

Necesidad y posibilidad del delito precedente en los casos de lavado de activos

Armando Sánchez-Málaga

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona

Especialista en Compliance y Prevención de delitos financieros por la International Compliance Association de Londres

Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Profesor de la Universidad del Pacífico

Consultor de la Organización Internacional del Trabajo y de la Organización Internacional para las Migraciones

Socio en Yon Ruesta, Sánchez Málaga & Bassino Abogados

Contenido

1. Construcción típica del delito
2. Necesidad del delito precedente
3. Posibilidad del delito precedente

1

Construcción típica del delito

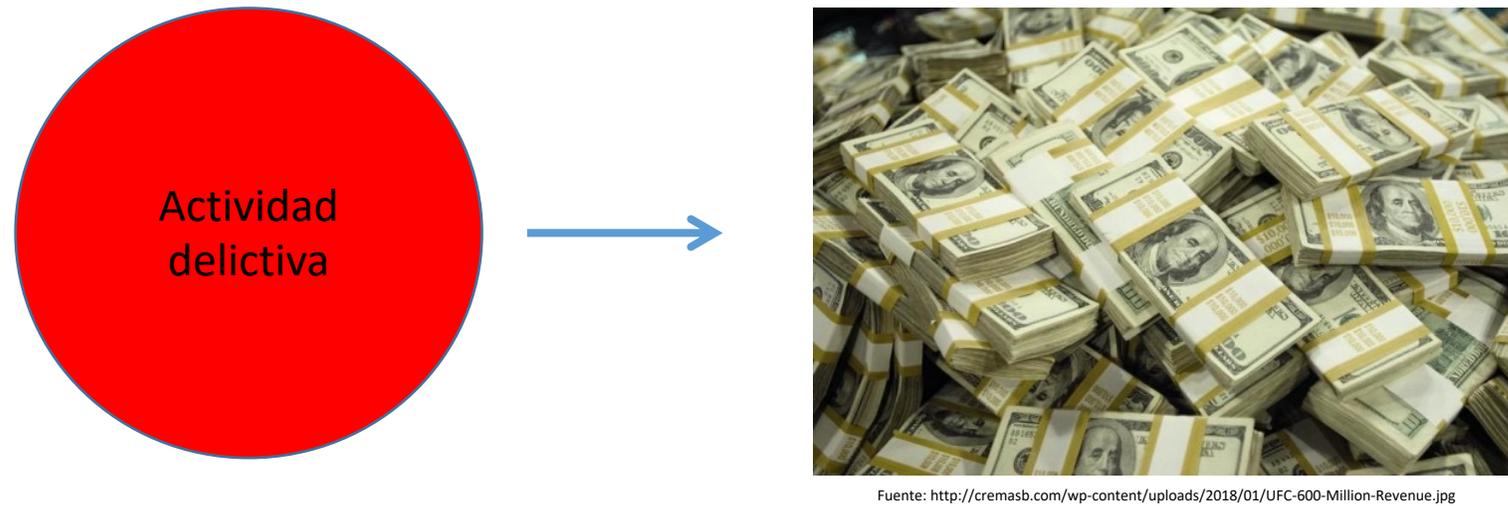
Lavado de activos



Fuente: http://www.revistadeconsultoria.com/wp-content/uploads/2016/07/lavado_de_activos_gverona-768x315.bmp

Prado Saldarriaga: “Un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con actividades criminales”.

Premisa



Fuente: <http://cremasb.com/wp-content/uploads/2018/01/UFC-600-Million-Revenue.jpg>

Actos de
conversión y
transferencia

“El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”.

Decreto Legislativo
1106

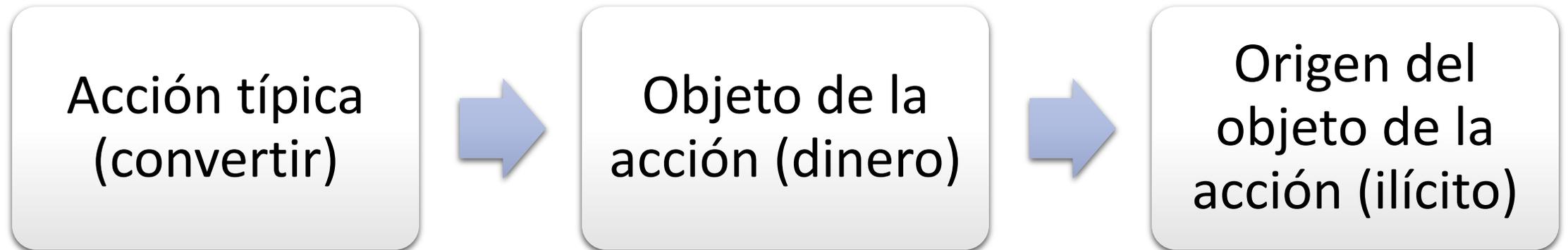
Actos de
ocultamiento y
tenencia

“El que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir”.

Actos de
transporte

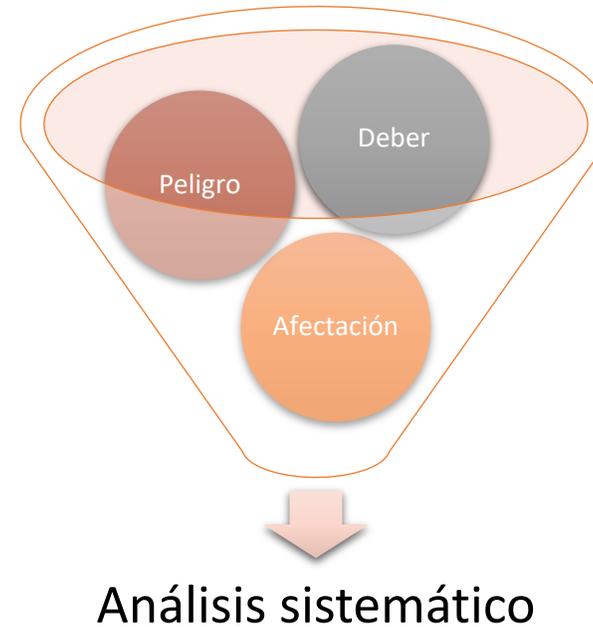
“El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido”.

Antijuridicidad objetiva



Imputación objetiva

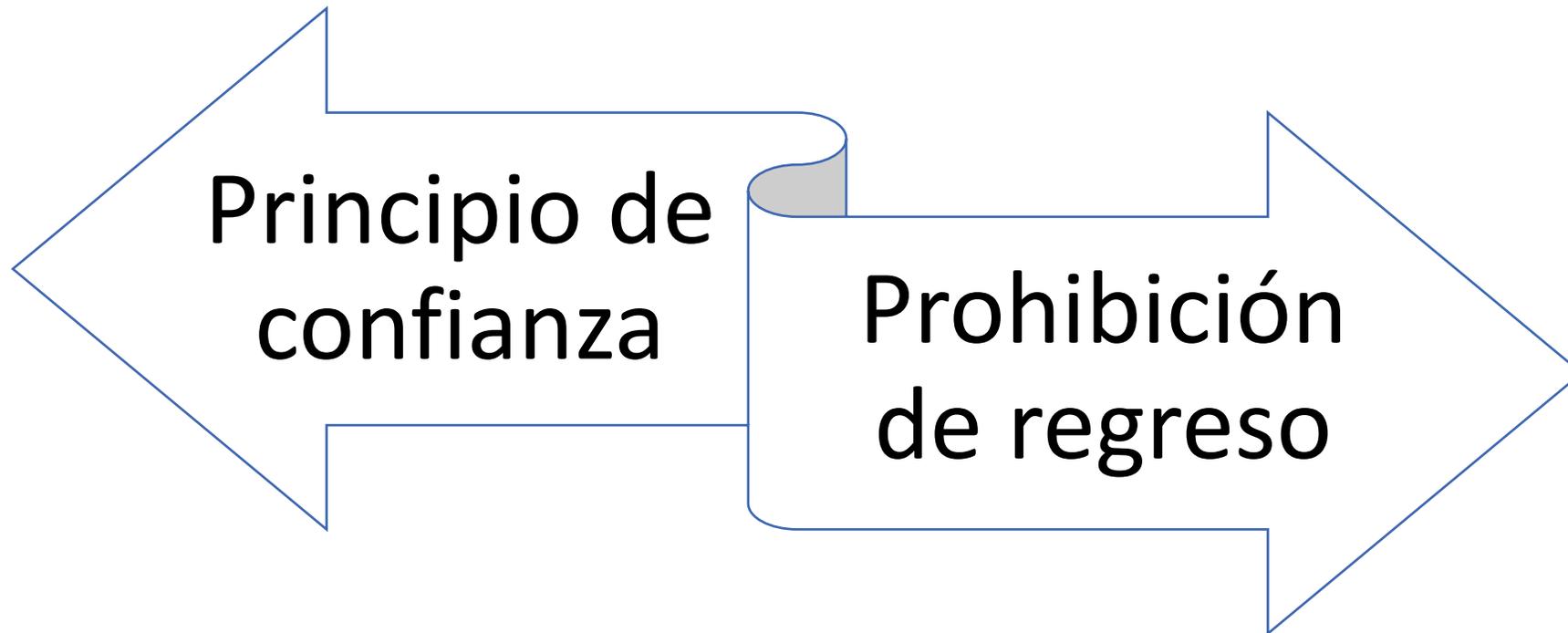
- Conducta (comisiva u omisiva) del agente económico que infringe un deber, lo que genera un peligro idóneo (riesgo) para afectar un subsistema económico (“bien colectivo”).



Juicio de peligro idóneo



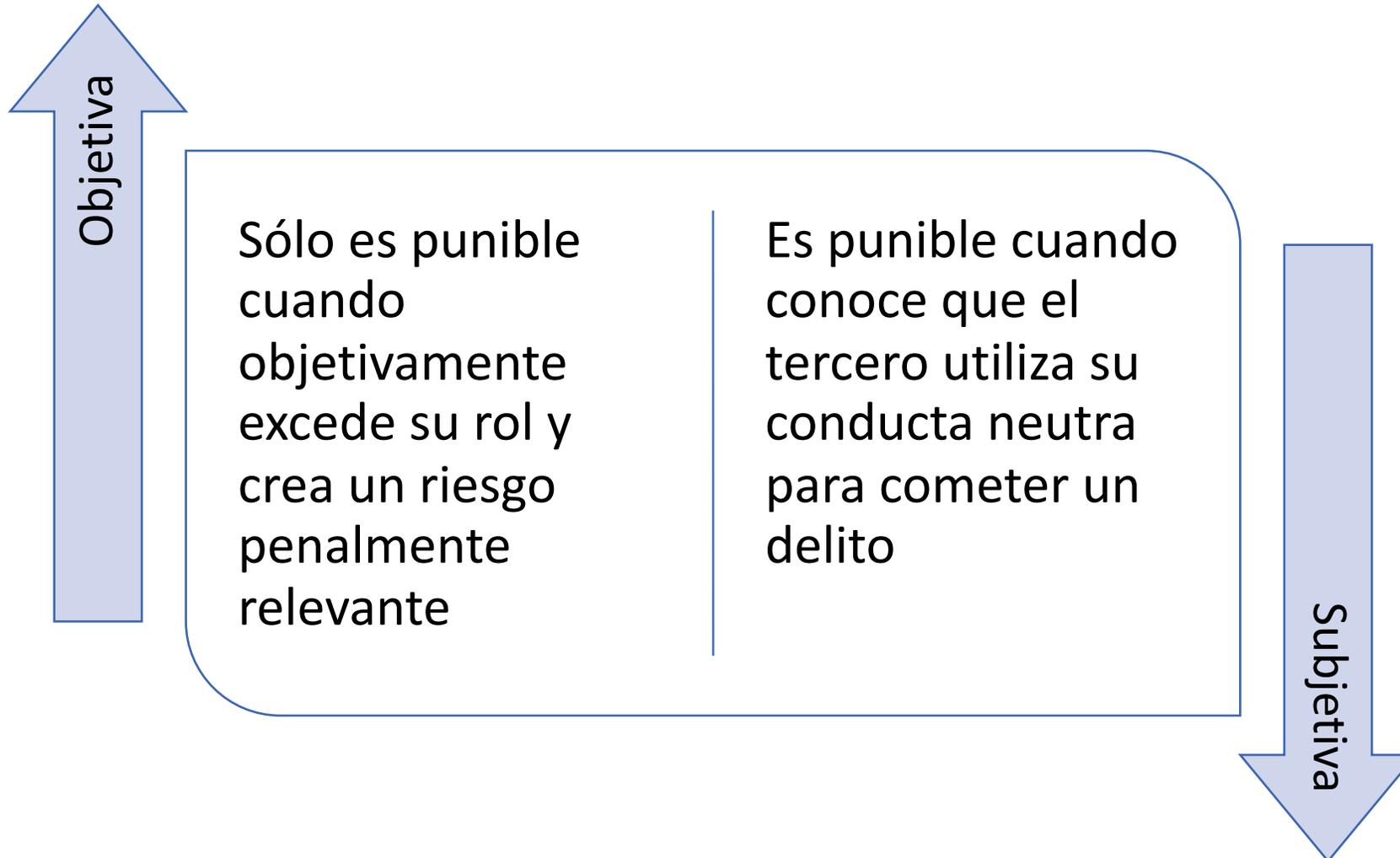
Límites a la imputación objetiva



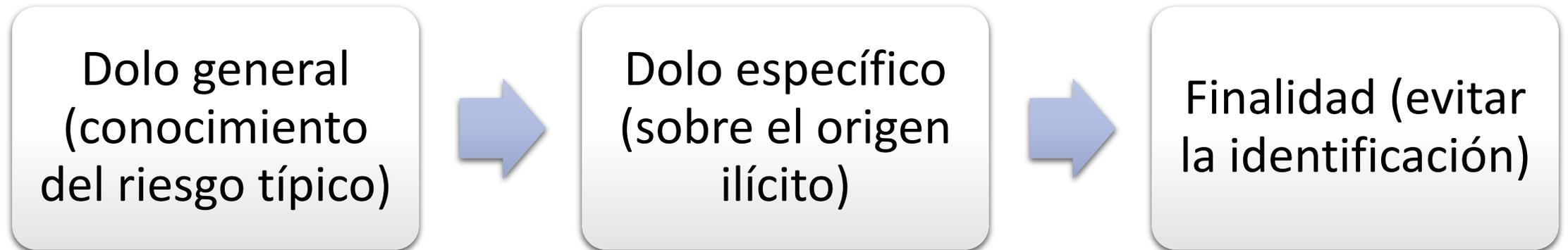
Prohibición de regreso

- Imposibilidad de atribuir participación punible a quienes realizan conductas neutras que son utilizados por terceros para la comisión de un delito.
 - Una conducta neutra es una conducta estereotipada inocua que favorece al hecho delictivo de otro.
 - Relación con el fenómeno de la descentralización del control de riesgos penales.
- Tesis subjetiva
 - Tesis objetiva

Concepciones



Antijuridicidad subjetiva



¿Qué es el dolo? Tres posibles respuestas...

Tradicional

- Dolo como intención o como “sucedáneos” de la intención (dolo eventual)
- Imprudencia como ausencia de intención

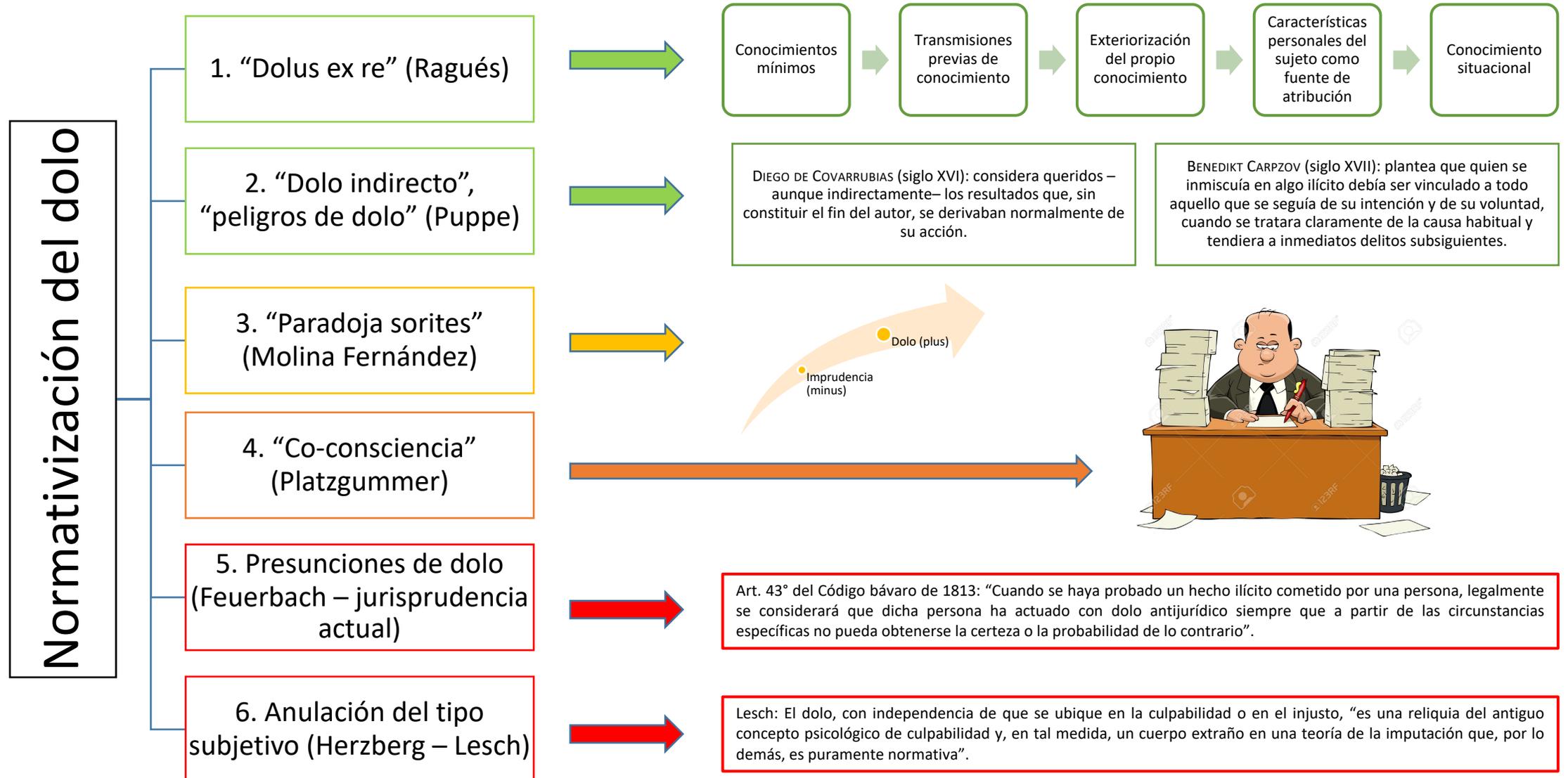
Normativa

- Dolo como conocimiento
- Imprudencia como defecto de conocimiento

Objetiva

- Peligros objetivos de dolo
- Peligros objetivos de imprudencia

Normativización del dolo



Prueba del dolo (es algo que hay que inferir, vale, pero cómo)

En el proceso de inferencia del dolo (razonamiento judicial) pueden intervenir generalizaciones, que son las razones de cada paso que el juez realiza para obtener las inferencias, así como heurísticos y sesgos del razonamiento.

¿Cómo reducir el riesgo?

A través de indicadores normativos que guíen el razonamiento judicial en un marco garantista.

Generalizaciones

- Científicas
- De conocimiento general
- Basadas en la experiencia
- Intuitivas

Heurísticos

- Representatividad
- Accesibilidad
- Anclaje y ajuste
- Necesidad de justificación de la decisión

2

Necesidad del delito precedente

Delito precedente

Delito precedente genera ganancias

Riesgo de perder ganancias si se descubre procedencia de bienes

Se requiere consolidar capacidad económica adquirida mediante acciones que desvinculen las ganancias de su origen delictivo

Relación con las estrategias de prevención del lavado de activos



Medida necesaria

Tipificación y sanción autónomas

- Necesidad de cortar fuentes de financiamiento del delito.
- Autonomía del medio y desarrollo de las operaciones de lavado.
- Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017.

Sentencia plenaria casatoria Nº 1-2017

29.º ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos–, los siguientes lineamientos jurídicos:

- A. El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.
- B. El artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario.
- C. El “origen delictivo” mencionado por el citado artículo 10 es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente; no optó por el enfoque del “umbral”.
- D. La noción “actividades criminales” no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.
- E. El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía, progresivamente, en intensidad.
- F. Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una “sospecha inicial simple”, para formalizar la investigación preparatoria se necesita “sospecha reveladora”, para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa “sospecha suficiente”, y para proferir auto de prisión preventiva se demanda “sospecha grave” –la sospecha más fuerte en momentos

Estándar o grado de convicción

Conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa, apta o capaz para generar determinados activos objeto de lavado, se va ultimando. Ello no significa, sin embargo, que desde el inicio de las averiguaciones no se requiera contar con puntos de partida objetivos de cierta idoneidad y conducencia, por lo menos abstracta, y fundados en la experiencia criminalística; datos que, progresivamente, según los momentos decisivos de cada fase procesal, deben delimitarse, consolidarse y confirmarse en lo que le es propio. Por consiguiente, de meros argumentos generales, sin conexión razonable o adecuada con los primeros hallazgos o datos aportados, no es posible siquiera mantener la sub-fase de diligencias preliminares y, menos, formalizar la investigación preparatoria.

No basta, a final de cuentas, limitarse a afirmar, en el punto materia de examen, la presunta realidad del origen del activo maculado bajo el argumento de simples “negocios ilícitos”. Debe concretarse, conforme a lo ya concluido en los fundamentos jurídicos precedentes, en la sentencia condenatoria –y con menos énfasis, pero con algún nivel de referencia, en las demás decisiones y actos de imputación– que éste viene de una actividad criminal, con las características y ámbitos ya apuntados, pues de lo contrario faltará un elemento del tipo (conforme: STSE 707/2006, de 23 de junio).

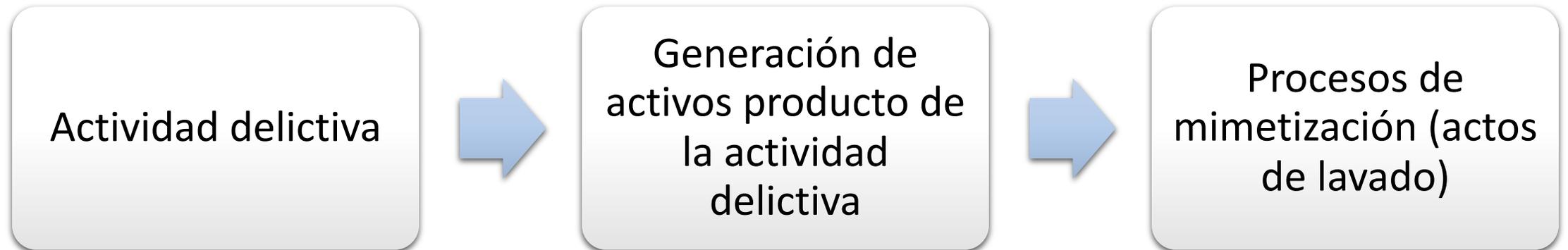
3

Posibilidad del delito precedente

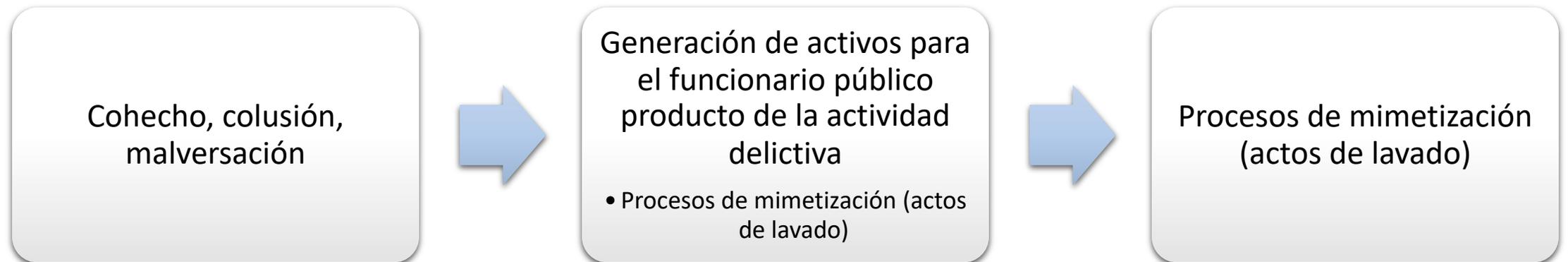
¿Cualquier fuente ilícita?



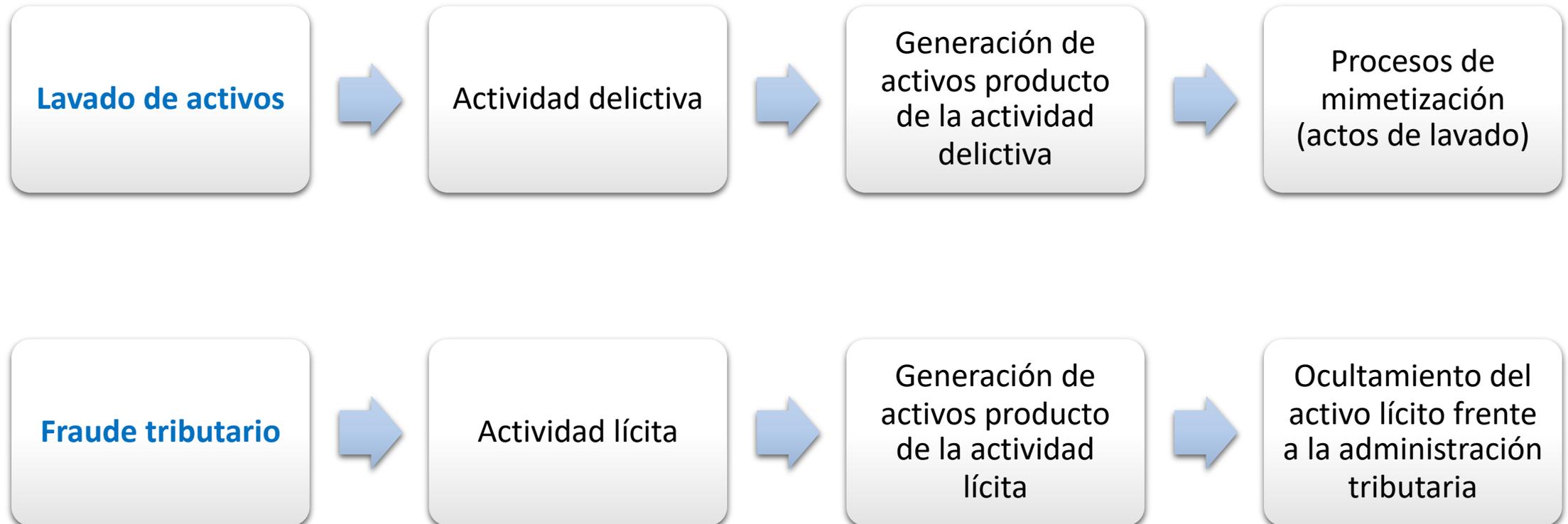
Secuencia



Caso de los delitos de corrupción



Problemática del delito tributario





Fuente: <https://vialibogados.es/wp-content/uploads/2018/06/COMPLIANCE-640x320.jpg>

Ley 30424

- Responsabilidad penal de las personas jurídicas por ciertos delitos (corrupción, lavado de activos, financiamiento del terrorismo) cometidos en su ejercicio.
- Si la persona jurídica implementó un modelo de prevención adecuado antes del delito, elimina su responsabilidad.
- Si la persona jurídica implementa un modelo de prevención después del delito, puede atenuar su responsabilidad.