

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS

INTRODUCCIÓN: En el presente informe encontrará información acerca del delito de legitimación de capitales, en normativa, doctrina extranjera y nacional, jurisprudencia. Tratando temas como crimen organizado, legislación en Suiza, disposiciones colombianas, referencia al caso de Ricardo Alem, los sujetos del delito de legitimación de capitales, técnicas de legitimación de capitales, y conclusiones sobre este delito expuestas por Guillermo Hernández Ramírez.

ÍNDICE DE CONTENIDO

NORMATIVA

ARTÍCULO 69 LEY 7786..... 3

DOCTRINA

CRIMEN ORGANIZADO Y LAVADO DE DINERO.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LA ACTIVIDAD DEL CRIMEN ORGANIZADO.....	5
III. LA LEGISLACIÓN EN SUIZA.....	8
IV. ORIGEN DEL ARTÍCULO 260 TER DEL CÓDIGO PENAL.....	9
LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	9
V. EXÉGESIS DE LA NUEVA DISPOSICIÓN PENAL.....	10

VI. LAS DISPOSICIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE DERECHO PRIVADO.....	18
VII. LA IMPORTANCIA DE LA COLABORACIÓN INTERNACIONAL.....	20
SUJETOS DEL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS.....	22
Sujeto Activo.....	22
Sujeto Pasivo.....	26
Objeto Material.....	27
En alas del narcolavado 1990.....	31
La experiencia de Constenla.....	32
TÉCNICAS DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS	
DIFERENTES TÉCNICAS DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS.....	36
ETAPAS BASICAS EN EL PROCESO DE LEGITIMACIÓN DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS.....	36
ETAPA DE COLOCACIÓN.....	37
A. 1. DEPOSITO DE DINERO EN EFECTIVO.....	37
A. 2. DEPÓSITOS ESTRUCTURADOS.....	37
A. 3. TRANSPORTE DE DINERO.....	38
A. 4. CASAS DE CAMBIO DE MONEDAS.....	39
A. 5. CORREDORES DE BOLSAS DE VALORES.....	39
A. 6. METALES PRECIOSOS Y GEMAS.....	40
A. 7. MEZCLA DE DINERO ILÍCITO CON NEGOCIOS LEGÍTIMOS.....	41
JURISPRUDENCIA	
MOTIVO DE IMPUGNACIÓN SOBRE EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS.	41
CONCLUSIONES.....	53

NORMATIVA:

[Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas.]¹

ARTÍCULO 69 LEY 7786

Artículo 69.—Será sancionado con pena de prisión de ocho a veinte años:

a) Quien adquiriera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito o para ayudar, a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito grave.

La pena será de diez a veinte años de prisión cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores o sustancias químicas esenciales y delitos conexos

DOCTRINA

CRIMEN ORGANIZADO Y LAVADO DE DINERO

[DEL PONTE, C]²

I. INTRODUCCIÓN

Para dar una explicación simple del crimen organizado, que incluye el proceso de lavado de dinero, se puede representar la criminalidad organizada bajo la forma de tres círculos concéntricos.

El primer círculo representa la criminalidad de base o de frente. Esta noción abarca el tráfico ilegal de estupefacientes, el robo organizado de vehículos y otros delitos previstos por el Código Penal suizo. Los actos delictivos se cometen en gran escala y el "negocio criminal" está en manos de organizaciones de malhechores fuertemente vinculados.

Sin embargo, esta imagen no abarcó todos los elementos que se pueden atribuir al crimen organizado. No se trata únicamente de enumerar los campos de actividad de las organizaciones criminales. Dos aspectos importantes hacen de la criminalidad organizada un problema más amplio que desborda el marco de la criminalidad de base: la comisión de actos delictivos está vinculada a grandes riesgos y en ciertos sectores, como el tráfico de drogas, se ganan enormes sumas de dinero. La disminución de estos riesgos y la inversión en la economía legal de los fondos provenientes de las actividades criminales representan, firmemente simplificado, el segundo círculo de la criminalidad organizada. Los puntos de unión entre la criminalidad de base y la economía constituyen una zona gris en que se desarrollan negocios legales e ilegales. El lavado

de dinero se sitúa en esta zona.

Para alcanzar sus fines, las organizaciones criminales, tales como la mafia, recurren a la violencia. Los directivos del Estado y de la sociedad se han tornado dóciles por la corrupción, o han sido eliminados. Un grupo criminal se crea así una atmósfera favorable de temor y de amenaza permanente. Ese comportamiento y la influencia ejercida sobre el Estado y la sociedad constituyen el tercer círculo del campo de actividad de la criminalidad organizada.

La descripción de estos tres círculos pone en evidencia el hecho de que tenemos que habérmolas con un fenómeno que desborda ampliamente el medio criminal.

II. LA ACTIVIDAD DEL CRIMEN ORGANIZADO

En la criminalidad de base, como la conocemos por el ejemplo de Suiza, con el tráfico de droga, hay estructuras organizadas que giran en torno a la comisión permanente de delitos. Se consiguen ganancias muy elevadas en estos sectores de actividad. Dicho esto de una manera simple y figurada: estamos sentados sobre una montaña de dinero, procedente de actividades criminales. El lavado de dinero está destinado a blanquear fondos de origen criminal para darle una utilización legal. Esta operación sirve, pues, para ocultar el origen ilegal del dinero. Este punto de unión entre criminalidad de base y sector financiero de la economía constituye el talón de Aquiles del crimen organizado. La zona gris entre i legalidad y legalidad oculta numerosos riesgos cuya limitación no deja de exigir a los grupos criminales esfuerzos de imaginación y recurrir a modos de utilización y a inversiones nuevas. ¿Cómo instituciones suizas o del territorio helvético pueden caer

bajo la empresa tentacular de la criminalidad organizada? La cuestión es evidente –y diversas informaciones suministradas por procesos penales lo han confirmado– que el crimen organizado utiliza para sus fines los recursos típicos que ofrece Suiza. La fuerza de su plaza económica, las conexiones internacionales de su sistema bancario y económico, su posición central en Europa, sus prestaciones de servicios oportunos y sus redes de comunicación internacional ejercen un fuerte atractivo. Como país que todavía acoge la sede de numerosas organizaciones internacionales, que abriga una sociedad abierta, liberal y pluralista, país que se caracteriza por los débiles controles del Estado y por una libertad de movimiento de que gozan igualmente los extranjeros, Suiza es un polo de atracción.

Las manifestaciones del crimen organizado están, sin embargo, muy difundidas en Suiza, lo que hace difícil la evaluación de los peligros. Ciertamente, allí no se producen los delitos tradicionales cometidos en el gran estilo mafioso. Y esto porque también las estadísticas dan cuenta de ese fenómeno. La implantación del crimen organizado opera dentro del marco de las actividades económicas normales, tales como la creación de sociedades, la importación de mercancías y las actividades de inversión. El peligro, que ya es una realidad, reside en la utilización abusiva de nuestras grandes plazas financieras por las organizaciones mafiosas dentro del marco de sus operaciones financieras y con el fin de lavar dineros.

Para resumir, tres aspectos de la criminalidad organizada son importantes en el contexto suizo:

a) La criminalidad de base organizada existe igualmente en nuestro país en la actualidad, en particular en los grandes centros económicos. Todo el tráfico de estupefacientes y la criminalidad vinculada a la droga son los componentes de esta criminalidad de

base. En diferentes cantones los problemas están vinculados a los recursos y a las estructuras tanto del aparato policivo como del aparato judicial.

b) El sector de los bancos y de los servicios reviste actualmente la más grande importancia. Diferentes negociados de blanqueo de dinero han sido descubiertos en el curso de estos últimos años. Además, los carteles de la droga, así como cada vez más personas de Europa del Este, se han visto implicados en delitos de lavado de dinero.

c) Si bien se duda que la criminalidad organizada intenta sistemáticamente ejercer en Suiza influencia sobre el Estado y la economía, en la actualidad no tenemos datos pertinentes a este respecto. Algunas comprobaciones preocupantes se han hecho en relación con la fundación de ciertas sociedades anónimas (sociedades de financiamiento, de importación y exportación). El capital inicial a veces ha sido muy elevado y se ha comprobado la utilización de facturaciones ficticias, y esto no solo con fines fiscales. Se debe, pues, admitir que estas sociedades sirven también de canales de lavado.

Después de esta breve apreciación de la situación, la importancia para Suiza del segundo círculo de la criminalidad organizada aparece claramente. Una atención especial se debe prestar al lavado de dinero a causa de su papel de intermediario entre la criminalidad de base y la economía. Pero debe considerarse que una lucha eficaz contra esas actividades es difícil y plantea exigencias delicadas.

III. LA LEGISLACIÓN EN SUIZA

En el curso de los cinco últimos años, en Suiza se han dictado numerosas disposiciones para luchar contra el lavado de dinero.

El primer grupo de medidas, dictadas el 1º, VIII, 1990, se refieren al derecho penal. Desde ese día nuestro país conoce una norma que reprime el blanqueo de dinero.

La disposición referente al lavado de dinero reprime los actos propios para impedir la identificación del origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales que proceden de un crimen. El hecho de ocultar un botín equivale ya a una acción material. El lavado de dinero se refiere necesariamente a una infracción previa que debe ser un delito reprimido con pena de reclusión. Un caso grave en el sentido de la ley sobre los estupefacientes o de la ley sobre el material de guerra, la estafa, el asalto en cuadrilla de malhechores, la toma de rehenes, etc., pueden ser considerados como infracciones previas. Solo el lavado que se lleva a cabo con premeditación es punible. La norma penal básica prevé prisión hasta por tres años. En los casos calificados, por ejemplo, cuando el delincuente actuó como miembro de una organización criminal o cuando realizó un volumen tal de negocios o una ganancia tan importante que hace pensar que tiene por oficio lavar dinero, la pena será de reclusión de cinco años o más.

La disposición sobre la falta de vigilancia se refiere, por el contrario, a un delito especial y no es aplicable sino a los profesionales del sector financiero, tales como los banqueros, los agentes fiduciarios, los consejeros de inversiones o los abogados de negocios.

Un segundo grupo de medidas oficiales entró en vigencia el 1º, VIII, 1994. Abarca primeramente el derecho de comunicación del

financista. Este último se encuentra expresamente autorizado para comunicarles a las autoridades de investigación penal los indicios básicos de la sospecha de que ciertos valores patrimoniales proceden de un crimen, sin que se deba esperar, en consecuencia, que se haga una investigación penalmente por violación de los secretos (bancarios).

Igual mente hacen parte del segundo paquete de medidas la disposición penal sobre la organización criminal y las disposiciones reforzadas referentes a la confiscación. Estas últimas permiten nuevamente a las autoridades de persecución penal confiscar todos los valores patrimoniales sobre los cuales una organización criminal ejerce un poder de disposición. En este campo, la ley prevé una inversión de la carga de la prueba, lo que significa que la persona comprometida debe probar ante el juez que los valores patrimoniales secuestrados no proceden del poder de disposición de una organización criminal.

IV. ORIGEN DEL ARTÍCULO 260 TER DEL CÓDIGO PENAL.

LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

El legislador del Código Penal de 1937 no había considerado necesario introducir una disposición que castigara la asociación de malhechores, conocida desde hace mucho tiempo en el derecho francés. El desarrollo fulminante producido en el sector de las comunicaciones ha ejercido, sin embargo, una influencia decisiva sobre la criminalidad que cada vez ha tomado un carácter más transnacional. Sus ramificaciones se han hecho sentir en nuestro país a partir de los años de gran coyuntura económica, después del fin de la segunda guerra mundial.

Las dolorosas experiencias vividas por Alemania y por Italia como consecuencia del desarrollo epidémico del terrorismo político, han provocado reflejos de defensa también en Suiza. En efecto, nuestro país no estuvo libre de las recaídas de ese azote.

La ocasión se presentó dentro del marco de los trabajos legislativos preparatorios dirigidos a reforzar las disposiciones penales que reprimían los actos de violencia criminales. En su anteproyecto, la comisión de expertos intentó innovar al proponer la inserción de dos nuevas incriminaciones, una referente a la asociación de malhechores, y otra a los actos preparatorios delictivos.

Ahora bien, nuestro gobierno dudó ante la oposición que se había manifestado en algunos círculos de la opinión pública contra estas dos disposiciones, por lo cual rechazó los artículos controvertidos del proyecto presentado al parlamento.

A partir de la década de 1980 la mafia y el terrorismo político aumentaron sus esfuerzos tendientes a poder utilizar nuestro país como centro y base logística para sus actividades criminales.

El proyecto del gobierno, ligeramente modificado en virtud del procedimiento de consulta, pasó la prueba de las discusiones parlamentarias. Y así la nueva ley pudo entrar en vigencia el 1º, VIII, 1994.

V. EXÉGESIS DE LA NUEVA DISPOSICIÓN PENAL

De propósito el legislador no definió la organización criminal. La infracción inferida del artículo 260 ter. del Código Penal presupone sin duda la existencia de tal organización. Un procedimiento diferente habría comprometido muy ampliamente la eficacia práctica de la norma destinada a combatir esta forma de

criminalidad. Las experiencias hechas por nuestros países vecinos han demostrado, en efecto, que las organizaciones criminales están en condiciones de adaptar sus estructuras con rapidez y flexibilidad para sustraerse al peligro de una incriminación demasiado minuciosa.

Responden a las características de una organización criminal, los grupos estructurados para durar y que se distinguen por una división avanzada de tareas, por una organización fuertemente jerarquizada, por la falta de transparencia, por mecanismos instituidos para garantizar el respeto de las reglas del grupo, así como por la voluntad común de cometer actos de violencia para imponer su autoridad, lo mismo que su influencia en el mundo político y económico.

La comisión de expertos voluntariamente renunció a hacer depender la existencia de un grupo criminal de dicho elemento de duración. Se refirió a las actividades de los medios terroristas, que se caracterizan por una estructura mucho más suave, sin perder por ello su fuerza de control. La misma comprobación se impuso con respecto a los derechos de Francia y de Italia, aunque este último fue dotado en 1982 de una disposición complementaria que reprime la criminalidad mafiosa. A este respecto me parece significativo que los códigos de los dos países vecinos no hablen de organización criminal, sino simplemente de asociación de malhechores, de asociación para delinquir y de tipo mafioso.

Alemania y Austria han seguido otros caminos. Alemania conoce, al lado de la infracción tradicional de asociación de malhechores (Bildung krimineller Vereinigungen), la forma agravada de participación en una asociación terrorista (Bildung terroristischer Vereinigungen). Según la doctrina y la jurisprudencia alemanas, la noción de "asociación" presupone la reunión organizacional, concebida para determinada duración, de

más de dos personas. Es preciso, además, que cada miembro acepte someterse a la voluntad colectiva. Por último, se exige un mínimo de estructuración sólida.

La enseñanza que es preciso sacar de ello es que el derecho alemán admite más fácilmente la presencia de una asociación criminal de lo que lo hace el artículo 260 ter de nuestro Código Penal para la organización criminal. No queda de ello menos que la importancia práctica, aunque la disposición alemana permanezca confinada dentro de estrechos límites.

El Código Penal austríaco sobresale por un exceso de normas: no contiene menos de cuatro disposiciones que reprimen la criminalidad por grupo, la última de las cuales entró en vigencia el 1º, X, 1993 y trata de la "organización criminal".

Este párrafo, muy reciente, combina elementos de nuestro artículo 260 ter. con los del artículo 305 bis (lavado de dinero). Como que se refiere a la noción de organización, presenta marcadas similitudes con el derecho suizo.

Y paso al segundo elemento objetivo del artículo 260ter. del Código Penal Es menester que la organización tenga su estructura y sus secretos efectivos. El anteproyecto de 1978 no hacía depender la punibilidad de los medios del grupo de tal condición. Los códigos de nuestros países vecinos no la conocen tampoco. A este respecto, la disposición penal más moderna y la más próxima de su equivalente suizo, a saber, el § 278 del Código austríaco, me parece particularmente revelador. La misma observación ha de hacerse en cuanto atañe al derecho italiano con su infracción calificada de "asociación de tipo mañoso". El artículo 416 bis del Código Penal italiano no hace sino remitir al deber de discreción (omertá o ley del silencio) de los asociados.

Me cuesta trabajo ver la utilidad práctica de este elemento constitutivo. En efecto, es evidente que ningún grupo de personas, formado para cometer infracciones, se propone dar explicaciones acerca de su estructura y de los miembros que lo componen. El mensaje del Consejo Federal defiende la introducción de este elemento objetivo con la necesidad de distinguir la organización criminal de la asociación legal "ocasionalmente susceptible de cometer delitos en su campo de actividad". Este argumento, poco convincente, me parece más político que jurídico. Por definición, una asociación legal no está constituida para cometer infracciones.

De este modo, sus miembros no correrán el riesgo de ser llevados ante la justicia por la participación en una organización criminal, si en el curso de la actividad social se cometen actos delictuosos.

Tercer elemento objetivo. La organización debe perseguir el fin de cometer actos de violencia criminales o de procurarse ingresos por medios delictivos.

No es necesario que tales crímenes hayan sido perpetrados. Por el contrario, es preciso que el fin criminal de la organización se manifieste sin equívocos en medidas estructurales, dentro de la perspectiva de la planificación de la actividad delictiva del grupo. El mensaje antes citado del Consejo Federal considera que "el simple acuerdo sobre objetivos criminales claramente se excluye del campo de aplicación de la norma". Sobre este punto, igualmente, existe una importante divergencia con las legislaciones francesa e italiana. Sin embargo, la comisión de delitos no requiere ser el único fin de la organización. El ejemplo de la mafia nos enseña que la "honorable sociedad" se entrega, igualmente, a actividades legales que se les facilitan enormemente para la inversión de grandes sumas de dinero lavado. Tales actividades se las arreglan para obtener el medio idóneo

para camuflar el carácter criminal de la organización que se oculta detrás del velo de una ocupación muy lícita.

Las infracciones planificadas por la organización deben ser crímenes en el sentido técnico del término. Se debe tratar, además, de crímenes violentos. Esta manera de ver las cosas me parece del todo correcta. Por el contrario, estoy menos de acuerdo con la otra afirmación del mensaje, esto es, que algunos crímenes violentos, como los delitos mediante explosivos, no presentarían casi interés práctico para la definición del fin de una organización. Este razonamiento pierde de vista que el artículo 260 ter no se dirige solo a reprimir las organizaciones mañosas, sino también los movimientos terroristas. En efecto, el postulado de la comisión de gestión del Consejo Nacional del 21, XI, 1989, aceptado por el gobierno, solicitaba tomarlas medidas apropiadas igualmente contra el terrorismo. Ahora bien, el medio de lucha preferido por los grupos terroristas es siempre el atentado mediante explosivos.

El artículo 260 ter sanciona también, bajo el título "Del fin de la organización", el enriquecimiento por medios criminales. Por medios criminales el legislador quiere decir esencialmente todos los crímenes contra el patrimonio previstos en el Código Penal, y también los crímenes contra la libertad vinculados a una petición de rescate, y los que tienden a la explotación de la actividad sexual. El mensaje igualmente hace referencia al derecho penal accesorio y recuerda en particular los casos graves de tráfico ilícito de estupefacientes y de material de guerra.

¿Cuáles son las conductas incriminadas por el artículo 260 ter?
El Código habla, ante todo, de participación en una organización criminal.

¿Qué se dice de los miembros fundadores? El mensaje guarda silencio a este respecto. En mi sentir, es claro que la noción de participación implica la actitud todavía más activa que desemboca sobre la fundación misma de la organización. El comportamiento incriminado debe servir directamente al fin criminal de la organización. Por el contrario, no hay necesidad de que los miembros participen materialmente en las actividades delictuosas del grupo. La participación también puede consistir en un apoyo logístico. Encontramos un ejemplo de ello en el artículo 305bis del Código Penal que agrava la sanción para el lavador que actúa como miembro de una organización criminal. Para ser punible, la afiliación debe revestir, sin embargo, un carácter durable. No llena esta condición el financista que acepta ocasionalmente el mandato de colocar el producto de un crimen cometido por la organización en una empresa perfectamente legal. Tal comportamiento recaería más bien bajo la variante prevista en el segundo apartado que reprime el auxilio.

Se ha considerado necesario incriminar también el auxilio de la organización en su actividad criminal para luchar más eficazmente contra sus esfuerzos por tener influencia sobre la política y la economía del país, si no es para infiltrarse en ella. Las personas a las cuales se aplica esta variante del comportamiento delictivo son, pues, terceros que la organización ha llegado a reclutar gracias a actos de corrupción o de intimidación. Su contribución debe consistir en favorecer la actividad criminal de la organización, sin que sea, no obstante, necesario que tenga una relación directa con una infracción determinada. A título de ejemplo de actualidad, citaré los nombres de antiguos ministros y de altos funcionarios italianos acusados de connivencia con los medios mañosos.

Pasemos a las sanciones y a la atenuación de la pena. La pena máxima puede llegar hasta cinco años de reclusión. El mensaje

estableció un paralelo con el lavador que actúa como miembro de una organización criminal y que de este modo se ve amenazado con la misma pena. Esto parece lógico. Lo que es menos es cuando el mensaje afirma que la forma agravada del lavado de dinero en el sentido del artículo 305 bis, numeral 2, letra a, será un caso "de aplicación específica del sostenimiento de una organización criminal" Ahora bien, este es, al contrario, un caso típico de participación.

Los derechos de Alemania y de Austria sensiblemente consagran las mismas sanciones, en tanto los códigos de Francia e Italia, fieles a su tradición, van más adelante, ya que la pena llega hasta los diez años en derecho francés y hasta los 15 años en derecho italiano, en el caso de asociación armada.

En cuanto a las posibilidades de atenuación de la pena, el Código prevé, en el numeral 2, una atenuación discrecional de la pena "con respecto de aquel que se haya esforzado por impedir la continuación de la actividad criminal de la organización ". Según este principio, el juez podrá, por ejemplo, infligir una pena de arresto, en vez de una pena de reclusión o de prisión, previstas en el artículo 260 ter. Al contrario, la exención de toda pena ha debido quedar prevista expresamente en la ley. Sin embargo, el legislador dio un paso adelante en el sentido de que, en contra de lo que ocurre en el caso de arrepentimiento activo, el miembro de la organización arrepentido puede beneficiarse de la atenuación libre de la pena cuando sus esfuerzos de buena fe no han llevado a la organización al camino de la legalidad. ¿Qué ocurre si el autor no llegó a impedir sino un solo acto delictuoso de la organización? En mi sentir, es preciso examinar en dicha hipótesis si este resultado se inserta dentro de los esfuerzos desplegados por el autor para impedir la continuación de la actividad criminal de la organización. Ante la afirmativa, deberá gozar de la atenuación prevista en el artículo 260 ter. Ante la negativa, se

aplicarán las normas ordinarias del desistimiento.

Me parece que el legislador suizo, al elaborar una disposición penal contra el crimen organizado, ha debido orientarse más por la dirección del derecho alemán. En Alemania el juez puede exceptuar al autor de toda pena si aquel ha revelado sus conocimientos a una instancia oficial con suficiente anterioridad para prevenir infracciones que él sabe estaban en curso de planificación. La práctica de los países que deben afrontar este azote ha demostrado que las autoridades de investigación penal tienen necesidad en gran medida de la colaboración de miembros de las organizaciones criminales, que se verían inclinados a "vaciar su caso" bajo ciertas condiciones. Ahora bien, la justicia debe ofrecerles algo sustancial en contraprestación. En vano he buscado una iniciativa parlamentaria que tienda a extender los medios puestos a disposición de las autoridades judiciales para garantizar más una contribución eficaz de los "mañosos arrepentidos", en los procesos adelantados contra el crimen organizado. Lejos de mí la idea de hacer la apología de la "negociación del proceso" o el plea bargaining, muy estimado por nuestros amigos norteamericanos, que me parece que produce un efecto contrario a nuestras tradiciones jurídicas. Es cierto que la concepción del artículo 260ter, numeral 2, del Código Penal presenta el inconveniente de hacer resistir el arrepentido hasta la hora de los debates en la Corte a fin de poder gozar de la magnanimidad del juez de fondo. Ahora bien, como los arrepentidos no son de todos modos amigos de la publicidad de las audiencias de las cortes conjurados, confieso que soy un poco escéptica en cuanto a la eficacia de esta disposición legal para el trabajo de la policía y de los jueces instructores encargados de investigar el crimen organizado. Habría sido preferible que el legislador se hubiera dejado guiar por la nueva disposición del artículo 66 bis, que le permite a la "autoridad competente renunciar a la persecución del acusado". Esto significa que en la etapa preliminar de la investigación de

policía, ya sea el ministerio público, ya sea el juez de instrucción, puede entonces tomar una decisión de sobreseimiento con respecto al arrepentido.

De buena gana reconozco que los problemas planteados por la cuestión de la atenuación de la pena, son por lo demás tan complejos, que una solución más innovadora del derecho material debería estar acompañada por una modificación del derecho procesal.

Para terminar este capítulo, digamos dos palabras en cuanto al campo de aplicación del artículo 260ter en el espacio. A este respecto, se debe recordar que con motivo de la elaboración del artículo 305 bis del Código Penal, se juzgó necesario someter a la ley suiza el lavado de dinero, aun cuando la infracción principal hubiera sido cometida en el extranjero. Es, pues, con justo título con que el legislador incorpora este principio en el numeral 3 que reprime también el acto cometido en el extranjero cuando la organización se propone desplegar su actividad criminal en todo o en parte de Suiza.

VI. LAS DISPOSICIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE DERECHO PRIVADO

Os remito, en un primer momento, a las instrucciones relativas a la prevención y a la lucha contra el lavado de capitales, expedidas en 1991 por la Comisión Federal de Bancos. Estas instrucciones de la Comisión Federal de Bancos ofrecen a las personas sometidas a la ley sobre los bancos, elementos de interpretación de normas penales que se refieren al lavado de dinero, en el sentido de que ellas enumeran índices de lavado de capitales y proponen medidas en caso de sospecha de tal actividad. Las instrucciones precisadas no tienen, desde el punto de vista

jurídico, un carácter obligatorio para los bancos; sin embargo, sirven para los problemas de interpretación en cuanto a la aplicación del artículo que se relaciona con el lavado de dinero. Además, conviene recordar la convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos—la CDB—que la Asociación Suiza de Banqueros acordó con la casi totalidad de los bancos en Suiza. La convención de diligencia de los bancos comprende normas detalladas para la verificación de la identidad del contratante y para la identificación del derechohabiente económico. Además, prevé sanciones en caso de violación de dicha convención.

El concepto de defensa contra el lavado de dinero presenta todavía una falla importante en el sector parabancaño. La introducción prevista por la ley federal relativa a la lucha contra el lavado de dinero en el sector financiero debería extender, con el mismo efecto, al sector no bancario, las medidas de protección para los bancos en vigor actualmente. Se trata de disposiciones concernientes a la identificación del cliente, a la conservación de los documentos para garantizar su características documentales, a los deberes de explicación del intermediario financiero en el caso de indicios de lavado, etc. El proyecto de ley, aún no aprobado por el Consejo Federal, es discutido en numerosos puntos. La dificultad reside principalmente en la cuestión de la introducción de undeberde comunicación en caso de sospechas concretas de lavado, deber que conocen en la actualidad los principales Estados de la Unión Europea bajo formas diversas. Una variante propuesta en el proyecto prevé el deber u obligación de comunicar a la Oficina Central de Lucha contra el Crimen Organizado de la Confederación, bloqueando paralelamente las transacciones en el campo interno. Este órgano de comunicación funcionaría comofillro entre los intermediarios financieros que anuncian y las autoridades de investigación penal.

En caso de presunción suficiente, la Oficina Central deberá tomar

por su cuenta el proceso correspondiente. Aun cuando las asociaciones económicas interesadas rechacen, en su mayoría, un deber de comunicación establecido en la ley, por mi parte yo soy favorable a ello. El actual derecho de comunicación es insuficiente según la opinión de la mayor parte de las autoridades de investigación penal. Como el banco no está obligado a la comunicación, él puede –nada más lógico– interrumpir la relación de negocios de que se trata, sin anunciarlo.

Sin ninguna duda, en caso de sospecha suficiente de lavado, la actitud correcta es la comunicación. Si no, la interrupción del mandato y la entrega de los bienes patrimoniales incriminados a su tenedor hace prácticamente imposible su descubrimiento y su confiscación.

Ahora bien, en la práctica comprobamos actualmente que es únicamente como ultima ratio que la comunicación se hace a las autoridades penales, actitud que no permite luchar de una manera suficientemente eficaz contra el lavado de dinero.

Pedimos todavía una cooperación de la plaza financiera suiza en el campo preventivo para luchar contra el lavado de capitales, a fin de no depender del extranjero para las informaciones útiles.

VII. LA IMPORTANCIA DE LA COLABORACIÓN INTERNACIONAL

Le concedo grande importancia a la lucha contra el lavado de dinero y contra la criminalidad organizada. Pero para hacer funcionar la ayuda mutua judicial, es indispensable obtener previamente una armonización en escala internacional de las medidas de lucha aplicadas por los Estados. En esta escala internacional precisamente, el grupo de acción financiera sobre el

lavado de capitales (GAFI) instituido en 1990 por la OCDE, con sus 40 recomendaciones destinadas a luchar contra el lavado de dinero, así como las instrucciones de la Unión Europea de 1991, antes mencionada, abrieron el camino. Observamos en esta misma orientación la convención núm. 141 del Consejo de Europa relativa al lavado, al descubrimiento, al secuestro y a la confiscación de los productos del crimen al cual han adherido, hasta ese día, solo ocho cantones de Suiza en 1993. (Esta convención permite recibir directamente del extranjero las pruebas de una infracción y transmitir las, entre nosotros, restricciones ya previstas en la revisión de la ley sobre la ayuda mutua judicial).

Ahora veamos, los lavadores de dinero utilizan métodos cada vez más refinados, para conseguir sus fines, sin hablar del hecho de que para ellos no existe prácticamente ninguna frontera nacional. Instaurar una estrecha colaboración internacional entre autoridades de policía y autoridades judiciales constituye, por lo tanto, una necesidad absoluta en la lucha contra el lavado de dinero y contra la criminalidad organizada. En estos últimos años, el ruido ha corrido en diferentes direcciones, y esto ha sido confirmado por algunos escándalos, por lo cual las plazas bancarias y de servicios de reputación mundial, de Suiza y de Liechtenstein, han sido o son utilizadas –para no decir explotadas– de manera enorme igualmente por países del Este en cuanto a actividades de lavado.

Notamos que hay cierta antinomia entre las operaciones de blanqueo o lavado que, en la mayor parte de los casos, son transfronterizas y la reglamentación vigente en Suiza, en donde la instrucción penal y el juicio son principalmente de la competencia de los cantones y no de la Confederación. Así ha sucedido que los cantones, frente a un asunto complejo que implica aspectos vinculados a la criminalidad organizada y entregados a sí mismos, han sido abandonados por falta de posibilidad de investigación.

Nuestro ministro de Justicia admitió este problema y anunció recientemente nuevas competencias federales en materia de investigación –además de las ya atribuidas a los cantones– en los frentes del crimen organizado y del blanqueo de dinero. De este modo, el ministerio público de la Confederación deberá muy pronto tener la posibilidad de tomar en sus manos investigaciones iniciadas por lavado de dinero, en la medida en que los hechos revelen implicaciones internacionales o intercantonales.

Si la legislación suiza dispone de un buen arsenal en la materia, sin embargo, todavía subsisten algunas lagunas importantes que deben ser llenadas. Con la entrada en vigencia de la ley federal sobre lavado de dinero, por la cual se instaura el deber de comunicar, nosotros podremos hacer un gran esfuerzo en la lucha contra el crimen organizado. Es igualmente primordial cuidar la cooperación internacional y establecer contactos directos entre las autoridades judiciales y de policía.

Una cosa es cierta: privar de sus recursos financieros al crimen organizado es el mejor medio de contribuir, en una parte esencial, a su aniquilamiento.

SUJETOS DEL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS

[HERNÁNDEZ RAMÍREZ]³

Sujeto Activo

El sujeto activo del delito, es un elemento de la formulación del tipo, su finalidad consiste en limitar el ámbito de los posibles autores de la infracción. Por lo tanto, sólo y de manera estricta, podrán ser autores de un determinado delito aquellos que reúnen

las características señaladas por la fórmula legal.

Además, únicamente las personas físicas podrán ser sujetos activos de las figuras penales: "sólo el hombre, como individuo, puede ser sujeto activo del delito".

Lo que significa que en esta condición de sujeto de delito, se excluyen a las Personas Jurídicas. La lógica exclusión de este tipo de "personas" obedece a que las mismas no tienen capacidad de acción, ni capacidad de culpabilidad. Se confirma, de tal forma, una vez más, el Principio "sacíelas delinquere non potesf".

El sujeto activo del delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico, se designa en el artículo 17 con la expresión "a quien": "a quien interviniera...".

Lo que quiere decir que no existe ninguna restricción al posible círculo de sujetos activos. Nos encontramos ante un sujeto activo "genérico o indiscriminado", pues, la realización del tipo puede ser llevada a término por cualquiera, se trata de un delito común. Por otra parte, pero siempre aplicando los presupuestos comunes de las distintas modalidades de Encubrimiento, consideramos que se deben exceptuar, como posibles sujetos activos del delito que estudiamos, a los autores y partícipes del delito encubierto, es decir, de los delitos de donde proceden los recursos económicos que se encubren, puesto que, es presupuesto del encubrimiento: la inexistencia de participación en el delito encubierto, como señala Soler: "nadie puede ser imputado de encubrimiento del hecho en el cual ha participado: el autoencubrimiento no es delito".

Sería un absurdo suponer que el delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico, también lo comete el narcotraficante que trata de aromatizar con legalidad el fruto de su delito, o lograr su impunidad.

También quedan excluidos, como sujetos activos, los que ayudan antes y los que lo hacen después, "con promesa", éstos dejan de ser legitimadores del capital del narcotráfico, para convertirse

en partícipes del delito de Tráfico de Estupefacientes, o de cualquier otro relacionado con esa actividad.

Otra cuestión importante, dentro del marco del sujeto activo, se da en las denominadas "actuaciones en nombre de otro". Problema que se plantea en torno a las actuaciones en nombre de Personas Jurídicas.

El asunto tiene importancia en la materia analizada por lo normal que resultará la involucración de Personas jurídicas (sociedades) en la actividad para legitimar las riquezas obtenidas en el comercio de drogas ilícitas.

El Código Penal Costarricense, en su parte general, no resuelve el mencionado problema (actuaciones en nombre de otro), solamente lo contempla en disposiciones aisladas en la parte especial. Por ejemplo, el artículo 233 "Responsabilidad de personeros legales" en los delitos de Quiebra Fraudulenta y Quiebra Culposa.

Situación semejante ocurrió en España antes de la reforma Ley Orgánica 8/1983, del 25 de junio, de donde surgió el artículo 15 bis. del Código Penal.

"Las cláusulas de actuación en lugar de otro, ya sean generales o particulares –señala L. Gracia Martín– pretenden resolver el problema político criminal de las lagunas de punibilidad que se detectan en relación con aquellas figuras delictivas que en el tipo de injusto revisten características especiales que no pueden ser formalmente verificadas en el sujeto que realiza la acción típica y con su comportamiento produce la lesión o peligro del bien jurídico que la norma correspondiente quiere evitar".

Esas características especiales, a las que se refiere el citado autor, corresponden a las características señaladas por la fórmula legal y que marcan el círculo de los posibles autores del delito

(por ejemplo: empresarios, personas obligadas a guardar fidelidad, administradores, socios, apoderados, presidentes de sociedades, etc.).

Otra nota sobresaliente, de estas cláusulas de actuación en lugar de otro, es que con ellas se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas tipificadas en los delitos delimitados por una "tendencia subjetiva egoísta".

Delitos caracterizados por ser portadores de un elemento subjetivo del tipo, que llevan al autor a realizar la conducta típica en provecho propio.

Jescheck justifica la aplicación de los tipos penales a través de estas cláusulas por "el hecho de que la economía y la Administración modernas, basadas en la división del trabajo, obligan a menudo al propietario de un establecimiento o al director de una oficina administrativa a delegar la responsabilidad del cumplimiento de obligaciones penalmente sancionadas, y es preciso entonces que también los representantes queden sujetos a la responsabilidad penal".

Desde esta perspectiva se puede afirmar que las figuras legales, que presentan problemas en la apreciación de la responsabilidad penal, en los casos de "actuaciones en nombre de otro" son:

1. Las figuras penales que señalan características especiales al sujeto activo, y/o
2. Las figuras penales que contienen un elemento subjetivo del tipo de tendencia egoísta (en provecho propio).

Ahora bien, aplicando estas mismas consideraciones en el delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico; se

desprende lo siguiente:

1. El tipo penal contenido en el artículo 17, no restringe con características especiales, el círculo de los sujetos activos. Como se ha dicho es genérico o indiscriminado.

2. Creemos que existen, en el delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico, dos elementos subjetivos del tipo. Como, en su momento lo veremos, estos no son de tendencia subjetiva egoísta, éste tipo de encubridor no realiza la acción solamente en provecho propio, lo hace también para el narcotraficante dueño del capital.

Así, el órgano o representante de una sociedad que realice, a nombre de esa sociedad, cualquier operación mercantil, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito del capital obtenido en el comercio de drogas, responderá penalmente a título personal de su actuar; pues, como señala Gracia Martín: "la acción fáctica, natural, dominada por la voluntad, única que interesa al Derecho Penal para la constatación de la realización del tipo no ha podido ejecutarla la persona jurídica, sino sólo la persona física que ha obrado y contratado a su nombre (órgano o representante de la persona jurídica). Esta acción, sin embargo, no puede valer como si fuera la de la persona jurídica. No a ésta, sino únicamente a la persona física que materialmente ha actuado, podrá serle imputada como su obra".

Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de todo delito es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la infracción.

De manera que, sustentan esta cualidad, tanto las personas físicas como las jurídicas, cuando por la realización del delito de otro,

son vulnerados sus derechos o intereses.

En el delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico, la condición de sujeto pasivo es sustentada por el "Estado", como titular del bien jurídico tutelado: Administración de Justicia. Bien jurídico puesto en peligro en el momento en que el encubridor del capital del narcotráfico, realiza cualquier negocio jurídico con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de esa "riqueza" ó realiza esas acciones para lograr la impunidad del narcotraficante.

Acciones que obstaculizan el conocimiento del origen de los fondos, favoreciéndose al narcotráfico y dificultándose la acción de la Administración de la Justicia.

Objeto Material

Se considera, unánimemente, que el objeto material representa la persona o cosa sobre la que realiza el autor el movimiento corporal "que lleva a efecto una conducta típica en el círculo de los delitos a cuya descripción pertenece un resultado tangible".

A diferencia del sujeto activo de la infracción, el objeto material pueden ser las personas o las cosas, siempre que estos constituyan el sustrato material donde recae la actividad física del agente.

Por otra parte, frente al objeto material tenemos el objeto formal del delito, que como lo hemos visto en páginas anteriores, está integrado por el bien jurídico, es decir, por "el valor de la vida protegido por el Derecho".

En la actividad delictiva del narcotráfico, el objeto material de

esos delitos está constituido por "la droga", pero éste cambia cuando la actividad delictiva entra a la fase de Encubrimiento. Fase con la que se pretende legitimar el capital de la "empresa" o lograr la impunidad de los delitos encubiertos.

El objeto material del delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico está constituido por "el capital procedente del narcotráfico". Este aspecto del delito se apreciaba con mayor claridad en la redacción del artículo antes de la reforma; pues aquella ley estaba dirigida a castigar acciones con las que se encubría, únicamente el origen ilícito de los recursos económicos producidos por el narcotráfico. Diferente ocurre ahora, ya que el artículo 17 sanciona, también el favorecimiento personal, situación que puede llevar a concluir que el objeto material del delito está compuesto por los bienes y por la persona "narcotraficante".

Considerar la existencia de, ese doble objeto material, no nos parece afortunado, creemos que el encubridor del narcotráfico realiza la conducta típica sobre el capital de la droga, con ello puede producir un único efecto: legitimar el capital. Pero, ese único efecto puede producir dos consecuencias inmediatas:

1. Ocultar o encubrir el origen de los recursos.
2. Eludir las consecuencias jurídicas de las acciones ilícitas que producen el capital, por supuesto, esta acción beneficia directamente al sujeto encubierto.

Es desde esta perspectiva que afirmamos que el capital del narcotráfico constituye el objeto material del delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico.

Por "capital" entendemos el conjunto de bienes que sirven para producir otros bienes, se toma en cuenta el concepto amplio de Capital que está formado por el capital financiero (dinero) y el capital físico (conjunto de bienes).

La anterior definición de capital nos permite cubrir todas las acciones delictivas que pueden ser utilizadas para encubrir "la naturaleza, origen, ubicación, destino o circulación de las ganancias, cosas, valores, títulos o bienes provenientes de hechos delictivos tipificados en esta ley o del beneficio económico obtenido de dichos delitos", tal como lo exige el artículo 17. De manera que la proyección del precepto (en estudio) se extiende a todos aquellos supuestos en que el sujeto "conocedor de la actividad delictiva previa desarrollada por otro, recibe un objeto que no es el que directamente procede de la infracción anterior, pero que ha sido obtenido mediante una operación comercial –venta, compra-permuta– que tiene por base aquello que se consiguió con la infracción precedente".

Es decir, prevé así todos los negocios jurídicos que se pueden dar en ocasión a ocultar o encubrir, no solo los efectos directos del delito de tráfico de estupefacientes o conexos, sino también, otros que ocupan el lugar de aquellos que fueron sustituidos mediante una actividad económica.

El artículo 17 no emplea, en su redacción, el término "capital", para referirse al patrimonio de la empresa narco-traficante, utiliza los términos típicos: "ganancias", "cosas", "valores", "títulos", "bienes" y "beneficio económico". Cláusulas que no son definidas en el artículo, pero, no por esto representan un problema, todo lo contrario, son términos muy usados y conocidos por el ciudadano medio, por lo que no representan un problema de interpretación.

Por su parte, para los dos importantes documentos de orden internacional que se han promulgado en torno a dar soluciones al problema del narcotráfico, el de la Convención de las Naciones Unidas (que trata el problema en forma general) y el de la Declaración de Böle (que específicamente trata el problema de la Legitimación de capitales que provienen del Narcotráfico), el objeto material del delito de "Lavado de Capital" lo constituyen:

los bienes, los cuales son definidos de la siguiente manera:

La Convención de las Naciones Unidas define por bienes "los activos de cualquier tipo; corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad y otros derechos sobre dichos activos". Complementando la anterior definición con el término "producto" que define como: "los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3".

Mientras que para la Declaración de Böle la definición de bien "comprende los beneficios o productos directos e indirectos del tráfico de los estupefacientes".

Individualizado el objeto material como "capital" o los "bienes" procedentes de la actividad o actividades de narcotráfico, ningún negocio jurídico escapa de su proyección, además, representa uno de los fines que se ha propuesto el legislador: reprimir penalmente a quienes intervienen en la vida económica del país, invirtiendo los fondos obtenidos en el tráfico de drogas y actividades conexas en negocios lícitos.

En alas del narcolavado 1990

[LORIA QUIRÓS, C]⁴

La democracia es el menos malo de los sistemas políticos, pero es el más caro. Sólo el costo de las convenciones "primarias", para elegir candidatos a candidatos es altísimo y de los fondos que se gastan, más de dos tercios se pierde, sin tomar en cuenta lo que no se gasta, es decir lo que desvían hacia su bolsillo quienes manejan el dinero.

Para los candidatos, las convenciones del PLN y el PUSC en 2001 costarán 3.000 millones. Los cinco pre-candidatos que en total irán a ellas, gastaran en promedio 600 millones de colones cada uno. Si de fondos propios, cada uno de los triunfadores gasta 1.500 millones de colones en la campaña para la presidencia, esos 3.000 millones, sumados a los 3.000 de la pre-campaña arrojan 6.000 millones de gasto total privado.

Si en la elección logra el 40% de los votos, el ganador gastara 600 millones en la pre-campaña y 1.500 en la campaña. O sea que sólo 2.100 millones de colones sirvieron para algo. El resto, 3.900 millones no sirvieron para nada. Se despilfarró el 65 por ciento. Además, el manoteo a todos los niveles es enorme. La ausencia de controles, permite que las contribuciones de extranjeros se queden de camino y las de nacionales sean capadas antes de llegar a las arcas de la organización política.

A través de las campañas del PLN desde 1969, conocí verdaderos personajes de leyenda que ingresaban sólo 50 por ciento de los fondos que conseguían. En las donaciones que se entregan directamente al candidato o a sus colaboradores más cercanos, el

costo por la gestión de cobro puede ser el 100 por ciento en algunos casos.

"Las reglas del juego en la política son distintas a las de cualquier otro negocio", me explicó hace muchos años Danilo Jiménez Veiga durante un viaje a la China de Mao. Porque la política es eso, un negocio, en el que no existe auditoría, solo se simula. Lo importante es poner al frente alguien con disfraz de honrado. Nadie va a confiar en un pillo que parece un pillo.

La Segunda Comisión Investigadora del Narcotráfico comprobó que en la política nacional se ha recibido dinero de narcotraficantes, "especialmente para las campañas de pre-candidatura" y que el ex-presidente Oscar Arias:

"considera que más del 40 por ciento del costo de las campañas electorales nacionales se financia privadamente. La casi totalidad de esos dineros proviene de cuantiosas donaciones de empresarios nacionales y extranjeros, de narcotraficantes y partidos políticos extranjeros."

La experiencia de Constenla

La comprobada astucia demostrada años atrás en el ardid desplegado en Bilbao por Guillermo ("Memo") Constenla a sus 34 años de edad, le sirvió sin duda para posicionarse con los hermanos Arias Sánchez, catapultar a Ricardo Alem dentro del PLN y hacerse cargo del manejo financiero de la campaña de Osear, desde finales de 1983.

Guillermo Constenla había aprendido por experiencia que su error en Bilbao, lejos de estar en el brillante ardid fraguado, estuvo en la torpeza de haber hecho uso del ridículo disfraz de caperuza

verde y pelambre que levantó las sospechas de la víctima y provocó la captura inmediata por parte del policía español Francisco Alonso Rodríguez.

Cuando conocí a Guillermo Constenla personalmente en 1984 ya la amistad de Constenla y Ricardo Alem era muy estrecha. Constenla me presentó orgullosamente a Alem como su socio compañero de partido. Efectivamente lo era, de todos los miembros del comité de finanzas no recuerdo otro que tuviese amistad más íntima con Ricardo Alem León, que Guillermo Constenla. En varias cenas para levantar fondos para la campaña donde todos contribuíamos, Constenla invitaba sin pagar a su compinche Ricardo Alem León. El documento que reporta la lista de asistentes a un evento en casa de Constenla el 14 de Enero de 1986 indica:

14 de enero 1996-

Fabio Cruz	30.000
Numa Estrada	50.000
Yazdani	500.000
Alvaro Chavarría	50.000
Carlos Muñoz	100.000
Humberto Pérez	50.000
Jerry Ten Brinke	100.000
Alonso Lara Tomás	50.000
Edgar Abellán	50.000
John Brealy O.	50.000

Invitados:

Celso Surroca

Ricardo Alem

Edgar Sánchez Aguilar

Confirmaron, no asistieron ni cancelaron:

Ricardo Batalla
OsCar Gallegos B.

Asistió no canceló: Sr. Carlos Ml. Rojas

Guillermo Constenla trató de convencerme de las cualidades de Ricardo Alem como empresario muy conectado en el extranjero y de la importancia de que Alem ocupara un puesto en el sector financiero cuando se ganaran las elecciones. Hacía alarde de que visitaba frecuentemente su casa en Heredia, hecho que fue confirmado por la esposa de Alem ante la Asamblea Legislativa. Debo admitir, que Constenla jamás me reveló, la naturaleza de los otros negocios suyos con Ricardo Alem, los cuales presumo eran legítimos. En dos ocasiones celebramos reuniones del comité de finanzas bajo coordinación de Constenla, en las oficinas de Alem cerca del Hotel Irazú.

Para manejar los fondos de campaña Guillermo Constenla utilizó múltiples cuentas bancarias, en Costa Rica y en el extranjero, siendo la principal la de la empresa Cacha-rel S.A., cuya presidencia asumió en 1983. Nunca, antes ni después de la gestión de Constenla en la campaña de 1986, se ha cuestionado tanto un manejo de finanzas políticas. Guillermo Constenla procesó mucho más dinero de elementos cuestionados por narcotráfico en la campaña de 1986 que en todas las campañas políticas anteriores.

TÉCNICAS DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS

[LEE MOLINA y OTROS]⁵

La legitimación de capitales se ha convertido en una actividad que ha ido involucrando muchos aspectos dentro de una sociedad haciendo peligrar sus cimientos. Muchos gobiernos se han preocupado a nivel local e internacional, por buscar alternativas para combatir el negocio del narcotráfico y la legitimación de capitales con el propósito particular de acabar con las enormes ganancias que genera esta actividad y así eliminar lo que puede considerarse el aliento de estas organizaciones delincuenciales.

Con el transcurso del tiempo, se han puesto en práctica innumerables técnicas, autoridades de policía y quienes se dedican al estudio del funcionamiento de las organizaciones que negocian ilegalmente con drogas, han podido identificar algunas formas por las cuales se "limpia" dinero.

Este Título lo hemos dedicado al análisis de las diversas técnicas que diariamente son utilizadas para legitimar capitales debido a la importancia que reviste su conocimiento en la lucha por combatirlo.

En el primer Capítulo analizaremos diferentes técnicas utilizadas, las ventajas que ofrecen las sociedades anónimas para constituir compañías de fachada, las cooperativas de ahorro y préstamo como cobertura y como medio para hacer negociaciones (con compañías de fachada, y de las facilidades que ofrecen también las zonas francas; finalmente un breve enfoque sobre la reforma al Régimen Cambiario y la dificultad para ejercer control sobre las transacciones en divisas.

El Segundo Capítulo lo hemos dedicado al estudio de las técnicas bancarias en especial, tanto las que pueden ser ejecutadas a nivel nacional como las que requieren de la participación de la banca internacional.

DIFERENTES TÉCNICAS DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS

El proceso mediante el cual el producto de la actividad del narcotráfico es convertido en activos de apariencia legítima, es llevado a cabo mediante diversas técnicas.

"Los métodos para el lavado de dinero son numerosos; de hecho, el único límite real que restringiría al que lava dinero pareciera ser el ingenio que tenga para desarrollar su actividad."

Algunas modalidades que han podido identificarse se realizan principalmente a través de bancos e instituciones financieras, pero también existen otras y su práctica continúa dando resultados y merecen también ser analizadas, a ellas dedicaremos ésta Sección, sin dejar de mencionar técnicas bancarias que se utilicen bajo las modalidades que vamos a tratar, no obstante, en estos casos el enfoque será breve ya que las desarrollaremos ampliamente en el segundo capítulo del presente Título.

ETAPAS BASICAS EN EL PROCESO DE LEGITIMACIÓN DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS

Podemos decir que la legitimación de capitales es un proceso que involucra tres etapas básicas: a) La conversión de dinero ilícito en efectivo en otras formas de activos; b) La ocultación de la fuente verdadera de las ganancias ilícitas; y c) La creación de una legitimidad aparente de las ganancias convertidas. Como lo señala Paul Saint-Denis, estas etapas han sido también identificadas como las etapas de: a) Colocación; b) Recubrimiento con capas; y c) Integración del proceso de lavado de dinero.

De acuerdo a esta clasificación, analizaremos las diversas técnicas.

A. ETAPA DE COLOCACIÓN

Esta etapa consiste en la conversión del dinero en efectivo en otros activos tales como bienes inmuebles, acciones, etc. que sean menos visibles y más manejables, entre éstas podemos ubicar las siguientes:

A. 1. DEPOSITO DE DINERO EN EFECTIVO

Este es uno de los métodos más fáciles, consiste en colocar el dinero en diversas instituciones que reciben depósitos, entre éstos podemos citar los bancos y las cooperativas de ahorro y préstamo.

Estos depósitos pueden hacerse simplemente en una cuenta corriente o en certificados de depósito a plazo que gozan de toda confianza en cuanto al resguardo del dinero invertido; así como también en una cooperativa de ahorro que puede ser creada para servir a sus propósitos y que veremos con mayor detalle en la Sección Segunda de este Capítulo.

A. 2. DEPÓSITOS ESTRUCTURADOS

Los depósitos estructurados son comunes en los países en que existen leyes o disposiciones administrativas que obligan a

reportar transacciones superiores a un monto de dólares determinado. Consiste en realizar transacciones únicamente con pequeñas cantidades de dinero (por un monto inferior al que se deba reportar) en las diversas instituciones financieras. Estos depósitos requieren de la participación de muchos agentes para unir estas pequeñas sumas y lograr grandes cantidades, permitiendo así que todo el dinero que pasó desapercibido sin crear sospecha, pueda entrar en efectivo entre las principales corrientes financieras de la organización que está legitimando el capital.

A. 3. TRANSPORTE DE DINERO

Esta técnica consiste en el transporte físico del dinero o contrabando de dinero en numerario que se saca de un país y se introduce en otro que ofrezca mayores posibilidades para legitimar capitales.

Esto se logra principalmente a través de diferentes modalidades de transporte, con participación sobre todo de transportistas internacionales, tanto terrestre como aéreo.

En especial, los vuelos privados o comerciales, con preferencia de aquellos que aterrizan en aeropuertos privados o clandestinos.

El transportista llevará grandes cantidades de dinero fuera del país sin dejar ningún rastro detectable de documentos que pudieran servir de prueba en una eventual investigación, y los trasladará a países donde puedan ser depositados en efectivo sin mayor problema.

A. 4. CASAS DE CAMBIO DE MONEDAS

En nuestro país no existen aún casas de cambio, no obstante con la promulgación de la Ley de Mercado de Capitales que permite su creación y las nuevas políticas económicas de liberalización de la moneda es probable que en corto tiempo contemos con ellas.

Esta técnica es utilizada en países donde las casas de cambio no están sujetas a mucha regulación y llevan pocos registros de las transacciones que realizan los clientes, lo cual sin duda evita la creación de prueba documental, constituyendo una gran alternativa para la legitimación de capitales.

Generalmente las casas de cambio son utilizadas para intercambiar fuertes cantidades de dinero en efectivo por algún giro bancario en moneda diferente; dicho giro será posteriormente transportado a otro lugar donde pueda convertirse nuevamente a la moneda original o en otra dependiendo del destino que se le quiera dar al dinero.

Al igual que las cooperativas, existe la posibilidad de que las organizaciones delincuenciales dedicadas al narcotráfico puedan establecer sus propias casas de cambio, realizando operaciones de fachada y utilizándolas para realizar regularmente transacciones en efectivo para la organización.

A. 5. CORREDORES DE BOLSAS DE VALORES

Sin duda los corredores de bolsa juegan un papel muy importante en la legitimación de capitales; a través de ellos son negociados certificados, acciones y otros valores.

Los activos que se adquieren para ser negociados en las bolsas de valores por lo general son muy líquidos y algunos hasta son

negociados en bolsas de valores en el extranjero, lo cual permite convertir los títulos en efectivo en un país en que resulte conveniente a los fines de la organización que "limpia" el dinero.

Es probable que para la legitimación de capitales se requiera de la complicidad de corredores del puesto de bolsa para poder estructurar grandes depósitos en efectivo, pero en otros casos pueden pasar desapercibidos si llegan a convertirse en clientes importantes de un banco y esto es conocido por los puestos de bolsa que considerarán normal el manejo de tanto dinero.

A. 6. METALES PRECIOSOS Y GEMAS

La adquisición de metales y piedras preciosas, además de ser una buena inversión, permiten la conversión de grandes sumas de dinero en valiosos objetos que presentan mayor facilidad de manejo.

Este tipo de bienes mantiene su valor reconocido en casi todo el mundo, lo que facilita que puedan ser convertidos en dinero efectivo prácticamente en cualquier lugar que será escogido también considerando el tipo de moneda al que interese convertirlos; la adquisición para la venta de estos metales y gemas es un mecanismo muy atractivo para la legitimación de capitales sobre todo por su facilidad de comercialización, incluso algunos pagos a colaboradores de la organización puede hacerse en esta especie.

Por otra parte, siempre en interés de que las transacciones no despierten sospecha, esta técnica es ideal, por cuanto quienes se dedican a comerciar con bienes requieren de pago en efectivo y por ser objetos tan valiosos están acostumbrados a que se involucren grandes cantidades de dinero, por lo que no produciría sospecha al vendedor.

A. 7. MEZCLA DE DINERO ILÍCITO CON NEGOCIOS LEGÍTIMOS

Esta técnica se realiza por medio de la adquisición son creación etc. de las compañías de fachada. Por lo general negocios en los cuales sea normal que se manejen grandes cantidades de dinero legítimo y que permitan hacer depósitos en los bancos constantemente sin crear sospecha, dada la naturaleza del negocio que se maneja.

Entre los más utilizados podemos citar los hoteles, restaurantes, agencias de viajes, tiendas, etc.; y la técnica es muy simple, basta mezclar las ganancias ilegítimas con los ingresos legítimos del negocio, quien legitima capitales ocultará fácilmente el dinero "sucio" mezclándolo con el dinero derivado de muchas transacciones legítimas en efectivo.

JURISPRUDENCIA

TERCER MOTIVO DE IMPUGNACIÓN. SOBRE EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS.

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]⁶

Bajo este enunciado de disconformidad, el señor defensor del justiciable Emmett, afirma que en realidad los cargos formulados por la supuesta comisión del ilícito de legitimación de capitales,

no encuadran en la figura análoga patria, agregando que en su criterio, tales acusaciones solamente describen actos, que de conformidad con la teoría del delito, corresponden a actos de consumación, pero que no configuran un delito autónomo de lavado de activos. Por veredicto de mayoría se rechaza el recurso de apelación por este motivo de agravio. El señor defensor Campos Calderón al afirmar que los hechos acusados no configuran en nuestra legislación el delito de legitimación de capitales, sino que de conformidad con la teoría del delito, solamente serían ubicables como pertenecientes a la fase de consumación o agotamiento de los ilícitos de fraude acusados a su patrocinado, introduce de manera indirecta, uno de los aspectos polémicos que han sido abordados tanto doctrinal como legislativamente del delito de legitimación de activos, a saber, la posibilidad de que los autores o partícipes del delito originario o previo puedan a su vez, ser sujetos activos del delito lavado de dinero. Ciertamente la discusión aunque no planteada en estos términos por el señor defensor resulta de necesario pronunciamiento en este caso, toda vez que influye directamente en la revisión del principio de doble incriminación. Concretamente la respuesta a este cuestionamiento incidirá en la autorización o rechazo parcial de la gestión de extradición respecto al segundo bloque de cargos imputados al señor Emmet por el gobierno requirente. Los partidarios de la primera posición califican al delito de Legitimación de Capitales como una modalidad del ilícito de receptación para algunos, o de encubrimiento para otros. Se invoca luego la atipicidad del autoencubrimiento para concluir consecuentemente que no se podría configurar el delito de legitimación de capitales en los supuestos en que el autor o partícipe del delito previo proceda a lavar los activos provenientes del ilícito en que participó. En esta disposición de pensamiento la autora Katy Vidales Rodríguez afirma:

"En el presente epígrafe pretendemos abordar la interesante

problemática que surge cuando se trata de delimitar quiénes son los posibles sujetos activos del delito del que nos venimos ocupando; tarea ésta que, no siendo fácil -aunque pudiera parecer lo contrario, al tratarse de un delito común que, en consecuencia, no requiere de especiales cualidades para realizar la conducta tipificada y que, en consecuencia permitiría concluir que el sujeto activo de un delito de legitimación de capitales puede ser cualquier persona-, es de ineludible realización. E inmediatamente aflora un interrogante, cuya respuesta no es sencilla ni, en modo alguno pacífica. Nos estamos refiriendo a la cuestión de si quien ha sido autor o partícipe en el delito principal puede, simultáneamente, responder penalmente de un delito de lavado cuando, tras realizar el delito del que los bienes proceden, trata de darles una apariencia de legalidad.

De mantenerse que el blanqueo es un supuesto de encubrimiento, es preciso recordar que, en principio, el autoencubrimiento es impune, al ser inexigible otro comportamiento por parte del autor. Pero, cabe plantearse si esta inexigibilidad abarca la comisión de un delito distinto. En otras palabras, de lo que se trata es de dilucidar si al autor del delito principal le es tolerable que con su conducta posterior a la realización del delito principal vulnere la Administración de Justicia. Y, del mismo modo, si esa tolerancia es extensible a la afección que ese actuar posterior supondrá para el orden económico. [...]

En nuestra opinión, partiendo de la naturaleza encubridora del delito de legitimación de capitales y, sumándonos al sentir doctrinal mayoritario, el autor o partícipe del delito principal está excluido como posible sujeto activo de tal conducta. En este sentido, conviene no olvidar que, como vimos, el sujeto ha de perseguir la finalidad de auxiliar a quien ha cometido la infracción previa, por lo que parece que ha de tratarse de dos personas distintas." (Vidales Rodríguez, Caty. El delito de

Legitimación de Capitales: Su Tratamiento en el Marco Normativo Internacional y en la Legislación Comparada. Miami, Florida, Centro para la Administración de Justicia, Colección Monografías, N° 7, 1998, págs 17-18).

La autora Diana Hernández de la Guardia señala como seguidores de esta propuesta a los autores Catalina Vidales Rodríguez, Isidoro Blanco, José Luis Díez Ripollés, Eduardo Fabián Caparrós, Enrique Ruiz Vadillo. (Cfr. Hernández de la Guardia, Diana. Delito de lavado de dinero y Derecho Comparado, Cuba, Centro de Investigaciones Jurídicas; pág 23)

Ahora bien, resulta necesario indicar que esta propuesta supera el plano estrictamente académico, resultando que ha sido acogida legislativamente por algunas naciones europeas, ofreciéndose como ejemplos Suecia, Italia y Dinamarca, países que expresamente han contemplado a nivel legal la imposibilidad de coincidencia de los autores del delito previo y de la legitimación de capitales. (Hernández de la Guardia, Diana, ibid, pág 24) La autora Vidal Rodríguez igualmente señala como naciones que participan de esta exclusión legal expresa a Italia y Alemania. (Vidal Rodríguez Katy, op-cit, pág 18).

La segunda teoría, entiéndase aquella según la cual el delito de legitimación de capitales si se configura cuando entre los sujetos activos del delito previo y lavado de dinero existe identidad, posee varios argumentos de fundamentación. El primero de ellos se deriva de la interpretación del Convenio Europeo de 1990, acuerdo que en su numeral 6.2 b) establece la posibilidad de que los delitos allí previstos no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal. Esta expresa previsión sólo tendría sentido si, como tesis de principio, se admite la posibilidad bajo análisis. En este sentido se pronuncia el magistrado español Palomo del Arco al sostener: " Nada resulta de

la Convención de Viena, pero el Convenio Europeo de 1990 establece en su art. 6.2 b) que puede establecerse que los delitos previstos no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal, de modo que en principio se contemplan como supuestos sancionatorios compatibles." (Palomo del Arco Andrés. Receptación y Figuras afines. Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial). Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág 448).

Continuando con esta línea de pensamientos, ha de agregarse que en el caso de las legislaciones de Suecia, Italia y Dinamarca, aun cuando se trata de exclusiones del supuesto bajo análisis, esta imposibilidad se regula de manera expresa en sus legislaciones domésticas. (Para la lectura de los respectivos textos puede consultarse la obra citada de la Hernández de la Guardia, página 24)

Una segunda razón cuestiona la asociación del ilícito de legitimación de capitales con el modelo de la receptación al destacar la insuficiencia de éste último para regular las formas de lavado de dinero. El autor español Enrique Bacigalupo sintetiza estas críticas al sostener:

"Como se ve, el tipo tradicional de la receptación resultaba sumamente estrecho, pues se limitaba, en general, a la receptación de cosas provenientes de un delito contra el patrimonio y además no faltaba en algunos Estados (España, Italia) una tendencia a restringir fuertemente la punibilidad a los casos de dolo directo o a aquellos en los que el autor tuvo el propósito de enriquecerse, así como a los supuestos de receptación directa del delito precedente, excluyendo la receptación sustitutiva. Resulta claro que si quiere criminalizar la ayuda a todos los que obtienen un beneficio en dinero de la comisión de un delito y emplean el sistema financiero para disfrutar de él, estos tipos penales

resultaban demasiado limitados. Claramente se sostiene en Alemania, por ejemplo, que el laudering de dinero obtenido mediante negocios sucios (prostitución, drogas, juegos prohibidos, bandas de robo de automóviles, etcétera) básicamente no es punible mediante el delito de receptación previsto por el 259 del StGB. El desarrollo de la criminalidad organizada en delitos de estructura financiera, pero que no son exactamente delitos patrimoniales (por ejemplo, tráfico de drogas, prostitución, terrorismo) ha puesto de manifiesto las insuficiencias del delito de receptación para combatir efectivamente este tipo de delincuencia." (Bacigalupo, Enrique. Estudio del Derecho Penal de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido. Derecho Penal Económico. Buenos Aires, editorial Hammurabi, reimpresión, 2005, páginas 281-282).

El magistrado español Palomo del Arco extiende esta idea al señalar:

"No obstante aunque no sea precisa la tenencia material de los bienes sí que necesariamente para su ocultación o encubrimiento se precisa su previa adquisición o recepción y que en todo caso si atendemos al contenido finalista del tipo que persigue niveles de alta delincuencia, la ocultación no implica un mero frustrar la sanción del delito previo, sino posibilitar al menos ulteriormente, la entrada de esos bienes con apariencia de lícitos en el mercado; por lo que el potencial provecho que, especialmente para la delincuencia organizada implica, determina su parentesco con la receptación; pero lo que acaece es una configuración novedosa de este tipo penal que más allá de proteger intereses patrimoniales privados, atiende al sustrato mismo del orden socioeconómico." (Palomo del Arco, op-cit, pág. 441)

Finalmente el tratamiento del bien jurídico tutelado implica un motivo adicional para reconocer la posibilidad de la comisión del

delito de blanqueo de capitales en los supuestos en que su autor igualmente haya participado en el delito del cual se derivaron los bienes cuya apariencia se trata de legitimar. Bajo esta perspectiva será el orden socioeconómico el bien jurídico fundamentalmente tutelado con esta figura penal, de manera tal que no existiría una razón justificada para eximir la configuración del ilícito de la lavado de dinero en el supuesto bajo análisis. El autor Palomo del Arco justifica esta propuesta al sostener:

"Esta es la línea a seguir con el delito de blanqueo; mientras en la receptación clásica se reproducía la lesión al patrimonio, a la vez que se dificultaba su recuperación, en el actual delito de blanqueo, la lesión que se castiga no sólo conculca generalmente bienes jurídicos de naturaleza bien diversa a las del delito previo, sino que además debe integrar un nuevo y determinado riesgo potencial sea cual fuere el producto con el delito referente, para el bien jurídico que tutela, el orden económico.

De modo que carecería de sentido que el partícipe del delito previo, que se dedicara a ocultar los beneficios de su delito de manera que posibilitara su reinversión como lícitos en el mercado con el consiguiente perjuicio para el orden económico, conculcado más allá del que fuere el lesionado con el delito previo, tal quebranto resultara impune porque no interviniera una tercera persona." (Palomo del Arco, op-cit, pág.448).

Se culmina el breve desarrollo de esta segunda posición destacando que igualmente existen legislaciones que admiten la posibilidad de comisión de la figura penal de lavado de dinero en la hipótesis analizada, en este sentido la autora Hernández de la Guardia señala que en las legislaciones de Cuba, Suiza, España o los Estados Unidos no se realiza ninguna distinción, agregándose de nuestra parte que en esta misma situación se encuentra la legislación patria, lo cual ha implicado la existencia de

interpretaciones contradictorias referentes a la configuración o no del delito de legitimación de capitales en estos supuestos. (Ver Hernández de la Guardia, op-cit, pág. 24)

Trascendiendo estas consideraciones preambulares, el abordaje de este tema se plantea en el voto de mayoría tomando como faro orientador el principio de obligatoriedad de la labor jurisdiccional de guardar deferencia en su actuación a la Constitución Política de la República de Costa Rica y las leyes ordinarias, precepto que se encuentra regulado en el numeral 154 de la carta magna patria de la siguiente forma:

"El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos."

Bajo este entendimiento, más allá de las especiales opiniones que sobre este tema se puedan mantener por los suscriptores de este pronunciamiento de mayoría, se estima que este motivo del recurso de casación interpuesto, debe ser resuelto, analizando la figura penal de legitimación de capitales, en los términos en que se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico costarricense. Esta labor ha de realizarse utilizando como instrumento de ayuda el numeral décimo del Código Civil, de aplicación supletoria a esta materia según lo dispone el artículo 14 de ese mismo cuerpo normativo, y que literalmente dispone:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas."

Se principia este estudio entonces con la transcripción literal del inciso a) del artículo 69 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias, Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, el cual proclama:

"Artículo 69.—Será sancionado con pena de prisión de ocho a veinte años: a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito grave , o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito o para ayudar, a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos..."

Se estima inicialmente que la interpretación gramatical de la norma transcrita no permite concluir que en ella se encuentre excluida la posibilidad de que los autores o partícipes del delito originario o previo puedan a su vez, ser sujetos activos del delito lavado de dinero. Debe reconocerse que nuestra legislación expresamente no elimina esta alternativa de configuración del aludido tipo penal. A esta conclusión se arriba luego de estimar que la frase subrayada en el texto transcrito no permite asumir que el legislador patrio, al incluir como requisito para la configuración de este delito que el sujeto actúe sabiendo que los bienes se origina en un delito grave, establece la proscripción de que los autores o partícipes del delito previo puedan cometer el delito de legitimación de capitales, en realidad rebasa el sentido, que de una interpretación literal podría obtenerse de esta enunciación. Se estima, en sentido opuesto, que el conocimiento previo del origen ilícito de los bienes adquiridos, transmitidos o convertidos, lo posee tanto la persona que participó en el delito previo como quien no participó en el. El entorno legislativo nacional se estima que brinda soporte a la posición de mayoría, pues al comparar el delito de legitimación de capitales con la figura básica de receptación, prevista y sancionada en el numeral 323 del Código Penal, puede observarse

que las redacciones conservan diferencias muy grandes, toda vez que respecto de esta segunda figura expresamente se señala que para la configuración del delito de Receptación se sancionará a quien: "...adquiriere, recibiere y ocultare dinero, cosas o bienes provenientes de un delito en que no participó , o interviniere en su adquisición, recepción u ocultación." Puede apreciarse como el legislador costarricense desde vieja data fue claro en excluir expresamente la posibilidad de configuración del delito de receptación en aquéllos supuestos en los que el sujeto activo participó en el delito de origen del cual provienen el dinero, cosas o bienes, adquiridos, recibidos u ocultados, de tal manera que si ésa hubiere sido la voluntad respecto del delito de legitimación de capitales, se podría haber utilizado la fórmula ya contemplada en la figura de la receptación. Ahora bien, el estudio del ámbito internacional, concretamente de la legislación española, emerge como una herramienta de especial utilidad en la determinación del alcance que se le ha de brindar, a la frase: "sabiendo que estos se originan en un delito grave", habida cuenta de que en realidad el modelo costarricense se asemeja en gran medida a la figura que con antelación ya existía en España, de manera tal que las observaciones realizadas en aquéllas latitudes permiten adquirir una mejor comprensión de esta enunciación. En este sentido el magistrado Palomo del Arco refiere:

"Respecto al elemento subjetivo del tipo, persiste como en casi todos los tipos de protección secundaria, el elemento cognoscitivo referido al delito previo; en el momento de la conducta típica el sujeto debe conocer que los bienes proceden de un delito grave; lo dicho para la receptación es aquí reproducible inclusive en los supuestos de aceptación del riesgo por dolo eventual, a pesar de la expresión a sabiendas, que como tantas otras aquí utilizadas de procedencia cosmopolita no se corresponden en su contenido con la expresión tradicionalmente por nosotros utilizada, quizás la peculiaridad constatable en orden a este elemento cognoscitivo,

radique en que al tratarse de acciones, a veces mantenidas en el tiempo (bien por realizarse a plazo, bien por su reproducción automática periódica, por ser de tracto sucesivo o porque se realizan salvo buen fin, etc.), mientras la ocultación no resulte irreversible, para los sujetos encargados de tales operaciones, especialmente financieros y asimilados colaboradores obligados con la prevención del blanqueo, debe ser impedida; y respecto de la generalidad de sujetos en la medida en que pendan operaciones por realizar se responderá de las ejecutadas tras el conocimiento de su origen delictivo, aunque la detentación de los bienes fuere previa; y ello porque frente a la receptación clásica que era un delito instantáneo, cabe pensar múltiples supuestos de blanqueo de naturaleza permanente, de manera que la operatividad del dolo subsequens difiere y no deviene siempre atípica, con independencia de que no se responda lógicamente de las operaciones ultimadas cuando se desconocía su origen." (Palomo del Arco, op-cit, pág. 446).

Como puede observarse la finalidad de este presupuesto subjetivo del tipo no se ha encontrado dirigido en el derecho comparado al rechazo de configuración del tipo penal cuando el legitimador de activos sea la misma persona que participó en el delito previo. Sobre el particular obsérvese que en España, expresamente no se encuentra excluida tal alternativa a nivel legal, sino que su inclusión obedece expresamente a la clasificación de delito doloso y si se quiere a la posibilidad de que esta delito se realice cuando el sujeto actúa con dolo eventual. Ahora bien, debe señalarse que el artículo del magistrado español fue publicado en una obra que data del año 1995, sea que a la fecha posee aproximadamente trece años de antigüedad, de manera tal que atendiendo, a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas, como regla de interpretación, como lo exige el numeral décimo del Código Civil, ha de indicarse que en la actualidad costarricense, este elemento subjetivo del delito

de legitimación de capitales, posee otra arista de importancia funcional, consiste en la imposibilidad de comisión de este delito mediante la imprudencia. Es lo cierto que en paragona internacional, concretamente europeo, a partir de la Convención sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los beneficios económicos derivados del delito, emitida por el Consejo de Europa en el año 1990 se quiebra el pensamiento contemplado en la Convención de Viena y se permite la modalidad de configuración del ilícito de lavado de activos a través de la modalidad imprudente. (En este sentido Vidales Rodríguez, Caty, op-cit, pág 19). En la legislación costarricense, el repetido elemento subjetivo, cumple un fin importantísimo toda vez que no permitiría la forma de comisión imprudente de este delito. Las razones apuntadas conducen a sostener en el voto de mayoría que los cargos imputados al señor Emmet por el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica encuadran en el delito de Legitimación de Capitales en la República de Costa Rica, por lo tanto se garantiza el principio de doble incriminación, declarándose sin lugar el recurso de casación formulado por este motivo de reclamo. Ahora bien, en la opinión de los suscriptores del voto de mayoría, la conducta atribuida al señor Emmett por la supuesta comisión del delito de Legitimación de Capitales se encuentra regulada en el ordinal 69 anteriormente transcrito, sobre el particular obsérvese como se le atribuye al encartado la realización de once transacciones financieras consistentes en la emisión de igual cantidad de cheques cuyos fondos provenían de la actividad ilícita de fraude y eran girados a nombre de empresas con la intención de eliminar lo que doctrinalmente "la huella o rastro del dinero" . Esta conducta encaja en el numeral 69 especial citada y por lo tanto el reproche se debe rechazar. Necesario resulta concluir este considerando con dos argumentos importantes, el primero de ellos formulado por la defensa y que se encuentra dirigido a señalar que el argumento de la defensa mediante el cual se estima que su patrocinado no pudo haber incurrido en estos delitos de

legitimación de activos por cuanto se encontraba en el territorio nacional de Costa Rica para esas datas, representa un argumento adicional de defensa propio de ser ejercido en la etapa de juicio. En este sentido debe precisarse que tal alegato no excluye al menos para los efectos que aquí interesan la posibilidad de que el señor Emmett hubiere participado en tales acciones, así por ejemplo se pudieron haber girado instrucciones por múltiples medios, teléfonos, internet, etcétera, de allí que se estima que será en el juicio correspondiente donde se pueda ponderar esta estrategia de defensa. Por último, la afirmación externada por el representante de la Procuraduría General de la República dirigida a considerar que tales transacciones financieras obviamente constituyen giros de una a otra empresa, "...con flagrante intención de hacerlo desaparecer..." igualmente no es un hecho que este tribunal pueda y deba tener por acreditado, sino que será un aspecto sobre el que versará igualmente el proceso a realizarse ante el Estado requirente la etapa de debate.

CONCLUSIONES

[HERNÁNDEZ RAMÍREZ]⁷

I. El delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico, es una figura más de las formas de encubrimiento, contenidas en el Ordenamiento Jurídico Penal Costarricense, pues presenta todos los presupuestos requeridos (legales y científicos) para tal clasificación.

Su contenido de injusto se encuentra constituido por la puesta en peligro (abstracto) del bien jurídico: Administración de Justicia.

II. El objeto material se encuentra representado por el "capital" del Narcotráfico. En este caso el término "capital" se haya constituido por el conjunto de bienes que sirven para producir otros bienes, se toma en cuenta el concepto amplio de capital que está formado por el capital financiero (dinero) y por el capital físico (conjunto de bienes).

III. El comportamiento humano sobre el que se apoya la sanción del artículo 17, está compuesto por la acción de "intervenir en cualquier tipo de contrato".

En este sentido, el contenido del concepto "contrato", que debe dársele a este término típico es el de "cualquier negocio jurídico de orden patrimonial y de carácter unilateral y bilateral".

Su injusto quedará plenamente constituido cuando en el agente se represente, según su finalidad, uno u otro o los dos "elementos subjetivos del injusto" que expresamente exige la Ley. Los dos elementos subjetivos del injusto son:

1. La tendencia a ocultar o encubrir el origen de los recursos.
2. La tendencia a lograr la impunidad del narcotraficante (eludir las consecuencias jurídicas).

Los anteriores elementos de carácter subjetivo también forman parte del Juicio de Culpabilidad.

También, señalamos que la descripción de la conducta típica del artículo 17, denota directamente que su realización exige una acción positiva, de tal forma que excluye las demás modalidades de conducta: omisión y comisión por omisión.

IV. En el ámbito de la culpabilidad, únicamente es punible la Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico como delito doloso.

En lo que concierne al "elemento intelectual del dolo", éste se integrará por dos aspectos indispensables: el conocimiento del origen ilícito del capital y el momento de ese conocimiento.

Por otra parte, "el elemento volitivo del dolo" exige la presencia de un dolo directo, con lo que se excluye la posibilidad de dolo eventual.

V. En cuanto a admitir la forma imperfecta (tentativa) en el delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico (que es de peligro abstracto y de mera actividad) consideramos que es perfectamente posible en los siguientes supuestos:

1. En aquellos actos realizados antes de formalizarse el contrato o negocio jurídico, actos íntimamente relacionados que rozan con la fase de consumación.

2. Tomándose como base el concepto del Derecho Civil de "consumación civil", tendrán el carácter de tentativa los actos que se realicen a través de cualquier negocio jurídico y que no lleguen al estadio de la consumación civil.

VI. En la actualidad la Política Criminal sobre drogas que se sigue en Costa Rica, responde a la utilización de un modelo internacionalista basado, fundamentalmente en la represión. Necesario es, desechar esta dirección política y en su lugar aplicar un modelo integrado (interdisciplinario) que dé paso a una Política Criminal liberalizadora que promueva la prevención y el tratamiento como posibles criterios de solución al problema droga-consumo.

En cuanto a posibles guías de solución al problema droga-tráfico y delincuencias que se derivan de éste, éstas deben ser dirigidas dentro de las pautas político-criminales propias de la

delincuencia económica.

VII. La ejecución técnica del delito de Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico se desarrolla en un proceso que involucra tres etapas:

1. La Inversión
2. La Acumulación
3. La Integración

El momento de mayor vulnerabilidad en el "blanqueo de capitales" es la fase de inversión porque en ella fácilmente se puede detectar la conexión entre el capital y el delito que lo produce.

De manera que, una Política Criminal que quiera aportar soluciones al problema de la legitimación de bienes y ganancias provenientes del narcotráfico, debe ser dirigida a crear un verdadero equilibrio entre la prevención y la represión sin incidir directamente en la economía de libre mercado.

Con ese fin, una posible estrategia podría estar integrada por los siguientes puntos:

1. Información Pública (principalmente dirigida a entidades económicas-financieras).
2. Legislación Adecuada (dotar de efectividad el tipo penal: admitir el peligro concreto y renunciar a la inclusión de elementos subjetivos del injusto).
3. Auxilio Internacional.

REFERENCIAS CITADAS:

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley 7786, Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 93 del: 15/05/1998 Alcance: 15.
- 2 Carla del Ponte. Narcotráfico Política y Corrupción (Varios autores). Crimen organizado y lavado de dinero. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá - Colombia 1997. Pp. 163-175.
- 3 HERNÁNDEZ RAMÍREZ Guillermo. EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALES PROVENIENTES DEL NARCOTRÁFICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COSTARRICENSE. Primera Edición. San José. Investigaciones Jurídicas S.A. 1993. Pp. 39-50.
- 4 LORÍA QUIRÓS, Carlos Roberto. De Caro Quintero a Ricardo Alem. Editorial Magenta. Primera Edición 2001. Pp. 129-133.
- 5 LEE MOLINA MARIA Y OTROS. El lavado de dinero producto del narcotráfico. Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, Universidad de Costa Rica, 1992. Pp.253-262.
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN PRIMERA. Resolución 164, San Ramón, a las dieciséis horas del dieciocho de abril de dos mil ocho. Expediente 07-000091-0016-PE.
- 7 HERNÁNDEZ RAMÍREZ Guillermo. EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALES PROVENIENTES DEL NARCOTRÁFICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COSTARRICENSE. Primera Edición. San José. Investigaciones Jurídicas S.A. 1993. Pp. 137-140.