

Encuentros académicos

VI Pleno Jurisdiccional en Materia Penal: Materia de lavado de activos

Joaquín Missiego del Solar

Bienvenidos a la Universidad de Lima. Esta noche nos acompañan María del Carmen García Cantizano, Luis Lamas Puccio y Marcial Páucar Chappa. Marcial Páucar es fiscal titular de la Fiscalía Provincial de Lima y le agradecemos que esté presente para conversar con nosotros sobre el acuerdo plenario relacionado con el lavado de activos.

A García Cantizano la conocemos por ser profesora de esta casa de estudios y ser muy apreciada y respetada por sus alumnos. Le reiteramos nuestro agradecimiento por su buena disposición a la participación en este evento y en los demás que se organicen.

También es un gusto y un honor contar con Luis Lamas Puccio, quien es un reconocido abogado. Es la primera vez que nos encontramos en persona, aunque he leído su obra y como abogado penalista le tengo admiración. Reitero que es un honor que nos pueda acompañar esta noche.

Vamos a iniciar el debate sobre el acuerdo plenario relacionado con el delito de lavado de activos. En noviembre del 2010 hubo una audiencia pública (que derivó finalmente en dicho acuerdo plenario) en donde participó García Cantizano, quien seguramente nos va a comentar parte de los puntos que fueron materia de su exposición. Los temas que trató

el acuerdo plenario, *grosso modo*, guardan relación con el bien jurídico afectado por este delito, con el momento de consumación de este, el aspecto subjetivo, la identificación de los delitos previos, con los órganos de fiscalización o control, como la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). El acuerdo plenario, finalmente, trata de aclarar puntos para una mejor decisión en lo que se refiere a las resoluciones que pudieran surgir como consecuencia de la investigación y juzgamiento de estos delitos.

Invito, en primer lugar, a Marcial Páucar Chappa para que nos dé sus apreciaciones en relación con el acuerdo plenario materia de discusión esta noche.

Marcial Páucar Chappa

Buenas noches con todos. Debido a mi experiencia, tanto en la Fiscalía como en la Corte Suprema —donde tuve el honor de trabajar al lado de mi maestro, Víctor Prado Saldarriaga—, conozco este acuerdo plenario. Pero deseo iniciar mi exposición explicando que para poder entender el delito de lavado de activos en la Ley 27765 es fundamental revelar el panorama y contexto en el que se desenvuelve el lavado de activos como fenómeno que forma parte de la criminalidad organizada.

Debo recordarles que esto tuvo su punto de inicio hacia 1988, con la Convención de Viena, donde se materializaron seis políticas-ejes para poder desarrollar una correcta y adecuada normativa interna en cada país. Esas políticas son importantes porque, en primer lugar, se parte de establecer la criminalización autónoma de dicho delito, que antes no existía; en segundo lugar, se impulsó la prevención y control con apoyo de la intermediación financiera, que es otro punto muy trascendental; en tercer lugar, se crea un espacio único internacional para perseguir e investigar el delito mediante mecanismos legales de cooperación judicial internacional, esto es, ya no van a existir barreras ni fronteras para tener competencia en la investigación del delito, ya no va a importar si los autores se encuentran en Italia, el dinero se ubicó en España y el resto de la organización criminal se encuentra en Perú; en cuarto lugar, se establece la flexibilización del secreto bancario para tener más accesibilidad, y de forma más directa hacia la base de datos protegida por aquel, lo que es importante para las investigaciones; en quinto lugar, se busca la eficacia para los procedimientos de incautación y decomiso del dinero y bienes de las organizaciones criminales; y, por último, pero no menos importante, se va a regular la inversión de la carga de la prueba

en relación con la prueba indiciaria, la cual es ampliamente desarrollada en el acuerdo plenario.

Dicho esto, quiero agregar que dentro de este sistema internacional de prevención y control vamos a incluir las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Código Basilea, la Declaración de Principios del Comité Latinoamericano para la Prevención y Control del Lavado de Activos (Felaban), así como, en el ámbito de la represión, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, del 2000, y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, del 2003. Aunado a ello se encuentran las políticas con base en el control penal y la cooperación judicial internacional para efectos de repatriación de dinero, congelamiento de cuentas, procedimientos de extradiciones y cumplimiento de sentencias extranjeras. Todo esto brinda un panorama global e internacional que sirvió de eje matriz para la elaboración de la Ley 27765, que tuvo como precedentes los artículos 296-A y 296-B del Código Penal, desde 1991.

Ahora bien, también debo añadir que el acuerdo plenario abarca varios problemas, entre ellos el que corresponde al *bien jurídico protegido*, por lo que, para comprender los alcances del bien jurídico afectado por el delito de lavado de activos, hay que entender que todo el fenómeno tiene tres etapas: la colocación, la intercalación y la integración, siendo este el camino que recorre todo el hecho delictivo para los efectos de la recapitalización criminal; se van a afectar en cada etapa bienes jurídicos diferentes, y por esta razón se habla de una naturaleza pluriofensiva. Por otro lado, preocupa que haya autores que sostengan que el lavado de activos no afecta el sistema económico, pues la opinión mayoritaria de los especialistas en la materia concuerda en que, si bien en los países denominados paraísos financieros —donde se da el delito de lavado de activos— existe una galopante economía, también se ha demostrado que en algunos países europeos donde tiene presencia el lavado de activos, se ha generado la llamada “enfermedad holandesa”, que consiste en una elevada inflación que va de la mano con una marcada recesión económica, lo cual aflige al sistema financiero global. Partiendo de esta reflexión, sostengo que pensar que el delito de lavado de activos afecta un solo bien jurídico traería como cola la confusión entre los delitos de receptación, encubrimiento real y lavado de activos, regulado en el artículo segundo de la Ley 27765, por lo que reafirmo que en el delito de lavado de activos se tutelan varios bienes jurídicos, como el correcto

funcionamiento del sistema financiero y económico, las políticas de prevención y control, así como la efectividad de la justicia en la persecución de dicho delito.

Pasemos ahora a ver lo referido al *momento de la consumación*. Según el acuerdo plenario, es importante identificarlo para dos efectos: el primero, para determinar el grado o nivel de participación de los agentes en el delito; por ejemplo, el artículo primero abarca los actos de conversión y transferencia, que son delitos de ejecución instantánea, mientras que el artículo segundo regula los actos de ocultamiento y tenencia, que son delitos de naturaleza permanente. En los delitos de ejecución instantánea, si el agente participa durante la consumación con dominio del hecho, será autor, pero si actúa luego de la consumación, no cabría hablar de una participación posconsumativa o de complicidad de un delito de lavado de activos, sino de un delito de encubrimiento; en cambio, en los delitos de naturaleza permanente, los agentes que participen en el transcurso de la permanencia del acto delictivo siempre van a ser coautores o partícipes, según corresponda. El segundo efecto para el cual es importante el momento de consumación se relaciona con los plazos de prescripción y el del inicio del cómputo: en los delitos instantáneos, el plazo se comienza a computar desde el momento de la consumación, en tanto que en los delitos permanentes se empieza a hacerlo luego de que cesa la permanencia.

En relación con el *tipo subjetivo*, es importante recordar que en el texto original de la Ley de Lavado de Activos se abarcaba el elemento de tenencia interna trascendente, el cual acompañaba al dolo, pero con la modificatoria del Decreto Legislativo 986, en el año 2007, aquel se ha convertido en el resultado. La pregunta es: ¿ese cambio estuvo bien? En mi opinión, eso significó un retroceso fatal para la actividad probatoria de la investigación. Ahora, el agente tiene que realizar los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito, y, como resultado, dificultar el conocimiento del origen ilícito, su incautación o decomiso.

Muy debatible en su momento fue el asunto del *delito precedente*. Debo precisar que el dolo también va a comprender el conocimiento del origen ilícito, pero no de un delito fuente específico; precisamente, en eso la mayoría de los operadores se confunden, pues el agente no necesita conocer quiénes han participado del delito precedente, cuál es el delito fuente que se ha cometido o la modalidad en la que se ha intervenido: solo basta, según el acuerdo plenario, tener certidumbre de la

existencia de una infracción grave referida al origen ilícito, afirmación que reposa en el principio de autonomía del delito de lavado de activos.

Otro punto importante que desarrolló el acuerdo plenario es el de los *negocios estándar* o *conductas neutrales*, pues existen profesiones que se vinculan de manera indirecta al delito de lavado de activos; por ejemplo, la profesión de abogado. Me permito definir que las conductas neutrales parten del concepto del rol, que, según Jacobs, va a ayudar a facilitar contactos sociales anónimos, delimitar competencias y garantizar al titular la no punibilidad por conocimientos especiales. Si el agente se conduce dentro del ámbito de su rol, sus actividades se califican como conductas neutras, aunque opino que en relación con el delito de lavado de activos van a constituirse como atípicas: si el abogado realiza la defensa de una persona investigada por dicho delito y cobra sus honorarios, su conducta no será delito de lavado de activos, por ser neutra; pero si brinda asesoría para constituir empresas *offshore* que lavarán dinero, obviamente, incurrirá en dicho delito.

En cuanto a la identificación de los *delitos precedentes*, hay confusiones en torno al artículo sexto de la Ley 27765, que consigna once delitos que pueden ser el origen del producto ilícito para el delito de lavado de activos; sin embargo, debo precisar que dicho dispositivo es solo referencial, no constituye un catálogo abierto, ni mucho menos, y no me cansaré de repetir que no se complementa con los artículos 1 y 2 de la citada ley como si fuera una norma penal en blanco. Hecha esta precisión, interesa señalar que los conocidos delitos fuente pueden ser: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, defraudación tributaria, delitos aduaneros, trata de personas, tráfico de migrantes, proxenetismo, secuestro, extorsión, delitos contra el patrimonio en su forma agravada, con excepción del artículo 194 del Código Penal, referente a la receptación.

No debemos olvidar que el delito de lavado de activos tiene una naturaleza y estructura mucho más compleja y se relaciona directamente con la criminalidad organizada y la financiación del terrorismo, dado que se trata de una criminalidad no convencional que presta sus servicios a las empresas criminales para asegurar la recapitulación de su producto criminal.

Respecto al informe de la UIF, si bien no constituye un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público —como sí lo establece, por ejemplo, el Decreto Legislativo 813, referente a los delitos tributarios—, cabe destacar que,

a diferencia de otros informes periciales —como los de la Contraloría General de la República—, debe ser de carácter reservado, y lo que solo se puede utilizar en el proceso son sus anexos, con autorización previa de la UIF. Esto quiere decir que para la incorporación de sus anexos como prueba, el informe de la UIF debe ser sometido al contradictorio.

Un punto adicional, pero no menos álgido, es el referido a la *prueba indiciaria*. La sexta política desarrollada por la Convención de Viena es la inversión de la carga de la prueba a través de la prueba indiciaria. Pero, cabe preguntarse: ¿se trata de una acusación directa, sin pruebas, antojadiza o sin sustento? La respuesta es un rotundo *no*, pues, por ejemplo, a partir de una operación sospechosa reportada por un agente de cumplimiento de uno de los sujetos obligados, luego canalizada a la UIF, que cruza información con bases de datos tanto gubernamentales como privadas —como, por ejemplo, del grupo Egmont, al cual pertenecemos desde el 2006—, se va a elaborar un informe de inteligencia a fin de contrastar información nacional con entidades financieras extranjeras y que va a abarcar un compendio de anexos, lo cual genera la carga de la prueba. Lo que establece el acuerdo plenario es que la prueba indiciaria va a ser importante y va a rescatar los indicios de: flujo excesivo de dinero, la no justificación del movimiento de dinero, el incremento irrazonable de patrimonio, el desconocimiento de beneficiario final, la conexión con personas o delitos vinculados al crimen organizado; y que todo ello va a constituir y abarcar la prueba indiciaria.

Considero que esos son los puntos más trascendentales y neurálgicos que ha tratado el acuerdo plenario, dilucidando un poco el complejísimo tema del lavado de activos. Muchas gracias.

María del Carmen García Cantizano

Buenas noches, y gracias por la invitación. Para mí es un gusto y un placer poder compartir mesa con Joaquín Missiego, compañero y coordinador del curso de Derecho Penal en esta casa de estudios; Luis Lamas Puccio, maestro penalista de larga data, y Marcial Páucar, quien nos ha hecho un resumen bastante interesante del acuerdo plenario. Yo quizá voy a ser especialmente crítica, señor fiscal, pues si bien participé en el acuerdo representando a una institución que aportó soluciones a las preguntas a las que se pretendía dar respuesta allí, creo que el acuerdo plenario fue muy limitado en su planteamiento. Esperaba algo más, teniendo en cuenta, sobre todo, el listado de preguntas que se nos acer-

có y que presuntamente deberían haber sido respondidas en él.

Obviamente, soy crítica porque parto de un punto inicial que, en definitiva, no fue asumido en el acuerdo plenario. No obstante, voy a explicar la causa de mi posición.

Entiendo que hay dos situaciones que debemos diferenciar: por un lado, el fenómeno, y por otro, el delito de lavado de activos. En realidad, todo el tema de la lucha en materia de delito de lavado de activos surge hace pocos años en el ámbito internacional. Para ser sinceros, esta clase de prácticas comienza en EE.UU. durante los años veinte, cuando los gánsteres que se dedicaban a vender y comercializar ilícitamente alcohol, al no poder justificar la gran cantidad de dinero que obtenían mediante esos negocios ilícitos —lo que impedía poder rentabilizarlo—, procedieron a contratar y a financiar las lavanderías que se venían instalando por la colonia china, aprovechando así la gran inmigración asiática que se produjo en esa época. Los gánsteres financiaban esta clase de negocio —de ahí el término— en tanto que “lavaban” el dinero ilícito, dándole una apariencia de licitud, lo que les permitía disfrutarlo sin ningún problema. Era necesario realizar esta clase de actividades a fin de rentabilizar la conducta delictiva. Al respecto, se debe tener en cuenta que la finalidad de determinadas clases de delitos, especialmente aquellos que guardan relación directa con lo económico, es poder capitalizar los beneficios económicos generados con estas conductas; de ahí que entiendo que el lavado de activos surge inicialmente como un mecanismo útil para asegurar, a esa clase de delincuencia, la posibilidad de emplear los beneficios ilícitamente obtenidos, en el ámbito del tráfico jurídico ordinario. ¿Por qué es importante esto? Porque, en cierta medida, esa idea de dar apariencia de legalidad a lo que tiene un origen ilícito es lo que caracteriza el fenómeno del lavado de activos, y para combatirlo se dan convenios, tratados y se fundan organizaciones internacionales en la medida en que el fenómeno del lavado de activos se ha vuelto incontrolable para los Estados, si se tiene en cuenta la enorme cantidad de capital de origen delictivo que circula sin control alguno. De ahí que sea necesario articular un mecanismo o sistema —obviamente, a un nivel globalizado— que permita definir aquellas medidas que garanticen la eficacia de ese control y aseguren que todo el movimiento de capitales, tanto dentro como fuera de los Estados, sea de origen lícito en tanto que solo lo que es lícito puede ser objeto de protección jurídica.

Analicemos ahora el delito de lavado de activos, porque, a la vista de cómo se presenta este fenómeno, es evidente que —como lo ha señalado

Marcial Páucar— a través de él se afectan multitud de bienes jurídicos. Se habla de la afectación de la libre competencia, pues utilizar dinero que procede de una actividad ilícita —que no paga tributos— resulta un mecanismo muy eficaz para competir con quienes ofrecen el mismo producto, pero cuyo precio ha de ser superior debido a las cargas tributarias y de otra clase que pesan en torno a su producción, lo que permite ofrecerlo más barato a quienes disfrutan de medios de financiación liberados de dichas cargas.

Pero también se habla de afectación del sistema financiero; mediante el lavado de activos se llena el tráfico jurídico de dinero por el que no se ha tributado y respecto del cual, por lo tanto, no hay control por parte del Estado. Asimismo, se perjudica la administración de justicia, pues gracias a este tipo de conductas la actividad ilícita generadora de dichas ganancias no puede ser identificada; de ahí que se dificulta la labor desempeñada por la Administración de Justicia en lo que corresponde a la identificación de los responsables de tales actividades, fuente de beneficios ilegales.

Podríamos seguir hablando largo y tendido sobre qué otros bienes jurídicos resultarían afectados. En este sentido, el acuerdo plenario tenía como objetivo específico de análisis el delito de lavado de activos —y no lo que hemos venido calificando como el fenómeno de lavado de activos—, descrito en la Ley 27765. Se afirma que se trata de un delito pluriofensivo, en tanto que —cito textualmente— “Los actos de colocación y de intercalación —así se les denomina básicamente a las conductas descritas en el primer artículo de la ley— comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia —que serían las conductas descritas en el segundo artículo— afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado”.

Es decir, cada una de las conductas que en la ley se definen como delito de lavado de activos afectaría bienes jurídicos distintos, lo que me parece que no es el espíritu de la ley. Sería como afirmar que el delito de homicidio protege una cosa y el delito de asesinato protege otra, cuando en el fondo —y más allá de la diferente conducta— el objeto de protección es el mismo. No obstante, en el acuerdo plenario se indica: “Simultáneamente, en todas esas etapas se estaría protegiendo el régimen internacional y nacional de prevención de lavado de activos, que es lo que resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales”.

Es decir, nosotros incorporamos a nuestro sistema jurídico —siguiendo el planteamiento señalado— una ley en donde se tipifica el delito de lavado de activos para proteger las normas y las medidas que en el ámbito nivel nacional e internacional prevén el fenómeno de lavado de activos; es decir —y usando el símil anterior—, habría que tipificar el delito de homicidio porque hay que asegurar que la norma que prohíbe matar sea eficaz, lo que es decir mucho y es no decir nada, dado que no se sabe al final qué es lo que se protegería. Con tal enfoque, es claro que dicha afirmación implica decir mucho, pero concretar muy poco. Por eso, para entender mi planteamiento en torno a este tema, me centraré en lo que ha de ser objeto de interpretación, esto es, el texto legal, donde se distinguen dos conductas que tienen un elemento común, el que se concreta en el resultado que se quiere lograr a partir de la comisión del delito de lavado de activos: dificultar la persecución del delito previo, generador de las ganancias ilegales. Al respecto, el legislador expresa que estas conductas se cometen “para dificultar o impedir que puedan ser objeto de incautación o decomiso los efectos de un delito previamente cometido”; esto quiere decir que seguimos hablando del delito de lavado de activos como aquella conducta que, en el fondo, sirve para evitar la persecución de un delito cometido previamente. Con semejante tipificación, entendemos que el lavado de activos está siendo interpretado como una figura delictiva que gira en torno a la eficacia de la Administración de Justicia en la lucha contra la criminalidad.

En cuanto al momento de consumación, considero muy interesante que en el acuerdo plenario se defina al delito de lavado de activos como un delito de resultado, lo que es importante porque este llegará a perfeccionarse cuando el sujeto llegue realmente a impedir que se pueda descubrir el delito que origina beneficios ilícitos. Luego, si así se define el resultado, con ello se viene a destacar aún más el hecho de que, por ejemplo, el sujeto que lleva un maletín con doble fondo, donde esconde dinero, está impidiendo en cierta manera que lo obtenido gracias a la venta de drogas de donde proviene dicho capital sea un instrumento bastante útil para investigar el delito de tráfico ilícito de drogas previamente cometido. En el acuerdo plenario se afirma que para consumir el delito de lavado de activos es necesario acreditar el resultado típico consistente en dificultar la identificación del origen ilícito de esos fondos y evitar que sean objeto de incautación por parte de la Administración de Justicia, quien podría decomisarlos como parte del proceso de investigación del delito fuente, en tanto instrumentos útiles para identificar

el delito que los generó y a sus responsables. Esto viene a ratificar que el legislador estaba pensando esta figura desde el punto de vista de la labor desplegada por la Administración de Justicia.

También lamentamos que en el acuerdo plenario se haya perdido una gran oportunidad para ofrecer criterios válidos que permitan diferenciar tres figuras que consideramos claves y que generan serios problemas de interpretación en la práctica. Primero, con relación al delito de receptación, en el artículo 6 de la Ley Penal de Lavado de Activos, luego de hacerse referencia a diversas figuras delictivas que pueden configurarse en delitos fuente, se da acogida a una expresión que el acuerdo plenario realmente no ha sabido explicar, en tanto que, según lo allí señalado, el delito de lavado de activos no sería aplicable cuando haya receptación (artículo 194 del Código Penal). Por ejemplo, si se roba un vehículo y se le entrega a otra persona para que lo guarde y lo pinte y así no se pueda identificar el vehículo robado, no queda claro si se estaría cometiendo receptación o lavado de activos, cuestión que considero de suma importancia en la práctica. El acuerdo plenario no ha sabido aclarar esta cuestión, pues si bien en él se menciona que el elemento que ayudaría a realizar la distinción entre ambas figuras sería la exigencia de un ánimo de lucro en el delito de receptación, ello no guarda relación alguna con la descripción legal que de dicha conducta se hace en el artículo 194 del Código Penal, donde no se exige ningún ánimo de lucro, siendo suficiente con que se entregue a otra persona un bien procedente de un delito anterior, con conocimiento de dicha circunstancia, para que se configure el delito de receptación.

Por último, tampoco se dice nada respecto a la diferencia que pudiera existir entre el delito de lavado de activos y el de encubrimiento real (artículo 405 del Código Penal), lo que es interesante si tenemos en cuenta que la conducta del encubrimiento real, consistente en ocultar los efectos del delito, ¿no estaría también contenida en el artículo 2 de la Ley Penal de Lavado de Activos cuando se sanciona a quien oculta los bienes o beneficios que proceden de un delito precedente para dificultar la identificación de su origen ilícito, su incautación o decomiso? Yo creo que es lo mismo. Por ese motivo, vuelvo a afirmar que el fenómeno del lavado de activos es una cosa, pero el delito de lavado de activos en nuestro sistema jurídico goza de ciertos matices que determinan que la legislación peruana no haya sabido reflejar típicamente lo que supone dicho fenómeno. Desde este punto de vista, el acuerdo plenario se ha limitado a describir más el fenómeno que el texto legal, desperdiciando

una oportunidad para ofrecer criterios claros de interpretación de la norma que sirvan para aplicarla a nuestra realidad y lograr así una mayor eficacia de la ley en lo que a la prevención de esta clase de conductas se refiere. Gracias por su atención.

Luis Lamas Puccio

Muchas gracias. Saludos a Marcial Páucar, a María del Carmen García Cantizano y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima por la deferencia de convocarme a participar en este conversatorio con personas bastante versadas, de diferentes perspectivas, sobre este acucioso y cambiante fenómeno del delito de lavado de activos.

El delito de lavado de activos tiene diferentes connotaciones y distintas razones que lo motivan; y conforme a la sociedad en que se plasme, tiene diferentes efectos. En países que atraviesan por crisis económicas, el dinero proveniente del narcotráfico tiene mucha relevancia e importancia en el manejo de la economía. El lavado de activos es un tema interesante, dado que en estos últimos años ha habido una transformación respecto a las decisiones del Estado. Este problema, hace treinta o cuarenta años atrás, no tenía la importancia y resonancia actual, pues era aceptado y común que muchos países ofrecieran cualquier tipo de garantía en cuanto a la reserva de dinero relacionada con su procedencia. Se trata de un asunto vinculado a los llamados paraísos fiscales o financieros, y considero que el acuerdo plenario debió haber ampliado este aspecto fundamental cuando contamos con esta visión globalizada de lo que es el proceso de lavado de activos. Hay una transformación tecnológica muy importante y existe un desfase en materia de jurisdicción nacional o supranacional que dificulta gravemente la fiscalización y el control de dichas actividades. Ha habido una iniciativa interesante a fin de crear una entidad supranacional que en alguna medida pudiera unificar los criterios e información que maneja la UIF; pero el problema surge cuando esta información, proporcionada o intercambiada, puede ser utilizada en un proceso de un determinado país. Hay un momento significativo y una evolución muy interesante de la legislación administrativa, para poder prevenir y controlar actividades de esta naturaleza.

En los últimos tiempos, en el Perú se han promulgado leyes de disposiciones en el marco de funcionamiento de la UIF, pero no podemos dejar de reconocer que a pesar de lo interesante que ha sido la labor administrativa y, sobre todo, la legislación penal, las evidencias muchas

veces desdican los contenidos y paradigmas de estas normas, lo que tiene que ver con el contenido político en cuanto a las decisiones de los Estados para poder atacar problemas de esta naturaleza, más allá de los discursos rimbombantes y la constante aprobación de marcos internacionales para luchar contra la corrupción, el crimen organizado o el lavado de activos. En ese contexto, volviendo a aspectos prácticos, me parece importante todo lo que se refiere al tema de los denominados terceros de buena fe.

En el acuerdo plenario se hace referencia a los comportamientos atípicos en economías en las que resulta muy difícil determinar o conocer a ciencia cierta los orígenes de las fuentes que permiten las actividades de lavado de activos. Y considero a los terceros de buena fe, pues en procesos de esta naturaleza, respecto a personas que se ven involucradas por haber actuado de buena fe, es muy difícil demostrar si su participación fue dolosa o culposa, en economías en donde, constantemente, el lavado de activos suscita investigaciones de todo tipo.

Me parece también interesante el asunto relacionado con los negocios estándar. Para nosotros, los abogados, resulta una iniciativa que debe ser analizada en forma adecuada, pues hay países en donde ya existen normas que involucran a los abogados en las actividades vinculadas al lavado de activos, e incluso que no están tan vinculadas a su labor directa o indirecta, y entonces recurren a otras figuras, como la conspiración, utilizada en EE.UU., y a veces es muy difícil poder separar márgenes de responsabilidad, sobre todo, penal o funcional, en cuanto a la asesoría que un abogado puede brindar a una determinada actividad de carácter empresarial, y al final de cuentas termina involucrado mediante la figura de la conspiración por el delito de lavado de activos. También es cierto que hay diversos grados de participación de los abogados en este proceso; por ejemplo, no es lo mismo un abogado que brinda una asesoría bastante acuciosa para los efectos de poder crear una empresa y ser fachada a fin de poder legitimar activos, que la defensoría de un abogado ante un caso de lavado de activos, porque hay colisión con el derecho a la privacidad. En cuanto un abogado no esté obligado a dar una información debido al secreto profesional, queda en una posición muy difícil, pues incluso en la legislación administrativa está establecido que el abogado, a espaldas de su cliente, debe informar a la UIF si tiene sospecha fundada de que este paga sus honorarios con dinero proveniente de una práctica ilícita. En los hechos, es muy difícil poder establecer un marco de separación.

Otro aspecto que es importante resaltar es el problema de la prueba del delito de lavado de activos, pues se establecen parámetros relacionados con el incremento inusual del patrimonio ejecutado, y esto se puede esclarecer a través de la legislación en materia tributaria. Puede tratarse de una incompatibilidad o desfase que uno informa en la declaración jurada y, por otro lado, el cruce de información por parte de la Sunat, en el sentido de que hay incompatibilidad entre lo que uno declara como rentas de cuarta categoría y una adquisición de determinados bienes patrimoniales. Sin embargo, no estoy seguro a ciencia cierta de si ese tipo de información es capitalizado en una investigación sobre lavado de activos y que, en efecto, puede haber colisión con el levantamiento de la reserva tributaria, pero aquí hay una fuente importante que puede coadyuvar en forma sustancial para poder consolidar o cruzar información respecto al incremento patrimonial que no tiene justificación.

Evidentemente, hay que informar cuando se da un manejo de cantidades sustanciales de dinero. Recuerdo que hace muchos años, en una conferencia, se decía que los que lavaban dinero tenían tres problemas que enfrentar: primero, dónde colocar el dinero lavado; segundo, cómo protegerlo; y tercero, de qué forma gastarlo sin suscitar ningún tipo de sospecha. Estos parámetros están inicialmente relacionados. Hay legislación administrativa en nuestro país, a raíz de la creación de la UIF, que incluso ha criminalizado el traslado de dinero cuando sobrepasa determinados montos, y hay interconexión de carácter internacional porque, desde hace muchos años, distintos países obligan a los extranjeros que ingresan a su territorio a declarar el monto de dinero que llevan en efectivo o bajo determinadas modalidades, la que también es importante con respecto a la actividad de lavado de dinero como medio de prueba relacionado con el tema del transporte. La otra situación es la notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial en nuestros países. Esto es bastante notorio entre personas que aparentan o demuestran ciertas ganancias de carácter patrimonial y no cuentan con modalidades para poder justificar la suficiencia de ese dinero, lo cual tiene relación de carácter bancario o financiero. En el aspecto de la razonabilidad en cuanto a la explicación, hay una fuente informativa que debería ser desarrollada de forma mas sustancial en este acuerdo, porque la prueba es uno de los aspectos más relevantes e importantes respecto al objetivo que persigue este pleno jurisdiccional para no solo orientar a los órganos de administración de justicia, sino

también para poder concretar hechos que se puedan materializar en sentencias condenatorias para actividades de lavado de dinero. No sé si estadísticamente se conoce a ciencia cierta cuántos procesos por lavado de dinero existen después de que estas disposiciones se han iniciado y se han dado sentencias condenatorias, o cuál ha sido la magnitud de los bienes incautados, por ejemplo, en el caso de Fernández Cevallos, que marcó una pauta importante y no podemos dejar de reconocer la razón de cómo se desbarató la organización de Cevallos, pues no se debió a acciones del gobierno del Perú, sino a acciones que se tomaron en el extranjero.

El levantamiento del secreto bancario no está detallado en el acuerdo plenario en forma acuciosa, a pesar de que también es importante en el sistema bancario dar información e incluso hay un delito de abuso de autoridad cuando el funcionario no apto para solicitarla lo hace.

Vuelvo a resaltar que considero que este acuerdo plenario marca una iniciativa, pero, en todo caso, requiere de algunas reformulaciones. Con esto concluyo.

Debate

Marcial Páucar Chappa

Creo que el debate se ha abierto y no me queda más que defender mi posición. Se dice que “para entender el problema, primero se debe conocer de la madre de la criatura”. Por ese motivo, discutir tanto sobre el fenómeno como sobre el delito de lavado de activos es vital; bajo esos alcances, hacer mención de los indicios es hacer mención de las señales de alerta establecidas en las cuarenta recomendaciones del GAFI. Esto es importante, pues brinda al operador —sea abogado, fiscal o juez— un mejor entendimiento del fenómeno, y porque ha sido estructurado en una ley extrapenal donde existen varios bienes jurídicos de por medio protegidos; por ejemplo, el artículo 6, que se refiere al elemento subjetivo del dolo eventual, en el cual se asume el riesgo del peligro y, en efecto, la norma establece: “conocía o podía presumir”; no obstante ello, resulta imperioso realizar una modificación con la terminología “debía conocer”, técnica legislativa ya usada en el artículo 194, que regula el delito de receptación. En lo que respecta al material probatorio

y las investigaciones por lavado de activos, las estadísticas revelan que en el año 2010 existieron 2.194 reportes de operaciones sospechosas, pero que al pasar a la UIF terminaron solo en 186 informes de inteligencia; y, por último, al pasar a la Fiscalía muchos se archivan, pues el citado informe no está suscrito como un informe de contraloría, debido a que no se les permite a los funcionarios de UIF dar la cara.

En lo referido a la naturaleza del delito, en mayo de este año (2011) se ha elaborado el Plan Nacional de Lucha contra Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, en el que se detectaron muchas deficiencias y vulnerabilidades ligadas a la corrupción. Pero hay que destacar que, en materia probatoria, la UIF se encuentra sobrecargada en este momento, pues no solo tiene que hacer el análisis de operaciones sospechosas emitidas por los agentes de cumplimiento, sino que tiene que absolver solicitudes de otras unidades de inteligencia financiera y no se da abasto. Además, como lo mencionó Lamas Puccio, la UIF no tiene acceso directo a la información protegida por el secreto bancario y por tal motivo se dificulta la recopilación del material probatorio, y el plazo de investigación muchas veces supera el plazo razonable.

A fin de absolver lo sostenido por García Cantizano, debo hacer hincapié en que hablar del lavado de activos es referirse a la criminalidad organizada. Por tal motivo, se ven en riesgo muchas cosas y no es simplemente referirse al sujeto con saco y corbata que va a lavar dinero y que tiene conocimientos especiales y una reputación financiera muy buena. Es precisamente el autor del delito precedente el que va a disfrutar ese dinero; es decir, el narcotraficante, que recapitaliza la empresa criminal. Por ello es que hay que investigar el lavado de activos autónomamente, sacándose de la cabeza la idea de probar o buscar infructuosamente el bendito delito precedente. Reconozco que existe dificultad de utilizar los anexos del informe de inteligencia de la UIF, pues antes se debe autorizar su uso. Asimismo, hay una falta de profesionales especializados, y para ello las instituciones deben contar con un *staff* de peritos. Este delito es muy complejo, pues no se trata únicamente de delitos de cuello blanco, dado que se ven involucrados, en gran medida, narcotraficantes, terroristas, y no solo ellos, sino todas las organizaciones criminales que tratan de recapitalizar su dinero y hay, incluso, funcionarios que van a ser los que apañan esta situación. Mientras no sepamos suplir esas falencias, esto seguirá siendo un gran problema en las investigaciones y procesos judiciales.

María del Carmen García Cantizano

En el fondo, doctor Páucar, usted me está dando la razón: ubicando el dinero de procedencia ilícita puede llegarse al delito que genera dicha ganancia, y eso es lo que al final se quiere combatir cuando se alude al lavado de activos procedente del narcotráfico o del terrorismo. A las ganancias procedentes de semejantes actividades hay que darles una apariencia de licitud y para ello se acude a actos de lavado de activos que, en la práctica, no son más que una faceta más dentro de la compleja estructura que se presenta dentro de una organización criminal, que es cumplida por el abogado, el agente de bolsa o el contador.

El problema en la lucha contra esta clase de delincuencia se pone de manifiesto en la investigación, pues deben articularse mecanismos que permitan identificar, dentro de la estructura sumamente compleja de una organización criminal, aquellas parcelas que se dedican al lavado de las ganancias que se generan en el seno de la misma organización.

Desde el punto de vista del delito fuente, a los efectos de configurar el delito de lavado de activos este puede ser cualquiera, como la estafa o el robo; lo único que interesa es que a través de ese delito se generen ganancias, las cuales son posteriormente objeto de ocultamiento, de transformación o de transferencia, de tal manera que con ello sea muy difícil identificar su origen ilícito. Que el artículo 6 de la Ley Penal de Lavado de Activos haga referencia a una serie de figuras delictivas que tienen en común ser fuente de obtención de ganancias ilícitas es significativo; pero el punto problemático que resalto es la mención del delito de receptación como una excepción a esa regla. Por ejemplo, si un funcionario se apodera de dinero gracias a la comisión de un delito de peculado y se lo da a su esposa, quien guarda el dinero sabiendo de dónde proviene, la cónyuge sería una receptadora, pues en su conducta no se satisfacen todos los elementos exigidos para poder calificarla como de lavado de activos, en tanto está ausente que ello busque dificultar el origen ilícito del dinero guardado, característico del lavado de activos.

En relación con el delito fuente, en el acuerdo plenario se señala que no es necesario identificar plenamente dicha figura; en este punto, estoy de acuerdo en parte, en tanto que sí será indispensable identificar el origen ilícito de las ganancias, si bien no resulta necesario establecer las circunstancias precisas y concretas en las que se cometió el delito fuente. El problema está, no obstante, en que hay un grupo de circunstancias agravantes que solo se aplican en el ámbito del delito de lavado de acti-

vos cuando el delito fuente es una clase determinada de delito, lo que, evidentemente, exige que este sea debidamente identificado, pues, de lo contrario, estas agravantes serían inaplicables; y si ya de por sí es difícil identificar el delito de lavado de activos, será más complejo aún llegar a identificar, además, el delito fuente.

Luis Lamas Puccio

Encuentro una contradicción, pues por un lado se refiere al conocimiento del origen ilícito y se hace referencia a una lista de delitos, pero por otro se menciona, conforme a ley, que no es necesario que las actividades ilícitas se encuentren sometidas a investigación, a proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Si es así, ¿cómo, por un lado, te sometes a una relación de delitos fuente y, por otro, dices que no es necesario? Si se indica que no es necesario que estas actividades sean objeto de investigación, ¿cómo uno puede saber que se trata de estos delitos? Queda a criterio el sospechar del delito, pero un sujeto individual, ¿qué autoridad tiene para tener una sospecha sobre la actividad ilícita?

Joaquín Missiego del Solar

Si me permite interrumpir: cuando el doctor se refiere a investigación y proceso, eso lo interpreto como que al referirse a la investigación inicial alude a la investigación preliminar y el proceso; según el Código de Procedimientos Penales, desde que se dicta el auto apertorio de instrucción. Lo que se le solicita al ciudadano es que conozca este hecho antes que la autoridad, lo cual refuerza la tesis de la necesidad de un dolo directo.

María del Carmen García Cantizano

Lo que da origen, en la práctica, a una investigación por lavado de activos es la sospecha de que el dinero que un determinado sujeto está manejando o gastando no se justifica, teniendo en cuenta su fuente conocida de ingresos o su nivel de vida. Frente a este planteamiento, recuerdo que César San Martín me objetó que ello había de entenderse a nivel de investigación. Por tal motivo, considero que en la actualidad no existe una sola condena por el delito de lavado de activos sin que su responsable no haya sido vinculado a un determinado delito fuente.

Luis Lamas Puccio

Pero la idea del legislador no fue en ese sentido, sino en el de evitar la duplicidad sobre hechos procesados por delitos y luego por lavado de activos. Por ese motivo, surgía la dicotomía: ¿cómo puedes procesarme por lavado de activos si ni siquiera se ha demostrado un delito fuente? Por eso, mientras uno no terminara un proceso previo no se podía denunciar el delito de lavado de activos, y ahí surgía la contradicción e incluso la posibilidad de que el sujeto fuera procesado dos veces por el mismo delito.

Marcial Páucar Chappa

Me sigue preocupando la incomprensión del tema. Daré un ejemplo. En los delitos contra la administración de justicia, el delito de encubrimiento personal, por ejemplo, en el caso de Vladimiro Montesinos, cuando este se fugó al extranjero había una discusión doctrinal respecto al delito por el que se pidió su captura, pues algunos consideraban que por lo menos debía tener una investigación abierta, pero esto no es así. El delito de encubrimiento personal no necesita de investigación previa y esa es la finalidad político-criminal de la ley. Del mismo modo, se debe entender que no importa si el delito precedente tiene una investigación o no; lo que importa es la autonomía del delito de lavado de activos.

María del Carmen García Cantizano

Eso es con respecto a la investigación. No se puede condenar por delito de lavado de activos si no se tiene a ciencia cierta probado que el capital que presuntamente se está ocultando tiene un origen ilícito, por lo que, de nuevo, se refuerza la necesidad de determinar el delito fuente.

Luis Lamas Puccio

O, por lo menos, ¿cómo sospecho que se realiza lavado de activos?, pues no podemos afirmar la existencia del delito.

Marcial Páucar Chappa

El delito de lavado de activos no solo se refiere a una persona que oculta o retiene dinero o bienes, sino también que realiza transferencias, y ella sabe muy bien del origen ilícito o, por lo menos, tiene conocimiento

probable de una infracción general. Por ejemplo, recibe diez millones de dólares, los lava haciendo inversiones en la bolsa, pierde dinero porque no tiene ánimo de lucro y devuelve solo ocho millones de dólares. Es evidente que se sabe que ese capital puede tener un origen ilícito.

María del Carmen García Cantizano

Entonces, ¿cómo queda el dolo eventual? Usted me está dando la razón: no es posible el dolo eventual, a pesar de que eso es lo que se dice en el acuerdo plenario.

Marcial Páucar Chappa

El dolo eventual está dirigido al conocimiento del origen ilícito del dinero. El dolo puede ser directo o eventual.

María del Carmen García Cantizano

Eso quiere decir que es dolo directo.

Marcial Páucar Chappa

Hay que leer la norma. La ley dice que va a ser dolo directo cuando utilizamos el verbo *conocer*, pero en el dolo eventual se utiliza *podía conocer*, y no habría problema en la norma si hubiéramos usado la fórmula *debía*.

Joaquín Missiego del Solar

Les agradecemos mucho su presencia y la calidad de sus exposiciones. A nombre de la revista *Ius et Praxis*, de la Facultad de Derecho, agradezco su invitación como moderador, en especial de un tema penal que nos apasiona a todos. Pido un aplauso para los ponentes. Muchas gracias.