



IPEEF

INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES



REVISTA JURIDICA DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN

AÑO VI - N° 50



Garzon

DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Luis Alberto Garzon Castillo ()*

I.- INTRODUCCIÓN:

El delito de Lavado de Activos se encuentra previsto en una Ley Penal Especial denominada «Ley Penal contra el Lavado de Activos» contemplada en la Ley 27765, que data del año 2002, y mediante la cual se derogaron dos artículos del Código Penal, referidos al delito de Tráfico Ilícito de Drogas, es decir, el artículo 296-A y 296-B.

El artículo 296-A, que tuvo que ver con el delito de receptación procedente del tráfico ilícito de drogas y el artículo 296-B, que estuvo relacionado con el lavado de dinero procedente del delito de tráfico ilícito de drogas.

Se debe precisar que con respecto al delito de Lavado de Dinero previsto en el artículo 296-B, dicho ilícito estaba sancionado con la Cadena Perpetua, que ahora como se tiene conocimiento resulta perfectamente constitucional, tal como lo ha dejado establecido y consagrado el propio Tribunal Constitucional (máximo intérprete de la Constitución y titular del Control Concentrado).

En la actualidad los supuestos de hecho que estaban concebidos en el artículo 296-A y 296-B del Código Penal, han pasado a estar considerados en buena medida en la «Ley Penal contra el lavado de Activos», pero extendiendo su campo de acción no sólo a los delitos de tráfico

ilícito de drogas, sino a todos los delitos que pudieran generar ganancias ilegales tal como se va a desarrollar en el presente artículo.

Se puede decir que el delito de Lavado de Activos, es una figura penal autónoma de carácter pluriofensiva y dirigida a tutelar el orden socio económico, en concreto, la leal competencia del ordenamiento socio económico, al provocar estas conductas ilícitas el ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y financieros o industriales, ni carga tributaria que dan lugar a una desestabilización de las conductas mismas de la competencia y el mercado (R.N. Nro. 2202-2003- Callao, San Martín Castro p. 545)¹

II.- ANALISIS DE LA LEY 27765:

La Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley 27765) modificado por el Decreto Legislativo Nro. 986 se encuentra redactada de la siguiente manera:

«Artículo 1: Actos de conversión y de transferencia:

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será

(*) JUEZ TITULAR DEL 38° JUZGADO PENAL DE LIMA
1 DICCIONARIO PENAL. JURISPRUDENCIAL. GACETA PENAL. 2009. PÁG. 375.

reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa».

«Artículo 2: Actos de ocultamiento y tenencia:

El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta, dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa».

Como se puede apreciar estos dos artículos desarrollados por la Ley 27765, recogen los lineamientos generales que estaban previstos en el artículo 296- A y 296-B del Código Penal.

En el caso del artículo 1 de la Ley en comento (Ley 27765) se recogen los postulados básicos del artículo 296 – B que se refería al delito de lavado de dinero. En el caso del artículo 2 de la misma Ley, hace referencia a la receptación que estaba prevista de alguna forma en el artículo 296-A del Código Sustantivo.

Sin embargo, estos dos artículos (artículo 296 A y B), estaban referidos estrictu sensu al delito tráfico ilícito de drogas, como delito «precedente»; a diferencia de lo que ocurre ahora con el delito de lavado de activos en el que hay un número apertus de delitos, tal como se ha indicado en la parte introductoria del presente artículo y tal como se encuentra previsto en el artículo 6 segundo párrafo de la propia Ley 27765 que a la letra indica lo siguiente: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente Ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico ilícito de migrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal (que se refiere a la receptación procedente de un delito contra el patrimonio).

II.1.- FORMAS AGRAVADAS:

Otro aspecto, que resulta sumamente importante de tener en cuenta, es el referido a las formas agravadas, lo que se encuentra previsto en el artículo 3 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos y que ab literam señala lo siguiente:

La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

- a) El agente utilice o se sirva de su cargo de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.
- b) El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años cuando los actos de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural ...».

Como se puede advertir existen dos agravantes, una por la condición del agente y la otra por la gravedad del delito precedente; la segunda agravante con un merecimiento de mayor pena.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 7 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, se prohíbe expresamente la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios respecto de la agravante prevista en el último párrafo del artículo 3, es decir, no procederá ni la redención de la pena por el trabajo y el estudio, ni la semi libertad, ni la liberación condicional, al igual como sucede tratándose del delito de violación de la libertad sexual de menores de edad (Artículo 173 y 173-A), o como sucede tratándose del delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 297 del Código Penal, o como sucede tratándose del artículo 153 – A referido al delito de Trata de Personas pero en su forma agravada.

III.- CASUÍSTICA:

No existe una Fiscalía especializada a efecto de llevar a cabo el delito de lavado de Activos en

términos generales, en todo caso dependerá del delito precedente o delito fuente; por ejemplo si el delito precedente fuese uno de corrupción de funcionarios definitivamente la investigación deberá ser remitida a las Fiscalías encargadas de conocer sobre Corrupción de Funcionarios, y que en el caso de Lima ya se encuentran aplicando el Nuevo Código Procesal Penal (D. leg. 957).

Lo que sí existe es una Dependencia Policial especializada en delito de Lavado de Activos, que se encarga de llevar a cabo las investigaciones, dentro de las cuales un aspecto que no puede ser soslayado es el referido a las Pericias Contables, las cuales son fundamentales a efecto de determinar la existencia del delito. En consecuencia deben reforzarse estos departamentos contables a efecto de que los resultados sean los más óptimos; toda vez que en la mayoría de los casos las investigaciones sobre Lavado de Activos concluyen en el sentido de que no existen elementos de juicio o indicios que acrediten la comisión de tal delito; en este sentido cumple un papel importante la Unidad de Inteligencia Financiera a efecto de detectar la posible comisión de este delito.

IV.- VI PLENO JURISDICCIONAL:

Un aspecto que ha generado discusión o polémica, está referido a la existencia del delito fuente o delito precedente; en ese sentido el tercer párrafo del artículo 6 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, señala lo siguiente: «En los delitos materia de la presente Ley no es necesario, que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria».

Sin embargo, en el Pleno Jurisdiccional materia de comentario se ha señalado lo siguiente: «...»Desde este punto de vista para poder reprimir el delito de lavado de activos sí resulta necesario haber acreditado la comisión del delito previo lo que exige que éste haya sido investigado y condenado, dado que sólo así se garantizaría, por un lado, el respeto al principio de legalidad penal, que exige para reprimir por la comisión de un delito el acreditar que la conducta materia de sanción sea subsumible bajo el tipo

penal que se imputa, y en este caso, ello ^{base} primero, porque se acredita primero el origen ilícito de los bienes y ganancias; situación que no podrá determinarse si no se puede establecer exactamente qué delito es el que ha generado dicha ganancia, y que es la que, a su vez, permitirá aplicar las eventuales agravantes previstas en el artículo 3 de la Ley 27765; y en tercer lugar ello exige que tales hechos delictivos estén debidamente acreditados, lo que implicará que hayan sido objeto de un previo proceso.

Por otro lado, es la única forma de asegurar también el respeto al principio de culpabilidad, acreditando el dolo con el que actúa el sujeto, donde el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes y ganancias ha de ser cierto y concreto, lo que excluye la sospecha como eventual fuente de imputación de responsabilidad penal».

V.- DOCTRINA:

Según el Dr. Víctor Prado Saldarriaga, «la Ley 27765 adolece de los siguientes problemas y omisiones:

1.- No se ha incluido consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas involucradas. En otras Leyes complementarias o accesorias al Código Penal como el D. Leg. 813 sobre delitos tributarios y la Ley 28008 sobre delitos aduaneros, sí se incorporaron esta clase de sanciones penales.

Entendemos importante superar esta omisión, ya que como lo demuestran las tipologías operativas del delito de lavado de activos, la utilización directa o indirecta de personas jurídicas, reales o de fachada, para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento es una práctica usual y una constante de las organizaciones criminales dedicadas a estos delitos. Sin embargo, de momento puede ser cubierta con la utilización de las consecuencias accesorias contenidas en el artículo 105 del Código Penal.

2.- No se establecen circunstancias atenuantes para operaciones de lavado de escasa trascendencia. Como ya lo hemos destacado en nuestros comentarios estimamos pertinente, para un tratamiento más equilibrado y proporcional de los actos de lavado de activos,

Handwritten signature

atenuar la penalidad en los casos de escasa magnitud. Esto es, debe configurarse una circunstancia atenuante específica que tome en cuenta el menor importe económico de los activos objeto del delito. Podría, para este propósito, usarse el mismo criterio que se emplea en los delitos de defraudación tributaria, de contrabando o de hurto. Es decir, fijar como indicador de atenuación, el que la operación de lavado sólo involucre un valor mínimo que puede establecerse en base a unidades impositivas tributarias o remuneraciones mínimas vitales.

3.- Se mantiene la exclusividad del Fiscal de la Nación para solicitar el levantamiento del secreto bancario, de las reservas tributarias y bursátil. Si bien como adelantamos esta exclusividad deriva de la propia Constitución, somos de la opinión que se debe intentar la enmienda del inciso 5 del artículo 2 de nuestra Carta Fundamental para hacerlo compatible con las facultades que se conceden al Fiscal Penal en los artículos 235 y 236 del Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Además debe de aprovecharse dicha enmienda para incluir entre los sujetos con facultad solicitante directa a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Gran parte de la eficacia de la investigación del delito de lavado de activos, dependerá de que se realicen las modificaciones que estamos sugiriendo.

4.- No se incorporan procedimientos abreviados de exclusión de los terceros de buena fe. Si bien la Ley 27765 al incluir un elemento subjetivo especial que como finalidad específica debe acompañar la conducta típica del agente ha procurado alejar de manera relevante la posibilidad de involucrar en el delito a terceros de buena fe, el sentido inquisitivo todavía imperante en muchos de nuestros operadores de justicia, aconseja establecer un procedimiento abreviado para descartar cualquier caso que injustamente comprenda al Tercero de buena fe o a sus bienes. Dicho procedimiento puede asumir características semejantes al de una tercera civil».²

Asimismo, el Comandante Martín Cárdenas Carpio, en su obra «Investigación Policial en el Lavado de Activos», señala el papel que desarrolla la Contabilidad a efectos de descubrir el delito que es analizado en el presente trabajo, señalando» la

importancia de la Contabilidad como medida preventiva, agregando que la Contabilidad es una de las herramientas que se utilizaron para poder prevenir y detectar el lavado de activos especialmente analizando los estados financieros de las entidades jurídicas, por ello se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Actividades de los negocios de una empresa.
- Cumplimiento de normas relativas a la parte contable.
- Manejar los conceptos y aplicación de Principios de contabilidad.
- Comprender el proceso contable y los documentos fuente del negocio.
- Identificar en el negocio el ciclo contable.
- Evaluar la distribución de la información en un balance.
- Interpretar un balance y los estados complementarios.
- Identificar los controles en las operaciones de caja.
- Comprender los flujos de efectivo y cambios en el patrimonio.
- Conocer y estudiar los casos y modalidades de lavado de activos ya investigados, en los cuales se utiliza la contabilidad para registrar esos hechos.
- Determinar indicadores de gestión para evaluar los riesgos.

Un análisis a las cifras de un balance nos permite identificar si el comportamiento de un negocio está acorde con el sector económico al que corresponde:

- Agropecuario.
- Comercial.
- Industrial.

2 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de Activos. Grijley 2007. Pág. 185-187.

- Servicios.
- Sector Público.
- Sector Privado.
- Mixto.

Claro está que la información financiera de los negocios debe compararse con la información emitida por asociaciones, gremios empresariales y entes oficiales, para poder evaluar el movimiento promedio del mercado y concluir acerca de los resultados de un ente en particular.

Según las estadísticas de organizaciones de prestigio, el sector económico de mayor riesgo para lavar dinero es el de servicios que comprenden la Banca, Aseguradoras, Bolsa de Valores, Constructoras, etc.

Sin embargo, hay otros negocios, que por razón de una actividad mueven grandes cantidades de dinero en efectivo, que comercializan bienes de alto valor y poco volumen físico (obras de arte, joyerías, supermercados, etc), que encubren en la contabilidad operaciones ficticias, incrementando las ventas para dar ingreso a efectivo producto del delito.³

³ CARDENAS CARPIO, Martín. La Investigación Policial en el lavado de Activos y en el Proceso de Pérdida de Dominio. Impresores San Carlos. 2009. Pág. 182 - 183.