

ANDREA CASTALDO

*INSUFICIENCIAS NORMATIVAS Y PROPUESTAS DE REFORMA DEL
DELITO DE LAVADO DE DINERO*

(Experiencia italiana y europea)

Párrafo I

La reglamentación normativa del fenómeno social es directamente proporcional al grado de atención que este despierta en la opinión pública.

La legislación penal no escapa a esta regla, tan simple como descontada.

Una mirada sumaria a la política criminal de los últimos decenios confirma el carácter “emergencial” del recurso al instrumento penal: “input” desordenados de impulsos ambientales se han traducido en contestaciones punitivas igualmente inorgánicas, en la ilusión - si no de luchar contra el fenómeno - de controlar o por lo menos dar respuesta simbólica a las preocupaciones de la opinión pública.

La norma penal debe nacer como reacción de signo contrario a reales patologías de comportamiento de nueva o cambiada dimensión social. Esta opción resulta siempre preferible a la existencia de una política criminal que pretenda imponer por si misma el carácter de ilicitud a determinadas conductas.

Un estímulo a la función propulsiva -intervencionista- del derecho penal en efecto, de otorgarle al mismo tiempo la equivocada función de guía, que poco se concilia con el carácter subsidiario tradicionalmente otorgado por un estado de derecho.

Párrafo I

La disciplina penalística contra el lavado de dinero se integra perfectamente en la lógica antes delineada.

Enseguida resulta interesante subrayar como exista una perfecta identidad de fundamentos para la respuesta sancionadora a nivel internacional.

Sin embargo, antes de detenerse sobre el recorrido normativo seguido

por Italia, es necesario precisar, aunque sea muy sintéticamente, dos cosas: a) que se entiende en general con la expresión “lavado de dinero”, b) cual es, sobre una ancha esacala de posibilidades, la estrategia de contraste utilizada.

A) Por LAVADO DE DINERO se entiende convencionalmente la actividad de transformación en carácter lícito de las rentas de derivación criminal.

Puesto que la realización de ciertas conductas delictivas produce una utilidad económica o incluso puede ésta representar la finalidad inspiradora para su autor, se hace evidente la exigencia de “limpiar” -legitimar- las rentas de delito en una forma, que no solo evite “subir” hasta la prueba del crimen cometido, sino también de producir riqueza.

Este procedimiento de transformación económica es naturalmente proyectada a gran escala y se traduce en actividad profesional frente a los fenómenos delictivos realizados por las organizaciones criminales.

La cantidad de hechos individuales, pero también la calidad de estos, (repárese en el narcotráfico, en el racket de las extorsiones) mueve ingentes masas de dinero, que la organización criminal se preocupa a través de delegaciones internas, a merced a una perfecta geometría de funciones diferenciadas, invertir en el circuito económico-financiero.

La legislación para enfrentar el lavado de dinero puede moverse, por lo tanto, gracias al perfecto conocimiento de estos mecanismos y conforme a diferentes niveles de intervención sobre los mismos.

B) Es posible dilinear así la estrategia de lucha, que se orienta y estructura en base de módulos progresivos.

En el peldaño más bajo y más simplificado es la represión de las conductas de ENCUBRIMIENTO. Se pasa luego a las de TRANSFORMACION Y SUSTITUCION de los capitales ilícitos. Se concluye enfrentando el NUEVO EMPLEO -reempleo- en actividades económicas y financieras. Esta última etapa representa la lógica conclusión de activos y también la mas temible, pues con ella la riqueza no viene simplemente transformada sino empleada para generar en forma ‘limpia ‘ nueva riqueza.

Párrafo III

Conviene ahora analizar la legislación penal italiana en la materia:

EL ARTICULO 648 bis. RICICLAGGIO.

FUORI DEI CASI CONCORSO NEL REATO, CHIUNQUE SOSTITUISCE O TRASFERISCE DENARO, BENI O ALTRE UTILITA ' PROVENIENTI DA DELITTO NON COLPOSO, OVVERO COMPIE IN RELAZIONE AD ESSI ALTRE OPERAZIONI, IN MODO DA OSTACOLARE L'IDENTIFICAZIONE DELLA LORO PROVENIENZA DELITTUOSA , E'PUNITO CON LA RECLUSION DA QUATRO A DODICI ANNI E CON LA MULTA DA LIRE DUE MILIONI A LIRE TRENTA MILIONI.

LA PENA E' AUMENTATA QUANDO IL FATTO E' COMMESSO NELL 'ESERZICIO DI UN' ATTIVITA PROFESSIONALE.

LA PENA E' DIMINUITA SE IL DENARDO, I BENI O LE ALTRE UTILITÀ PROVENGONO DA DELITTO PER IL QUALE E' STABILITA LA RECLUSIONE INFERIORE NEL MASSIMO A CINQUE ANNI.

SI APPLICA L'ULTIMO COMMA DEL 'ARTICOLO'648 (Le disposizioni di quest' articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non é imputabile o non é punible ovvero quando manchi una condizione di procedibilitá riferita a tale delitto).

La actual formulación del delito previsto en el artuculo 648 bis es el resultado de varias modificaciones normativas.

En su origen esta norma estaba prevista por el art. 3 de la ley 178 de 1991 en forma de delito de consumación anticipada. Después fue modificada por el art.23 de la ley 59/90 en una norma más tradicional, para sufrir enseguida otra modificación.

Esta disciplina normativa ha ampliado en efectos los delitos supuestos (en origen estaban limitados al robo agravado, extorsión agravada, secuestro de personas y a los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes) A TODOS LOS DELITOS NO CULPOSOS.

Esta excesiva dilatación de la figura delictiva ha sido sin embargo, compensada por el atenuante previsto en el tercer inciso del artículo 648

bis, en los casos de los delitos no particularmente graves.

Hay que recordar además, que el art. 12 quater de la ley 356/92 autoriza a las fuerzas de policía a realizar procedimientos simulados de compra de droga mientras que el art. 10 de la ley 172/92 prevé que la autoridad judicial pueda retrasar u omitir la ejecución de medidas cautelares.

El cuadro normativo delineado demuestra como la lucha contra el 'lavado' de dinero se articula sobre el momento inicial del iter criminis. Por un lado, golpea al delito por el que la organización criminal tiene la exigencia de reciclar las rentas derivadas. Por otro lado, amplía las conductas que concretan momentos de legitimación o 'lavado' de bienes o utilidades de estos delitos.

Esta técnica legislativa presenta sin embargo ciertos riesgos:

1. En primer lugar, se termina ampliando excesivamente la conducta típica que pierde así taxatividad y hace más difícil en concreto la comprobación efectiva de la ilicitud de los hechos castigados.

2. En segundo lugar, cabe reflexionar sobre cierta contradicción existente en la estructura del tipo penal.

Como es notorio, las rentas de cualquier delito son atacables a través del embargo y la confiscación. Esto no es posible cuando las rentas constituyen la premisa lógico-formal del delito de lavado de dinero.

En efecto, en estos casos el delito de lavado de dinero se perfecciona solo a través de la conducta de 'utilización o sustitución' de las rentas. POR LO TANTO SOLO EL EXITO DE LA CONDENA POR HECHOS DE LAVADO DE DINERO permitirá atacar el provecho o la utilidad económica del delito que PARADOJICAMENTE, era ya en principio neutralizable por las medidas cautelares ordinarias.

Párrafo IV

Por lo que afecta a la conducta sancionada, con la expresión SUSTITUCION se intenta comprender también el simple depósito en un banco de dinero 'suzio'. Siendo el dinero un bien fungible, el banco está

obligado a la restitución de la misma cantidad de dinero, que así viene de hecho ‘limpiado’ o legitimado.

En cambio, en lo que respecta a la locución CUMPLIR OPERACIONES EN FORMA DE OBSTACULIZAR LA IDENTIFICACION, se trata de un concepto difícil de concretar y privado de los caracteres de determinación que las normas constitucionales imponen.

Yà hemos observado que solo expresiones tan ‘porosas’ son consideradas eficaces para reprimir el delito. En realidad, la extrema latitud interpretativa no permite al juez penal comprender el concreto disvalor del hecho, con la consecuente imposibilidad, en muchos casos, de probar la efectiva comisión del delito.

Por lo que respecta al elemento subjetivo, el art. 648 bis desde luego no prevee el dolo específico. En particular la expresión ‘de manera de obstaculizar’ constituye el requisito objetivo de la conducta y no el fin del sujeto agente. De allí consigue que, para la configuración del delito, sea suficiente que el sujeto activo sea consciente de la origen delictiva del dinero, bien o utilidad.

Si se considera la posibilidad de dolo eventual del sujeto agente, se entiende la terrible fuerza expansiva que tiene la norma, además recordando que no existen limitaciones a los delitos-supuestos como origen de los activos.

Por otra parte, es interesante preguntarse si este delito subsiste frente a los operadores bancarios que deben, conforme el art. 3 de la ley 197/91, señalar las operaciones sospechadas de transferencias de dinero o títulos y OMITAS HACER LA DENUNCIA.

En estos casos se trataría de hechos que pueden pertenecer al reciclaje. Desde el perfil objetivo se trata de operaciones que obstaculizan la identificación de la procedencia lícita de los activos, al que se agrega, desde el perfil subjetivo, la hipótesis de conciencia solo eventual del operador bancario sobre la procedencia ilícita.

Párrafo V

El art. 648 ter. IMPIEGO DI DENARO, BENI O UTILITÀ DI PROVENIENZA ILLECITA.

CHIUNQUE, FUORI DEI CASI DI CONCORSO DEL REATO E DEI CASI PREVISTI DAGLI ARTICULO 648 E 648 BIS, IMPIEGA IN ATTIVITÀ ECONOMICHE O FINANZIARIE DENARO, BENI O ALTRE UTILITÀ PROVENIENTI DA DELITTO, E' PUNITO CON LA RECLUSIONE DA QUATTRO A DODICI ANNI E CON LA MULTA DA LIRE DUE MILIONI A LIRE TRENTA MILIONI.

LA PENA E' DIMUNUITA NELL'IPOTESI DI CUI AL SECONDO COMMA DELL'ARTICOLO 648.

SI APPLICA L'ULTIMO COMMA DELL'ARTICOLO 648.

El art. 648 ter constituye, en la legislación italiana, el anillo de cierre en la represión del lavado de dinero. El delito ha sido introducido por el art.24 de la ley 55/90, modificado sucesivamente por la ley 328/93 de ratificación de la Convención de Strasburgo de 1990.

El hecho típico, construido de manera residual, encuentra aplicación en los casos no pertenecientes a las hipótesis de encubrimiento y de lavado de dinero, bienes, u otras utilidades en actividades económicas o financieras.

No escapa que la norma acaba de traicionar la ratio de la tutela que la inspira. Repárese que, por los casos peligrosos de utilización económico-financiera de rentas criminales, se ataca finalmente a hechos que poco o nada tienen que ver con aquella. Esto es así por un lado, a raíz de la expresión 'EMPLEAR' que resulta tan amplia que incluye cualquier conducta de explotación económica. Y de otro lado, porque el empleo que se castiga incluye también el caso de rentas de delitos culposos.

De esto se ha dado cuenta la doctrina que acabó por interpretar restrictivamente el alcance de la norma. Por lo que se refiere a la praxis jurisprudencial, las raras aplicaciones de la norma confirman esta orientación restrictiva y, al mismo tiempo, comprueban el papel negativo de la función simbólica otorgada a esta legislación penal.

Párrafo VI

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Según una concepción sostenida con autoridad, el bien jurídico

protegido por estas normas no parece ser lo del patrimonio.

En realidad, el peligro que el legislador entiende prevenir es la TURBACION DEL ORDEN ECONOMICO. En efecto tanto la sustitución como la transferencia de dinero o el empleo de esta falsean la 'par condicio' del mercado y alteran las reglas del juego, reglas que vinculan a todos los operadores.

En efecto, queda claro que la gran disponibilidad de capitales 'sucios' o fruto de delitos se traducen en un elemento de desequilibrio para el mercado. Incluso, la organización criminal puede culminar con la conquista de nuevos espacios en el mercado a través de medios violentos (extorsión, intimidación).

Esta patología del mercado, falseado doblemente tanto por la entrada de activos ilegales cuando en la fase de gestión de estos, constituye el verdadero problema para el legislador y un real riesgo de alteración de la iniciativa económica privada y de la correcta canalización del ahorro, bienes ambos protegidos a nivel constitucional.

Párrafo VII

PERFILES DE DERECHO COMPARADO

En la 'lucha' contra el lavado de activos Italia fuè entre los primeros países en dotarse de normas ad hoc y, además, estableció una estructura normativa dentro de las más articuladas, que terminó siendo sustancialmente calcada en los países europeos de la misma tradición jurídica.

Una mirada normativa internacional en esta materia es sin duda útil, no tanto a los fines de recopilación informativa, cuando con el obeitivo indispensable de dirigir un procedimiento de armonización futura.

El texto más conocido es la Convención de Viena del 19.12.88. En el mismo año el Comité de Reglamentación bancaria reunido en Basilea, disponía reglas dirigidas a los bancos para prevenir el lavado de dinero.

En 1989, con motivo del G7 de Paris, se procedía a la institución del GAFI (Grupo Ideación Financiero Internacional), órgano que llegó a la elaboración de 40 recomendaciones por la prevención del lavado de activos.

En el ámbito comunitario, es fundamental la convención firmada en Strasburgo el 8.11.90, seguida por la directiva No. 91-138 del 10.6.91 siempre en la misma materia. Estos dos textos (Convención y Directiva) se caracterizan por la elaboración de líneas comunes de política criminal, imponiendo a los estados miembros ciertas obligaciones.

Este programa político-criminal puede sintetizarse en lo siguiente:

A) Intervenciones PREVENTIVAS DIRIGIDAS A LAS ENTIDADES BANCARIAS Y FINANCIERAS. En particular: a.1. Identificación del cliente por operaciones económicas de valor superior al límite máximo de 15.000 dólares, a.2. informar de las operaciones sospechosas a la autoridad investigadora (En Italia originariamente era el Cuestor, jefe superior de la policía, luego el U.I.C., Oficina Italiana de Cambio).

B). Determinación de REPRESION tradicional consistente en la ENUMERACION normativa de las conductas castigadas como 'lavado' de dinero.

C): Disciplina del POST-FACTUM o sea, predisposición de todas las medidas ideoneas para expropiar al autor del crimen de rentas delictivas (en particular embargo y confiscación), con la intención de neutralizar explícitamente el 'impluso psicológico al delito' alimentado por la concreta posibilidad de obtener enormes ganancias personales.

En este marco de intervención posterior al hecho, la Convención de Strasburgo se ocupa de REFORZAR LA COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL.

Párrafo VIII

CONSIDERACIONES CRITICAS.

Actualmente, a pesar de la articulada respuesta normativa y del empleo de hombres y medios, la lucha contra el lavado de dinero no ha producido los resultados positivos por los cuales todo el mundo esperaba.

Más que el refinamiento de las técnicas de elusión de las normas por

parte de la organización criminal, este balance negativo, es el producto de por lo menos dos factores que deben ser tenidos en cuenta para fundamentar una inversión en las tendencias sobre la materia.

1. Es necesario ‘desamparar’ el enfoque tradicional según el cual la lucha contra el lavado de activos pasa necesariamente por la arbitraria utilización de la sanción penal. En cambio resulta mucho más productivo sostener una respuesta penal según módulos bien diferenciados.

Es decir, la tipología de la intervención preventiva, para ser ideonea (en los aspectos de individualización y bloqueos a la raíz del fenómeno del lavado) TIENE QUE SER ADMINISTRADA A TRAVES DE MECANISMOS EXTRA PENALES, POR EJEMPLO, PREVISIONES DE ILICITOS ADMINISTRATIVOS. Como tales, estos resultan más idóneos por ‘simplicidad de su utilización’ para obstaculizar operaciones sospechas.

La sanción penal, por el contrario, tiene que ser dejada para el área residual de las conductas de lavado de dinero, en línea con el principio de subsidiariedad de la norma penal.

Esta conducta típica TIENE QUE SER BASADA SOBRE POCAS Y ELUSIVAS OPERACIONES DE SUSTITUCION Y NUEVO EMPLEO DE LOS BIENES, y resultar realmente ofensiva del orden económico en enlace con la limitada categoría de delitos-supuestos (como origen de renta ilícita).

2. En esta materia, como en ninguna otra, es además necesaria una concertación a nivel internacional en aptitud de superar el escollo tradicional de la soberanía nacional y utilizando órganos investigativos supra-nacionales, fundados en eficaces tratados de cooperación internacional.

De otra forma, en una época de globalización informática de los mercados financieros, tendría muy poco sentido la represión solamente nacional del lavado de dinero y se estaría al revés favoreciendo la creación de zonas de impunidad territorial que finalmente serían el más cómodo recurso para las organizaciones criminales.