante que los funcionarios tengan presente, además del monto y de la frecuencia de las transacciones, las señales de alerta identificadas para cada negocio, al igual que conozcan los parámetros del segmento de mercado en el cual se mantiene el cliente. Cuando se detecten operaciones inusuales, éstas se deben informar, debidamente soportadas (anexas copia de los documentos inherentes a la misma), al área de control de lavado de activos³³⁸.

El área de control de lavado de activos mediante un análisis de todo lo anterior y la aplicación de un criterio prudente, evaluará si corresponde o no a una operación sospechosa. En caso afirmativo la presentará al Comité (o la dependencia a la que se haya asignado esta función) para su decisión final o solicitará mayores argumentos, después debe de rendir informe a la unidad de investigación financiera.

5.4.2. CONVERSIÓN DE LA EVIDENCIA EN PRUEBA

Las evidencias se convierten en pruebas legales para acusación si cumplen con los siguientes requerimientos de la ley:

³³⁸ Art. 3 del Reglamento de la Ley Contra Lavado de dinero y Activos; el cual establece que en el plazo de tres días hábiles debe de proporcionar la información ahí relacionada, cuyo plazo se computará a partir del día siguiente en que se compruebe que la operación ha excedido el monto de Quinientos mil colones o su equivalente en moneda extranjera, tal como lo establece el art. 9 de la ley.

- Ordenadas por un juez competente para investigar y recopilar evidencias.
- Obtenidas bajo un sistema técnico de investigación y planificación.
- No haber cometido errores o mala práctica por negligencia o inexperiencia.
- No deben ser recopiladas en forma tendenciosa o maliciosa para incriminar a alguien.
- No debe obtenerse evidencia por un solo investigado.
- Documentar ampliamente paso a paso los diferentes procedimientos:
 - Fecha, hora y lugar
 - Nombre de los investigadores
 - Relación de las evidencias y declaraciones juradas³³⁹

Cualquier falla en el proceso de recopilación y obtención de evidencias puede anular la investigación y las evidencias pueden ser descartadas por la fiscalía, el juez o la defensa que puede interponer una contrademanda o pedir la anulación del juicio.

5.5. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA

Si el tratamiento penal sustantivo de las conductas de blanqueo de dinero suscita, como se ha expuesto hasta aquí, numerosos problemas, derivados sobre todo de la novedad de la figura y de la dificultad de concretar su alcance y límites a partir de la discusión sobre su autonomía conceptual, mayores dificultades surgen aún cuando se trata de contrastar sobre la realidad la eficacia de esas normas.

³³⁹ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 19.

No es preciso insistir, dado que el tema se ha tratado extensamente al comienzo de estas páginas, en la extrema dificultad que para la acción policial y judicial suponen la complejidad de las operaciones de lavado, la especialización y “profesionalidad” de sus protagonistas, y, por encima de todo, una estrategia criminal que no se basa, como la delincuencia común, en atacar “frontalmente” los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, sino, bien al contrario, en aprovechar los resquicios y las disfunciones del propio sistema jurídico para obtener resultados que socavan sus bases más profundas³⁴⁰.

Tal dificultad para autoridades administrativas, policías, fiscales y jueces no reside solamente en poder “reconocer” una operación de blanqueo como sospechosa, y distinguirla de las actividades económicas o financieras regulares, sino, más allá, en lograr aportar ante un Tribunal de Justicia la prueba de que en realidad se trata de tal conducta delictiva, individualizando las responsabilidades que el derecho penal atribuye sobre el papel a sus artífices. En ese plano, las organizaciones criminales, excelentemente asesoradas por profesionales que minutan honorarios elevadísimos, no dudarán en hacer uso de todos los recursos que en materia de garantías ofrece el sistema procesal para obtener la impunidad³⁴¹.

5.5.1. LA PRUEBA DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Uno de los más duros retos a los que se han enfrentado los estudiosos, pero sobre todo los prácticos del Derecho, en relación con el lavado de dinero, es de la prueba del tipo subjetivo del delito. Al analizarlo someramente más arriba, comprobamos como la naturaleza esencialmente dolosa del delito,

³⁴⁰ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 139

³⁴¹ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 140

tanto en su versión básica (que además exige acreditar el propósito específico de ocultación, encubrimiento o auxilio personal, respectivamente-art. 4) como respecto de las conductas complementarias o subsiguiente autónomamente tipificadas, hace imprescindible para la integración de la conducta típica (so pena de incurrir en proscritas imputaciones objetivas por el resultado) la acreditación, como mínimo, del elemento cognoscitivo del dolo, consistente en el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, y el elemento volitivo que se traduce -como mínimo en términos de dolo eventual, es decir, de representación y aceptación consciente del resultado-en el propósito de favorecer el ulterior aprovechamiento del delito previo mediante la ocultación real o el auxilio personal.

De hecho, como dice JAVIER ZARAGOZA, *“la efectiva aplicación de las normas penales que regulan y definen semejante actividad criminal (...) depende esencialmente de la interpretación que los Tribunales de Justicia realicen respecto a dos cuestiones extraordinariamente relevantes para la adecuada construcción del tipo penal y para el eficaz desarrollo de las tareas de investigación de este ilícito: la determinación del origen delictivo de los bienes que son objeto de la infracción y el conocimiento del origen ilícito de los mismos la incidencia de estos dos problemas en la aplicación judicial de las normas reguladoras de este ilícito penal es obvia.”*³⁴²

La existencia de voluntad puede probarse a través de pruebas directas³⁴³ o de pruebas circunstanciales³⁴⁴; las cuales nos pueden conducir al

³⁴² ZARAGOZA AGUADO, JAVIER. *Cuestiones Penales y Procesales relacionado con la Delincuencia Organizada*. Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia, Madrid 1999 p 39.

³⁴³ Prueba directa es aquella que hace constar el hecho principal sin inferencias o presunciones. Es directa cuando aquellos tienen conocimiento real obtenido a través de sus sentidos, juran esos hechos durante una controversia. La prueba directa incluye confesiones y admisiones.

reconocimiento de los elementos de la voluntad en una investigación. Ningún acto puede probar lo que estaba en la mente del autor del delito. Sin embargo, varios actos tomados en conjunto pueden demostrar que éste tenía la intención de cometer un acto voluntario.

Nunca están por demás las pruebas que se obtengan para demostrar la existencia de la voluntad. El investigador debe de estar alerta sobre actos y admisiones que indiquen lo que estaba en la mente del autor del delito; y entre éstos se incluyen:

1. Intentos de engañar u ocultar hechos a través de mentiras.
2. Las admisiones del autor del delito que tienden a demostrar su conocimiento y responsabilidad.
3. Los actos del autor del delito realizados fuera del alcance de la actividad comercial normal.

A continuación podemos observar una lista de esquemas de acciones que pueden identificarse y documentarse para probar la voluntad³⁴⁵:

- Llevar doble contabilidad.
- Duplicar los estados financieros.
- Hacer partidas falsas, alteraciones o falsificaciones.
- Preparar documentos y facturas falsos.
- Destruir intencionalmente libros y registros.

³⁴⁴ La prueba circunstancial es aquella que demuestra el hecho principal por medio de una inferencia. Implica probar varios hechos materiales que, al considerarse relacionados unos con otros, establecen la existencia del hecho o presunción principal. La prueba circunstancial se utiliza normalmente para probar la existencia de la voluntad.

³⁴⁵ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 37.

- Ocultar el monto u origen de los ingresos.
- Manejar grandes sumas de dinero.
- Utilizar prestanombres (esposa, hijos, socios y amigos).
- Abrir cuentas bancarias con nombres ficticios.
- Hacer declaraciones falsas, erróneas, inconsistentes y contradictorias.
- No seguir el consejo del preparador de la información.
- No exponer a plenitud los hechos relevantes al preparador de la información al contador o al abogado.
- Ejercer influencia sobre testigos.
- Sobornar o intentar sobornar a un agente.
- Intencionalmente omitir llevar registros financieros.
- Retener registros, cuando se le solicite proporcionarlos.
- Declarar erróneamente ingresos durante más de un año.
- Aumento considerable e inexplicable de riqueza.
- Hacer partidas por préstamos falsos en los registros.
- Aceptar dinero sucio con el pretexto de que es un regalo.
- Declarar cantidades substancialmente diferentes en las ventas o en las compras.
- Manejar sus propios asuntos para evitar llevar registros que típicamente deben llevarse para ese tipo de negocio (evitar hacer registros).
- Omitir presentar declaraciones fiscales o intentar evadir la responsabilidad fiscal, en años previos.
- Evadir una responsabilidad legal de reportar sus finanzas.
- Reportar todos los ingresos de una fuente o un cliente en particular, ingresos parciales de una segunda fuente o cliente en particular y ningún ingreso de otra fuente o cliente en particular.
- Hacer una confesión o admisión de evasión fiscal, fraude contable o alguna otra infracción o delito tipificado.

- Comprar cheques de caja en grandes cantidades, pero siempre por un monto ligeramente menor a US\$10.000 de manera que el banco no se vea obligado a emitir un Reporte de Transacción con efectivo (CTR) a la unidad respectiva.
- Tener el control y la responsabilidad total de los libros, registros y transacciones financieras.

5.5.2. LA PRUEBA DE INDICIOS

La complicada construcción subjetiva del tipo, que forzosamente obliga a demostrar ante los Tribunales de Justicia disposiciones de ánimo o inclinaciones subjetivas que no tienen una corporalidad externa o, dicho de otro modo, no se presentan en forma de datos perceptibles por los sentidos, obtiene cierto grado de solución, en aquellos sistemas jurídicos que lo permiten, a través de la denominada “prueba de indicios”³⁴⁶. Se trata, en fin, de la prueba indirecta de esos hechos psicológicos a través de la acreditación directa de datos materiales objetivos, o conductas periféricas, que mediante un razonamiento inductivo conducen a la inequívoca conclusión (“más allá de cualquier duda razonable” conforme a la consabida máxima del derecho anglosajón) de que el sujeto actuaba en efecto con conocimiento de la ilicitud de su acción y con voluntad de consumarla³⁴⁷.

Consiente de la gravedad del problema, el artículo 3.3., de la propia Convención de Viena hace referencia explícita a ese medio probatorio,

³⁴⁶ Sentencia de las 11:05 del 09/01/02, Cámara de la Tercera Sección de Occidente. El indicio o indicios acreditados y el que se trata de probar halla un enlace preciso y directo según la regla del criterio humano. Ello significa que el indicio o indicios nos llevan inequívocamente a una sola y exclusiva conclusión y que no exista probabilidad de alguna otra u otras hipótesis. Lo ordinario y deseable es que no haya un único indicio, sino varios, con el fin de que resulte reforzada la conclusión probatoria, porque parece razonable pensar que si varios indicios convergen hacia un mismo hecho presunto, mayor fuerza probatoria tendrá la conclusión que se obtenga por vía presuntiva”.

³⁴⁷ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 141

estableciendo que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”³⁴⁸. Sin una mención explícita similar, lo cierto es que la legislación procesal salvadoreña en modo alguno no impide la utilización de tales medios sino que ciertamente los facilita, como se desprende sin duda de los artículos 162 y 356 del Código Procesal Penal. Sobre todo el primero, que al establecer los medios de prueba lícitos, hace referencia expresa a que la misma se refiera... directa e indirectamente al objeto de la averiguación... “admitiendo el razonamiento inductivo mediante la consagración de las “reglas de la sana crítica”, que se proyectan sobre la valoración “integral” de toda la prueba (artículo 356 C. Pr. Pn.)

Así pues, una de las bases probatorias podrá ser la acumulación o coincidencia de determinados datos concurrentes que difícilmente puede responder a la mera casualidad, y que, por el contrario, revelan una evidente intencionalidad de la acción. Se citan³⁴⁹, entre otros indicios del conocimiento de la ilicitud y la voluntad de ocultación, actos como la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, o la evidente desproporción entre el valor ordinario de mercado de las mercancías o servicios y el importe supuestamente pagado por ellas, la intervención de testaferros sin disponibilidad económica propia real y comprobable, en particular si sus operaciones se ubican en todo o en parte en paraísos fiscales, las alteraciones o falsedades documentales, o el recurso a fedatarios públicos o sistemas de autenticación documental en países extranjeros, aparentemente

³⁴⁸ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 142

³⁴⁹ ZARAGOZA, AGUADO. *El Encubrimiento, la Receptación y el Blanqueo del Dinero*, Op. Cit., p 469

desconectados del negocio jurídico al que se refieren, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios o la sucesión de transferencias de ida y vuelta entre supuestas partes contractuales que podrían compensar sus créditos sin movimiento de efectivo, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido, etc.

Sin embargo, las posibilidades de un sistema similar de prueba siempre serán limitadas, además de arrojar una sobrecarga de riesgo sobre el Tribunal, dada la elevada dosis valorativa (y por tanto subjetiva) del razonamiento que habrá de llevar a cabo el Juzgador; lo que con más frecuencia de la conveniente lo convertirá en diana de todo género de presiones más o menos sutiles, en cuya estimación conviene no olvidar que los intereses en juego pueden ser muy fuertes, y la capacidad de “influencia” o incluso de captación o forzamiento de voluntades por parte de las organizaciones criminales puede resultar en ocasiones difícilmente resistible³⁵⁰.

Por ello algunos teóricos del derecho, e incluso algunos ordenamientos jurídicos, han puesto en marcha algunas propuestas dirigidas a facilitar en lo posible la respuesta penal frente a estas conductas socialmente nocivas, ya sea flexibilizando o adaptando las exigencias procesales, ya sea buscando respuestas en el terreno del derecho penal sustantivo.

5.6. MÉTODOS DE PRUEBA

Por otro lado puede compararse la problemática de la prueba en el delito de lavado con los métodos de prueba que son utilizados para acreditar un delito de defraudación tributaria. Como se ha visto en el lavado existe el método clásico para comprobar el delito previo como ser una sentencia condenatoria

³⁵⁰ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 143.

o bien una denuncia, reconocimiento u otro acto por parte de la víctima de un crimen contra el patrimonio que permite en principio tener por comprobado un delito³⁵¹. Por otro lado se ha argumentado que la prueba indiciaria de distintos actos desarrollados por los acusados puede permitir acreditar el lavado. Es decir se asemeja el caso a los métodos de prueba usados para corroborar delitos tributarios a saber, que son similares a los utilizados en el supuesto de lavado de activos como se analizará:

- 1) El método directo³⁵² en el cual las ganancias o renta del acusado es probada directamente (en el supuesto del lavado de activos sería el caso de la denuncia de la víctima del delito o la sentencia condenatoria u otro acto jurisdiccional que permite corroborar la comisión de un delito.)
- 2) El método indirecto en los delitos tributarios; en el cual cuando la renta o ganancias del enjuiciado no se encuentran disponibles. Con este procedimiento el monto del ingreso de bienes al activo del sujeto que presuntamente habría recibido se demuestra circunstancialmente sumando los montos depositados por el acusado en un período de tiempo (método de depósitos bancarios), o calculando el incremento en el patrimonio a partir de la compra de bienes (método del valor neto) y por último el procedimiento que considera la salud financiera del acusado a partir de sus gastos (método de gastos al contado.)³⁵³ De esta forma la jurisprudencia en los Estados Unidos tiene dicho que cuando a partir del método indirecto de prueba se revela un monto de ingresos que supera en exceso las ganancias reportadas al fisco, surge una presunción que el

³⁵¹ DR. PINTO, RICARDO Y DRA. CHEVALIER, OPHELIE. *El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo*. Op. Cit. P 59

³⁵² *Ibíd.* Retomando las ideas de PAMELA BUCY. *Delitos de cuello Blanco*, p 957.

³⁵³ *Ibíd.*

acusado no ha reportado todo sus ingresos y por lo tanto habría cometido el delito. La carga de la prueba recae entonces en el imputado³⁵⁴.

En los Estados Unidos a su vez se ha afirmado en relación al concepto de “bienes derivados de una específica actividad ilegal” tipificado en la sección 1956 (a)(1) de la ley para el Control del lavado de dinero que el procurador no necesita demostrar que los bienes involucrados provienen de una ofensa en particular. En este sentido se ha afirmado que la acusación del Fiscal no requiere la especificación de la ofensa que subyace en el delito de lavado de dinero. Sin embargo la fiscalía debe demostrar que el acusado se encontraba realizando una actividad criminal y que no tenía otra fuente legítima de ingresos.

También se ha expresado que el fiscal puede sostener su acusación en prueba circunstancial para acreditar que el imputado está incurso en el tráfico de drogas y para luego inferir, a partir de la ausencia de algún ingreso legítimo que el dinero incautado proviene de actividades ilegales³⁵⁵.

La aplicación de la ley penal depende en la recopilación de información y el Estado necesita exigir a los sujetos que son contribuyentes o bien a los que realizan actos superiores a un determinado monto que declaren las razones de las transacciones. Estas obligaciones no constituyen violación alguna, por ejemplo el no declarar contra uno mismo y tampoco una injerencia arbitraria en la vida particular de los ciudadanos. El estado crea deberes en

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ Estos ejemplos permiten claramente demostrar como la Justicia de Estados Unidos permite comprobar a partir de prueba indiciaria la procedencia de fondos ilegítimos y que no resulta necesario comprobar un delito previo para efectuar una acusación por el cargo de lavado de activos, todo lo cual permite afirmar que el delito analizado es autónomo. El objetivo de esta comparación es permitir considerar que los procedimientos indiciarios e indirectos pueden ser usados para corroborar el origen ilegal de los fondos en el delito de lavado.

determinados individuos a fin de recopilar información que luego eventualmente podrá utilizar en contra de ellos como prueba indiciaria.

En el supuesto del lavado de dinero la fiscalía puede comprobar el origen ilícito de los bienes a partir de actos que no son congruentes con la vida económica que el sujeto le ha reportado a las autoridades, es decir, si un acusado tiene empresas que no tienen actividad comercial conocida y en las cuentas bancarias de estas sociedades se realizan grandes operaciones de dinero; si el sujeto se implica en la introducción de dinero de baja denominación en forma clandestina y otros actos irregulares que no coinciden con su actividad comercial, puede sostenerse que existen indicios de un supuesto de lavado de activos (siempre considerando las particularidades de cada caso.)

La prueba indiciaria permite comprobar el origen ilegal de bienes producto de delitos graves y no es necesaria una condena o resolución judicial de un delito previo por cuanto el lavado de activos es un crimen autónomo en el cual su objeto puede ser probado por cualquier medio sin que exista reparo constitucional alguno. Si bien no puede permitirse legalmente que se invierta la carga de la prueba en materia de lavado de activos en cuanto a la prueba de la procedencia de los activos incautados³⁵⁶, debe tenerse en consideración que la comprobación de la procedencia criminal puede basarse en indicios serios, graves, precisos y concordantes que eventualmente permiten sostener una condena.

³⁵⁶ No puede permitirse en principio por contrariar elementales nociones del principio de inocencia el concepto según el cual le corresponde al imputado demostrar que sus bienes no tienen un origen ilícito.

5.7. ESPECIALIDADES PROCESALES

Al margen de ese importante elemento de facilitación de la persecución del blanqueo, la legislación salvadoreña añade algunas especialidades complementarias en la misma dirección. Concretamente se hace referencia explícita a dos cuestiones que generan especial preocupación en relación con este tipo de delitos, como tuvimos ocasión de comprobar en su momento: la utilización del secreto bancario como barrera frente a las investigaciones policiales y judiciales, y la volatilidad de los bienes y efectos del delito, que dificulta la más eficaz de las respuestas frente a éste, que es precisamente la incautación y neutralización de los recursos económicos que surgen de la actividad criminal y sirven para retro-financiarla.

5.7.1. EXCEPCIONES AL SECRETO BANCARIO

En el primero de los aspectos indicados, y siguiendo una vez más la pauta de la Convención de Viena (artículos 5 y 7) y de la Convención Centroamericana (art. 14), el artículo 24³⁵⁷ de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos declara inequívoca y contundentemente que “el secreto bancario así como la reserva en materia tributaria, no operarán en la investigación del delito de lavado de dinero y de activos” si bien, como no podía ser de otro modo, establece a su vez garantías y limitaciones en cuanto al levantamiento de la reserva (en el buen entendido de que, efectivamente, el secreto bancario sí protege intereses lícitos en muchas ocasiones): “la información que se reciba será utilizada exclusivamente para efecto de prueba en dicha investigación y sólo podrá ser ordenada por el Fiscal General de la República o el Juez de la causa en el momento procesal oportuno”. Para ello somete (artículo 15) la

³⁵⁷ Art. 24 de la Ley contra Lavado de dinero y Activos.

incautación o requerimiento de documentación bancaria, financiera o mercantil al régimen de orden judicial.

5.7.2. MEDIDAS CAUTELARES

El mismo artículo 25³⁵⁸ menciona la posibilidad de adopción de medidas cautelares reales por la autoridad judicial, y sensible a ese efecto de volatilidad que más arriba mencionábamos, admite incluso “en casos de urgente necesidad” el bloqueo de cuentas bancarias y la inmovilización de bienes y derechos por orden del Fiscal General de la República (sin previa autorización judicial, por tanto) en el marco de la investigación de los delitos comprendidos en la ley, por un período máximo de diez días, dentro de los cuales habrá de dar cuenta al Juez de la causa.

5.8. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

A esas normas explícitas de la Ley especial aún cabe añadir la mención de algunas otras que en el terreno práctico de la investigación de este tipo de delitos pueden resultar de notable utilidad. Sin el propósito ni la posibilidad de extendernos en su examen teórico-jurídico, conviene dejar constancia de que el derecho procesal de El Salvador contempla mecanismos como la entrega vigilada y la intervención agentes encubiertos (artículo 63 de la Ley de Drogas y 192.a) del Código Procesal Penal) que se encuentran entre los instrumentos de mayor eficacia investigadora citados en los manuales, así como los programas de protección de testigos³⁵⁹.

³⁵⁸ Art. 25 de la Ley contra Lavado de dinero y Activos.

³⁵⁹ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *Revista Justicia de Paz*, Op. Cit., p 149, retoma uno de los más espectaculares resultados en la lucha contra el blanqueo se obtuvo en el caso del Banco de Comercio internacional, donde la iniciativa de un oficial del servicio de aduanas de Miami, llamado, Robert Mazur, permitió poner en marcha una complejísima operación simulada, en la que Mazur aparecía como supuesto directivo de una sociedad llamada Financial consulting, con la que logró infiltrarse en

Otro de los frentes a cubrir, concretamente el de la especialización de los órganos que intervienen en la investigación y represión de este tipo de conductas delictivas (que en el ámbito judicial europeo, por ejemplo, se concentra en los esfuerzos por crear “polos” o células especializadas en las Fiscalías³⁶⁰ y en las unidades policiales), que además constituye una de las preocupaciones explícitas de los Convenios Internacionales, también parece tener algún grado de traducción en la creación de la Unidad de Investigación Financiera (UIF), en el seno de la Fiscalía General de la República, cuya creación se prevé en el artículo 3 de la Ley.

5.8.1. PREVENCIÓN Y CONTROLES PREVIOS (LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA)

Sin embargo, el frente jurídico penal dista de ser el único en la lucha contra el blanqueo de dinero. Tanto los Convenios que repetidamente hemos citado como a Ley contra el Lavado de El Salvador centran muy buena parte de sus esfuerzos en la labor preventiva, orientada a la detección de las operaciones de blanqueo mediante precisamente la colaboración de las entidades financieras y operadores mercantiles que pueden intervenir en el proceso de transmisión, cambio, depósito o conversión de los fondos o bienes.

La esencia de esa colaboración se basa en el establecimiento de unas obligaciones de control y de información. Las primeras afectan esencialmente (“conoce a tu cliente³⁶¹”) a la identificación de los sujetos realmente

los vericuetos de la que probablemente sea la mayor operación de lavado institucionalizado (el banco prácticamente de dedicaba a ese “negocio”) descubierta a lo largo de la historia.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Acuerdo N° 356 *Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del Lavado de Dinero y Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera*, Op. Cit., p 6, en este acuerdo se trata de que las entidades financieras deben de establecer medidas concretas y estrictas de identificación de sus clientes.

responsables de los movimientos de fondos, y de la verdadera naturaleza, origen y destino de la operación³⁶², así como la conservación durante un plazo suficiente de esa información (artículo 10 de la Ley).

Las segundas parten del concepto de “operación sospechosa”, que en algunos casos se objetivan a partir del importe económico del movimiento de fondos (art. 9.1 de la Ley)³⁶³, y en otro se caracterizan por determinados indicios, como por ejemplo que el sujeto realice “desembolsos que no guardan relación con sus ingresos reportados o con sus operaciones comerciales habituales” (art. 9, párrafo penúltimo, de la Ley), o negocios jurídicos que “por su número, complejidad, características o circunstancias especiales, se alejaren de los patrones habituales o convencionales de las transacciones del mismo género” (artículo 10.e).III). Una extensa enumeración de motivos de sospecha se contiene en los artículos 13, 14 y 15 del Reglamento, de cuya lectura puede ciertamente obtenerse una panorámica muy completa.

El incumplimiento de esas obligaciones se sanciona administrativamente e incluso -por supuesto cuando no constituyan formas de participación directa en el delito de blanqueo- en ordenamientos jurídicos como el salvadoreño puede llegar a constituir la base sobre la que se construyen tipos penales dolosos de omisión o culposos. Y, en fin, al deber de control e información se añaden obligaciones de colaboración con la Autoridad³⁶⁴, como el acceso directo a registros y bases de datos (artículo 16), facilitación de información al Fiscal General (art. 17) -información con la que el artículo 18 prevé que la

³⁶² El art. 17 del Reglamento de la Ley contra Lavado de Dinero y Activos, enumera una serie de indicios de insuficiencia o posible falsedad de las informaciones facilitadas por los clientes, recomendando a las instituciones sospechar de las mismas en tales casos.

³⁶³ El mismo sistema es utilizado por el sistema de los estados unidos para cifras de operación superiores a \$10,000 en efectivo.

³⁶⁴ En referencia al art. 17., f) del Convenio Centroamericano.

Fiscalía creará una base de datos-, así como la prestación de asistencia técnica e incluso la recopilación y proceso de determinadas informaciones relativas a las conductas de blanqueo (artículo 4 del Reglamento).

5.9. LA AUDITORÍA FORENSE

Tal y como hemos hecho referencia en este capítulo el delito de lavado de dinero y activos es muy complejo en su investigación y sobre todo en lo relativo al aspecto probatorio, pero existe un método que da solución a esta problemática y este es la aplicación de la auditoría forense, que es una técnica contable, que se utiliza como una de las principales herramientas que sustenta tanto la investigación como la formulación de la prueba, para el combate de este ilícito, es por ello que se retoma los aspectos de esta técnica que se aplican al blanqueo de capitales en este capítulo.

5.9.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA AUDITORÍA FORENSE

El término forense corresponde al latín “forenses”, que significa público, y complementando su significado podemos remitirnos a su origen “forum” del latín que significa foro, plaza pública o de mercado en las antiguas ciudades romanas donde se trataban las asambleas públicas y los juicios. Por extensión, sitio en que los tribunales oyen y determinan las causas; lo forense se vincula con lo relativo al derecho y la aplicación de la ley, en la medida en que se busca que un profesional idóneo asista al juez en asuntos legales que le competan y para ello aporte pruebas de carácter público para presentar en un juzgado o Corte Judicial³⁶⁵.

³⁶⁵ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoría Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 16.

En términos de investigación contable y de procedimientos de auditoría, la relación con lo forense se hace estrecha cuando hablamos de la contaduría forense, *encaminada a aportar pruebas y evidencias de tipo penal, por lo tanto se define inicialmente a la auditoría forense como una auditoría especializada en descubrir, divulgar y atestar sobre fraudes y delitos en el desarrollo de las funciones públicas y privadas*³⁶⁶; algunos tipos de fraude en la administración pública son: conflictos de intereses, nepotismo, gratificaciones, estados falsificados, omisiones, favoritismo, reclamaciones fraudulentas, falsificaciones, comisiones clandestinas, malversación de fondos, conspiración, prevaricato, peculado, cohecho, soborno, sustitución, desfalco, personificación, extorsión, lavado de dinero, etc.

El lavado de dinero es un delito difícil de probar, y uno de los principales problemas es establecer la relación de los bienes o productos con el narcotráfico u otros delitos y además demostrarle al lavador que es consciente de dicha relación, la auditoría forense se constituye en una gran herramienta para buscar los indicios y evidencias para que se conviertan en pruebas en contra de los criminales.

5.9.2. ORIGEN DE LA AUDITORÍA FORENSE

Existen muchos tratados e historiadores de la contabilidad, pero no de la auditoría forense, ya que además en un momento determinado los tribunales por lo general no se enfocaban en la búsqueda de evidencias para demostrar la culpabilidad de las personas, por tal razón se encuentra un vacío enorme en la auditoría forense y es entonces en los años 30 cuando surge el contador que ayudó a apresar a Al Capone; caso ya hemos hecho referencia

³⁶⁶ *Ibidem.*

en el capítulo 1 en el apartado “*Desarrollo del Dinero y su vinculación a la actividad criminal*”.

El repunte de la auditoría forense comenzó con este hecho histórico de apresar a Al Capone debido a que durante la época de la prohibición del licor y el juego, el crimen organizado prosperó como nunca antes en Estados Unidos. Millones de dólares fueron ganados usando prácticas criminales. El dinero era lavado y permitiría a los jefes principales del gangster permanecer fuera de las manos de la ley viviendo como magnates. Poco podía hacer la justicia contra la lucha de estas actividades criminales, no se podía aplicar ninguna prueba contra la gente tal como Al Capone, Lucky Luciano y Bugsy Siegel. Hasta el día que un contador en el Departamento de Impuesto dio con la idea de conseguir inculpar a Al Capone con la Ley de Impuesto, se dedicó entonces a buscar pruebas, repentinamente se encontró una abundancia de evidencia revisando las cuentas de un negocio que lavaba y hasta planchaba el dinero de Al Capone. La Fiscalía logró traer el “lavador” de dinero y el libro de pagos, se pudo comprobar que el volumen de ventas superaba la capacidad teórica del negocio de los lavadores, de hecho, el volumen de ventas real y el volumen de ventas declarado iban lejanos. Aunque no se pudo probar el asesinato, extorsión y otros crímenes cometidos por Al Capone, los contadores y auditores forenses pudieron demostrar fraude en el pago de impuestos, así se pudo dismantelar la organización.

Por alguna razón desconocida no se dio el impulso suficiente a esta rama de las ciencias contables en esa oportunidad y el gran momento de la auditoría forense fue diferido hasta los años 70 y 80 donde surgió de nuevo en Estados Unidos como herramienta para suministrar pruebas a los fiscales,

luego vinieron los auditores forenses privados y en los años 90 surgió el gran Boom de la Auditoría Forense³⁶⁷.

Los tiempos modernos exigen de la profesión contable nuevas tareas y presenta nuevos retos; el fraude, la corrupción, el narcotráfico y el “terrorismo” asociado al lavado de dinero y activos, hacen que el profesional de la contaduría sea más especialista y experto en su labor. Por esto la Auditoría Forense se presenta como una opción válida para que el trabajo tenga mayor eficacia en estos difíciles momentos. La sociedad espera que el contador público brinde seguridad necesaria para que los grupos terroristas reconocidos no puedan financiarse y utilicen los sistemas financieros para estos fines. La ONU así lo ha entendido y por eso solicita se conformen grupos de auditores forenses expertos que investiguen y den a la luz pública la forma y los medios que emplean los terroristas para lavar y financiar sus operaciones ilícitas; a partir de la ley USA PATRIOT, el interés del mundo se centra en conocer el origen de capitales y su destino y se amplían el número de delitos que cubren el tema de lavado de activos³⁶⁸.

Estamos frente a un campo nuevo y del cual los profesionales de contaduría pueden apoyarse para convertirse en verdaderos custodios del bien social y una contra frente al fraude, la corrupción y el terrorismo. Para ilustramos respecto a la prueba, MIGUEL CANO Y DANILO LUGO, transcriben algunos conceptos realizados por el doctor RAÚL CADENA LOZANO en su obra

³⁶⁷ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 31.

³⁶⁸ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 32

Principios de la prueba en materia penal los cuales se ajustan al tema relativo al lavado de dinero y activos³⁶⁹.

5.9.3. AUDITORÍA FORENSE APLICADA AL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

El lavado de dinero y activos es un proceso por medio del cual los delincuentes ocultan la existencia, fuente y aplicación de ingresos ilícitos y luego le dan apariencia de legalidad.

Las diferentes investigaciones sobre lavado de dinero y activos se generan a través de fuentes de información como: informantes, registros bancarios, información gubernamental, registros comerciales, bases de datos, artículos publicados, órdenes judiciales, análisis de información contable, etc.

El auditor forense busca demostrar el origen ilícito de los recursos, con los cuales se generan diversas transacciones cuya intención está encaminada a:

1. Promover una actividad ilícita,
2. Ocultar la fuente del producto ilícito, y
3. Evitar reportes y controles de efectivo³⁷⁰.

La auditoría forense cuando recurre a la investigación financiera, normalmente obtiene información que abarca uno o más años del sospechoso y con ella procede a rastrear el origen de los fondos con los

³⁶⁹ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 16

³⁷⁰ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 35

cuales se realizaron compras, inversiones, pagos o gastos en general, así mismo busca probar la realidad de los ingresos, si éstos son excesivos.

En la investigación financiera se deben seguir todas las pistas que llevan hacia los activos, pasivos, fuentes de fondos del sospechoso, ingresos excesivos injustificados y hasta registros ocultos fuera de la contabilidad. La auditoría forense es una auditoría especializada en la obtención de evidencias para convertirlas en pruebas, las cuales se presentan en las cortes, con el propósito de comprobar delitos o dirimir disputas legales³⁷¹.

Actualmente se vienen desarrollando importantes esfuerzos mediante auditorías tradicionales que obtienen ciertas evidencias que desvirtúan las cortes, a falta de cumplir con características jurídicas que las conviertan en pruebas; por ello se presenta alta impunidad especialmente en investigaciones de delitos económicos y financieros como el lavado de dinero y activos.

Prevenir, detectar, investigar y comprobar este delito, requiere de habilidades y Conocimientos profundos en materia jurídica, investigativa, contable y financiera, que faciliten a partir de indicios como operaciones sospechosas e inusuales y obtener las pruebas convincentes que requiere la justicia para sus sentencias.

En una investigación de lavado de dinero y activos se busca comprobar la voluntad del acusado, la cual incluye tres elementos que deben probarse sin que haya duda razonable³⁷².

³⁷¹ *Ibíd.*

³⁷² CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoría Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 36. Los cuales manifiestan que duda razonable se define en los

Conocimiento: El sospechoso sabe que la comisión u omisión de un acto tiene una implicación legal.

Intención específica: el acto u omisión en particular fueron deliberados, voluntarios e intencionales.

Mala voluntad: Hubo una violación intencional de una obligación legal conocida.

No hay que confundir el motivo con la voluntad; el motivo es la razón o inducción para hacer algo. La voluntad es el estado mental individual en el momento en que se cometió el acto o en el momento en que el individuo omitió realizar el acto requerido³⁷³.

5.10. EL MANEJO DE LA PRUEBA EN TÉRMINOS DE AUDITORÍA FORENSE PARA LOS CASOS DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

“Más allá de las precisiones conceptuales que se hagan en materia de lavado de activos, desde el punto de vista de la prevención y el control, debe también tenerse especial cuidado en la forma cómo se demuestra la comisión de este delito, que dicho sea de paso, aqueja a toda la comunidad internacional con consecuencias nefastas para las economías tanto desarrolladas como aquellas de los países en vía de desarrollo³⁷⁴.

tribunales como “una duda que pudiera disuadir a un hombre o a una mujer razonablemente prudentes de actuar o tomar una decisión en los asuntos más importantes que lo involucren a él o a ella. Las dudas que no están basadas en una consideración cuidadosa y razonable de todas las pruebas, que son meramente imaginarias o resultado de la simpatía, no deben tomarse en cuenta”.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 19. Estos autores retoman en su obra lo expuesto JUAN PABLO RODRÍGUEZ CÁRDENAS, abogado penalista.

Por lo anterior, parece obligado dedicar algunas líneas para determinar a nivel regulatorio cómo es que se demuestra una operación de lavado de activos, situación ésta que nos conduce por el camino de la auditoría forense, ya que es una rama de la ciencia que ha aportado lo mejor de sí para este tipo de investigaciones. Es así como, lo que se pretende aquí es mostrar el manejo de los medios probatorios en las investigaciones judiciales por el delito de lavado de activos.

Para arribar este tema, debemos empezar por lo forense, cuya definición ya explicamos anteriormente; sin embargo es lógico extender el significado de esta palabra al ámbito jurídico diciendo que los jueces necesitan para el ejercicio de su función de la asistencia de profesionales que colaboren en la obtención de la pruebas y las aporten en el foro, o lo que es lo mismo, las hagan públicas, y así se garanticen decisiones justas en las causas judiciales, ya que sería más que pretencioso, imposible que el fallador se especializara en todas las ramas de la ciencia.

Dicho lo anterior, tenemos que la auditoría forense es, en términos contables, la ciencia que permite reunir y presentar información financiera, contable, legal, administrativa e impositiva, para que sea aceptada por una corte o un juez en contra de los perpetradores de un crimen económico, como en este caso, el lavado de activos (contaduría forense).

En sus inicios *la auditoría forense se aplicó en la investigación de fraudes en el sector público*, considerándose un verdadero apoyo a la tradicional auditoría gubernamental, en especial ante delitos tales como: enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, soborno, malversación de fondos, prevaricato, conflicto de intereses, etc. Sin embargo, la auditoría forense no se ha limitado a los fraudes propios de la corrupción administrativa, sino que

también ha diversificado su portafolio de servicios para participar en investigaciones relacionadas con crímenes fiscales, el crimen corporativo, el lavado de dinero y terrorismo, entre otros³⁷⁵.

En ese sentido, el auditor forense puede desempeñarse tanto en el sector público como privado, prestando apoyo procesal que va desde la recaudación de pruebas y el peritaje. De la misma forma, su labor no solamente se destaca en las investigaciones en curso, sino en etapas previas al fraude, es decir, el contador público actúa realizando investigaciones y cálculos que permitan determinar la existencia de un delito y su cuantía para definir si se justifica el inicio de un proceso; situación ésta, que aplica también para las investigaciones de crimen corporativo que se relacionan con fraude contable ante la presentación de información financiera inexacta por manipulación intencional, falsificación, lavado de activos, etc.

Por eso, la labor del auditor tradicional difiere de uno forense, quien debe desarrollar dos capacidades, en principio opuestas para llevar a cabo su trabajo con éxito. Una de ellas es la habilidad de escudriñar pequeños detalles sin perder de vista el gran entorno, o en otras palabras dicho y de manera metafórica, el auditor forense “debe percatarse de las hojas al tiempo que contempla el bosque”. Y por otro lado, el auditor forense está familiarizado con las múltiples caras del fraude, desde las cuales ven circunstancias relativamente fáciles de detectar, como un simple robo, hasta situaciones de suma complejidad, como la manipulación de estados financieros³⁷⁶ y los delitos de “cuello blanco”.

³⁷⁵ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 20

³⁷⁶ Los Estado Financieros deben de cumplir con el objetivo de informar y reflejar la situación económica y financiera de una empresa o persona en una determinada fecha. Así mismo deben de mostrar los cambios financieros y económicos en aumento o disminución según los resultados en las

Por lo tanto, existe la necesidad de preparar personas con visión integral, que faciliten evidenciar especialmente, delitos como: la corrupción administrativa, el fraude contable, el delito en los seguros, el lavado de dinero y el terrorismo, entre otros.

Dicho lo anterior, ya estamos preparados para establecer el manejo de la prueba en términos de auditoría forense para los casos de lavado de activos, para lo cual empezaremos con conceptos básicos de derecho probatorio, como su noción, los sistemas de valoración, la carga de la prueba y los medios probatorios, para finalizar con un análisis en el que se acompaña esta teoría con las investigaciones por lavado de activos.

Así las cosas, sea lo primero, decir que una prueba es una noción que viene de la mano con la evolución del hombre en sociedad, según la cual es un instrumento para saber cómo sucedieron ciertos hechos y dar aplicación a las normas en el caso concreto³⁷⁷. En ese sentido, las pruebas o medios probatorios como también han sido denominados tienen un objeto, un tema y un fin. El primero, se refiere a los hechos y afirmaciones; el segundo, hace relación a los hechos que deben ser investigados en cada proceso, y el tercero, tiene que ver con el cometido de las pruebas, ya que éstas persiguen la búsqueda de la verdad, pero aquí lo importante es que la verdad real coincida con la verdad procesal que se desprende de la investigación y del expediente.

Por otro lado, en materia probatoria, las legislaciones del mundo han venido trabajando con dos sistemas de valoración: el de la tarifa legal y el de la sana

operaciones empresariales o personales, reflejando el crecimiento y desarrollo sostenible o las pérdidas en el tiempo acorde a las fluctuaciones macroeconómicas del país.

³⁷⁷ PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio*. El Profesional, decima tercera edición, Bogotá, Colombia, 2002.

crítica. El primer sistema, supone que es la misma ley la que dice el valor que tiene cada prueba, como por ejemplo, en la antigüedad se decía que el testimonio de un hombre equivalía al de cien mujeres. Y el sistema de la sana crítica que deja el estudio concreto de las pruebas al juez para que luego de un análisis tome una decisión, sin que ello suponga que un medio probatorio tenga más fuerza que otro, o que las pruebas de una parte sean valoradas de forma diferente respecto a las de la contraparte³⁷⁸.

Sobre los medios probatorios digamos que son instrumentos que le suministran al juez el conocimiento sobre los hechos que integran el tema de prueba, los cuales generan los elementos de juicio sobre los cuales van a encontrar fundamento las decisiones judiciales, y son, el testimonio, la confesión, los documentos, el dictamen pericial, la inspección judicial y el indicio.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que tanto el testimonio como la confesión son declaraciones orales que se hacen ante una autoridad competente, la diferencia radica en que para el caso del testimonio se trata de la declaración bajo juramento de una persona que tuvo conocimiento de la comisión de un delito y puede aportar datos a la investigación, en cambio, la confesión es una declaración rendida por el sindicado o investigado en la cual acepta los cargos que se le imputan³⁷⁹.

Por otro lado, los documentos se definen como cualquier cosa que es susceptible de representar algo que puede ser percibida por los sentidos; debe tenerse en cuenta, que por lo general se cree que tiene que ver con

³⁷⁸ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 21

³⁷⁹ CAFFERTA NORES, JOSEI. *La Prueba en el Proceso Penal*, Op. Cit., p 93

escritos, pero el concepto ha evolucionado para considerar como documentos, los disquetes, los casetes, los correos electrónicos, entre otros³⁸⁰.

Por su parte, el dictamen pericial es el concepto técnico-científico de un especialista sobre un tema determinado que se aporta al proceso; la inspección judicial o allanamiento es la diligencia en la que el juez visita un inmueble o un lugar a fin de establecer hechos y recoger muestras o documentos y, el indicio es un hecho que debidamente probado por medio de un proceso lógico indudeductivo, a través de las reglas de la experiencia muestra la existencia de otro, como cuando una huella debidamente recogida (hecho probado por medio de un dictamen pericial de dactiloscopia) muestra que una persona determinada estuvo en el lugar de la muestra, ya que las reglas de la experiencia indican que los dedos no se encuentran separados del cuerpo humano³⁸¹.

Por lo anterior, nos referiremos ahora a la práctica y aseguramiento de las pruebas en los procesos penales en términos de pruebas preconstituidas y anticipadas.

En ese sentido, debe tenerse cuidado en la protección de la evidencia física y los medios de prueba que deben ser llevados a juicio para su debate y valoración judicial, y ese cuidado debe extremarse particularmente en los casos de tráfico de estupefacientes, lavado de activos y delitos conexos, de tal suerte que lo importante no es solamente practicar los medios probatorios sino que se proteja la prueba en su aspecto material, y de la misma forma se facilite al juez la labor de apreciación racional que sobre ellas debe

³⁸⁰ CAFFERTA NORES, JOSEI. *La Prueba en el Proceso Penal*, Op. Cit., p 175

³⁸¹ CAFFERTA NORES, JOSEI. *La Prueba en el Proceso Penal*, Op. Cit., p 78

realizar³⁸². En consecuencia, se han implementado herramientas y conceptos como escena del crimen³⁸³, cadena de custodia³⁸⁴, prueba de sustancias, toma de muestras y precursores entre otros, que se llevan al proceso junto con documentos, que son objeto de valoración y que pueden ser de utilidad para descifrar una operación de lavado.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a propósito de la prueba documental que se analiza en las investigaciones por lavado de activos³⁸⁵, debe hacerse hincapié en los siguientes tipos de documentos:

- a) Documentos de identificación como Documento único de Identidad, registros civiles o eclesiásticos de nacimiento o del estado familiar, tarjetas militares, pasaportes, visas o registros migratorios licencias de conducir autos o naves aéreas o acuáticas, tarjetas de identificación de

³⁸² RINCON CUELLAR, HERMANO. *Especialista Legal de la OEA, en la Comisión interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD)*.

³⁸³ HERNANDEZ GAVIDIA, MARIO A. *Técnicas de investigación del delito*, en AA.VV. Op. Cit., p 8. Manifiesta que la “Escena del Crimen”, conocida también como lugar de los hechos, lugar del crimen, o sitio del suceso; se define como el lugar donde se ha cometido un delito de cualquier índole, incluyendo las zonas adyacentes al mismo. así como también se dice que es el Lugar donde se retiene o captura a una persona, esté o no en flagrante delito. A la Escena del Crimen debe de tratar de sacársele todo el provecho posible desde el punto de vista probatorio. Por eso es que no se debe de descartar la búsqueda y examen de elementos materiales, por insignificantes o diminutos que aparezcan, pues un numero anotado en un pedazo de papel, recibo de pago con tarjeta de crédito, tarjeta de presentación personal o comercial, etc., pueden constituir hechos indicadores a través de los cuales se llegue a establecer la responsabilidad de un individuo o por lo menos aportar elementos de juicio para valorar la credibilidad que merece un imputado. De esa manera se puede prever la posibilidad de que se pretende introducir pruebas supuestas, falsas o prefabricadas, con el fin de desvirtuar las que sirven de soporte a una imputación penal por la realización de un delito.

³⁸⁴ HERNANDEZ GAVIDIA, MARIO A. *Técnicas de investigación del delito*, en AA.VV. Op. Cit., p 10. Define la “Cadena de Custodia”: consiste en registrar todos los pasos de la evidencia, desde el momento desde que se recolecta en la escena del crimen hasta que esta es presentada en una vista pública. Lo anterior significa que toda persona que participa en el esclarecimiento de un hecho delictivo (Policía, Laboratorio, Instituto de Medicina Legal, Fiscal y Juez) debe de mantener la cadena de custodia. Este concepto supone que cada funcionario que tenga su cargo las evidencias físicas de un hecho presuntamente punible, debe de asumir la responsabilidad de su aseguramiento y por lo que pueda sucede con ellas en caso de alteración, sustitución, deterioro, destrucción o pérdida.

³⁸⁵ RINCON CUELLAR, HERMANO. *Especialista Legal de la OEA, en la Comisión interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD)*.

empleos particulares u oficiales, etc., con los cuales se puede demostrar parentesco o relación entre imputados o sospechosos, o bien para la necesaria identificación plena de personas implicadas;

- b) Documentos que sirven como medio de pago, tales como cheques, letras de cambio, recibos de consignación de dinero, recibos de transacciones de dinero a través de cajeros automáticos, pagarés, tarjetas de crédito, tarjetas débito, cheques de viajero, giros postales (Money Order), dinero efectivo en moneda nacional o extranjera, recibos de depósito a término fijo, cupones o desprendibles de cheques, etc., que pueden ser útiles tanto para probar la capacidad patrimonial de las personas, como para establecer si hay o no relaciones entre ellas;
- c) Documentos que tienen que ver con la propiedad como escrituras de compraventa, facturas, recibos de abonos por pagos a crédito, hipotecas, licencias de importación o exportación, manifiestos de aduana, testamentos, sentencias de sucesión, etc.;
- d) Contratos laborales, de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, de compraventa de bienes muebles o inmuebles, de constitución o reforma de sociedades, contratos de comodato, contratos de mutuo, etc.;
- e) Certificados de registro inmobiliario, de automotor y de naves aéreas o acuáticas; de cámaras de comercio, de oficinas de impuestos locales o nacionales (declaraciones de renta o pagos de impuestos), académicos (expediciones de títulos o certificados de escolaridad), de membrecía de clubes, etc., que pueden servir para complementar, corroborar o desvirtuar pruebas de propiedad e incluso de alguna condición especial

de cualquiera de las personas imputadas o sospechosas de haber incurrido en alguna actividad ilícita;

- f) Soportes informáticos como discos duros de computadoras, discos blandos, discos compactos, discos de compactación de información (Zip), discos ópticos, impresoras, agendas digitales y electrónicas de toda especie, teléfonos celulares, casetes de audio y video, discos de DVD, cámaras digitales y dispositivos de memoria paralela, buscapersonas, palm pilot, tarjetas telefónicas prepagadas, tarjetas débito, tarjetas de crédito, los cuales, deben ser inspeccionados detalladamente con todas las seguridades, para recuperar la información, que puede estar relacionada con lavado de activos u otra actividad delictiva;

- g) Escritos o imágenes impresas como manuscritos, libros de contabilidad y de comercio en general, fotografías y álbumes fotográficos, agendas de papel, libros que contienen anotaciones manuscritas o dedicatorias, cuadros, recetas médicas, recibos de pago de peajes, tarjetas de invitación o de presentación personal, tiquetes aéreos o de otra especie, cupones de pases para abordar vuelos, marcas de mercancía, poderes conferidos a abogados, copias de procesos judiciales.

Con todo, las pruebas que se pueden practicar en un proceso para acreditar la comisión del delito de blanqueo de dinero³⁸⁶ y la participación de los autores, en un estudio general, se pueden obtener a través de interceptaciones telefónicas³⁸⁷; incautación de las sustancias y objetos

³⁸⁶ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 24 retomando las palabras de CONDE SALGADO, JOSE LUIS. *Fiscal Especial de Drogas de Galicia España*. Antigua Guatemala 2001.

³⁸⁷ (Sentencia de 11-II-2002, HC 145-2001, Considerando III a). La garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien

intervenidos; declaraciones de algunos de los imputados y los testigos: dictámenes periciales y; de los documentos que junto con los testimonios y demás medios de prueba pueden llegar a demostrar el descubrimiento de los hechos.

Aún así para estos casos, en los que los delincuentes construyen una red de personas físicas y jurídicas a través de las cuales circulan y se acumulan los beneficios de las actividades ilícitas mediante adquisiciones, transmisiones y otros actos, debe desplegarse una atención suma en la fase de introducción del dinero en el circuito financiero, ya que más adelante las dificultades se agrandan para demostrar la comisión del delito de lavado.

En consecuencia, deben investigarse movimientos financieros como actividades financieras y económicas realizadas con o en los paraísos fiscales; actuaciones orientadas a localizar el patrimonio de las personas físicas y jurídicas investigadas por blanqueo de capitales, así como dinero en efectivo, guardado en el domicilio, en los locales de la empresa, en la caja de alquiler de los bancos, cuando sea elevado y no tenga un origen justificado; localización de las cuentas bancarias, en las entidades públicas o privadas en las que consten las operaciones, los ingresos en efectivo elevados, las transferencias múltiples, y las operaciones atípicas; acreditar los activos financieros y las entidades públicas y privadas en las que consten las operaciones; la existencia de propiedades inmobiliarias, mediante la

tomó parte en la comunicación telefónica protegida, pues lo que se tutela es precisamente la libertad de las comunicaciones, específicamente su secreto, garantizando la norma constitucional la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros (públicos o privados) ajenos a la comunicación misma, por lo que se afirma, que no constituye contravención alguna a la no interferencia o no intervención telefónica, la conducta del propio interlocutor que graba su conversación o que consiente la grabación de la misma. El art. 24 de la Constitución esta sujeta a una posible modificación ya que se encuentra actualmente en la Asamblea Legislativa una discusión de reforma a este artículo en cuanto al tema de las escuchas telefónicas.

información facilitada por los registros públicos o las agencias inmobiliarias, que se hayan adquirido mediante pago en efectivo, o se haya falseado el precio de la operación; acreditar la existencia de estas propiedades a nombre de terceros, o el uso de documentos privados que no se inscriben en el registro, e investigar las sociedades ubicadas en paraísos fiscales que carezcan de actividades conocidas, utilicen testaferros y realicen la facturación entre empresas del mismo grupo³⁸⁸.

De todas formas, todas estas pruebas deben ser validadas dentro del proceso penal respectivo, para lo cual se tiene que verificar si fueron practicadas en el juicio con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad; comprobar si de haber sido practicadas en una etapa anterior al juicio, fueron introducidas en el debate del plenario de forma legal y; examinar si se practicaron con observancia de las normas procesales y respeto a los derechos fundamentales.

Dentro de esa valoración de los medios probatorios, el juez puede encontrarse con pruebas preconstituidas³⁸⁹ y anticipadas³⁹⁰ las cuales se encuentra regulada en el art.270 del Código Procesal Penal³⁹¹. En concreto,

³⁸⁸ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., pp. 24-25.

³⁸⁹ Pruebas Preconstituidas: son aquellas configuradas o preparadas con anterioridad y fuera del proceso y que bien pueden ser recogidas por las autoridades o los particulares como en el caso de filmaciones mediante cámaras en instituciones bancarias, libros de registro de visitantes, la vigilancia electrónica instalada en edificios o complejos habitacionales.

³⁹⁰ Pruebas Anticipadas: son las que se forman o producen en el proceso, con las cuales se están anticipando a la ocurrencia de una eventual conducta punible como la inspección ocular, las diligencias de entrada y de registro, las intervenciones de comunicaciones personales, las inspecciones e intervenciones corporales y la entrega vigilada.

³⁹¹ En la sentencia H7- 2001, la Sala de lo Constitucional, consideró que "...El artículo 270 C. Pr. Pn., debe interpretarse como toda norma inferior a la Constitución, en forma armónica con ésta, es decir, específicamente se debe analizar en relación al artículo 12 de la Constitución de la República, el cual reconoce el derecho de defensa. Anticipar la prueba es una actividad que debe estar revestida de las mismas garantías que para ese fin se observan en su producción en el juicio; principalmente garantizar el derecho a la defensa, la contradicción, la inmediación, entre otros.

se puede decir que en los, asuntos relacionados con el lavado de activos y delitos conexos, se autoriza la práctica y recolección de pruebas anticipadas por vía de la actividad oficial que la ley asigna a las autoridades investidas de facultades de policía judicial, en virtud de las cuales en algunos casos, se impone el deber de realizar las diligencias preliminares tales como pruebas de campo sobre sustancias, inspección judicial del lugar donde se produce una incautación de estupefacientes, dinero o precursores, tomar fotografías o hacer filmaciones, ubicar e identificar testigos, verificar las afirmaciones que hagan las personas retenidas o los testigos, redactar y firmar actas de esas diligencias, etc. Pero, además de la policía, en la mayoría de los países también están autorizados para ello algunos organismos de control, como las aduanas, oficinas de impuestos, direcciones de migración, superintendencias, bancos centrales o estatales, etc., y hasta particulares, como en el caso de los directivos y empleados de las instituciones financieras que tienen la obligación, so pena de ser sancionados, de hacer el reporte de transacciones sospechosas de configurar una actividad de lavado de activos.

No obstante lo anterior, en los procesos penales por lavado de activos, tráfico ilícito de precursores, tráfico de armas, se puede hablar de pruebas preconstituidas, sin que ello implique vulneración de derechos o garantías del imputado y, por el contrario, con amparo en leyes y tratados internacionales como en el caso de entregas vigiladas, los agentes encubiertos, las compras controladas, la vigilancia personal y electrónica, las intercepciones de comunicaciones y las actividades que los funcionarios de las Unidades de Investigación o Inteligencia Financiera (UIF) realizan en la verificación del carácter sospechoso de las transacciones, las cuales pueden constituir un indicio de que el cliente de la entidad puede estar incurriendo en el delito de lavado de activos, en cuyo caso debe ponerlo en conocimiento de la

autoridad judicial penal competente para adelantar la correspondiente investigación³⁹².

Es así, como se han creado instituciones jurídicas como el agente encubierto, el agente provocador, el sistema de la entrega vigilada (admitida en la Convención de Viena de 1988, art. 11), la admisión del arrepentido y su eventual impunidad con cambio de identidad, en caso de colaboración eficaz con la justicia para dismantelar una red de crimen organizado, y otras disposiciones que tienen que ver con el aumento de las penas, el tratamiento idéntico de la tentativa con el delito consumado, la penalización del acto preparatorio, la tipificación del delito de conspiración o concierto, la preservación de la identidad de los testigos, la figura de los jueces “sin rostro”, y disposiciones especiales sobre la prueba en juicio. Por tanto, estamos enfrentados a un doble desafío, por un lado, lograr la eficacia y eficiencia del ordenamiento jurídico vigente, y por el otro, establecer un derecho procesal y sustantivo alternativo que responda eficazmente a este tipo especial de criminalidad³⁹³.

No obstante lo anterior, debe decirse, una regulación de tipo alternativo cuenta con obstáculos teóricos de orden constitucional como la negación del principio de inocencia; la inversión de la carga de la prueba, es decir, que ya no es el Estado el llamado a probar la culpabilidad de los implicados, sino al contrario, éstos deben probar su inocencia; la responsabilidad penal de las personas jurídicas, negándose el paradigma del *societas delinquere non potest*, la práctica de allanamientos, escuchas telefónicas, interceptaciones

³⁹² CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 27. Con base en una prueba anticipada que es propia o de la esencia de una actividad particular autorizada, la fiscalía empieza a preconstituir pruebas de lo que puede ser unas conductas punibles, mismas que serán la base de una imputación y eventuales condena penal.

³⁹³ *Ibidem*.

de correspondencia, la violación del secreto bancario y registros personales sin orden judicial previa³⁹⁴.

Teniendo en cuenta la magnitud del problema y las consecuencias que deja para un país y para la comunidad internacional el lavado de activos, deben a nivel institucional, tanto local como global, desarrollarse capacitaciones y entrenamiento a operadores, policías, fiscales y jueces, para que estén en condiciones de juzgar estos hechos complejo, que en la mayoría de los casos requieren conocimientos específicos, en materia bancaria, empresarial y financiera que no necesariamente son del dominio común de los abogados.

Más allá de regulaciones alternativas para los casos de lavado de activos y de la implementación de herramientas jurídicas como las referidas, lo cierto es que el funcionario judicial debe valorar los medios probatorios para tomar una decisión. Y en ese sentido, debe decirse que en la actualidad casi todos los sistemas jurídicos del mundo hacen uso del principio de la libertad de la prueba, es decir, que todo medio probatorio es en principio lícito, salvo que estuviera expresamente prohibido por la ley, y por lo tanto, existe libertad para la obtención de la verdad respecto de los hechos que integran el objeto del proceso, lo cual sugiere que el juez estará apegado al sistema de la sana crítica³⁹⁵.

³⁹⁴ Sin embargo, se han implementado, como herramientas de solución, la cooperación internacional en materia probatoria (prueba trasladada, interrogatorio por parte de magistrados de una jurisdicción en otra, traslado de prisioneros y testigos, flexibilización de la extradición aun no mediando tratado, admisión de extradición de nacionales, entre otras) y, se han establecido normas sobre evaluación de la prueba por parte de los jueces y tribunales tales como la libre convicción, la convicción moral, la sana crítica, y la prueba indiciaria.

³⁹⁵ Es así como aparecen las denominadas pruebas prospectivas, o sea aquellas que suponen la vulneración de la esfera de la intimidad del individuo, (interceptación de correspondencia, sistemas de escuchas etc.) que en general son válidas en algunas legislaciones como la norteamericana y europeas a condición de que, previamente las autorice un juez en legal forma, en general durante un tiempo determinado y con la finalidad de obtener información específica sobre algún delito en particular.

Lo anterior, no es óbice para violar los derechos fundamentales de los imputados, ya que la práctica de estos medios probatorios tiene que hacerse con respeto de las normas constitucionales. Muestra de ello, son los artículos 3.3 y 2.5 de la Convención de Viena y el Reglamento Modelo de la CICAD respectivamente, que señalan que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos de lavado de activos podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”. De todas formas, trátase de la confesión o de cualquier medio probatorio, éstos deben pasar por el tamiz de la sana crítica, ya que en ocasiones las autoacusaciones o autoincriminaciones son la forma más sencilla de dejar “limpios” a los verdaderos delincuentes.

Siguiendo con la valoración judicial de la prueba en los casos de lavado de activos³⁹⁶, tenemos que la misma debe ser un análisis razonado del resultado de la prueba introducida definitivamente en el proceso³⁹⁷ y que junto con una actividad reflexiva del juez se llegará a una decisión de condena o absolución basada en la sana crítica, siempre que se haga caso a componentes especiales del objeto de prueba como la presencia común de una autoría funcional y organizada; la aplicación de un *modus operandi* sofisticado y de cobertura internacional y; la capacidad económica y logística para implementar eficientes mecanismos de impunidad (camuflaje financiero, influencia política, manipulación de la prensa, corrupción, terrorismo, amenazas, etc.)

³⁹⁶ CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. *Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos*, Op. Cit., p. 28; retomando las palabras de PRADO SALDARRIAGA.

³⁹⁷ ORE GUADIA, ARSENIO. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativa, Lima, 1996, p 297.

CAPITULO 6

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

Primera: Después de realizar un serio análisis del fenómeno de Lavado de Dinero y Activos, se descubre que se encuentra estrechamente vinculado a la criminalidad organizada, y fundamentalmente con una de sus actividades delictivas más lucrativas, es decir, el tráfico de drogas, pero con esto no decimos que las organizaciones criminales limitan su radio de acción exclusivamente a una sola actividad criminal, sino que diversifican sus actuaciones delictivas, rentabilizando al máximo las oportunidades de enriquecimiento rápido que ofrece el mercado global. Entre las actividades criminales con las que obtienen cuantiosos beneficios se citan el tráfico de drogas, de armas, el juego ilícito, robo de vehículos y su contrabando, etc. Las actividades de las organizaciones criminales se han internacionalizado, por lo que son denominadas “organizaciones criminales transnacionales” (OCT).

Segunda: Las actividades de Lavado de Dinero y Activos, se caracterizan por un marcado carácter internacional; ya que en los últimos años se presenta una creciente globalización de la misma. Además, se observa una intensa tendencia al profesionalismo, por la especialización de los miembros de la organización criminal, ya por el empleo de profesionales externos, y como consecuencia de la profesionalización y de la especialización, el Lavado de Dinero y Activos se caracteriza en la actualidad por el desarrollo de nuevos métodos cada vez más complejos ya que criminalidad siempre va a la vanguardia para evadir responsabilidades penales.

Tercera: La problemática de la determinación del bien jurídico que debe proteger el delito de Lavado de Dinero y Activos, sigue generando discusiones doctrinales, incluso hay algunos autores que sostienen que no existe un interés digno de protección. Pero tampoco en la mayoría de la doctrina, que sostiene que un bien jurídico que debe de ser protegido, existe acuerdo. Un sector habla de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido. Pero al sostenerse esta posición no quedaría claro porque el legislador ha tipificado el delito de blanqueo diferenciado del encubrimiento y sancionado con una pena superior a este, además casi todas las disposiciones internacionales de blanqueo sanciona al autor o participe del delito previo, por las posteriores conductas de blanqueo, sin recurrir al privilegio del autoencubrimiento que mantienen para el delito de encubrimiento. Otro sector doctrinal sostiene que el fenómeno de Lavado de Dinero y Activos vulnera elementos del Orden Socioeconómico como la libre competencia, la estabilidad y solidez del sistema financiero lo que justifica centrarse en el orden socioeconómico como bien jurídico protegido, pues el costo para la obtención de capital de origen ilícito es menor que la obtención del capital de origen lícito. Es por ello que si bien es cierto el delito de Lavado de Dinero y Activos no se encuentra regulado de manera sistemática en el Código Penal si no que en una Ley Especial, misma que no establece un bien jurídico protegido, por lo cual fue necesario acudir a la doctrina para formar un criterio siendo este que optamos por el Orden Socioeconómico como el bien jurídico protegido por este delito lo cual ya había sido retomado por la jurisprudencia Salvadoreña.

Cuarta: En cuanto a la autonomía del delito de Lavado de Dinero y Activos, es necesario recordar que la doctrina lo maneja como un delito autónomo del delito previo, pero por cuestiones de técnica legislativa, o mejor dicho las formas en que se redactan las leyes, el legislador Salvadoreño no fue capaz

de redactar un tipo básico que cumpla con las características de un delito autónomo, ya que al analizar la ley se determina que incurrió en el error de vincular el tipo básico con una serie de delitos generadores lo cual no lo desvincula del todo para que tenga la categoría de delito autónomo por lo anterior concluimos que la autonomía del delito va depender de la forma en que esta sea redactada.

Quinta: Definimos el Lavado de Dinero y Activos como el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.

Sexta: En cuanto a la descripción típica no se puede uniformar un criterio, pues cada Estado en su legislación interna establece un determinado comportamiento que se adecuen a las exigencias de los tratados internacionales y su realidad socioeconómica; el art. 4 y siguientes de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos, cubre sustancialmente con algunos matices del Convenio de Viena y el Convenio Centroamericano; pero el legislador se extralimitó en su afán represivo, pues al utilizar verbos rectores que al momento de interpretar la norma, genera una confusión, ya que la conducta puede recaer sobre el delito de lavado de dinero, la receptación o el encubrimiento.

Séptima: En cuanto a los problemas procesales que plantea la prueba del delito previo, nos encontramos que ésta, no exige una sentencia firme de un juez o tribunal que determine la existencia o comisión de un hecho típico y antijurídico, pero es imprescindible que la realización de tal delito previo quede demostrada. El problema de la prueba del delito previo, se plantea cuando otras sentencias no reconocen su existencia, lo que implica la revocación de la condena por el Lavado de Dinero y Activos.

Octava: En los países donde opera un régimen constitucional tradicional, basado en el principio de inocencia, la doctrina establece que no puede operar la inversión de la carga de la prueba o prueba contra indicio; pues es el imputado que se encuentre sometido a un proceso penal se le deben de garantizar los derechos que la Constitución y las leyes le confieren sobre todo el de ser considerado inocente hasta no ser oído y vencido en un juicio, en este sentido es necesario recordar que el Fiscal esta obligado a aportar tanto pruebas de cargo como de descargo, de no ser así se tendría que hacer una reforma constitucional.

Novena: La auditoria forense se considera una alternativa para combatir el delito de la corrupción, porque permite que un experto emita ante los jueces, conceptos u opiniones de valor técnico, para facilitar el actuar de la justicia, especialmente en lo relativo a la vigilancia de la gestión fiscal y a la solución de discrepancias legales.

Décima: Las investigaciones penales por casos de lavado de activos deben respetar siempre los principios constitucionales, sin que ello se convierta en un obstáculo para hacer uso de herramientas jurídicas alternativas que por su eficiencia y eficacia permitan llevar a feliz puerto esta clase de procesos judiciales. Pero lo anterior, no sería una realidad sin la ayuda de la auditoría forense y los principios probatorios que se expresaron de forma sucinta en estas líneas, ya que cobran gran importancia en la consecución de elementos probatorios en delitos tan complejos como el lavado de activos. Sólo nos queda decir, que aún queda mucho trabajo por hacer, y que debe ir de la mano de la cooperación internacional y evolucionar de la misma forma como el crimen organizado”.

6.2. RECOMENDACIONES

Primera: a la Asamblea Legislativa de El Salvador: Tal y como lo hemos expuesto la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos tiene errores de técnica legislativa en cuanto a la estructura del tipo básico y sus derivados al hacer una mezcla de figuras como lo son la receptación y el encubrimiento; así como también no existe una concordancia con el enunciado de la norma con la descripción típica de la misma; por lo que somos del criterio que debe de realizarse una reforma a la Ley en comento de tal modo que garantice los principios de legalidad y seguridad jurídica, a las personas que sean sometidas a un proceso penal; así mismo que se realicen Estudios de Derecho comparado con expertos del tema involucrando a funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público y como consecuencia de esto produciendo una norma consensual y armonizada a la realidad actual de nuestro país.

Segunda: a la Corte Suprema de Justicia: Retomamos el hecho que al existir una normativa ambigua como consecuencia lógica producirá problemas al momento de que el operador del sistema judicial se encuentre interpretando y aplicando la norma, y para corregir tal problemática debe de partirse de una reforma legislativa, aunada a una adecuada capacitación que cumpla con la finalidad de instruir o ilustrar respecto del fenómeno de lavado de dinero y activos a todos aquellos sujetos que intervienen en la actividad jurisdiccional, por lo que se deberá coordinar con la Escuela de Capacitación Judicial para que se impartan seminarios o capacitaciones que solventes las dudas o por lo menos clarifiquen toda la temática del delito de lavado de dinero.

Tercera: a las instituciones financieras del sector público y privado:

Consideramos que para combatir el delito de lavado de dinero en El Salvador es necesario que exista una ayuda inter-institucional como los es Ministerio de Hacienda, Súper Intendencia del Sistema Financiero, Bancos o Sociedades que se dedican a actividades financieras en general, Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil, por lo que estas instituciones deberán crear mecanismos de control que ayude a la detección oportuna de actividades dirigidas al lavado de dinero.

Cuarta: a la facultad de Jurisprudencia y Ciencia Sociales de la

Universidad de El Salvador: En base a la experiencia ganada al momento de elaborar el presente trabajo, consideramos importante que dentro de la currícula del plan de estudio de la escuela de Derecho se debe de implementar una cátedra que retome el delito de lavado de dinero el cual se encuentra regulado en una ley especial entre otros delitos, con el propósito de que el estudiante al momento de incorporarse en las diversas manifestaciones de la profesión del abogado (litigante, fiscal, juez, defensor público, etc.,) se encuentre preparado para darle una solución al problema en concreto.

Quinta: al Estado del Salvador y a su Concejo de Seguridad:

Orientar o implementar una política criminal cuyo principal objetivo sea la erradicación del delito de lavado de dinero y activos, basándose en el principio de igualdad para poder atacar las diversas esferas de la sociedad que se dedican a tal actividad criminal

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

ÁLVAREZ PASTOR, D. y F. EGUIDAZU PALACIOS, La prevención del blanqueo de Capitales, Editorial Aranzadi, Editorial Pamplona, España 1998

ARANGUEZ SÁNCHEZ CARLOS. El Delito de Blanqueo de Capitales, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000

BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR. ¿Qué es el Dinero?, publicación educativa, San Salvador, El Salvador, 2000.

BECCARIA, CESARE. De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis, S.A. 2003

BLANCO CORDERO, ISIDORO. El Delito de Blanqueo de Capitales, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2002

BLANCO CORDERO, ISIDORO. Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, Organización de los Estados Americanos, segunda Edición Washington D.C. 2006

CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 16º Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, sin año.

CAFFERTA NORES, JOSE I. La Prueba en el Proceso Penal, segunda edición, sin año

CANO, C. Miguel y LUGO, Danilo. Auditoria Forense en la Investigación Criminal de Lavado de Dinero y Activos, Primera Edición, Santa Fe Bogotá, D.C. Editores Litográficos Ltda. Octubre de 2001

CICAD, Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Conexos.

CAPARRÓS, EDUARDO FABIÁN. Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, Organización de los Estados Americanos, segunda Edición Washington D.C. 2006

CLARA OLMEDO, Tratado de derecho Procesal Pena, Lerner, Córdoba 1984 Tomo II,

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA. Manual de Teoría Jurídica del Delito, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Escuela de Capacitación judicial, 2003.

CRESPO BARQUERO, PEDRO. Revista Justicia de Paz, Nº 11 año V Vol. 1 Enero-Abril 2002

DEL CARPIO DELGADO, JUANA. El Delito de Blanqueo de Bienes en el nuevo Código Penal. TIRANT LO BLANCH, Valencia, España 1997

DEVIS ECHANDIA, HENNANDO, Teoría General de la Prueba judicial, Tomo I, sin año

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Editoriales Tecnos. Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T.; Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español; en: AA.VV., "El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación"; Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997

FIGUEROA VELÁSQUEZ, ROGELIO M. El Delito de Lavado de Dinero en el Derecho Penal Mexicano, Primera Edición, Editorial, Porrúa. México D.F. 2001

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del Lavado de Dinero y Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera, República de El Salvador, 2001.

LLEGARI, ANDRÉ LUÍS. El delito de Blanqueo de Capitales en España y Brasil, Primera Edición, Editorial Sigma Editores Ltda., Colombia, Octubre 2003

GONZÁLEZ DE LECAROS, CLAUDIA. Lavado de activos una actividad multifacética, Superintendencia financiera, Bogotá, Colombia 1998

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA. Las Cuarenta Recomendaciones, 20 de junio de 2003

HERNANDEZ GAVIDIA, MARIO A. Técnicas de investigación del delito, en AA.VV., Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2004

M. TONDINI, BRUNO. Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, Argentina, 2002.

MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L. Código Penal Comentado, Publicado por el Consejo Nacional de la Judicatura, segunda Edición, San Salvador, El Salvador, Abril de 2005

MIR PUIG, SANTIAGO. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, España, Ariel, 1994.

SAAVEDRA ROJAS, EDGAR. La Política Criminal del Narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988. Conferencia. Abril 1989

SANCHÉZ VÁSQUEZ, JUAN JOSE. Estudio sobre los medios de prueba y algunas consideraciones sobre el Error de Derecho y el Error de Hecho en la apreciación de las pruebas. Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica, editorial Ultimo Decenio, San Salvador, El Salvador, 1993

SOLANS SOTERAS, M. Blanqueo de Dinero y Movimientos Financieros en Política Exterior, Volumen IV, Numero 16, 1990

SUAREZ GONZALEZ, CARLOS. Blanqueo de Capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación Española, cuadernos de política criminal, N°58, Madrid, 1996

ORE GUADIA, ARSENIO. Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativa, Lima, 1996.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Manual de apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado, 2006.

PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. El Profesional, decima tercera edición, Bogotá, Colombia, 2002

PRADO SALDARRIAGA, VICTOR. La Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas, sin año

RICARDO PINTO Y DRA. OPHELIE CHEVALIER. El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, 2004

RINCON CUELLAR, HERMANO. Especialista Legal de la OEA, en la Comisión interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD). 2005

VIDALES RODRIGUEZ. Los Delitos de Receptación, legitimación de Capitales en el Código Penal, Valencia, España, 1997

ZARAGOZA, AGUADO. J. A. El Blanqueo de Dinero, Aspectos sustantivos, Su investigación, en cuadernos de Derecho judicial, Normativa Comunitaria. Madrid 1994.

ZARAGOZA, AGUADO. J.A. El Encubrimiento, la Receptación y el Blanqueo del Dinero, Normativa Comunitaria. Madrid, 1994.

ZARAGOZA AGUADO, J. A.. Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, Organización de los Estados Americanos, segunda Edición Washington D.C. 2006.

ZARAGOZA AGUADO, J. A. Cuestiones Penales y Procesales relacionado con la Delincuencia Organizada. Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia, Madrid 1999

LEGISLACION

Constitución De La Republica De El Salvador, con sus reformas, editorial Jurídica Salvadoreña, primera edición, 2004, Decreto Legislativo N° 38, publicado en el Diario Oficial 234, tomo 281 de fecha 16 de diciembre del año 1983.

Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, Decreto Legislativo N° 498, de fecha dos de Diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial 240, Tomo 341 de fecha 23 de Diciembre de 1998

Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Decreto Ejecutivo N° 2 de fecha 31 de Enero del 2000.

Convención de Las Naciones Unidas Contra El Trafico Ilícito De Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, publicada en el Diario Oficial 198 de fecha 24 de Septiembre 1993,

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, publicado en el Diario Oficial 211 de Fecha 16 de Octubre del 2003.

CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PREVENCION Y LA REPRESION DE LOS DELITOS DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS,

RELACIONADOS CON EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS, publicado en el Diario Oficial 227, de fecha 04 de Diciembre de 1997

TESIS

ASTURIAS UMANZOR, Análisis Jurídico y Doctrinario del Delito de Lavado de Dinero, en AAVV, Universidad de El Salvador, 2003, T-UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR. 1201 A 888^a

PAGINAS WEB CONSULTADAS:

FILIPPINI, SILVINA. Historia del Dinero, [http:// www. ecobachillerato.com](http://www.ecobachillerato.com)

URIBE, RODOLFO. Cambio de Paradigmas sobre el Lavado de Activos, articulo publicado en [www.cicad.oas.Org](http://www.cicad.oas.org)

[http/www.CICAD.ORG](http://www.CICAD.ORG). La Autonomía del Delito de Lavado de Dinero y Activos.