

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



**“RELACIÓN ENTRE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
OBJETIVA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE
LAVADO DE ACTIVOS”**

Tesis presentada por el Bachiller:

Medina Valladares, Franco Emanuel

para optar el Título Profesional de:

Abogado

Asesor:

Dr. Cano Suárez, Berly Gustavo

**Arequipa – Perú
2019**

Arequipa, 28 de agosto de 2019

SEÑOR DOCTOR

GABRIEL TORREBLANCA LAZO
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica Santa María

De mi consideración:

Mediante el presente, cumplo con emitir dictamen respecto al Borrador de Tesis titulado "RELACIÓN ENTRE LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE ACTIVOS", presentado por el bachiller Sr. MEDINA VALLADARES, Franco Emanuel, para optar por el Título Profesional de Abogado, en el sentido que la tesis en mención cumple con la estructura anexa al Reglamento de Grados y Títulos de esta Facultad, la hipótesis ha sido comprobada, los objetivos han sido cumplidos, las conclusiones corresponden a la investigación efectuada y el proyecto normativo es innovador, por lo que cumple con las exigencias de una investigación jurídica, por lo que tiene mérito suficiente para ser sustentado oralmente.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración.

Atentamente,



MAURO PARI TABOADA
DOCENTE DICTAMINADOR
COD. 1378

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Arequipa, 03 de septiembre del 2019

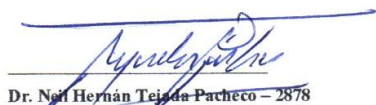
Señor Doctor
Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Presente.-

Referencia: Oficio N° 011-FCJYP/CD/T-2019
Informe sobre Borrador de Tesis

Tengo el agrado de dirigirme a usted con el objeto de remitir, a manera de Informe, con relación al borrador de tesis denominado "Relación entre la planificación de la teoría de la imputación objetiva y el establecimiento de la tipicidad en el delito de lavado de activos", presentado por el señor Bachiller en Derecho FRANCO EMANUEL MEDINA VALLADARES, en los siguientes términos: De acuerdo a lo revisado por el suscrito y dado que el proyecto respectivo fue aprobado por dos señores docentes, me permito señalar que el Borrador de Tesis tiene el mérito suficiente para ser sustentado por el señor MEDINA VALLADARES, estando a la innovación e importancia del tema, la relevancia jurídica y que se enmarca dentro de una de las Líneas de Investigación adoptadas por la Escuela Profesional de Derecho.

Por lo expuesto apruebo el mismo sugiriendo el pase a Sustentación,

Atentamente,



Dr. Neel Hernán Tejada Pacheco – 2878
Docente miembro de la Comisión Evaluadora de Tesis





A mis padres, a Francisco y a mamá Norkita



¡Que vivan los estudiantes!

Mercedes Sosa

RESUMEN

En la presente tesis, aplicamos la teoría de la imputación objetiva en el delito de lavado de activos con la finalidad de reconocer la manera en que cada uno de los criterios normativos desarrollados por la misma, permiten establecer la tipicidad de las conductas presentadas en casos relacionados a este delito. Lo anterior, tomando en cuenta que la hipótesis planteada tiene como premisa que nuestra legislación en materia de prevención de lavado de activos establece obligaciones a distintos profesionales y titulares de actividades económicas y financieras como sujetos que colaboran y garantizan la lucha eficaz contra este delito; por lo que se plantea que a través de esta teoría, se permita una adecuada comprensión de su regulación aportando el enfoque basado en riesgo como un principio normativo sustancial, el cual se encuentra inspirado en sus planteamientos. Para ello también se hace referencia al caso Panamá Papers y a la reciente legislación panameña en la materia, para observar de qué manera se pueden identificar las instituciones de la teoría de la imputación objetiva en algunos sucesos que han sido expuestos por los medios de comunicación.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la imputación objetiva. Lavado de Activos.

ABSTRACT

In this thesis, we apply the theory of objective imputation in the crime of money laundering with the purpose of recognizing the manner that each one of the normative standard, developed by it, allow to establish the typicality of the behaviors presented in cases related to this crime. The previous, taking into account that the hypothesis is based on the premise that our legislation on the prevention of money laundering establishes obligations for different professionals and holders of economic and financial activities as subjects that collaborate and guarantee the effective fight against this crime; so it is proposed that through this theory, an adequate understanding of its regulation is allowed, providing the risk based approach as a substantial normative principle, which is inspired by its ideas. For this purpose, reference is also made to the Panama Papers case and to the recent Panamanian legislation on the matter, in order to observe how the institutions of the objective imputation theory can be identified in some events that have been exposed by the media.

KEY WORDS

Theory of objective imputation. Money laundering.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años en nuestro país, los hechos vinculados a delitos de corrupción, narcotráfico y organizaciones criminales en general, han tenido como factor común la comisión de conductas relacionadas al lavado de activos. Ello ha permitido una discusión a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal acerca de los principales aspectos de tipificación, persecución y sanción sobre este delito.

Es así que, en cuanto al Sistema de Prevención y Lucha contra el Lavado de Activos, se cuenta con la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú [UIF-Perú] como institución encargada de detectar operaciones sospechosas relacionadas con lavado de activos y de esa manera coadyuvar a la persecución del delito. Para ello se ha establecido que ciertos sujetos que desarrollan alguna actividad, ya sea económica o profesional, implementen políticas de debida diligencia que les permita identificar a los clientes con quienes se relacionan, y de ser el caso, reportar las actuaciones que potencialmente puedan vincularse al blanqueo de capitales.

Por otro lado, desde una perspectiva funcionalista del derecho penal, las personas actúan de acuerdo a un rol social determinado, por lo que las relaciones sociales deben desarrollarse en el marco del respeto a las normas que rigen esa vida en sociedad; de manera que, por ejemplo, en el ámbito de las labores que ejercen los sujetos obligados referidos en el párrafo anterior, estas cuentan con regulaciones especiales que guían sus actuaciones.

De esta manera encontramos que la legislación en materia de lavado de activos constituye un campo de estudio adecuado para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, que tiene como uno de sus fundamentos el considerar que la vida en sociedad se encuentra ordenada en base a normas, y a partir de ello desarrolla criterios normativos de imputación que permiten establecer la relevancia penal de ciertos comportamientos pudiendo con ello analizar la tipicidad de la conducta.

Siendo así, el problema jurídico presentado en esta investigación está referido a establecer los límites y alcances de una imputación por delito de lavado de activos cuando las actividades de los sujetos supervisados por la UIF-Perú se relacionan con el lavado de dinero, debido a la complejidad del delito y sus elementos típicos.

Para ello con la teoría de la imputación objetiva evidenciaremos cómo se aplican las instituciones que la conforman en el establecimiento de la tipicidad de los comportamientos; asimismo sus fundamentos nos permitirán establecer la necesidad de que a través de nuestra legislación se permita la comprensión e interiorización por parte de los sujetos supervisados por la UIF-Perú respecto de los riesgos que pueden presentarse cuando se vinculan a conductas relacionadas con el lavado de activos, planteando la importancia de contar con un principio normativo referido a un enfoque basado en riesgos.

Respecto al contenido del presente trabajo, a través del primer capítulo describiremos al delito de lavado de activos y las distintas etapas en las que se desarrolla, así como la regulación actual conforme a nuestra legislación y los distintos pronunciamientos que ha tenido la Corte Suprema para su interpretación. En el segundo capítulo abordaremos la problemática planteada a través de la aplicación de cada una de las instituciones de la teoría de la imputación objetiva, las cuales son desarrolladas por los autores alemanes Claus Roxín y Günther Jakobs, en la legislación sobre lavado de activos, específicamente en las normas de prevención dictadas por la UIF-Perú, debido a que a través de ellas se regula la actividad de los sujetos obligados; así podremos determinar el fundamento dogmático de algunas disposiciones y la falta de un enfoque basado en riesgos en nuestra legislación. El tercer capítulo encuentra su justificación en la importancia y la forma en que se puede emplear una legislación que tiene como principio un enfoque basado en riesgos, como la legislación panameña, para el análisis de un caso complejo y reciente como es el denominado *“Panamá Papers”*, sobre todo respecto a la actividad de los abogados que prestan servicios de constitución de sociedades anónimas; pudiendo identificar incluso, a través de algunos casos, el modo en que se presentan y aplican los postulados de la teoría de la imputación objetiva.

Finalmente, cabe precisar que habiendo determinado la ausencia de un lineamiento tan importante como es el enfoque basado en riesgos que cubra plenamente nuestra legislación en materia de prevención y lucha contra el lavado de activos que se sustenta en los postulados de la teoría de la imputación objetiva, es que se plantea como sugerencia una iniciativa legislativa relacionada a ello.

ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

ÍNDICE DE TABLAS

CAPÍTULO I: DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS..... 1

1. INTRODUCCIÓN 2

2. GAFILAT Y LA TIPOLOGÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS 3

3. ETAPAS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS..... 10

4. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN PERÚ..... 11

4.1. ANTECEDENTES..... 11

4.2. CONDUCTAS TÍPICAS 16

4.3. BIEN JURÍDICO Y VIGENCIA DE LA NORMA 21

4.4. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL..... 24

4.5. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA 28

4.6. DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O
TRANSACCIONES SOSPECHOSAS..... 37

CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN
LA DETERMINACIÓN DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DE LAVADO DE
ACTIVOS 44

1. INTRODUCCIÓN 45

2. POSTULADOS DE CLAUS ROXÍN 45

3. POSTULADOS DE GÜNTHER JAKOBS 59

3.1. PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LA NORMATIVIDAD SOBRE
LAVADO DE ACTIVOS 61

3.2. PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA NORMATIVIDAD SOBRE
LAVADO DE ACTIVOS 70

3.3. LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA EN LA NORMATIVIDAD SOBRE
LAVADO DE ACTIVOS 73

CAPÍTULO 3: CASO PANAMÁ PAPERS: EL MODELO DE LA LEGISLACIÓN
PANAMEÑA INSPIRADA EN UN ENFOQUE DE RIESGO..... 77

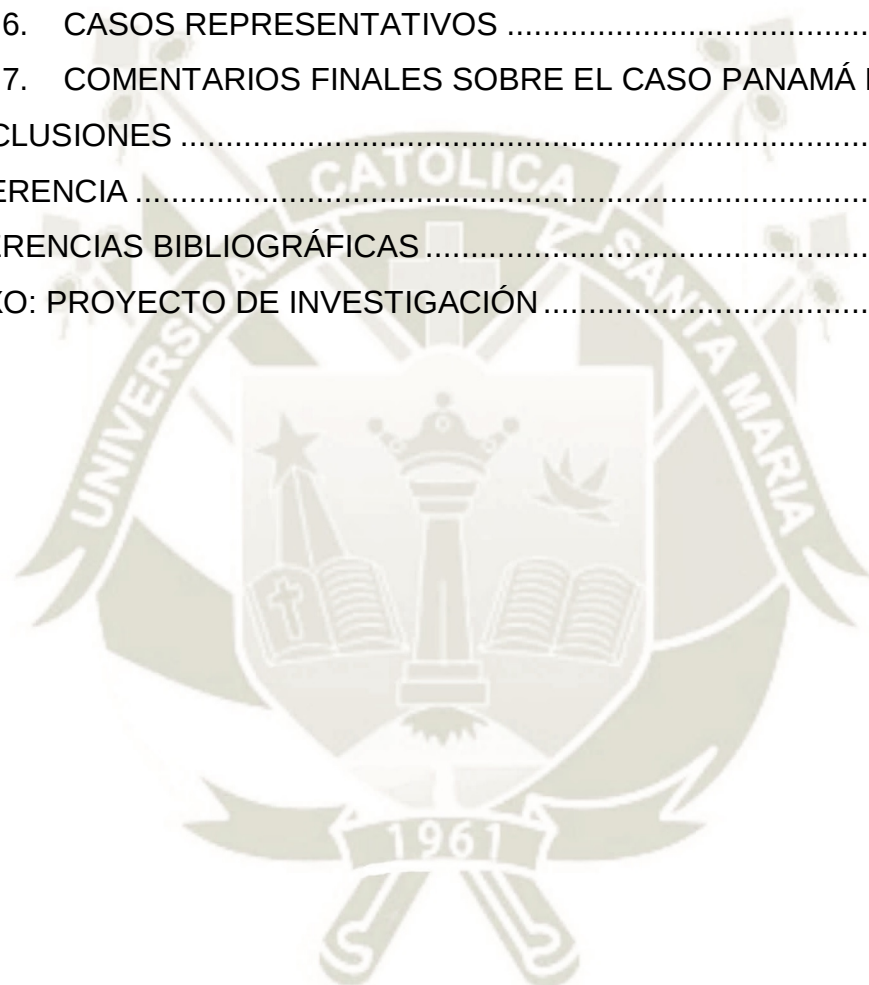
1. INTRODUCCIÓN 78

2. LEGISLACIÓN PANAMEÑA EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS 78

2.1. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN PANAMÁ 78

2.2. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE
ACTIVOS:..... 85

3. CASO PANAMÁ PAPERS.....	88
3.1. MOSSACK FONSECA.....	90
3.2. SOCIEDADES OFFSHORE Y PARAÍSO FISCAL	93
3.3. PANAMÁ, CENTRO DE OPERACIONES DE MOSSACK FONSECA.....	98
3.4. RÉGIMEN LEGAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN PANAMÁ 101	
3.5. IMPUTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ.....	112
3.6. CASOS REPRESENTATIVOS	116
3.7. COMENTARIOS FINALES SOBRE EL CASO PANAMÁ PAPERS	166
CONCLUSIONES	170
SUGERENCIA	172
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
ANEXO: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	187



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Sujetos Obligados a Informar	41
Tabla 2 Factores de riesgo.....	53
Tabla 3 Intermediarios de Mossack Fonseca	93
Tabla 4 Paraísos Fiscales utilizados por Mossack Fonseca.....	98
Tabla 5 Información solicitada por el agente residente en Panamá.....	109
Tabla 6 Imputación del Ministerio Público a Mossack Fonseca.....	115
Tabla 7 Caso Eugenio Dunazet Urbina	118
Tabla 8 Caso: Exportadoras de oro en Perú	121
Tabla 9 Caso Jorge Zavaleta Vargas	123
Tabla 10 Caso Marllory Chacón Rossell	126
Tabla 11 Caso Andrew Mogilyansky	129
Tabla 12 Caso Serguei Roldugin.....	134
Tabla 13 Caso Arturo Del Tiempo Marqués	136
Tabla 14 Caso Guerra Civil en Siria	139
Tabla 15 Caso Guerra Civil en Siria	143
Tabla 16 Caso esposos Adrián Velásquez y Claudia Díaz.....	147
Tabla 17 Caso Lazaro Baez y el Fondo NML.....	151
Tabla 18 Caso Ment Dijkhuizen Cáceres	155
Tabla 19 Caso Alaa Mubarak.....	157
Tabla 20 Caso Siemens.....	162
Tabla 21 Caso Lava Jato	166

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS



1. INTRODUCCIÓN

Desde su origen, la tipificación del delito de lavado de activos ha estado vinculado con las actividades que formaban parte del tráfico ilícito de estupefacientes, así tenemos a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, conocida como la Convención de Viena [ratificada por nuestro país mediante Resolución Legislativa N°25352 de mil novecientos noventa y uno], mediante la que los Estados partes se comprometían a tomar acciones de cooperación para la lucha contra este delito, y a la que la doctrina reconoce como el instrumento jurídico que dio inicio a su regulación, tal como lo señala parte de su preámbulo:

Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados.

[...]

Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.

Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad (Naciones Unidas, 1988)

Como se aprecia, desde un primer momento, los Estados parte reconocieron que el ingreso de aquellas ganancias patrimoniales provenientes de la comisión del delito de tráfico ilícito significaba un daño a la sociedad, particularmente al mercado y al funcionamiento del estado, identificando incluso que la razón por la que algunas personas se dedican a esa actividad era justamente el beneficio económico que esta les proveía, por lo que se hacía necesario impedirles el disfrute de las mismas.

Hasta la actualidad han pasado más de treinta [30] años y las nuevas modalidades de criminalidad han permitido vincular al lavado de activos a diversos delitos

relacionados con la criminalidad organizada, como la trata de personas, la minería ilegal, delitos de corrupción de funcionarios, entre otros; los cuales tienen como característica en común la posibilidad de generar algún beneficio patrimonial a las personas involucradas en dichos actos; de manera que el objetivo que se pretendió en un inicio al promover que los Estados incluyeran en su legislación el delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico ilícito de estupefacientes, esto es privarlos del incentivo económico por el cual desarrollan la actividad, aún se mantiene.

Ahora bien, como punto de partida para este capítulo, tomaremos la definición que brinda el profesor Prado Saldarriaga (2013) sobre este delito:

Identificábamos a este delito con un conjunto de negocios jurídicos u operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con actividades criminales.

En ella podemos reconocer las dos principales características de este delito: que se trata de un grupo de actividades que procuran el ingreso de ciertas ganancias al tráfico económico, y que estas últimas tienen como origen otro delito. Podemos precisar además que la razón por la que se lleva a cabo esa conducta es para que el autor del delito que originó los beneficios ilícitos pueda aprovecharlos y disfrutar de ellos.

2. GAFILAT Y LA TIPOLOGÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Resulta importante para esta investigación conocer las principales características que la doctrina ha distinguido respecto al delito de lavado de activos desde una perspectiva criminológica, lo cual nos permitirá entender la influencia y la forma en que opera este delito en la sociedad, debido a que uno de los objetos de estudio de esta rama es el análisis de las formas de actuar de las personas que cometen un acto delictivo.

Para ello tendremos en cuenta lo señalado por uno de los organismos internacionales que ha expuesto con mayor detalle la situación actual respecto al combate de este delito: el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica

[GAFILAT]; este es un organismo intergubernamental, actualmente conformado por diecisiete [17] países de América Latina y tiene entre sus finalidades la prevención y el combate del lavado de activos, procurando la cooperación entre los países miembros. Dentro de sus actividades, el GAFILAT (2019) realiza constantes informes y recomendaciones a partir de las *“Evaluaciones Mutuas”*, las cuales consisten en la revisión de los sistemas y mecanismos de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo de cada país, teniendo como parámetro un documento denominado *“40 recomendaciones”*, que es actualizado constantemente, y que contiene estándares internacionales cuya implementación sirve de apoyo para el cumplimiento del objetivo de lucha y prevención del delito de lavado.

El GAFILAT, define tipología de la siguiente manera:

Es la clasificación y descripción de las técnicas utilizadas por las organizaciones criminales para dar apariencia de legalidad a los fondos de procedencia lícita o ilícita y transferirlos de un lugar a otro o entre personas para financiar sus actividades criminales.

Cuando una serie de esquemas de lavado de activos [LA] o financiamiento del terrorismo [FT] parecen estar contruidos de manera similar o usan los mismos o similares métodos, pueden ser clasificados como una tipología. (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2018) .

Este organismo aclara que la descripción de las tipologías no implica una determinación en cuanto a la responsabilidad penal de las personas, debido a que esta se ventila a través de un proceso judicial, sino que estas sirven de alertas para mejorar las estrategias de lucha y prevención. Asimismo, se debe tener en cuenta que la publicación de informes es periódica, de manera que se pretende actualizar constantemente las tipologías que fueron expuestas en un informe anterior.

Para el GAFILAT no hay duda que el lavado de activos se encuentra íntimamente relacionado con el crimen organizado, así lo expresa en el *“Informe de amenazas regionales en materia de Lavado de Activos”* (2017) , que comprende un estudio sobre la situación de América Latina entre los años 2015 y 2016; y en el que

describe los delitos que considera determinantes para la generación de patrimonio ilícito en el continente, entre los que se encuentran:

- Contrabando: El cual consiste en el ingreso o salida de mercancías ilegales sin el pago de los derechos aduaneros o tributos correspondientes. El informe señala que si bien en un inicio en este delito estaban involucrados comerciantes que se ubicaban en las fronteras, las complejas operaciones sobre comercio internacional que se presentan hoy en día han hecho necesaria la intervención de organizaciones criminales que se aprovechan de la naturaleza de esos procesos y la limitación en cuanto a logística y capacidad de supervisión de las entidades aduaneras para traficar con productos textiles como ropa, así como licores, cigarros y acero. Al respecto señalan que la Alianza Latinoamericana contra el Contrabando ha estimado que anualmente ingresan al continente entre setenta mil y ochenta mil millones de dólares mercancías de contrabando. (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2017) .

De acuerdo al último reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] (2019) el monto involucrado por operaciones de contrabando hasta la fecha asciende a quinientos treinta y nueve millones de dólares. Además, de acuerdo a la Información Estadística (Unidad de Inteligencia Financiera Perú, 2019), en el año 2018 se generaron más de ciento cincuenta reportes de operaciones sospechosas con el contrabando como presunto delito precedente.

- Corrupción: Definida por la ONG Transparencia Internacional como el abuso de un poder que ha sido confiado, en beneficio personal; las consecuencias que trae este delito están vinculadas al desincentivo de las inversiones, así como una afectación a la calidad de la infraestructura pública. El GAFILAT ha detectado que una de las principales razones para la comisión de este delito se encuentra en la financiación de partidos políticos, el cual se manifiesta en donaciones de campaña a cambio de alguna contratación pública, préstamo o concesión, en beneficio de terceras personas y en perjuicio de los intereses de la sociedad. (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2017).

De acuerdo al último reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] (2019) el monto involucrado por operaciones de corrupción hasta la fecha asciende a mil cuatrocientos noventa y un millones de dólares. Además, de acuerdo a la Información Estadística (Unidad de Inteligencia Financiera Perú, 2019) entre los años 2010 y 2018 se generaron casi dos mil reportes de operaciones sospechosas con delitos contra la administración pública como presunto delito precedente.

- Delitos fiscales: Los cuales comprenden todas aquellas conductas que implican el no pago de tributos por parte de quienes se encuentran legalmente obligados. El daño generado por estos delitos consiste en la privación de ingresos al Estado para el cumplimiento de sus funciones y la atención de necesidades en la población, y en la pérdida de confianza del gobierno sobre la efectividad en el cobro de tributos. De acuerdo al Informe del GAFILAT la problemática sobre este delito se manifiesta en las empresas multinacionales que despliegan una serie de acciones que pretender disminuir el monto de sus obligaciones tributarias a través del abuso en la aplicación de la normativa internacional sobre el tema; no obstante ello, se reconoce el avance legislativo en algunos Estados del continente para obstaculizar las prácticas defraudadoras al fisco. (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2017).

De acuerdo al último reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] (2019) el monto involucrado por operaciones de defraudación tributaria hasta la fecha asciende a mil quinientos veinticinco millones de dólares. Además, de acuerdo a la Información Estadística (Unidad de Inteligencia Financiera Perú, 2019), entre los años 2010 y 2018 se generaron más de tres mil reportes de operaciones sospechosas con delitos de defraudación tributaria como presunto delito precedente.

- Extracción ilegal de recursos naturales: Específicamente se hace referencia al delito de minería ilegal, el cual afecta áreas protegidas y no cumple con los mínimos requerimientos medioambientales; a partir de este delito, el GAFILAT señala que las organizaciones criminales realizan el contrabando de metales como el oro debido a que les resulta más accesible el ingreso

de este producto a la economía. Resulta interesante lo que revela este informe en cuanto a la relación de este delito con el de tráfico ilícito de drogas, debido a que se ha detectado que las organizaciones dedicadas a este último delito se dedican a actividades como la deforestación con la finalidad de construir pistas de aterrizaje clandestinas que les permita trasladar las sustancias que fabrican. (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2017).

De acuerdo al último reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] (2019) el monto involucrado por operaciones de minería ilegal hasta la fecha asciende a cinco mil ochocientos noventa millones de dólares. Además, de acuerdo a la Información Estadística (Unidad de Inteligencia Financiera Perú, 2019) entre los años 2010 y 2018 se generaron más de cuatrocientos reportes de operaciones sospechosas con el delito de minería ilegal como presunto delito precedente.

- Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas: El informe del GAFILAT resalta que este delito tiene especial incidencia en nuestro continente por las condiciones geográficas del mismo que permiten el cultivo de cannabis, adormidera de amapola y hoja de coca, los cuales constituyen el insumo principal de sustancias psicotrópicas y estupefacientes como la cocaína; constituyendo América del Sur el único proveedor mundial de este último. En cuanto al cannabis, se indica que el mayor consumo se encuentre en América del Norte y África. (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2017).

De acuerdo al último reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] (2019) el monto involucrado por tráfico ilícito de drogas hasta la fecha asciende a cinco mil cuatrocientos sesenta y dos millones de dólares. Además, de acuerdo a la Información Estadística (Unidad de Inteligencia Financiera Perú, 2019), entre los años 2010 y 2018 se generaron casi mil quinientos reportes de operaciones sospechosas con el delito de tráfico ilícito de drogas como presunto delito precedente.

- Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes: En cuanto al delito de tráfico ilícito de migrantes, el cual consiste en el favorecimiento de la entrada de

una persona de manera ilegal a un Estado a cambio de un beneficio económico, este ha cobrado mucha relevancia debido al incremento de organizaciones criminales que desarrollan esta actividad, por la rentabilidad de la misma, y el bajo riesgo de detección y juzgamiento.

Respecto a la trata de personas que compromete una serie de conductas que pasa por el reclutamiento, transporte, recepción y alojamiento de personas a las que se les tiene engañadas o amenazadas, con la finalidad de explotarlas laboral o sexualmente, e incluso para el tráfico de sus órganos, el GAFILAT resalta los costos que implica el combate y la prevención de este delito, así como el tratamiento a las víctimas.

En ambos casos se indica que debido a que se cometen a través del crimen organizado, existe un detrimento a la distribución de la riqueza que afecta de manera negativa los mercados y en general a la sociedad (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2017).

De acuerdo al último reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] (2019) el monto involucrado por operaciones de trata de personas hasta la fecha asciende a cincuenta y siete millones de dólares. Además, de acuerdo a la Información Estadística (Unidad de Inteligencia Financiera Perú, 2019), entre los años 2010 y 2018 se generaron más de cien reportes de operaciones sospechosas con delitos contra la libertad [proxenetismo, secuestro y trata de personas] como presunto delito precedente.

Habiendo identificado cuáles son los principales delitos que se encuentran relacionados con el lavado de activos, sobre todo en nuestro continente, corresponde ahora conocer los mecanismos que utilizan las organizaciones criminales para la comisión del blanqueo de los capitales generados por estas actividades ilícitas; para ello tendremos en cuenta otro de los informes emitidos por el GAFILAT titulados *“Recopilación de tipologías regionales del GAFILAT 2009-2016”* (2016) y *“Casos y Tipologías Regionales 2017-2018”* (2019) que son el resultado de una reunión entre representantes de los Estados que forman el organismo, para compartir las tipologías que se habían presentado en sus jurisdicciones, de manera que se intercambia información y se promueve la cooperación entre ellos. Se debe aclarar que los informes sobre tipologías que

publica el GAFILAT, constituyen actualizaciones constantes sobre diversos casos, de manera que una vez conocidos los mismos se realiza una clasificación para organizarlos a través de ejes temáticos, con la finalidad de mostrar un adecuado orden en la información recopilada; cada eje temático consiste en las principales actividades que se llevan a cabo para el blanqueo de capitales, pudiendo mencionar:

- Utilización de servicios de remesas y cambio de divisas, formales e informales, y traslado físico de dinero en efectivo; por ejemplo, el ingreso de monedas extranjeras al interior de otro país a través de un medio de transporte clandestino, con la finalidad que una vez producida la conversión, estos retornen a su lugar de origen.
- Utilización de vehículos corporativos y estructuras de personas jurídicas; en este encontramos la creación de empresas de fachada para la colocación de dinero ilícito.
- Lavado de activos a través de actividades y profesiones no financieras designadas; por ejemplo, mediante la constitución de Organismos No Gubernamentales [ONG's], inmobiliarias, casinos, joyerías, entre otros.
- Utilización de operaciones de comercio exterior y contrabando; por ejemplo, a través de la simulación de importaciones de ciertos bienes, para lo cual se crean cuentas bancarias afirmando que las mismas servirán para el pago a proveedores del exterior.
- Lavado de activos a través de desvío de fondos, procesos de licitación y otros actos corruptos; por ejemplo, la comisión del delito de cohecho por parte de un funcionario del gobierno, utilizando para ello algún testaferro.
- Incremento inexplicable de riquezas por parte de personas físicas y uso de testaferros; que se manifiesta cuando las personas tienen ingresos económicos que no guardan relación con su historial financiero y laboral.
- Financiamiento del terrorismo; entre los que encontramos casos de organizaciones criminales dedicadas a la minería ilegal que venden el metal extraído a comercializadoras internacionales que no realizan una debida

diligencia respecto al origen del producto, por lo que la ganancia obtenida es utilizada para financiar acciones terroristas.

Definitivamente las operaciones que se realizan en los casos específicos dentro de cada uno de los ejes temáticos es mucho más compleja en relación a los ejemplos que hemos citado; sin embargo los mismos nos sirven para conocer los diferentes métodos utilizados por las organizaciones delictivas para el lavado de dinero.

3. ETAPAS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

La distinta tipología expuesta anteriormente ha permitido a la doctrina sistematizar las conductas mediante las cuales se desarrolla el delito de lavado de activos, es decir, el proceso que se sigue para introducir el capital ilegalmente obtenido, en el tráfico económico; ello constituye también un aporte para la tipificación de este delito. Siendo así, procederemos a referirnos a cada uno de ellos:

- Colocación: Como primera fase del proceso de lavado, esta consiste en el ingreso del dinero ilícitamente obtenido al sistema económico y/o financiero a través de operaciones que, si bien pueden llevarse a cabo a través de testaferros, implican una cercanía, en cuanto a la determinación de la identidad del titular de los activos; estas pueden consistir por lo general en la realización de varios depósitos en cuentas de instituciones financieras como bancos o cajas de ahorro con montos que no impliquen que se califique a la operación como sospechosa [es decir que la cantidad y naturaleza de la misma guarde relación con la actividad o antecedentes del cliente], o convirtiendo el dinero en efectivo en títulos valores como cheques o pagarés que pueden ser emitidos al portador, con la finalidad de evitar la identificación del titular. Otra forma en la que se lleva a cabo esta etapa es a través del transporte del capital de origen ilícito hacia el extranjero, sobre todo a países con bajos estándares en la detección de operaciones de lavado de activos, por ejemplo, a través de su sistema cambiario.
- Intercalación: También conocida como oscurecimiento o estructuración, consiste en la realización de una serie de operaciones con la finalidad de alejar o incluso eliminar cualquier rastro del origen ilícito del capital; para ello se recurre a la realización de diversas transacciones a través de entidades

financieras que dificultan el seguimiento de los montos transferidos. Es en esta etapa donde aparece la creación de empresas off-shore en lugares denominados “*paraísos fiscales*”, debido a que las mismas permiten mantener en el anonimato al beneficiario final de las cuentas bancarias que ponen a estas sociedades como titulares, llegando incluso a constituirse diversas empresas de este tipo relacionadas unas con otras imposibilitando aún más el descubrimiento del dinero de origen ilegal. La adquisición de bienes de gran valor, como vehículos de transporte, inmuebles, joyas o inclusive obras de arte, los cuales son revendidos posteriormente, también se encuentra dentro de esta etapa, así como las solicitudes de créditos hacia las entidades financieras.

- Integración: Siendo la última etapa del proceso de blanqueo de capitales, la misma implica el ingreso del dinero, revestido de la apariencia de legalidad otorgado por las dos anteriores etapas, a las actividades económicas desarrolladas en la sociedad; con lo cual en esta fase el lavador se encontraría en una posición que le permitiría disfrutar del capital ilícito a través de distintas inversiones, las cuales pueden llevarse a cabo en el sector financiero, inmobiliarias, restaurantes, juegos de apuestas o la constitución de cualquier empresa en un rubro que le permita tener rentabilidad.

4. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN PERÚ

4.1. ANTECEDENTES

La primera vez que en nuestro país se tipificó el delito de lavado de activos, fue con el Decreto Legislativo N°736 (1991), a través del cual el Estado peruano incorporaba dos artículos al Código Penal:

Artículo 296-A.- El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con ciento veinte a trescientos días de multa e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1], 2] y 4].

El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena.

Artículo 296- B.- El que interviniera en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros valores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1], 2] y 4].

La figura delictiva descrita se grava sancionándose con el máximo de ley como mínimo, si el agente, siendo miembro del sistema bancario o financiero, actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero.

Las penas consideradas en los artículos precedentes se duplicarán si se comprueba que los ilícitos penales están vinculados con actividades terroristas.

En la investigación de los delitos previstos en este Decreto Legislativo no habrá reserva o secreto bancario o tributario alguno. El Ministerio Público, siempre que exista indicios razonables solicitará de oficio o a petición de la autoridad policial competente, el levantamiento de estas reservas asegurándose previamente de que la información obtenida sólo será utilizada en relación con la investigación financiera de los hechos previstos como tráfico ilícito de drogas y/o su vinculación con el terrorismo.

Si bien la principal razón por la cual Perú introdujo este delito fue para combatir los altos niveles en los que la criminalidad organizada dedicada al tráfico de drogas se encontraba actuando debido a la aparición de sofisticados y complejos procedimientos financieros que permitían aprovechar las ganancias obtenidas; e incluso la vinculación de estas actividades con las desarrolladas en esa época por el grupo terrorista Sendero Luminoso que ponían en riesgo la seguridad nacional;

de acuerdo a la exposición de motivos de esta norma también se pretendía cambiar la imagen del país en materia de cumplimiento de compromisos internacionales, como una forma de recuperarse de la grave crisis económica de esa época, así se señalaba:

Que el Decreto Legislativo en cuestión pretende cautelar la legalidad de las instituciones democráticas y la seguridad nacional recuperando la confianza y credibilidad, con el propósito de garantizar la imagen del Perú ante los organismos internacionales que promuevan la INSERCIÓN [sic] del gobierno peruano ante el mundo financiero y ante los que desarrollan francas acciones de lucha contra el tráfico ilícito de drogas o el narcotráfico (Sistema Peruano de Información Jurídica, 1991).

Asimismo respecto a esta norma, el profesor Prado Saldarriaga (2008) llama la atención acerca del poco desarrollo doctrinal que tuvo este delito en su aparición y la técnica legislativa empleada, la cual consideraba engorrosa si se le comparaba con instrumentos internacionales como la Convención de Viena [1988] y el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas [CICAD], precisando incluso que la fuente legislativa que sirvió de inspiración para esta primera regulación peruana en materia de lavado de activos, era la ley argentina N°23737 de 1989.

La vigencia del Decreto Legislativo 736 fue corta, debido a que el 10 de febrero de 1992 fue derogada [ley N°25399], y al día siguiente se promulgó la ley N°25404 que establecía como una agravante del delito de receptación el que los bienes objeto del mismo provengan de los delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo. Las críticas por parte de la doctrina especializada se sustentaron en describir la falta de técnica legislativa en la redacción de este delito; así podemos señalar a Luis Lamas Puccio (1999), para quien no era adecuado el que la ley no mencione al sistema financiero como un mecanismo importante para las operaciones de lavado, debido a que este no consistía en meras negociaciones, sino que incluía operaciones financieras complejas y sofisticadas, que incluso podían permitir la suspensión del secreto bancario; asimismo se especificaba que la diferencia entre el lavado de activos y la receptación, la misma que consiste en que en el primero

se exige que el sujeto actúe con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; sin embargo en el segundo este elemento subjetivo no era exigido, llegando incluso algunos autores a señalar que la naturaleza del delito de receptación consiste en el ánimo de lucro con el que actúa el autor, ello ha sido recogido también en el Acuerdo Plenario N°3-2010/CJ-116 en su fundamento 27°.

El 9 de abril de 1992 se promulgó el Decreto Ley 25428 que derogaba la ley N°25404 y reincorporaba los artículos 296-A y 296-B al Código Penal, tal como se regularon por el Decreto Legislativo 736; posteriormente el 13 de agosto de 1993 se modificó la penal contemplada en el artículo 296-B por la de cadena perpetua mediante la ley 26223, y el 15 de diciembre de 1999 mediante ley 27225, precisaba que respecto al artículo 296-B, cuando se encuentre comprendido algún miembro de una persona jurídica de derecho privado, la condición de miembro del directorio, gerente, socio, accionista, directivo, titular o asociado de la misma, no constituía indicio suficiente de responsabilidad en la comisión del delito de lavado de dinero.

De acuerdo a lo referido por Manuel Abanto Vásquez (2015), la legislación de esa época adolecía de deficiencias tales como el no incluir a los delitos de corrupción entre las actividades generadoras de ganancias ilícitas materia de lavado, la falta de tipificación del delito de omisión de reportar operaciones sospechosas fuera del ámbito financiero, la ausencia de supervisión y de una unidad de seguimiento de operaciones de lavado y la imposibilidad de decomisar los bienes ilícitos; es por ello que luego de que se discutieran varios proyectos de ley que tenían como finalidad mejorar la regulación sobre esta materia, se promulgó, el 26 de junio del 2002, la ley 27765, denominada “Ley Penal contra el Lavado de Activos”, la cual establecía conductas más precisas y claras comparadas con sus antecedentes; sancionaba los actos de conversión y transferencia de bienes de origen ilícito, así como los de ocultamiento y tenencia; todos ellos como delito de peligro abstracto; también establecía como agravantes el que el sujeto se aproveche su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, y que se cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal; además esta ley tipificaba el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas. También facultaba al Fiscal de la Nación a levantar el secreto bancario, la reserva tributaria y la reserva bursátil, así como a través de autoridad judicial. Respecto a los delitos precedentes, ya no se consideraba

únicamente al tráfico ilícito de drogas sino también terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, entre otros; precisándose que no era necesario que estas actividades ilícitas se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o sentencia condenatoria.

La ley 27765 fue modificada por el Decreto Legislativo 986 publicado el 22 de julio del 2007, a través de la referida norma, el delito de lavado de activos se convirtió en un delito de resultado debido a que se exigía que se compruebe que con las conductas realizadas se haya dificultado la identificación del origen del patrimonio ilícitamente obtenido, su incautación o decomiso; además de agregaron las conductas de administración, transporte dentro del territorio nacional, e introducción y retiro de los bienes ilícitos. Cabe precisar que esta última norma fue materia de los pronunciamientos de la Corte Suprema recaídos en el Acuerdo Plenario N°3-2010-CJ/116 y Acuerdo Plenario N°7-2011/CJ-116.

El profesor Abanto (2015) también reseña que esta legislación fue materia de críticas en foros internacionales como el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica [GAFISUD], entre las que se encontraban la falta de medidas de prevención a sectores vulnerables fuera del ámbito financiero, de un sistema de coordinación interinstitucional sobre política y acciones contra el lavado de activos, de las facultades a la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF] para levantar el secreto bancario y la reserva tributaria. Además del vacío legal en la tipificación del delito de financiación del terrorismo y de tipos omisivos relacionados al control y otorgamiento de información; así como una regulación sobre pérdida de dominio.

Es por ello que el 18 de abril del 2012 se promulgó el Decreto Legislativo 1106 (República del Perú, 2012), el mismo que constituye la norma actual en materia de lavado de activos junto con sus modificaciones [Decreto Legislativo 1249 y 1367]. En la exposición de motivos de esta norma se resalta que la misma pretende optimizar la tipicidad del delito, y las reglas de persecución, procesamiento y sanción penal; además reafirma la necesidad de que la tipificación del delito de lavado de activos incluya como delitos previos todos aquellos capaces de generar ganancias de manera ilícita, haciendo especial énfasis en el delito de minería ilegal y de criminalidad organizada.

4.2. CONDUCTAS TÍPICAS

4.2.1. Actos de conversión y transferencia:

El artículo 1° del Decreto Legislativo 1106 establece:

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1], 2] y 8] del artículo 36 del Código Penal. (Decreto Legislativo 1106, 2012)

Respecto a los actos de conversión, ellos corresponden a la etapa de colocación, e implican la transformación de los bienes de origen ilícito en otros, por ejemplo, el dinero efectivo en títulos valores; también se pueden identificar conductas de “*pitufeo*”, consistentes en transacciones con pequeñas cantidades de dinero a efecto de evitar los controles legales; García Caveró (2015) señala que debe considerarse una interpretación amplia de esta conducta en atención al fin de protección de la norma que consiste en abarcar la mayor cantidad de comportamientos primarios relacionados a otorgar una apariencia de legalidad a los bienes obtenidos a partir de actividades ilícitas, siendo así se incluye también dentro de estas conductas a los actos de inversión por ejemplo en el sector inmobiliario o la adquisición de acciones en alguna empresa.

La transferencia corresponde a la segunda etapa del lavado de activos, la intercalación, de manera que abarca todas las conductas relacionadas a alejar el rastro del origen ilícito de los bienes que fueron objeto de colocación; ello se puede realizar a través del sistema financiero, como por ejemplo préstamos; pero también mediante operaciones comerciales como la compra de bienes onerosos. Para Gálvez Villegas (2004) el término transferencia debe interpretarse como el traslado de bienes de una esfera jurídica a otra, por lo que siempre implica la transmisión de activos a terceros sea a título oneroso o gratuito. Además, Prado Saldarriaga (2013) precisa que lo importante para el sujeto activo no es obtener mayor ganancia sino legitimar la que ya posee.

4.2.2. Actos de ocultamiento y tenencia

El artículo 2° del Decreto Legislativo 1106 establece:

El que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1], 2] y 8] del artículo 36 del Código Penal. (Decreto Legislativo 1106, 2012)

Para comprender estas conductas debemos tener en cuenta que las mismas forman parte de la tercera etapa del lavado de activos correspondiente a la integración, de manera que el objeto material de las mismas serán los bienes obtenidos como resultado de la colocación e intercalación. Siendo así procederemos a señalar el significado otorgado por la doctrina a los nueve verbos rectores:

- Adquirir: Prado Saldarriaga (2013) explica que esta conducta significa la obtención de la propiedad de los activos, siempre a título oneroso.
- Utilizar: El mismo autor precisa que esta conducta equivale al uso de los bienes cuya propiedad o dominio corresponden a un tercero.
- Poseer: Este verbo rector fue incorporado por el Decreto Legislativo 1249 [publicado el 26 de noviembre del 2016], y en la exposición de motivos se hace referencia a la necesidad de incluir esta conducta debido a que la misma era una exigencia en la Convención de Viena de 1988 [artículo 3, inciso 1, literal c, ítem i], la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como Convención de Palermo del 2004 [artículo 6, inciso 1, literal b, ítem i] y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 2004 [artículo 23, inciso 1, literal b, ítem i]; en los tres instrumentos internacionales se precisa que esta posesión debe hacerse sobre bienes que al momento de recibirlos se sepa son producto de un delito.

- Guardar: Esta conducta, implica, de acuerdo a Gálvez Villegas (2004), cuidar o vigilar los activos otorgándole las condiciones adecuadas para su conservación.
- Administrar: Prado Saldarriaga (2013) explica que dentro de esta conducta se incluyen las actividades desarrolladas por los testaferros quienes actúan a nombre de un agente que gestiona y conduce los activos ya lavados sin tener contacto directo con los mismos.
- Custodiar: A diferencia de la conducta de guardar, Percy García Caveró (2015) explica que en esta existe un deber del agente de vigilancia y control permanente sobre los activos.
- Recibir: De acuerdo a Percy García Caveró (2015) esta conducta da origen a la tenencia pudiendo ser transitoria o permanente, aclarando que no implica hacerse de la propiedad de los activos.
- Ocultar: Para Gálvez Villegas (2004) este verbo engloba todas las conductas que tienen como finalidad esconder y evitar la identificación de los activos provenientes de actividad ilícitas. García Caveró (2015) explica que la diferencia de este delito con el de encubrimiento real, radica en que en este último se pretende proteger la administración de justicia, en cambio en el lavado se protege el tráfico lícito de los bienes en el mercado, de manera que para que se configure esta conducta deberá comprobarse que estos actos se lleven a cabo en el marco un proceso de legitimación aparente de los activos ilícitos, siendo que la finalidad del ocultamiento sería la integración de ese patrimonio en el mercado.
- Mantener en su poder: Para diferenciar esta conducta de la posesión, García Caveró (2015) señala que esta se da cuando el agente al momento de la recepción no tenía conocimiento de la procedencia ilícita de los activos; sin embargo posteriormente pese a haber tenido conocimiento o la posibilidad de conocer, los sigue conservando.

4.2.3. Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El artículo 3º del Decreto Legislativo 1106 señala:

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1], 2] y 8] del artículo 36 del Código Penal. (Decreto Legislativo 1106, 2012).

Este delito, en un primer momento, contemplaba como objetos materia de traslado, dinero o títulos valores; sin embargo, el Decreto Legislativo 1249 modificó esto último por instrumentos financieros negociables emitidos al portador; ello debido a que, tal como se refiere en la exposición de motivos, se pretendía ser coherente con lo establecido en la sexta disposición complementaria de la ley 28306, que también fue modificada por ese Decreto y que establecía diversas modificaciones a la ley 27693, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera; esta disposición establece la obligación de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador por sumas superiores a diez mil dólares americanos; así como la prohibición de llevar montos superiores a treinta mil dólares americanos en efectivo o en títulos valores al portador al momento de ingresar o salir del país, siendo que en este último caso se deberán utilizar las empresas supervisadas por la Sociedad de Banca, Seguros y AFP [SBS]; encargando a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria [SUNAT] velar por el cumplimiento de esta disposición, y permitiendo al Ministerio Público participar de las intervenciones para que pueda ejercer sus atribuciones. Es evidente que el delito no hace ninguna referencia a los montos señalados en la ley 28306, por lo que no cabe interpretación extensiva

alguna que permita afirmar que las normas son complementarias; asimismo la responsabilidad administrativa que podría derivarse del incumplimiento de las obligaciones de reporte y uso del sistema financiero no excluye la responsabilidad penal que podría derivarse si se comprueba la concurrencia de los elementos del tipo penal materia de análisis.

Ahora bien, tanto García Caveró (2015) como Prado Saldarriaga (2013) coinciden en señalar que este delito engloba conductas periféricas al lavado de activos, es decir que se pueden realizar en cualquiera de las etapas de colocación, intercalación e integración, pudiendo permitir crear condiciones adecuadas para el desarrollo de esos comportamientos o hacerlo con activos ya lavados. Asimismo, todas ellas implican el alejamiento de los activos con su origen delictivo.

4.2.4. Agravantes y atenuantes

El artículo 4º del Decreto Legislativo 1106 (2012) establece cuatro [4] agravantes, cuando: i) el agente se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil; ii) el agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal; iii) el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas [500] Unidades Impositivas Tributarias; en ellas la pena a imponerse estaría entre los diez y veinte años de pena privativa de libertad y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Además, si el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas, la pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años.

Para la atenuante, cuya pena es no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa; el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no debe ser superior al equivalente a cinco [5] Unidades Impositivas Tributarias.

También si el agente brinda información eficaz a las autoridades que permita evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, y detectar o incautar los activos objeto de los actos de conversión, transferencia,

tenencia, ocultamiento y transporte, se le otorgará la pena considerada en la atenuante.

4.3. BIEN JURÍDICO Y VIGENCIA DE LA NORMA

En esta parte iniciaremos exponiendo la idea desarrollada por Jakobs como parte de la teoría funcional del Derecho Penal [dentro de la que se ubica la Teoría de la Imputación Objetiva], la cual afirma que el mismo no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma; el fundamento central es:

Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma, y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional. (Jakobs G. , 2000).

De esta manera, para el profesor alemán, la función del Derecho Penal consiste, a través de la pena, en restablecer la vigencia de la norma en la sociedad, debido a que esta fue perturbada con la comisión de un delito, puesto que el autor del mismo, con su conducta, cuestiona lo establecido en una norma y envía un mensaje contrario a ella, por lo que con la imposición de una pena se expresa que lo realizado por esa persona no es válido, con lo cual la norma infringida mantiene su vigencia.

El profesor español Miguel Polaino Navarrate resume la posición de Jakobs con las siguientes ideas:

- a) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico no sirve para definir de manera exclusiva el contenido de injusto en el Derecho penal, en tanto que se trata de un suceso compartido con los fenómenos naturales.
- b) La secuencia delito-pena no puede explicarse de manera negativa [como imposición de un mal ante un mal cometido], sino positiva: como reafirmación de la vigencia quebrada de la norma.
- c) La norma pasa a ser el elemento principal definidor de la dinámica de protección del Derecho Penal, trasladándose la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos a un segundo plano, debido a que la lesión consumada del bien jurídico es, a veces, irreparable;

convirtiendo al Derecho Penal en ineficaz (Polaino Navarreta, 2010).

El sustento principal del planteamiento de Jakobs se encuentra en que la sociedad está configurada por normas, que tienen como consecuencia las expectativas respecto al comportamiento de los ciudadanos, siendo necesario que se establezcan estándares de conducta, los cuales se manifiestan a través del ejercicio de roles, que sirven a la teoría de la imputación objetiva como base para analizar las relaciones entre personas en base a su propia normativa y no a sus bienes (Jakobs G. , 2000).

Con ello se observa que la posición que se sostenía respecto a una tutela de bienes jurídicos como función del Derecho Penal, ya no es determinante en el sistema propuesto por Jakobs, precisándose que con ello no se desconoce la existencia de tal figura, sino que se complementa con una interpretación en base al criterio normativo de rol. Asimismo, esta afirmación sirve para reforzar la idea referida a que, en la sociedad, al tratarse de contactos anónimos entre personas, no se tienen en cuenta las características individuales o conocimientos actuales que tengan, cuando exista una defraudación a la norma, debido a que se trata de aplicar criterios objetivos para imputar determinada conducta.

Resulta interesante el análisis que hace Jakobs respecto a los delitos de peligro abstracto, como el lavado de activos, debido a que los mismos tienen como finalidad mantener la vigencia de la norma que configuró su regulación, al no ser exigible la lesión a un bien jurídico, de manera que está en manos del legislador establecer el ámbito de protección y el objetivo de la norma, pudiendo llegar a ser incluso arbitraria tal regulación, por lo que se recurre al derecho a la seguridad de los ciudadanos, entendido como el aseguramiento que debe brindar el Estado para el disfrute de los bienes (Jakobs G. , 2000).

Ahora bien, en cuanto al delito de lavado de activos, a través de la perspectiva funcionalista de la protección de la vigencia de la norma, encontramos una posición que señala que la tipificación del delito de lavado de activos pretende comunicar a la sociedad que cometer delitos no resulta provechoso o beneficioso, así lo señalan Dino Carlos Caro Coria, Luis Miguel Reyna Alfaro y James Reátegui Sánchez en un capítulo de su libro elaborado en coautoría con Diana Asmat Coello:

Y es que por muchas acciones que se tomen para ocultar las ilícitas fuentes de su dinero, aun cuando consistan en adquirir bienes o construir empresas que hagan irreconocible la fuente ilícita, siempre la administración de justicia con su pretensión cautelar de carácter real podrá descubrir y sancionar los hechos. (Caro Coria, Reyna Alfaro, & Reátegui Sánchez, 2016).

Ello también puede ser complementado con lo señalado por Percy García Caverro (2007), para quien otro de los ámbitos de protección de la vigencia de la norma se reconoce en las *“expectativas normativas de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado”*.

Por lo tanto, ambos aportes son compatibles con las posturas que reconocen en el blanqueo de capitales un delito pluriofensivo, pudiendo identificar a la administración de justicia y a la transparencia del sistema económico como los bienes jurídicos que complementan esos postulados; ello también es un criterio establecido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 cuando afirma en su fundamento 13º:

Resulta pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos [...] la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales.

4.4. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL

Tanto el artículo 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106 tienen como elemento subjetivo el dolo y el dolo eventual, expresados como el conocimiento o el deber de presunción del origen ilícito de los bienes respectivamente.

Hacer referencia a este elemento resulta importante para nuestra investigación, debido a que la teoría de la imputación objetiva se fundamenta en criterios normativos que implican analizar la conducta de la persona para atribuirle un hecho, no basándose en los conocimientos o la intención que esta tenía; siendo así, recogemos la definición sobre imputación subjetiva de García Caverio (2007) quien señala que la misma consiste en “la atribución al autor, en atención a sus circunstancias personales y al concreto escenario donde se realiza la conducta, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizada”; reconociendo por tanto como un factor importante el contexto social en el que la persona desarrolla su conducta.

De manera precisa, lo explica Jose Antonio Caro (2010), para quien la atribución que se le debe otorgar al conocimiento, en un sentido normativo, debe circunscribirse al conocimiento penalmente relevante, que se traduce en lo que debía saber [o se espera que deba saber] el actor en el contexto social de su acción, con lo cual la imputación subjetiva no consiste en analizar lo que sabía o podía conocer el agente, sino en lo que el rol social que desempeñaba le exigía; esto, como lo explica el mismo autor, tiene su fundamento en los problemas detectados al considerar el elemento subjetivo de la imputación dentro de una perspectiva “*psicologista*”, la cual se sustenta en afirmar una relación entre lo que el autor desea o se representa en su mente con el resultado obtenido; ello se verifica en el caso de las conductas neutras, debido a que dentro de este planteamiento, los conocimientos especiales con los que cuenta el autor también serían punibles, llegando a la conclusión de pretender incentivar la falta de conocimiento en las personas que ejerzan un rol o realicen alguna actividad estandarizada.

Para comprender mejor la diferencia entre limitar el análisis de imputación a los elementos subjetivos del tipo, el doctor Caro utiliza la distinción del dolo eventual [*“el autor se representa como posible o probable un resultado y consciente acepta*

su producción”] y la culpa consciente [“el autor se representa como posible o probable un resultado pero no acepta o no está de acuerdo con él, y actúa confiando en que no se realizará”], debido a que si se realiza la imputación subjetiva analizando el pensamiento del autor, la solución de casos obedecería a las distintas interpretaciones que puedan realizar los jueces a lo que el agente pudo haberse representado en su cabeza; siendo así, el doctor Caro propone tener en cuenta que en toda relación social y en el desarrollo de alguna actividad comercial o económica, toda persona puede tener representaciones de lo que puede ocurrir en el negocio que dirige o la actividad que realiza, por lo cual, remitiéndose a Jakobs (2004) para establecer que la distinción entre estos dos títulos de imputación se debe recurrir a la indiferencia como criterio normativo, la cual debe estar siempre relacionada con la conducta desplegada por el agente en su contexto social y debe ser establecida a través de datos objetivos; la indiferencia, de acuerdo al profesor alemán, se presenta cuando el agente cuida, asegura o protege sus intereses, que deben ser de gran importancia para él, de los posibles resultados que podrían generarse; en palabras sencillas podemos afirmar que no le importan las consecuencias que se presentarían siempre que sus intereses se encuentren resguardados; con ello, en el caso del dolo eventual, si bien existe una representación de un probable resultado, este puede realizarse debido a la indiferencia del autor; en cuanto a la culpa consciente se debe verificar un actuar negligente; cabe precisar que en ambos casos, el doctor Caro insiste en que para determinar el conocimiento penalmente relevante del agente, la prueba debe analizarse tomando en cuenta el contexto social de la conducta.

Con lo explicado anteriormente, podemos interpretar el elemento “*debía presumir*”, desde la perspectiva de un deber por parte del sujeto en el marco del rol que desempeña en la sociedad, y que como lo explica Roberto Durrieu (2006) consiste en que pese a que el agente se representa como probable el origen criminoso de los bienes a partir de las circunstancias del caso en las que interviene, de todos modos actúa admitiendo la eventual realización de un delito de blanqueo.

De manera coincidente a esa posición, encontramos también a Miguel Polaino Orts (2015) para quien el objeto de imputación es la desviación de un rol, es decir derechos y deberes; por lo que el conocimiento como elemento puramente cognitivo

debe rechazarse a efectos de una imputación y acogerse el conocimiento estandarizado incorporado al rol como expectativa social.

Esto se complementa de manera directa con lo explicado por el profesor Jose Antonio Caro, respecto a la normativización del elemento subjetivo, como es el conocimiento en el delito de lavado de activos, a efecto de otorgarle un sentido en el marco del desarrollo social en el que se desenvuelve el agente.

Se debe precisar además que no se requiere un conocimiento pormenorizado del delito precedente que incluya las circunstancias de lugar y tiempo en las que se llevó a cabo, la identificación del autor y la víctima; sino que como explica Rosas Castañeda (2015) basta que el sujeto conozca de la irregularidad de la operación en que participa, de donde razonablemente pueda deducir que la misma se sustenta en activos de origen ilícito.

Otro de los aspectos subjetivos de los tipos penales de los artículos 1° y 3° del Decreto Legislativo 1106, está referido a que se exige al agente actuar con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito de los activos, su incautación o decomiso; ello ha sido denominado por la doctrina como un elemento de tendencia interna trascendente debido a que la realización de dichos verbos rectores va más allá [trasciende] de lo establecido por el tipo penal, es decir que la norma exige expresamente que se actúe con esa intención; respecto a ello Prado Saldarriaga (2013) considera un acierto su redacción debido a que se permitirán excluir conductas culposas o de exceso de confianza.

No obstante, debemos comentar que el artículo 2° del Decreto Legislativo 1106, en su redacción original, también contemplaba este elemento de tendencia interna; sin embargo, con la modificación del Decreto Legislativo 1249 este fue suprimido, explicándose en la exposición de motivos de esta última norma que en esta etapa del lavado de dinero [integración], el agente ya tiene conocimiento que los bienes que recibe son de origen delictivo por lo que no se hace necesario demostrar la finalidad particular del acto; si bien como apunta Fidel Mendoza (2017) esta regulación pretende perseguir el aislamiento económico de quienes cometan las actividades capaces de generar activos ilícitos a efecto que no realicen ningún negocio con terceras personas, también se pueden llegar a confundir estas conductas con las del delito de receptación [artículo 194° del Código Penal] que

también sanciona a quien adquiere, recibe guarda y esconde un bien de procedencia delictuosa sin requerir alguna finalidad específica, con lo cual, como refiere este autor, se desincentiva la lucha contra el lavado de activos, debido a que en los procesos seguidos por este delito se puede alegar la existencia de un concurso ideal de delitos, debiendo preferirse aquel que beneficie al imputado, siendo el delito de receptación el que puede ser acogido por el Ministerio Público o el Poder Judicial debido a que prevé una pena inferior de uno a cuatro años de pena privativa de la libertad, pudiendo incidir incluso en la determinación de medidas como la prisión preventiva, prevista para delitos con penas mayores a cuatro años; por ello el doctor Mendoza propone como solución una interpretación en base a los bienes jurídicos que tutelan ambos delitos a efecto de determinar cuál se presente en determinada conducta, siendo que en el delito de receptación se protege el patrimonio, y en lavado de activos intereses socioeconómicos. En la misma línea encontramos a Eduardo Oré Sosa (2018) quien llama la atención acerca de que nuestra legislación debe procurar perseguir todas las formas de lavado de activos cometidas a través de la criminalidad organizada y con operaciones complejas, por lo que, a criterio de este autor, no resultaría admisible la regulación de figuras genéricas, como en este caso, que afectan la capacidad y compromisos del Estado peruano de sancionar estas actividades, proponiendo tomar como criterio de interpretación de esta figura, pese a que el tipo penal no lo exige, el observar que el autor haya actuado con el ánimo de ocultar el origen ilícito de los activos para que se encuentren en el circuito económico. Coincidimos con ambos autores en las observaciones realizadas respecto a la actual redacción del artículo 2° del Decreto Legislativo 1106; pero debemos agregar también que para una adecuada interpretación de la norma debe tenerse presente que nos encontramos ante la tercera etapa del lavado de activos, que es la integración, que consiste en la introducción de los activos que fueron objeto de colocación e intercalación, en el circuito económico, siendo las modalidades más comunes la creación o administración de negocios en sectores del mercado poco regulados que permitan brindar legitimidad a las ganancias ilícitamente obtenidas; con lo cual debe analizarse en cada caso en concreto en qué etapa del lavado se encontraría la conducta y con ello facilitar la determinación correcta del tipo penal.

4.5. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA

Desde el año 2010, la Corte Suprema de la República ha emitido dos Acuerdos Plenarios y un Pleno Casatorio con la finalidad de establecer doctrina legal sobre el delito de lavado de activos; si bien los dos Acuerdos Plenarios fueron elaborados durante la vigencia de la ley 27765 y por lo tanto su análisis se circunscribió a esa norma; algunos criterios interpretativos explicados en él aún se mantienen con la regulación actual del Decreto Legislativo 1106; siendo así procederemos a exponer cada uno de ellos:

4.5.1. Acuerdo Plenario N°3-2010/CJ-116

Publicado el dieciséis de noviembre del dos mil diez, se pronunció acerca de:

- Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido: Se precisa que el lavado de activos engloba todo acto o proceso realizado con la finalidad de dar apariencia de legitimidad a bienes y capitales cuyo origen es ilícito [fundamento 7°]. Asimismo, como ha sido reseñado en el punto 4.3. del presente capítulo, se trata de un delito pluriofensivo en el que se encuentran involucrados la transparencia y legitimidad del orden económico, la eficacia del sistema de justicia y las políticas y estrategias de prevención contra el lavado [fundamento 13°]. Respecto a la autoría se aclara que se trata de un delito común debido a que no se requiere que el sujeto activo tenga calidades especiales, e incluso puede considerarse autor a quien realizó el delito que generó el capital ilícito objeto de las operaciones de lavado, pese a que para concluir ello la Corte Suprema se basa en el artículo 6° de la ley 27765, ello también se encuentra establecido en el último párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 [fundamento 14°].
- Consumación del delito: Como lo mencionamos anteriormente, la regulación del delito de lavado de activos en la ley 27765 permitía considerarlo como uno de resultado, debido a que las operaciones de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia requerían que se compruebe que se logró dificultar la identificación del origen ilícito de los activos, su incautación o su decomiso; sin embargo, la actual

regulación establece que es un delito de peligro, debido a que se sanciona que esos actos estén dirigidos hacia esos fines, requiriendo comprobar por tanto la peligrosidad de las conductas.

- El tipo subjetivo: Se reafirma el carácter doloso de las conductas de lavado, pudiendo incluso presentarse el dolo eventual [fundamento 17°] como lo explicamos anteriormente. Además se destaca la importancia del elemento de tendencia interna trascendente sobre todo para cuando concurren las conductas neutras como actividades profesionales [contadores, abogados, notarios] o domésticas [pago de servicios, compra de alimentos, atenciones médicas], considerando la Corte Suprema que dichas conductas son atípicas debido a que se realizan de acuerdo a la ley y en algunos casos en cumplimiento de deberes especiales [fundamento 24°], ello debido a que la conducta de un lavador de activos está encaminada a consolidar su patrimonio ilícitamente obtenido, y en el caso de los negocios estándar no se presenta dicha finalidad [fundamento 26°]. Como hemos visto en el capítulo 1, las conductas neutras se encuentran dentro de la prohibición de regreso, por ello, la conclusión arribada por la Corte Suprema se adecúa a dicho planteamiento, siempre que no se compruebe que el comportamiento del agente del negocio estándar no se haya adecuado al propósito criminal del lavador de activos, debido a que su conducta ya no tendría el carácter de neutra.
- El valor de los bienes objeto del delito y la determinación de la pena: La Corte Suprema estableció que con la regulación de esa época [ley 27765] si bien el valor económico de los activos no es un elemento del tipo, el juez debe tener en cuenta ello a efecto de establecer una pena proporcional, para ello se fundamentó en el inciso 4° del artículo 46° de Código Penal que en esa época señalaba que para la determinación de la pena el juez debía considerar la extensión del daño y peligro causado; a pesar de que actualmente dicho artículo no contempla tal circunstancia como elemento para determinar la pena, consideramos que a efecto de la aplicación de la misma sí resulta importante realizar un juicio de proporcionalidad, de conformidad con

el artículo VIII del título preliminar del Código Penal, tal como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en el fundamento sexto del EXP. N.º 01010-2012-PHC/TC, donde resalta la importancia de priorizar los fines de la pena:

[...] Que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. (Caso Ruiz Moreno, 2012)

Debemos recordar que actualmente constituye una agravante que el valor de los activos objeto del lavado sea superior a 500 UIT [numeral 3º del artículo 4º del Decreto Legislativo 1106], y como atenuante el que no sea superior a cinco UIT [tercer párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo 1106].

- El delito fuente y la prueba: En cuanto al delito fuente, la Corte Suprema establece que no será necesario que las actividades referidas al mismo se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o sentencia [fundamento 32º]; ello también se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo 1106; respecto a ello se señala incluso que el tipo penal solo exigen la determinación de la procedencia delictiva de los activos, no siendo necesario que se demuestre la existencia de un acto delictivo específico con detalles de sus circunstancias y partícipes, bastando con la certidumbre sobre el origen ilícito del

patrimonio así como el conocimiento de una infracción grave de manera general, pudiendo inferirse el mismo a partir de los indicios del caso [fundamento 35°].

Respecto a la prueba se considera que la más habitual es la prueba indiciaria [fundamento 33°], explicando los elementos para un adecuado análisis de ese tipo de prueba: **i]** existencia de hechos base o indicios acreditados, los cuales deben ser plurales y concomitantes al hecho, **ii]** entre los hechos base y hechos consecuencia debe haber un enlace de acuerdo a las reglas del pensamiento humano, **iii]** el Tribunal debe detallar y justificar a los indicios que tomará como fundamento para su deducción, y sustentarse en un discurso lógico. Entre los indicios más comunes que esboza la Corte Suprema se encuentran: el incremento inusual del patrimonio, la realización de operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias, la inexistencia o insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial, la ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones, y la verificación de algún vínculo con actividades delictivas o personas relacionadas con las mismas [fundamento 34°].

- El valor probatorio del informe de la Unidad de Inteligencia Financiera:
El documento denominado “Informe de inteligencia financiera” es elaborado por la UIF a partir del análisis de los reportes de operaciones sospechosas emitidos por los sujetos obligados y los propios datos de la SBS; sus conclusiones están referidos a en un caso determinado pueda presumirse que se encuentre vinculado a actividades de lavado de activos, sus delitos precedentes o financiamiento del terrorismo. Para la Corte Suprema, este documento no equivale a una auditoría especializada de carácter financiero [fundamento 38], además llama la atención respecto a la regulación de ese documento referido, en principio, a la imposibilidad de considerarlo como medio probatorio para algún proceso judicial o administrativo [de acuerdo al artículo 13.2 del reglamento de la ley que crea la UIF, aprobado por Decreto Supremo N°018-2006-JUS, y

que se ha mantenido con el actual reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°020-2017-JUS en el literal a] del artículo 5.2.1.], salvo que la UIF autorice de manera expresa el uso de los anexos para esos fines; debido a que se puede reducir el deber del Estado de perseguir y sancionar el delito de lavado de activos a la potestad decisoria de la UIF.

Es por ello que con el actual reglamento de la ley se ha establecido un documento denominado “Reporte-UIF” [literal c] del artículo 5.2.1 de Decreto Supremo N°020-2017-JUS] cuyo contenido está referido a uno o varios Informes de Inteligencia Financiera , y es elaborado a solicitud del fiscal a cargo de una investigación por lavado de activos; que tiene validez probatoria y puede ser considerado como elemento indiciario o medio de prueba, siempre que el fiscal así lo decida a través de una disposición.

4.5.2. Acuerdo Plenario N°7-2011/CJ/116

Publicado el seis de diciembre del dos mil once, el mismo se pronunció acerca de:

- Delito fuente y configuración del tipo penal: La Corte Suprema recuerda el carácter general de las etapas que conforman el lavado de activos, y que se manifiestan en los actos de conversión y transferencia, cuya naturaleza de conductas iniciales permite incluir a todas aquellas orientadas a cambiar la apariencia y el origen delictivo de los activos, precisándose que sólo será posible la realización de actos de conversión, con activos líquidos o dinero obtenido directamente de una conducta delictiva ; respecto a los actos de ocultamiento y tenencia, ellos constituyen actos finales cuya finalidad es conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos [fundamento 8 y 9].
- Agotamiento del delito: Entendido como el momento en que se alcanza la finalidad que el agente perseguía o que lo impulsó a cometer el delito, la doctrina le otorgaba un nulo significado punitivo debido a que involucraba actos posteriores a la consumación del

delito, sobre todo los de carácter patrimonial [fundamento 13]. Sin embargo, la Corte Suprema recuerda que con la criminalización del delito de lavado de activos ha permitido establecer que todo acto que supone el agotamiento del delito supone la comisión de lavado de activos, expresado en conductas de transformación, ocultamiento o traslado físico, o disfrute de los activos ilícitos, todos ellos a través del propio agente que cometió el delito fuente mediante terceros [fundamento 14].

- Medidas de coerción reales: Estas medidas tienen como finalidad asegurar las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales, pudiendo clasificarse en aquellas de carácter penal, cuyo objeto es asegurar la efectividad del pronunciamiento de naturaleza penal como las multas, decomiso o pago de costas; y las de carácter civil, que aseguran el pronunciamiento de naturaleza civil como la reparación civil [fundamento 17°]. Siendo que la Corte Suprema establece que no existe obstáculo alguno para aplicar en los casos de lavado de activos estas medidas [inhibición, embargo, incautación, medidas anticipadas, medidas preventivas], siempre que se cumpla con los dos presupuestos referidos a la existencia de indicios racionales de criminalidad, expresados en un juicio de probabilidad, y el peligro de daño para la efectividad de la tutela judicial [fundamento 18 y 19].

4.5.3. Sentencia Plenaria Casatoria N°1-2017/CIJ-433

Esta resolución surgió a partir de una solicitud presentada por el Fiscal de la Nación a la Corte Suprema en aplicación del numeral 4] del artículo 433° del Código Procesal Penal que establece la obligación de los Jueces Supremos de reunirse en Pleno Casatorio cuando se advierta que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal sostuvieran en sus decisiones criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, pudiendo solicitar ello el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo. Siendo así, la sentencia que motivó este Pleno fue la Casación 92-2017-Arequipa (2017) emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema y a través de la cual se fijaba doctrina

jurisprudencial vinculante respecto al denominado delito fuente. Los hechos que fueron materia de discusión y análisis en la referida Casación estaban referidos a la imputación de un empresario por haber realizado transacciones bancarias a favor del Club FBC Melgar para comprar acciones, los cuales, a criterio del Ministerio Público, constituían actos de lavado de activos en la modalidad de transferencia, pudiendo provenir los activos del delito de fraude en la administración de personas jurídicas. Al respecto, el pronunciamiento de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estuvo referido a si el delito de administración fraudulenta de personas jurídicas podía constituir un delito fuente de lavado de activos, de conformidad con el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 y si el delito previo podía ser considerado un elemento objetivo del tipo, estableciendo lo siguiente:

- a) El delito fuente es un elemento normativo del tipo penal objetivo de los tres subtipos penal del delito de lavado de activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249. Por tanto, para que una conducta sea típica, debe reunir todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Si faltare alguno de ellos, la conducta será atípica; y en consecuencia procederá la excepción de improcedencia de acción.
- b) El delito fuente de Lavado de Activos, en nuestra legislación, se basa en el principio de legalidad; es decir, debe estar taxativamente determinado por la ley, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, que establece un sistema *numerus clausus*.
- c) El delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, no constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos, por no estar contemplado expresamente en dicha disposición; no siendo posible su subsunción dentro de la fórmula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales», por no revestir gravedad. En consecuencia, el hecho denunciado por el Ministerio Público resulta atípico, por faltar un elemento normativo del tipo objetivo; esto es, el delito fuente.

- d) Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -previsto en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i] La descripción del suceso fáctico; mencionando a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii] El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii] Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv] La gravedad del delito en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada.

Las observaciones a esta decisión fueron diversas, y en su mayoría de rechazo, debido a que desconocía el carácter de delito autónomo del lavado de activos, lo cual incluso fue materia de pronunciamiento en el Acuerdo Plenario 3-2010 en su fundamento 35° como se refirió anteriormente; por ejemplo Yvan Montoya (2017) señaló que la decisión desnaturalizaba el delito de lavado de activos al exigir que se compruebe el delito previo como un hecho típico y antijurídico, desincentivando su objetivo político criminal referido a reducir las ganancias de las actividades criminales; en el mismo sentido Frank Almanza (2017) indicó que esta Casación consideraba como objeto materia de análisis en el proceso de lavado de activos al delito fuente y no a las ganancias ilegales, con lo cual las posibilidades de sanción por este delito se hacían nulas. De manera que se hacía necesaria la convocatoria al Pleno Casatorio debido a que la decisión de la Segunda Sala era contraria a los criterios asumidos y aplicados por la Corte Suprema. Los puntos objeto de la sentencia plenaria fueron:

- La autonomía del delito de lavado de activos en función a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249: El Pleno establece que el delito de lavado de activos es un delito autónomo tal como se encuentra expresado en el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, el cual establece que para su investigación, procesamiento y sanción no será necesario que las actividades criminales que produjeron los activos hayan sido

descubiertas, se encuentren en investigación o hayan sido objeto de prueba o condena, no siendo posible por tanto rechazar o poner en duda esta característica del delito [fundamentos 10 y 11]. Asimismo concluye que para admitir judicialmente una imputación por este delito deberá cumplirse con los presupuestos: **i]** identificación de una operación inusual o sospechosa y el incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado el agente, **ii]** que tales hechos se adscriba a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos, **iii]** que se señalen los indicios que permitan imputar un conocimiento o inferencia razonada del autor sobre el potencial origen ilícito de los activos [fundamento 12]

- La necesidad de la noción de “gravedad” en los delitos que generan activos ilegales: El Pleno concluye en lo innecesario e inconveniente de desarrollar nociones de gravedad debido a que las mismas pueden perjudicar la aplicación del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, el mismo que constituye una disposición declarativa que no forma parte del tipo penal ni lo complementa, debiéndose interpretar el término “origen delictivo” como un elemento normativo referido a actividades criminales con capacidad de generar ganancias, clasificando la Corte Suprema en tres clases: **i]** de despojo, como el robo, la estafa, **ii]** de abuso, como el peculado, el enriquecimiento ilícito, la administración fraudulenta, **iii]** de producción, como el tráfico ilícito de drogas, de armas, la trata de personas y la minería ilegal [fundamentos 14, 15 y 16]
- El estándar de prueba del delito de lavado y su relación con el origen delictivo de los activos, así como el ámbito de intensidad que comprende su probanza en las distintas etapas del proceso: Sobre este punto, el Pleno precisa que lo que debe acreditarse en el delito de lavado de activos es el origen ilícito de los bienes, debido a que el tipo penal pretende comprender todas las conductas ilícitas de manera que se reprima la obtención de beneficios; respecto a esto último se indica que no es un requisito para formular la acusación el que se determine de manera concreta y detallada la actividad criminal [fundamento 19]. Siendo así, para una condena de lavado de activos, la Corte señala que deben concurrir como requisitos: **i]** una actividad criminal idónea para

generar activos, **ii]** la realización de las conductas descritas en el tipo penal, **iii]** el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita [fundamento 21]. La prueba indiciaria es señalada como el método más adecuado para aplicar en estos casos, reafirmando argumentos similares a los expuestos en el Acuerdo Plenario 3-2010. Además, agrega cuál debe ser el grado de convicción de acuerdo a las distintas etapas del proceso: **i]** en diligencias preliminares, sospecha simple consistente en establecer un punto de partida objetivo que permita inferir la probable comisión de un hecho punible; **ii]** investigación preparatoria, sospecha reveladora, en el que ya se encuentren indicios racionales de la presencia de una conducta de lavado de activos; **iii]** acusación, sospecha suficiente, que permita contar con una imputación completa que incluya elementos fácticos, y específica, que indique las acciones consideradas delictivas; no siendo necesario exhaustividad en el relato de los hechos. En cuanto a la prisión preventiva, el estándar es de sospecha grave, entendido como un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el delito [fundamento 23].

Asimismo, se dejó sin efecto el carácter vinculante de la Sentencia Casatoria 92-2017/Arequipa.

4.6. DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O TRANSACCIONES SOSPECHOSAS

El artículo 5º del Decreto Legislativo 1106 establece:

El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1], 2] y 4] del artículo 36 del Código Penal. (Decreto Legislativo 1106, 2012).

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1], 2] y 4] del artículo 36 del Código Penal.

Si bien este delito no forma parte de las conductas típicas de lavado de activos, su análisis para efectos de nuestra investigación resulta pertinente debido que el bien jurídico que se pretende proteger es el sistema de prevención y detección de lavado de dinero, que tiene como su principal entidad encargada a la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] encargada, de acuerdo al artículo 1° de la ley 27693 de recibir, analizar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, inscribir a los sujetos obligados y sus oficiales de cumplimiento, así como, de coadyuvar a la implementación sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo en los sujetos obligados; cabe precisar que desde el año 2007, mediante la ley 29038, esta entidad se encuentra incorporada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora Privada de Pensiones [SBS] debido a que el sistema financiero es uno de los espacios más importantes a través del cual se cometen acciones de lavado.

Siendo así, se trata de un delito de omisión propia que se configura con la desobediencia por parte del sujeto activo de una obligación impuesta por leyes y normas reglamentarias de informar sobre operaciones sospechosas.

Al tratarse de una ley penal en blanco, se hace necesario remitirnos a las normas especiales que definen quiénes son los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas y en qué consisten estas últimas.

Respecto a los sujetos obligados, ello lo encontramos tanto en el artículo 8° de la ley 27693, como el artículo 3° de la ley 29038, los cuales se detallan en el siguiente cuadro:

SUJETOS OBLIGADOS A INFORMAR

- 1) Las empresas del sistema financiero, del sistema de seguros y los corredores de seguros.
 - 2) Las empresas emisoras de tarjetas de crédito.
 - 3) Las cooperativas de ahorro y crédito.
 - 4) Las que se dedican a la compraventa de divisas.
 - 5) Las que se dedican al servicio postal de remesa y/o giro postal.
 - 6) Las empresas de préstamos y/o empeño.
 - 7) Los administradores de bienes, empresas y consorcios.
 - 8) Las sociedades agentes de bolsa, las sociedades agentes de productos y las sociedades intermediarias de valores.
 - 9) Las sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión y fondos colectivos.
 - 10) La Bolsa de Valores.
 - 11) La Bolsa de Productos.
 - 12) Las que se dedican a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves.
 - 13) Las que se dedican a la actividad de la construcción y/o la actividad inmobiliaria.
 - 14) Los agentes inmobiliarios.
 - 15) Las que se dedican a la explotación de juegos de casinos y/o máquinas tragamonedas, y/o juegos a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
 - 16) Las que se dedican a la explotación de apuestas deportivas a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
 - 17) Las que se dedican a la explotación de juegos de lotería y similares.
 - 18) Los hipódromos y sus agencias.
 - 19) Los agentes de aduana.
 - 20) Los notarios.
 - 21) Las empresas mineras.
 - 22) Las que se dedican al comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de arte y sellos postales.
-

-
- 23) Los laboratorios y empresas que producen y/o comercializan insumos químicos y bienes fiscalizados.
 - 24) Las empresas que distribuyen, transportan y/o comercializan insumos químicos que pueden ser utilizados en la minería ilegal, bajo control y fiscalización de la SUNAT.
 - 25) Las que se dedican a la comercialización de las maquinarias y equipos que se encuentran comprendidos en las Subpartidas nacionales N° 84.29, N° 85.02 y N° 87.01 de la Clasificación Arancelaria Nacional, entre las que se encuentran topadoras frontales, niveladoras, compactadoras, grupos electrógenos y tractores.
 - 26) Las que se dedican a la compraventa o importaciones de armas y municiones.
 - 27) Las que se dedican a la fabricación y/o la comercialización de materiales explosivos.
 - 28) Las que se dedican a la financiación colectiva o participativa y que operan a través de plataformas virtuales.
 - 29) Los abogados y contadores públicos colegiados, que de manera independiente, y las personas jurídicas, cuyo objeto social es la prestación de servicios jurídicos, legales y/o contables, que realizan o se disponen a realizar en nombre de su cliente o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades:
 - a) Compra y venta de bienes inmuebles.
 - b) Administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.
 - c) Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.
 - d) Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.
 - e) Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas.
 - 30) Las que se dedican al comercio de antigüedades.
 - 31) Las organizaciones sin fines de lucro que recauden, transfieran y desembolsen fondos, recursos u otros activos para fines o propósitos
-

caritativos, religiosos, culturales, educativos, científicos, artísticos, sociales, recreativos o solidarios o para la realización de otro tipo de acciones u obras altruistas o benéficas.

- 32) Los gestores de intereses en la administración pública, según la Ley N° 28024.
- 33) Los martilleros públicos.
- 34) Las procesadoras de tarjetas de crédito y/o débito.
- 35) Las agencias de viaje y turismo y los establecimientos de hospedaje.
- 36) Las empresas del Estado,
- 37) El Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades provinciales.
- 38) Clubes de fútbol profesional.
- 39) Central de compras públicas Perú-Compras.

Tabla 1 Sujetos Obligados a Informar

Como se observa, la norma trata de abarcar la mayor cantidad de actividades económicas y comerciales en los que se encuentren involucrados grandes sumas de dinero, comprometiéndolos en la lucha eficaz contra el lavado de activos; así como algunas entidades estatales que en el ámbito de sus funciones se encargan de observar y tratar información relacionada con transacciones económicas, por ejemplo por el pago de algún contrato de servicio, o declaraciones de bienes y de financiamiento de campañas como en el caso del Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales. Ahora bien, de acuerdo al artículo 14° del Reglamento de la ley 27693, aprobado por Decreto Supremo 020-2017-JUS, los sujetos obligados deben designar a una persona natural para que actúe como oficial de cumplimiento y se encargue de vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, convirtiéndose en un agente que actúe como apoyo a la labor de los organismos supervisores y la UIF-Perú; de acuerdo al artículo 15°, entre los requisitos requeridos para ser nombrado como oficial de cumplimiento se encuentran el contar con experiencia en las actividades propias del sujeto obligado o en materia de lucha contra el lavado de activos, no haber sido condenado por delito doloso, no tener deudas vencidas, no haber sido declarado en quiebra, no

haber trabajado como auditor interno del sujeto obligado durante los últimos seis meses anteriores a su designación, y contar con vínculo contractual o laboral, garantizándole su autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones; una vez que el sujeto obligado designe a una persona como su oficial de cumplimiento el artículo 15.5 del reglamento establece que debe remitirse a la UIF-Perú una solicitud adjuntando la información y documentación que sustente que se cuenta con los requisitos exigidos para que luego de la verificación respectiva, la UIF-Perú proceda a otorgarle un código de identificación secreto para que pueda acceder al sistema virtual de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo y registrar allí las operaciones que detecte.

Entre las funciones del oficial de cumplimiento, especificadas en el artículo 16° del reglamento, podemos mencionar el proponer estrategias al sujeto obligado para prevenir y gestionar los riesgos de lavado de activos, vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del sistema de prevención del lavado de activos, así como sus políticas y procedimientos, en el que se incluyen los procedimientos de detección oportuna y reporte de operaciones sospechosas; respecto a estas últimas le corresponde evaluar las operaciones y en su caso, calificarlas como tales y comunicarlas a la UIF-Perú a través de un Reporte de Operaciones Sospechosas [ROS], en representación del sujeto obligado, dejando constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas. Siendo así, podemos afirmar que sujeto activo del delito bajo análisis es el oficial de cumplimiento, debiendo precisar que tratándose de sujetos obligados que sean personas naturales, la norma indica que ellos pueden actuar como sus propios oficiales de cumplimiento.

En cuanto a las operaciones sospechosas, estas se encuentran definidas en el literal a] del artículo 11.3 de la ley 27693, el cual señala que serán “aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente”, como se observa no importa el monto de la operación para calificarlo como sospechosa sino las especiales características indicadas en la norma, haciendo énfasis en la presunción de la procedencia ilícita de los activos, el cual se encuentra relacionado con los indicios que pueden llevar a verificar la comisión del delito de lavado de activos. El artículo

25.1 del reglamento de la ley 27693 obliga al oficial de cumplimiento a comunicar la operación sospechosa en un plazo que no puede exceder de 24 horas desde su calificación, la cual, si bien no tiene un plazo, debe considerarse su naturaleza y complejidad.

Con los elementos normativos del tipo penal explicados, se puede afirmar que el delito se configura con la desobediencia, por parte del oficial de cumplimiento, de comunicar las operaciones sospechosas que detecte en el ámbito de su función. Sobre ello, resulta interesante la precisión que realiza Diana Asmat (2015) respecto a que no es necesario que se verifique que dichas operaciones están relacionadas al lavado de activos; pudiéndose afirmar por tanto que el oficial de cumplimiento puede cometer lavado de activos por omisión, si omite comunicar las operaciones sospechosas con conocimiento de que a través de esa acción facilita el lavado de activos y si se cumple el elemento subjetivo de tendencia interna trascendente.

En cuanto al elemento subjetivo de este delito, se puede cometer a título de dolo o culpa; respecto a la conducta dolosa, es claro que el sujeto debe ser consciente de la posición que ejerce y decidir, pese a tener conocimiento de una operación sospechosa, no comunicarla. En el supuesto culposo, como lo explica Udelia Butrón (2016), el agente actúa por descuido o falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes, generando así un riesgo no permitido.

**CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
EN LA DETERMINACIÓN DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DE LAVADO DE
ACTIVOS**

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo pretendemos dar respuesta a la problemática propuesta exponiendo los planteamientos de la Teoría de la Imputación Objetiva y relacionándolos con el delito de lavado de activos, de acuerdo a la regulación de nuestro país.

Sin embargo, antes de ello, haremos una breve reseña acerca de lo que debe entenderse como Teoría de la Imputación Objetiva.

Así, podemos definirla como aquel conjunto de proposiciones, basadas en criterios normativos, cuya finalidad es establecer si determinada conducta o resultado puede imputársele a alguien; ello permite superar el tradicional criterio causalista que se limita al establecimiento de una relación causa y efecto entre la acción y el resultado.

Y es que, como veremos a continuación, para los autores alemanes Günther Jakbos y Claus Roxín, el análisis causal de un comportamiento es limitado cuando se trata de determinar la tipicidad de una conducta, siendo que para el primero se hace necesario el análisis de las relaciones sociales en las que se desenvuelve la persona y el cumplimiento de las normas que la sociedad espera que desempeñe cuando ejerce un determinado rol; y el segundo introduce el criterio normativo de riesgo permitido con la finalidad de distinguir las conductas típicas relevantes desde el punto de vista penal. Además, ambos autores coinciden y son muy críticos con las teorías causalistas de la imputación debido a que, afirman, se encuentran vinculadas al aspecto cognitivo de la persona, sobre todo en el ámbito de los delitos dolosos, calificando de insuficientes y poco convincentes las respuestas que esa doctrina ha dado a algunos casos.

2. POSTULADOS DE CLAUS ROXÍN

En la actualidad, el jurista y abogado alemán Claus Roxín es uno de los autores más influyentes en cuanto a sus planteamientos en el ámbito de la Teoría de la Imputación Objetiva, por lo que las reglas de imputación planteados por este profesor, servirán como herramientas para los fines de la presente investigación.

Como él mismo reconoce, su artículo publicado en 1970 en el Libro de Homenaje a Honig, titulado *“Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal”* y en el cual desarrolló por primera vez su concepción de la doctrina de la imputación “desató todo un cambio de paradigma en la literatura penal” (Roxín, 2012) La razón de ello es porque Roxin propone como criterios de imputación la *“creación de un riesgo permitido”* y el *“fin de protección de la norma”*.

Para sustentar su posición respecto a que la solución a los problemas de imputación no pasa por analizar la finalidad con la que actuó el autor Roxín (2012) utiliza el ejemplo del sujeto que al ver que se aproximaba una tormenta envía a otro al bosque con la finalidad de que le alcance un rayo. Si se llegase a producir la muerte del segundo sujeto, por un lado, bajo una perspectiva de causalidad, al primer sujeto se le imputaría el delito de homicidio, por otro, bajo la premisa de la intención del autor, también podría imputársele pues el deseo con el que actuó se llegó a concretar. Sin embargo, Roxin muestra que habría consenso en admitir que no existe imputación alguna hacia el primer sujeto pues el alcance de un rayo es algo casual, y por lo tanto evidencia que el dolo dirigido a este homicidio no constituye un dolo homicida sino un dolo dirigido a algo impune. De esta manera precisa que la tarea de la imputación objetiva consiste en informar sobre las circunstancias que hacen de una causación una acción típica, es decir cuando tenga relevancia penal, esto permite demostrar que dentro de la teoría de la tipicidad, la teoría de la imputación objetiva influye en la determinación del tipo objetivo del delito.

Es a partir de la explicación anterior que Roxín (2012) indica los dos principios que sustentan su posición:

- a) Solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el actor cuando la conducta hubiera creado, para el objeto de acción, un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido, y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto.
- b) Si el resultado se manifestara como la realización de un peligro creado por el autor, será por regla general imputable, de tal manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo.

Respecto al riesgo permitido, Roxin (2012) establece que su ubicación sistemática se encuentra dentro del tipo objetivo, y no corresponde a una causa de justificación: “A partir de una conducta de correr riesgos – aunque sean socialmente aceptados – no surge de ningún modo la potestad de matar”, respecto a ello explica que el riesgo permitido no implica realizar una ponderación de intereses en casos concretos, lo cual puede llevar a resultados distintos, sino que la ponderación es global de manera que se pueda impedir la aparición del tipo en el delito. Sobre este punto conviene detenernos, con la finalidad de conocer por qué se utiliza el riesgo permitido como criterio de imputación.

Bernardo Feijoo (2002) explica que la idea principal consiste en que toda conducta social genera riesgos para los integrantes de la sociedad, de manera que el Derecho Penal, cuya naturaleza consiste en ser la última ratio del ordenamiento jurídico debe tener en cuenta que existen ciertas conductas toleradas o permitidas que podrían implicar una lesión a un bien jurídico protegido, pero que son admitidas por las utilidades generales que representan para la sociedad, estableciendo incluso que mientras los ciudadanos observen el beneficio que implica cierta actividad, están dispuestos a aceptar el riesgo que implica para ellos, por lo tanto la intervención del Derecho Penal un enorme obstáculo para el desarrollo de la vida moderna y en comunidad

Ahora bien, en cuanto a la normativa sobre lavado de activos, la idea del riesgo permitido se manifiesta en la importancia de que nuestra legislación cuente con un enfoque basado en riesgos, ello debido a que tal como lo describe Ulrich Beck (1998) la sociedad moderna se encuentra caracterizada por la aparición de riesgos generados por el desarrollo de la tecnología y el conocimiento, los cuales han generado que se revisen y se propongan nuevos mecanismos de control y prevención a ámbitos en los cuales antes no se intervenía, acuñando este autor la denominación “Sociedad de riesgos”; por ejemplo en el ámbito del Derecho Penal surjan nuevas teorías y planteamientos, como el de la imputación objetiva que como vimos, tiene entre sus postulados el considerar que las actividades humanas generan riesgos en la vida social.

Encontramos también que de acuerdo a la recomendación N°1 del documento denominado “40 recomendaciones del GAFI”:

Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo [EBR] a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados.

Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas [APNFD] que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. (Grupo de Acción Financiera, 2018)

Un ejemplo sobre la aplicación del enfoque de riesgos a nivel general, lo encontramos en la Evaluación Nacional de Riesgo (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016) elaborada por el Banco Interamericano de Desarrollo; este documento tiene como principal objetivo la identificación y comprensión de los riesgos sobre lavado de activos para la aplicación de políticas públicas de mitigación y prevención. Resulta interesante hacer mención a la metodología utilizada debido a que la misma permite un mayor entendimiento acerca del reconocimiento de los riesgos; así en primer lugar se establecieron cuatro conceptos clave tomados de la Guía sobre Evaluación Nacional de Riesgo de Lavado de Activos elaborado por el GAFI:

- a) Amenaza: Persona o grupo de personas, objeto o actividad, con el potencial de causar daño al Estado, a la sociedad o a la economía para lavar activos de origen ilícito o financiar al terrorismo. Las amenazas pueden ser internas o externas al país.
- b) Consecuencia: Impacto o daño que puede provocar el lavado de activos y la financiación del terrorismo en el Perú. Este concepto incluye el efecto que la actividad delictiva y terrorista puede tener sobre la

institucionalidad del país, los sistemas e instituciones financieras, la economía o la sociedad en general.

c) Vulnerabilidad: Situaciones o hechos que pueden ser aprovechadas o utilizadas para que las amenazas cumplan sus fines. Las vulnerabilidades están representadas por las debilidades en los sistemas o controles sobre lucha contra el lavado de activos. Pueden también incluir las características de un determinado sector, un producto financiero o tipo de servicio; no se identifican como deficiencias, debido a que existen vulnerabilidades que pueden derivar de factores sociales, naturales o geográficos que afectan al país. Sin embargo, un elevado número de deficiencias del sistema de lucha contra el lavado de activos son susceptibles de ser calificados como vulnerabilidades.

d) Riesgo: Se configura como una combinación de amenazas, vulnerabilidades y sus consecuencias. Para su evaluación se procede a su identificación, análisis y conocimiento de las consecuencias que de ellos se derivan, lo que servirá de base para definir y priorizar las medidas mitigadoras que correspondan (GAFI, 2013)

Luego de ello se establecieron grupos de trabajo conformados por los sujetos obligados; las entidades encargadas de la investigación, persecución y enjuiciamiento; y las de regulación, supervisión y sanción tanto de sujetos obligados financieros como de actividades profesionales no financieras; con la finalidad de identificar las amenazas, vulnerabilidades y consecuencias para posteriormente establecer los niveles de riesgo. Así, se identificaron cuarenta y tres [43] amenazas entre las que se encontraban la existencia de más de cuarenta [40] mil hectáreas de hoja de coca que pueden relacionarse con el narcotráfico; el incremento de actividades de corrupción pública; la elevada comisión de delitos de minería ilegal, tala ilegal, trata de personas, contrabando y extorsión; así como la existencia de grupos criminales organizados; la falta de coordinación entre instituciones públicas dedicadas a la investigación y persecución de este delito; la porosidad de las fronteras, entre otras. Después, por cada amenaza se hizo una relación de las vulnerabilidades que incidían en ella para que pueda llegar a concretarse, y dependiendo de sus características, naturaleza y consecuencia se les colocó una puntuación del 1 al 4, dependiendo si el riesgo era bajo, moderado,

alto o muy alto, respectivamente. Con los resultados alcanzados se dedujo cuáles amenazas requerían medidas de mitigación urgente y cuales menos urgentes.

Lo anterior, ha sido reseñado como un modelo de la aplicación de un enfoque de riesgo como herramienta para la prevención y lucha contra el lavado de activos; si bien se trata de un estudio técnico y a nivel macro, debido a que analizó la situación de un país respecto a diferentes aspectos de su realidad, y el término “riesgo” es entendido en ese contexto; ello no es impedimento para que a través de nuestra legislación se recoja como parámetro este planteamiento para que determinados sectores de la vida social puedan aplicarlo.

La normatividad sobre lavado de activos, no solo pasa por analizar el tipo penal y los delitos conexos establecidos en el Decreto Legislativo 1106 y que han sido desarrollados en el capítulo anterior, sino también por las normas referidas al Sistema de Prevención de lucha contra el lavado de activos dictadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones [SBS], que tiene como órgano especializado a la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] que entre sus principales funciones se encuentran recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos; así como, coadyuvar a los sujetos obligados a la implementación de sus sistemas de prevención para detectar y reportar operaciones sospechosas de lavado de activos [artículo 1° de la ley 27693]. Por lo tanto, para el desarrollo de esta parte del capítulo analizaremos algunos artículos referidos a la ley 27693 y su reglamento establecido en el Decreto Supremo N°020-2017-JUS, así como la Resolución SBS N°789-2018 [Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo supervisión de la UIF-Perú, en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo] y la Resolución SBS N°369-2018 [Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo el sistema acotado de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo].

De esta manera encontramos que el numeral 10 del artículo 9-A de la ley 27693 establece que:

La función de supervisión asignada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, a través de la UIF-Perú, así como a los demás organismos supervisores en materia de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, se ejerce sobre la base del análisis de riesgo que hagan de cada sector, de manera que se priorice la supervisión sobre las actividades y entidades de mayor riesgo. Aquellas actividades consideradas de menor riesgo relativo serán monitoreadas en cuanto a sus obligaciones de inscripción ante la UIF-Perú, registro de operaciones y reporte de operaciones sospechosas.

Con lo cual observamos que la función de los organismos supervisores se ejerce a través de un estudio sobre los riesgos de los ámbitos que vigilan, cumpliendo así con una parte de las recomendaciones del GAFI.

Respecto a los sujetos obligados, como vimos en el anterior capítulo, estos se refieren a distintas actividades económicas y profesionales a los cuales la ley obliga a informar y reportar operaciones a la UIF-Perú, con la finalidad de ayudar a la prevención del delito de lavado de activos; podemos colegir por tanto que la razón por la cual se les ha otorgado este deber especial es debido a que en el desarrollo de sus labores se pueden presentar riesgos, los cuales si no son identificados y mitigados, pueden llevar a estos sujetos a cometer el delito de lavado de activos.

Así, la Resolución SBS N°789-2018 [Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo supervisión de la UIF-Perú, en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo] se tiene como alcance a sujetos que realicen trece [13] actividades: agente inmobiliario; comercialización de las maquinarias y equipos; comercio de joyas, metales preciosos y/o piedras preciosas; empresas mineras; compraventa de divisas; compraventa de vehículos y embarcaciones; construcción y/o inmobiliaria; comercio de monedas, objetos de arte y sellos postales; compraventa de aeronaves; hipódromos y sus agencias; juegos de lotería y similares; organizaciones sin fines de lucro que recauden, transfieran y desembolsen fondos, recursos u otros activos para fines o propósitos caritativos, religiosos, culturales, educativos, científicos, artísticos, sociales, recreativos o

solidarios o para la realización de otro tipo de acciones u obras altruistas o benéficas; y faciliten créditos, microcréditos o cualquier otro tipo de financiamiento económico; y préstamo y/o empeño. A todos ellos, además de la obligación de contar con un oficial de cumplimiento, se les exige, de acuerdo a los artículo 14° y 15° de la norma, llevar a cabo una debida diligencia para el conocimiento del cliente y del beneficiario final [entendido, de acuerdo al numeral 3, del artículo 3°, como la persona natural en cuyo nombre se realiza una operación y/o que posee o ejerce el control efectivo final sobre un cliente, a favor del cual se realiza una operación; se incluye también a quienes ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica o ente jurídico]; precisándose incluso cuál debe ser la información mínima con la que deben contar de acuerdo al régimen aplicable al caso concreto [general, reforzado y simplificado]. Para los fines del presente capítulo resulta importante mencionar que el Capítulo XI de la norma hace referencia a la identificación y evaluación de los riesgos de Lavado de Activos; de este modo en el artículo 27° precisa cuáles deben ser aquellos factores de riesgo que el sujeto obligado debe considerar e identificar al momento de realizar sus operaciones:

FACTOR DE RIESGO	ELEMENTOS DE ANÁLISIS
CLIENTE	○ Comportamiento ○ Antecedentes ○ Actividades al inicio y durante la relación comercial ○ Nacionalidad ○ Residencia ○ Actividad económica ○ Volumen de transacciones
PRODUCTOS Y/O SERVICIOS	○ Canales de distribución ○ Medios de pago ○ Cambios en la producción
ZONA GEOGRÁFICA	○ Zonas en que opera el sujeto obligado

-
- Disposiciones de GAFI sobre ciertas jurisdicciones
 - Seguridad
 - Características económica-financiera
 - Características socio-demográficas
-

Tabla 2 Factores de riesgo

Sobre estos factores, el artículo 28° de esta norma obliga a que los sujetos desarrollen procedimientos de identificación y evaluación de ocurrencias e impactos, así como la implementación de medidas de control para mitigar esos riesgos y un monitoreo permanente de los mismos y de su efectividad.

Al mismo tiempo, en la misma Resolución SBS N°789-2018, en el artículo 4° de su Única Disposición Complementaria Final se establecen los deberes de los abogados y contadores que actúan como sujetos obligados en labores específicas de su profesión como la compraventa de inmuebles, la administración de dinero, o la creación, administración u operación de personas jurídicas; siendo que a ellos únicamente se les exige cumplir con el proceso de debida diligencia en el conocimiento del cliente, ya sea en el régimen general o reforzado; realizar el registro de operaciones; y presentar un informe anual a la UIF-Perú por parte del oficial de cumplimiento sobre la situación del sistema de prevención de lavado de activos implementado por estos profesionales; estando ausente por tanto el análisis basado en el enfoque de riesgo.

Respecto a la Resolución SBS N°369-2018 [Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo el sistema acotado de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo]; esta tiene como alcance a nueve [9] sujetos obligados: los que se dedican al comercio de antigüedades; los gestores de intereses en la administración pública, según la Ley N° 28024; los martilleros públicos; las procesadoras de tarjetas de crédito y/o débito; las agencias de viaje y turismo y los establecimientos de hospedaje; las organizaciones sin fines de lucro [OSFL] que recauden, transfieran y desembolsen fondos, recursos u otros activos para fines o propósitos caritativos, religiosos, culturales, educativos, científicos, artísticos,

sociales, recreativos o solidarios o para la realización de otro tipo de acciones u obras altruistas o benéficas, siempre que no faciliten créditos, microcréditos o cualquier otro tipo de financiamiento económico; las empresas del Estado, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades provinciales; la Central de Compras Públicas - Perú Compras; los clubes de fútbol profesional. Para ellos, al ser un sistema acotado, de acuerdo al artículo 3° de la norma, únicamente se les exige la dedicación de un oficial de cumplimiento a dedicación no exclusiva para la comunicación de operaciones sospechosas; por lo que tampoco se exige a estos sujetos la realización de un análisis de sus actividades basados en un enfoque de riesgo.

De este modo, se evidencia que, en la normativa actual sobre prevención de lavado de activos, respecto a los sujetos obligados supervisados por la UIF, el enfoque basado en riesgo no es una exigencia para ciertas actividades económicas y profesionales, al menos las del ámbito privado, lo que dificulta el grado de comprensión de ellas respecto a los riesgos que conllevan sus actividades con la comisión del blanqueo de capitales.

El enfoque de riesgo encuentra sustento en la Teoría de la Imputación, específicamente en los enunciados propuestos por Roxín respecto a este elemento:

- La exclusión de la imputación en la disminución del riesgo: Se presenta cuando el autor modifica un curso causal que permite la disminución de un riesgo para la víctima. Para el jurista alemán resultaría contradictorio prohibir una conducta que, en vez de empeorar el estado de un bien jurídico, lo mejore. Entre los ejemplos citados se encuentra el del médico que retarda la muerte del paciente con algunas medidas que adopta, y el de la persona que evita que a otra le caiga una piedra en la cabeza, haciendo que esta le caiga en otra parte del cuerpo. Se aclara que no nos encontramos ante situaciones de estado de necesidad justificante, pues ello implicaría admitir que la disminución del riesgo implica una lesión al bien jurídico, cuando lo que se trata es establecer que no existe tal perjuicio (Roxín, 2012).

En el caso del lavado de activos, una vez identificado el riesgo al que se encuentra expuesto el sujeto obligado; este puede adoptar comportamientos dirigidos a reducir el mismo y que puedan mejorar el estado del bien jurídico o el respeto a la vigencia de la norma. Ello se puede manifestar, por ejemplo, en la realización de medidas de debida diligencia reforzada en aquellos clientes o beneficiarios finales con un perfil de riesgo bajo; o incluso el registro de operaciones a clientes habituales, pese a tener el debido conocimiento de la licitud de las actividades de estos últimos; debido a que conforme al artículo 9.5 de la ley 27693, la misma no es una obligación si se presentasen esas condiciones. Debe tenerse en cuenta que la implementación de estas medidas puede haber resultado muy costoso, no solo en términos económicos sino también en el tiempo que se pudo haber dedicado, no pudiendo serles imputable la omisión respecto a estas actuaciones.

- La exclusión de la imputación cuando falta la creación de un peligro: Se presenta cuando el riesgo no se ha elevado ni disminuido de manera jurídicamente relevante. Dentro de este supuesto se encuentran las actividades consideradas normales, como cocinar, salir de paseo, bañarse, etc. Para analizar si nos encontramos ante una conducta que no ha colocado en una situación peligrosa el bien jurídico, Roxín propone utilizar como parámetro el del *“observador razonable antes del hecho”* lo que implica verificar si se ha considerado, de manera previa a la ejecución de la conducta, si esta era riesgosa o elevaba el riesgo; dentro de esta evaluación se deben considerar los conocimientos especiales que tenía el autor; sobre esto último Roxin aclara que con ello no se afirma que la teoría de la imputación objetiva se ocupe de un problema de dolo, sino que se deben considerar a los conocimientos especiales como parte de la imputación al tipo objetivo; haciendo referencia a Luis Greco, precisa que el tipo objetivo tiene como función político-criminal establecer los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que si los conocimiento especiales resultan ser necesarios para establecer ese límite, se les puede considerar importantes para el tipo objetivo (Roxín, 2012).

Respecto a este enunciado, hemos visto que Roxin considera a los conocimientos especiales con los que cuenta el autor de manera anterior al hecho como un elemento importante para establecer una diferencia entre el riesgo permitido y prohibido, debido a que en este supuesto se encuentran las conductas sociales que se desarrollan de manera ordinaria. Sin embargo, debemos hacer hincapié en los conocimientos especiales, debido a que sobre los mismos existen diferentes perspectivas entre Roxin y Jakobs; para el primero estos son importantes en la medida que permiten diferenciar una conducta prohibida de una permitida; sin embargo, para el segundo la relevancia de los conocimientos especiales se manifestará únicamente si estos se encuentran vinculados al rol en el que se desenvuelve un sujeto dentro de su contexto social. Ahora bien, de acuerdo a las Resolución SBS N°789-2018, los sujetos obligados bajo el alcance de esta norma, tienen el deber de conocer la identidad de sus clientes, sea persona natural o jurídica, e incluso el origen de los activos involucrados en la operación; con ello los planteamientos de los profesores alemanes sobre los conocimientos especiales, a pesar de ser distintos, llegan a un punto coincidente al manifestarse la importancia del conocimiento del cliente por parte de los sujetos obligados, en su rol de agentes de prevención de lavado de activos .

Para verificar este enunciado, como explica Roxín, es necesario utilizar como parámetro el del *“observador razonable antes del hecho”*, siendo que debe comprobarse el cumplimiento del deber de conocer a sus clientes, y si a pesar de haber contado con esa información se desplegó una conducta que elevara el riesgo de que se cometa el delito de lavado de activos.

- La exclusión de la imputación en los casos de riesgos permitidos: Para explicar este supuesto, Roxin utiliza como ejemplo de un riesgo permitido la conducción de vehículos, pues se admite que ello implica un riesgo para la vida y salud de las personas y también de los bienes; sin embargo evidencia que su existencia se debe al bienestar general de la sociedad; de esta manera si se generase una lesión a un bien jurídico pese a haberse respetado todas las reglas de tráfico nos encontraríamos ante una acción atípica. Roxin indica que el establecimiento de normas de seguridad en

determinadas actividades sociales sirve para identificar en qué situaciones nos encontramos ante un riesgo permitido (Roxín, 2012).

La legislación especial respecto a cada sector supervisado por la SBS y la UIF-Perú para el reporte de operaciones establece el marco de una conducta permitida sobre ellos; así mismo las normas sobre prevención de lavado de activos establecen obligaciones sobre la realización de una debida diligencia y sobre todo el conocimiento del cliente, por lo que constituyen los parámetros que incluyen el ámbito permisible de la conducta.

Entonces para identificar las conductas de riesgo prohibido debe de demostrarse que los sujetos obligados [bajo el alcance de la Resolución SBS N°789-2018] habrían incumplido con su deber de identificar a sus clientes, sobre todo en aquellos casos donde se requería un mayor nivel de diligencia, como en las personas expuestas políticamente, quienes realizan negocios con un alto volumen de operaciones en efectivo, quienes se encuentran relacionados con jurisdicciones calificadas de paraísos fiscales; facilitando así la comisión del lavado de activos.

- La exclusión de la imputación en caso de falta de realización del riesgo no permitido: Sobre ello, Roxín recuerda que, para imputar un resultado a una persona, se debe verificar que este se haya realizado dentro del ámbito de un riesgo no permitido, presentándose casos en los cuales faltaría este último. De este modo, señala como un ejemplo el de un jefe de una fábrica de pinceles que, pese a las regulaciones para la desinfección del pelo de cabra que utilizan como materia prima para la elaboración del producto, estas no son limpiadas, con lo que algunos trabajadores son contaminados y posteriormente mueren, sin embargo se comprueba posteriormente que la sustancia prescrita como desinfectante era ineficaz contra la bacteria que atacó a los trabajadores; siendo así se explica que en este caso se verifica que el cumplimiento de la norma sobre desinfección hubiera sido en vano debido a que el resultado se hubiera producido igualmente, con lo cual el haber mantenido su conducta dentro del riesgo permitido sería inútil, no pudiéndose afirmar por tanto que se ha realizado el riesgo no permitido. Otro ejemplo citado por el autor alemán está referido a un conductor de un

vehículo que en determinado momento de su trayecto sobrepasa la velocidad máxima permitida, sin embargo más adelante la disminuye encontrándose dentro del margen permitido, es en ese momento que aparece un menor saltando hacia la pista, siendo inevitable el accidente; en relación a ello Roxín indica que no se ha realizado el riesgo prohibido debido a que las normas que regulan la velocidad no impiden que los conductores pasen a determinada hora por un lugar, con lo cual no es posible afirmar que el hecho de conducir a una velocidad mayor a la permitida aumentó el riesgo de que se apareciera una persona en la pista, siendo esto último una casualidad (Roxín, 2012).

Para verificar cómo podría presentarse este enunciado, debe quedar claro que existe una relación directa entre las medidas de debida diligencia que deben llevar a cabo los sujetos obligados y la prevención del lavado de activos. En este punto se plantea la eficacia de las normas sobre debida diligencia y conocimiento del cliente, debido a que podría comprobarse que de todas formas se pudieron haber llevado a cabo conductas de lavado de activos pese al cumplimiento de los deberes de los sujetos obligados; sobre este punto encontramos que el último Informe de Evaluación Mutua (GAFILAT, 2019), que en la parte referida al “Nivel general de efectividad y cumplimiento técnico”, se concluye que nuestro país ha alcanzado un nivel sustancial de efectividad en materia de inteligencia financiera en términos de su marco regulatorio; así como en capacitación y supervisión, no siendo posible establecer el impacto en las acciones y operatividad de las diferentes autoridades competentes para la lucha contra el lavado de activos debido a que el Plan Nacional 2018-2021, aún se encuentra en ejecución. Sin embargo, consideramos que respecto a este supuesto, es posible evaluar cada caso en concreto debido a las diferentes particularidades que se pueden presentar; lo cual no pretende desconocer las posteriores evaluaciones que pueden realizarse a nuestra normativa en base a los resultados y datos que aporten los mismos para establecer el grado de efectividad de la actual regulación.

- La exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado: En referencia a esta premisa, Roxín señala que se debe analizar cuál es el peligro que la norma de cuidado quería evitar, y por tanto proteger; a efecto de establecer si resulta posible imputar el resultado de la conducta desplegada por el agente; así, menciona como ejemplo el de dos ciclistas que se desplazan sin luces por la oscuridad, uno detrás de otro, siendo que quien va adelante choca con otro ciclista que venía en dirección contraria; el autor observa que no resulta razonable imputar este resultado al ciclista que venía por detrás, debido a que la finalidad del precepto que establece la obligación de llevar luces en las bicicletas es proteger al conductor de los accidentes en los que podría intervenir su propio vehículo y no otros. Además, precisa que una norma de cuidado es aquella que limita el margen de riesgo permitido, con lo cual se debe diferenciar el fin de protección de estas con el referido al tipo penal, tomando en cuenta que la primera está referida a determinadas conductas y el segundo a un bien jurídico determinado (Roxín, 2012).

En cuanto a este enunciado, la norma de cuidado está manifestada en toda la legislación sobre prevención de lavado de activos, que pretende evitar la comisión de este delito estableciendo obligaciones a ciertos sujetos cuyo incumplimiento puede llegar a generarles una responsabilidad penal; se trata de regular todos los ámbitos en los cuales se desarrolla estos negocios; y tomando en cuenta que nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta intereses generales como la economía nacional o la administración de justicia; resulta muy difícil identificar algún caso en el cual la conducta desplegada por los sujetos obligados no forme parte del fin de protección de la norma de cuidado.

3. POSTULADOS DE GÜNTHER JAKOBS

El profesor de la universidad alemana de Bonn expone sus planteamientos en el libro titulado *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*, publicado en 1996, y cuya versión en español fue traducida por Manuel Cancio Meliá de la Universidad Autónoma de Madrid.

Jakobs comienza explicando que el ser humano desarrolla sus conductas en el ámbito de una vida en sociedad, con lo cual se pueden generar diversas relaciones de las que pueden surgir defraudaciones, fundamentando esto último en que todos los sujetos, en determinados contextos, son portadores de un rol, el cual define como un “sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”, la defraudación consiste por tanto en el incumplimiento de aquellas expectativas que la sociedad tiene sobre una persona que ejerce un rol; siendo este último el criterio normativo en el que se sustenta la teoría de la imputación objetiva expuesta por este autor alemán.

Para establecer la necesidad de utilizar el rol que ejerce una persona como criterio de imputación, Jakobs utiliza como ejemplo el caso de un agricultor cuyo peón resulta herido por haber manipulado por curiosidad una máquina recién comprada; en el mismo se analiza que se puede llegar a establecer una imputación, no solo al agricultor y al peón, sino también al fabricante de la máquina, debido a que los tres sujetos se encontraban en posibilidad de conocer el curso lesivo de la acción, pero no por una cuestión subjetiva [dolo o culpa] sino objetiva [rol]; así, se analiza que la imputación al peón se debería al haber infringido su deber de protección a sí mismo; en el caso del agricultor su comportamiento estaba guiado a procurar que las máquinas que adquiriera estén fuera del alcance de personas curiosas; y por último en el caso del fabricante, él debió ocuparse de que todas las piezas de la máquina sean seguras y no generen peligro alguno (Jakobs G. , 1997). La pregunta que se plantea entonces es ¿cuál corresponde a la solución correcta?, este autor alemán responde que dependerá del contexto social en el que se haya llevado a cabo la acción debido a que en una sociedad que priorice el desarrollo de procesos de tecnificación, se exigirá al fabricante un mayor deber de cuidado en su rol de proveedor de maquinaria, por el contrario en una sociedad tolerante con los riesgos de la tecnología, debido a la escasez de esta última, podrá concluir que lo ocurrido es un accidente [desgracia]. Con este ejemplo Jakobs pretende demostrar que la imputación objetiva debe estar vinculada a una sociedad en concreto.

Para complementar la explicación anterior, este jurista señala que no se puede llegar al extremo de esperar que las personas consideren o piensen en todas las posibles consecuencias que generaría un contacto social, de ser así, la vida en sociedad quedaría detenida; con lo cual el límite para ello es el cumplimiento del rol

que la sociedad espera que cumpla un determinado sujeto, de manera que en los casos de los fabricantes de automóviles, por ejemplo, su deber consiste únicamente en cumplir con los estándares que la industria exige, por lo que las acciones que desarrolle posteriormente el cliente con el vehículo que adquiere no le pueden ser imputadas al primero; la misma lógica seguiría al productor de bebidas alcohólicas o a quien vende cuchillos. El cumplimiento de un rol por parte del agente resulta determinante para Jakobs (1997), quien plantea que en un determinado caso, si un mecánico repara un vehículo de una persona que sabe que conduce con exceso de velocidad, no se le podría imputar al primero el haber contribuido al actuar imprudente del conductor debido a que no se encontraba dentro de su rol el preocuparse por la conducción del propietario del vehículo.

Habiendo conocido la idea básica de la propuesta de Jakobs sobre la teoría de la imputación objetiva, corresponde exponer las “instituciones dogmáticas” [denominación realizada por el autor alemán] que han sido esbozadas por él aplicándolas al delito de lavado de activos:

3.1. PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LA NORMATIVIDAD SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

Para explicar esta figura, el profesor alemán realiza un análisis respecto a la imputación en el ámbito de la participación criminal, señalando que en la ejecución de un hecho delictivo se puede observar un reparto en la organización del mismo, siendo que en principio únicamente puede imputarse el resultado a quienes participaron de manera efectiva en la comisión del delito; sin embargo también puede imputarse el resultado a quienes participaron en la fase previa cuando el mismo es considerado como su propia obra, debido a que ellos no podrían responder por un actuar ajeno o de otra persona; la cuestión está por tanto en determinar cuáles son las condiciones para considerar a un hecho como propio, concluyendo Jakobs (1997) que es el sentido delictivo del comportamiento lo que permite una calificación así.

Como fue reseñado en el capítulo anterior, en el Acuerdo Plenario N°3-2010 la Corte Suprema se ha pronunciado acerca de las conductas neutras, planteando el problema acerca de la relevancia penal respecto al comportamiento que desarrollan quienes ofrecen determinados servicios cuando conocen o sospechan

que la persona a quien se lo brindan está vinculada a actividades criminales y sus recursos económicos utilizados para pagar la contraprestación pueden provenir de algún ilícito. Siendo así, la posición asumida está referida a declarar la atipicidad de estas conductas, en la medida que se encuentran desarrollando un comportamiento lícito [fundamento 24° del Acuerdo Plenario N°3-2010], debiendo precisarse que si bien se hace referencia a negocios standard como los vendedores de suministros, médicos, empleadas del hogar y hasta familiares dependientes; también se encuentran servicios de sujetos obligados como abogados, contadores, agentes inmobiliarios, notarios, empresas mineras, loterías, entre otros, a quienes la ley les ha otorgado un deber especial de prevención sobre lavado de activos, de manera que su conducta podrá ser considerada neutra en la medida que estos últimos también cumplan con esas obligaciones a las que se encuentran sometidos en el marco de su rol social. Cabe recordar que la Corte Suprema explica que la conducta del lavador de dinero tiene como finalidad consolidar una apariencia de legalidad en su patrimonio ilícitamente obtenido, por lo que quienes ejercen una conducta neutra, en principio no estarían actuando con ese objetivo [fundamento 26°].

Ahora bien, tal como señala Caro John (2015) debe tenerse en cuenta la “heterogeneidad socio-normativa de la competencia”, la cual consiste en reconocer que si bien es cierto el delito de lavado de activos puede ser cometido por cualquier persona, deben tenerse en cuenta las competencias sociales establecidas en cada sector social, siendo que el sentido comunicativo de la norma es distinto dependiendo de las regulaciones establecidas en cada ámbito de la sociedad. Con ello, en el delito de lavado de activos ya hemos hecho referencia a la normativa especial sobre prevención que alcanza a varios sujetos que desarrollan alguna actividad económica, comercial o profesional, a los que se les exige contar con sistemas de prevención, aplicando en algunos casos medidas de debida diligencia y conocimiento del cliente; por lo que el cumplimiento de estas exigencias también forma parte de su rol, y deberá ser tomado en cuenta para la aplicación de la prohibición de regreso. Ello guarda relación con el enfoque de riesgo comentado anteriormente, en la medida en que en la conducta neutra desarrollada por los sujetos obligados se comprenda el carácter riesgoso de la misma, el cual debería

ser muy bajo debido a que se estaría actuando dentro de los márgenes legales permitidos.

También debe precisarse, que de acuerdo a lo expuesto por Jakobs, de comprobarse que el sujeto adecuó o configuró su conducta, que en un principio se encontraba enmarcada en su rol social, para la contribución o comisión de un delito, no será posible alegar una prohibición de regreso, debido a que el agente habría superado el límite de riesgo permitido por la norma. Por lo que, para analizar esta figura, podemos utilizar la metodología propuesta por este autor alemán para identificar si en un determinado caso se presente una conducta neutra; para ello tomaremos como ejemplo la conducta de los abogados, los cuales, a partir de la promulgación del Decreto Legislativo 1249, el 26 de noviembre del 2016, fueron considerados como sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de lavado de dinero a la UIF-Perú de sus clientes, cuando de manera habitual realicen actividades de compra y venta de inmuebles, administración de dinero o cuentas en el sistema financiero, creación u operación de personas jurídicas, y compra y venta de acciones o participaciones sociales:

- No hay nada en común; un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo en este caso, sólo él responde (Jakobs G. , 1997) En estos casos, la conducta cotidiana que desarrolla la persona es calificada como inocua por Jakobs debido a que se ha limitado a cumplir su rol social, por lo tanto, carece de un sentido delictivo al no serle propia la ejecución del delito. Entre los ejemplos citados se encuentran el de unos terroristas que amenazan con matar a un ministro si los magistrados que ven su proceso los condenan, siendo que en el presente no cabría imputarles a los jueces el probable homicidio que se cometa en contra de la autoridad del gobierno debido a que los primeros se encuentran cumpliendo su función de juzgadores, no encontrándose razones para aceptar lo señalado por los terroristas respecto a la razón por la cual cometerían el delito.

Claramente no nos encontramos ante este supuesto, pues en el caso planteado existe una manifiesta relación entre un abogado y su cliente para la prestación de determinados servicios. Un caso podría darse cuando

personas vinculadas a actividades propias de lavado de activos deciden comprar acciones de una empresa constituida por asesoramiento de uno de los estudios jurídicos más reconocidos de la ciudad, se evidencia así que los abogados de este estudio actuaron conforme a una labor ordinaria, no teniendo ninguna vinculación con los terceros y desconociendo que la empresa que ayudaron a constituir podía ser utilizada como medio para lavar activos. Es coherente entonces que los abogados no tengan responsabilidad alguna respecto de las acciones de terceros con quienes no establecieron relación alguna.

- Entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito: (Jakobs G. , 1997).

A diferencia del anterior, en estos casos, sí existe una relación entre el autor y otra persona, sin embargo, también en la medida que esta última se haya comportado de acuerdo a su rol social no puede imputársele haber contribuido o participado en el resultado. Para Jakobs, es en este supuesto donde se encuentra el contenido de la prohibición de regreso, entendida esta como la prohibición de acudir a imputar a las personas que de manera física o psíquica pudieron evitar la comisión del delito, pero no quebrantaron su rol de ciudadanos; nótese que para el autor alemán a pesar de que la persona pudo haberse encontrado en condiciones de impedir la comisión del delito debido al conocimiento que podía tener sobre las acciones que desplegaría el autor, debe primar el criterio de imputación respecto al cumplimiento de su rol social.

Bajo este precepto encontramos los casos del vendedor de alimentos al que no se le podría hacer responder por la manipulación posterior que su cliente pueda hacer a sus productos para cometer, por ejemplo, un homicidio; o el del taxista que cumple con transportar a su cliente a un destino, donde este último comete un robo.

La cuestión planteada puede enmarcarse dentro de este supuesto, en la medida que las labores que desempeña un abogado sean aquellas propias de su profesión y las preste en condiciones normales de cumplimiento de

sus deberes de prevención de lavado de activos cuando realice los servicios especificados en la norma. Ciertamente la labor de defensa técnica frente a un proceso judicial constituye una prestación de carácter neutro que no genera mayor relevancia penal, es más, ésta forma parte de un derecho fundamental que tiene toda persona: el derecho a la defensa. Resulta apropiado resaltar también que cuando el Acuerdo Plenario N°3-2010 señala que la conducta neutra o estándar que realiza el abogado en ejercicio de su profesión no constituye una conducta típica [fundamento 24° y 25°], de manera implícita hace referencia al inciso 8° del artículo 20° del Código Penal, el cual exime de responsabilidad penal a quien obra en el ejercicio de un oficio o cargo. Así, el abogado se encontraría actuando dentro del margen que su profesión le permite; respecto a ello, y en relación a los límites de riesgo permitido, recientemente la Corte Suprema, a través de la Sala Penal Permanente ha señalado a la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de ética del Abogado como la normativa que regula la legitimidad de la actividad que desempeñan, los cuales sirven como criterio para determinar su actuar (Caso Aurelio Pastor, 2015) [fundamentos vigésimo octavo, vigésimo noveno y trigésimo].

- Lo común viene determinado por la configuración de la prestación, peligrosa per se; a tales prestaciones es inherente un uso ulterior -que, al menos, también puede ser delictivo, y de ahí que den lugar a una comunidad con quien realiza los actos ejecutivos: (Jakobs G. , 1997): En estos casos se parte de la premisa que la prestación realizada por la persona a quien se le imputa la participación delictiva se encuentra prohibida, por lo que es “*peligrosa per se*”; de esta forma, Jakobs menciona como ejemplos el de las personas dedicadas a la venta ilegal de armas o al suministro de explosivos o estupefacientes sin autorización alguna; siendo así, este sujeto cuya ocupación son actividades prohibidas o peligrosas, también es responsable de las consecuencias que se deriven de ellas; se precisa por tanto que el autor no necesita ponerse de acuerdo con esta persona para la comisión del delito, debido a que puede adecuar el comportamiento de éste para su disposición criminal. Es en estos supuestos que Jakobs también aclara que

la imputación objetiva no depende de los aspectos subjetivos con los que contaba el autor [dolo o culpa] sino del sentido social del comportamiento. Aplicado a nuestro caso en concreto, este supuesto se refiere a cuando por ejemplo un abogado falsifica documentos para crear empresas, es decir realiza una actividad prohibida por la legislación penal y un tercero vinculado al lavado de activos, conociendo del actuar delictivo del abogado, le solicita sus servicios para la constitución de una persona jurídica, entonces nos encontraríamos ante dos hechos reprimidos penalmente que conviven juntos y del que cada persona es responsable.

- Supuestos habituales de inducción y complicidad: el partícipe no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento: (Jakobs G. , 1997) Dentro de estos casos se encuentran quienes participan en la ejecución de los hechos materia del delito. Sin embargo, el jurista de la universidad de Bonn explica también que encontramos a quienes participan de manera anterior a la comisión de los hechos brindando una colaboración al autor. Queda claro que en estos supuestos el comportamiento del partícipe no es de carácter neutral, sino que adecúa su actuar al hecho delictivo porque entre autor y cómplice existe una relación de coordinación o incluso de reparto de labores.

En este caso, tanto el abogado como el cliente participan de manera activa de los actos propios del delito de lavado de activos como la colocación, conversión, transferencia u ocultamiento; evidenciamos que el actuar del abogado ya no se encontraría dentro de una conducta neutra o estereotipada, por el contrario, va más allá, llegando, en términos de Roxín, al riesgo prohibido, que hace que se le pueda imputar la actuación realizada. Un ejemplo lo hallamos en la forma en que operaba la conocida red de Rodolfo Orellana, pues para realizar las diversas adquisiciones de inmuebles de manera fraudulenta o la constitución de empresas a través de testaferros contaban con abogados que se valieron de su profesión para desarrollar estas actividades sin poder ser detectados fácilmente.

Otro caso de la aplicación de esta figura en el delito de lavado de activos lo encontramos en una reciente jurisprudencia, el Recurso de Nulidad N°33-2014 (Caso José Fernando Soberón Ricard, 2017) que el 26 de mayo del 2017 alcanzó los votos suficientes para formar una resolución, y en el que se discute si las conductas desplegadas por los familiares dependientes de una persona acusada de enriquecimiento ilícito podían ser consideradas como conductas neutrales o de lavado de activos. Así, los hechos de la acusación estaban referidos a que, en el año 2006, una trabajadora del hogar de nombre Eda Martínez Vitor había sustraído de manera sistemática entre cincuenta y ochenta mil dólares del clóset de su empleador, el magistrado de aquel entonces José Fernando Soberón Ricard; al tomar conocimiento de ello la Fiscalía de la Nación le inició investigación al juez por el delito de enriquecimiento ilícito; asimismo a sus familiares se les imputó el delito de lavado de activos atribuyéndoles actos de conversión, transferencia y ocultamiento de dinero. Estos actos estaban manifestados en tres hechos:

- La transferencia de un bien inmueble en el año dos mil cuatro, primero por parte del señor José Fernando Soberón Ricard a sus hijas Melissa y Mirella Soberón Alayaza, vía anticipo de legítima, y la posterior venta de ellas en favor de Mónica Soberón Ricard [hermana del magistrado] y Libia Ricard Velásquez [madre del magistrado] por la suma de treinta mil dólares.
- Entre los años 1996 y 1999, las imputadas Melissa y Mirella Soberón Alayaza, con apoyo de su madre María de las Mercedes Alayza Tijero aperturaron varias cuentas bancarias donde depositaron en total 43 mil dólares, la cual fue cancelada en el año 2006 cuando se conoció sobre el hurto de la empleada.
- Entre los años 2004 y 2005, las imputadas Melissa y Mirella Soberón Alayza adquirieron y transfirieron diversas unidades vehiculares.

En una primera instancia las imputadas fueron absueltas, siendo esta decisión recurrida vía recurso de nulidad por la Fiscalía Superior y la Procuraduría Pública ante la Corte Suprema. En la Resolución Suprema, respecto al primer hecho, la Sala Suprema, por unanimidad, declaró “no haber nulidad” respecto a la absolución de las acusadas, debido a que se comprobó que el inmueble fue adquirido por el señor José Fernando Soberón Ricard en el año 1990, cuando aún no ejercía el

cargo de magistrado, además que el anticipo de legítima se manifestó únicamente en una minuta, sin ser elevada a Escritura Pública y no se acreditó la pre-existencia de los treinta mil dólares pagados como contraprestación por la venta del bien. De manera que para los Jueces Supremos no era posible considerar al inmueble como un bien de origen ilícito que pueda ser materia de un posterior acto de conversión, que como vimos es la primera etapa del proceso de lavado.

Respecto a los otros dos hechos, el debate se centró en determinar si las conductas realizadas por los familiares del magistrado, descritas en la acusación fiscal, podían ser o no consideradas como conductas estándar; la posición mayoritaria se inclinó por declarar “no haber nulidad” en la sentencia de primera instancia, con lo cual se establecía que el comportamiento de las imputadas Melissa y Mirella Soberón Alayza estaba enmarcado en una prohibición de regreso; sin embargo debemos señalar que en un primer momento los argumentos principales de esta decisión estuvieron referidos a la falta de un actuar doloso por parte de las acusadas [fundamento segundo del voto de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana], lo cual resultaba incompatible para la aplicación de un planteamiento de la Teoría de la Imputación Objetiva como es la prohibición de regreso, tal como lo explica el profesor Jose Caro:

La relevancia o irrelevancia penal de una conducta no comienza en el examen de lo que el sujeto sabe, sino en la relación jurídica de la conducta en sentido objetivo, pues, si de antemano un comportamiento no representa alteración alguna del orden social jurídicamente protegido, ni implica la defraudación de las expectativas que el Derecho penal estima esenciales para la convivencia social pacífica, entonces no se altera el espacio del riesgo permitido. Dicho en una forma más sencilla: el juicio de tipicidad comienza con el análisis acerca de si una determinada conducta ha superado los límites de lo socio-jurídico aceptado como riesgo permitido para luego recién pasar a abordar la imputación subjetiva. (Caro John J. , 2015)

Se deja claro entonces que no se desconoce el aspecto subjetivo del tipo, sino que, en el marco de la Teoría de la Imputación Objetiva, debe analizarse primero el

comportamiento del sujeto enmarcado en su rol social [aspecto objetivo], lo que en el caso materia de análisis no ocurrió con los votos de dos magistrados.

Posteriormente, en los votos de los jueces supremos Sequeiros Vargas y Calderón Castillo [fundamento 4.3.1. de su voto], se hace mención en sus fundamentos respecto al carácter de conducta neutra desarrollado por las acusadas. Así, el primer magistrado indicó que:

Sobre la conducta del familiar dependiente, en los casos de hijos cuyo padre es titular de activos de origen delictivo, debe precisarse que si sus conductas se entrelazan de tal manera que las de los hijos dan lugar a que el dinero o bienes de origen delictivo adquieren apariencia de legitimidad, en principio no cabría que se les imputa el delito de lavado de activos en la medida en que los hijos tienen el deber de respetar y honrar a sus padres [citando al artículo 454° del Código Civil], lo cual implica una predisposición natural a confiar en los mismos y que sus conductas son adecuadas [fundamento 3.2.10].

Coincidimos con lo argumentado por ambos, debido a que consideramos que, al existir una relación particular entre padres e hijos, la norma, y sobre todo la regulación penal en materia de lavado de activos, no puede exigir que los últimos tengan el deber de presunción sobre los activos que su progenitor administra o tiene, justamente por la relación de familiaridad que poseen. Aclarando, que como también señala el magistrado, sí podría serle imputable el delito de lavado de activos cuando existe un conocimiento cierto del origen ilícito de los bienes o activos que sus padres poseen, y a pesar de eso, despliegan conductas encaminadas a legitimar ese patrimonio u ocultarlo; debido a que en este último supuesto existiría una adecuación de la conducta de los hijos o cualquier otro familiar dependiente, a lo desarrollado por el padre.

Con todo lo explicado anteriormente, debemos agregar también que será la prueba indiciaria la que nos permitirá establecer el carácter neutro de una determinada conducta y por tanto la aplicación de la prohibición de regreso para los fines de la imputación.

3.2. PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA NORMATIVIDAD SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

Jakobs explica que la presente figura permite la división del trabajo debido a que no resulta posible que las personas controlen a los demás de manera permanente, no siendo esto último parte de su rol; asimismo señala que la razón de ello es porque se asume que los demás sujetos son responsables en su actuar. (Jakobs G. , 1997)

Con ello, conviene preguntarnos ¿cuál es el fundamento para utilizar la confianza como criterio normativo en la teoría de la imputación objetiva?, al respecto podemos tomar lo señalado por Bernardo Feijoo quien explica que en la convivencia en sociedad, los ciudadanos depositan su confianza en las normas, es decir esperan que el ordenamiento jurídico garantice ciertas expectativas o reglas de comportamiento en las personas; siendo así las posibilidades de relacionarse entre los sujetos son mayores, pues se espera que cada uno respete las normas jurídicas; lo contrario, es decir la desconfianza tendría como consecuencia un reducido o incluso nulo contacto social; el autor español precisa que el Derecho no protege toda confianza que alguien coloque en otra persona ni garantiza que no existan defraudaciones, sino únicamente establece lo que los terceros deben hacer a efecto de no contravenir esa confianza. (Feijoo Sánchez, 2002).

Asimismo, tomando en cuenta lo señalado por Jakobs respecto al fenómeno de la división del trabajo, Feijoo analiza cuál sería el alcance del principio de confianza, de este modo esta organización en las labores puede manifestarse de manera horizontal [cuando existe una relación de igualdad entre los trabajadores] o de manera vertical [cuando existe una relación jerarquizada, en donde las personas de nivel inferior reciben instrucciones de las de nivel superior]. En ambos casos se establece un deber de cuidado en las funciones que puedan desempeñar las personas, siendo que en el caso de una división horizontal la finalidad es obtener una mayor efectividad y seguridad en las labores que desempeñan debido a que al encontrarse en el mismo nivel organizativo, cada sujeto puede dedicarse a su especialidad. Es entonces en la división vertical del trabajo donde el deber de cuidado juega un papel fundamental en determinar el alcance del principio de confianza ya que existen ámbitos donde se regula un deber de vigilancia y control

por parte del superior, por esa razón de comprobarse alguna actuación defectuosa en los deberes establecidos para el superior respecto al inferior supondría la no aplicación del principio de confianza; para ello las empresas, organizaciones y profesiones han establecido normatividad a través de reglamentos de funciones o protocolos de actuación que permiten conocer los deberes de cuidado a los cuales se encuentran sujetos (Feijoo Sánchez, 2002).

Feijoo (2002) también aclara que el principio de confianza no es aplicable cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero, siendo que estos motivos deben ser *“objetivos, sólidos y concluyentes”*.

En nuestra legislación cuya materia es el delito de lavado de activos podemos encontrar manifestaciones de esta institución, la cual es coherente con el fundamento de la misma referido a la existencia de contactos anónimos en las relaciones sociales, y la de actividades o trabajos en los que hay un reparto de funciones, desincentivando que los sujetos puedan responder por hechos defectuosos ajenos.

Así, podemos mencionar al artículo 9.5 de la ley 27693, concordado con el literal c) del artículo 24.5 de su reglamento que señala que:

La obligación de registrar las operaciones no será de aplicación cuando se trate de clientes habituales de los sujetos obligados a informar, bajo responsabilidad de estos últimos; siempre y cuando los sujetos obligados tengan conocimiento suficiente y debidamente justificado de la licitud de las actividades de sus clientes habituales, previa evaluación y revisión periódica del Oficial de Cumplimiento.

Observamos entonces que se faculta a los sujetos obligados a no registrar operaciones de los clientes en los cuales tengan la certeza sobre la legalidad de las acciones que realiza; sobre el registro de operaciones, de acuerdo al artículo 9.3 de la ley 27693 este debe contener la identidad y domicilio de sus clientes, así como su capacidad legal, ocupación u objeto social, pudiendo incluirse Documento Nacional de Identidad, pasaporte, partida de nacimiento, licencia de conducir, contratos sociales, estatutos u otros documentos oficiales o privados, sobre la

identidad y señas particulares; la descripción del tipo de operación, monto, moneda, cuenta involucrada, y lugar donde se realizó la operación y fecha.

Si bien esta no puede considerarse como una “confianza ciega” debido a que se debe contar con la supervisión del oficial de cumplimiento; el aporte de esta regulación puede permitir agilizar la prestación de servicios que brinda el sujeto obligado debido a que ya cuenta con un conocimiento efectivo del cliente, pudiendo resultar incluso innecesario el registro permanente de operaciones y clientes habituales.

No obstante lo anterior, surge la pregunta acerca del supuesto en que un cliente considerado habitual por el sujeto obligado, pese a que en un principio se comprobó la licitud de sus actividades, en un momento comienza a realizar operaciones relacionadas con lavado de activos. Sobre ello consideramos que el artículo 9.5 de la ley 27693 debe ser interpretado como una facultad o permiso, mas no como una obligación a no reportar, por lo que de presentarse esa situación anormal en el comportamiento del cliente, la misma debe ser reportada al organismo supervisor como operación sospechosa; encontrándonos en lo que ha sido denominado por Bernardo Feijoo (2002) como “la excepción general al principio de confianza”, la cual consiste en la existencia de datos objetivos, sólidos y concluyentes, como motivos para sospechas de un comportamiento antijurídico de otra persona.

Otra manifestación de este principio lo encontramos en el artículo 19° de la Resolución SBS N°789-2018 que señala:

19.1. El sujeto obligado, en caso lo considere necesario, puede utilizar a terceros o intermediarios para dar cumplimiento a los servicios relacionados a la identificación y/o verificación de la información de clientes, directores y trabajadores, proveedores y/o contrapartes, de ser el caso.

19.2. El sujeto obligado debe adoptar las medidas correspondientes para obtener la información, copias de los datos de identificación y demás documentación pertinente; así como una declaración jurada por la que el tercero o intermediario señala que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir con las disposiciones en materia de debida

diligencia en el conocimiento de los clientes, directores o trabajadores, proveedores y/o contrapartes, de ser el caso.

19.3. El sujeto obligado mantiene la responsabilidad del proceso de debida diligencia en el conocimiento de los clientes, directores o trabajadores, proveedores y/o contrapartes, de ser el caso, aun cuando esta haya sido encargada a un tercero o intermediario, vinculado o no, debiendo supervisar el cumplimiento de lo dispuesto por la normativa vigente.

Respecto a esta norma, el sujeto obligado llega a convertirse en garante de los terceros o intermediarios en quienes confía el cumplimiento de su obligación de identificación de clientes, por lo que, como señala Feijoo Sánchez (2002) existe un deber especial de desconfianza, el cual se evidencia en las medidas que debe adoptar conforme al artículo 19.2; por lo que en este caso el principio de confianza encuentra sus límites.

Por último, respecto a este elemento ha quedado claro que en caso de que el sujeto actúe en ignorancia, error o buena fe, no se configuraría el delito de lavado de activos, debido al carácter doloso del mismo; sin embargo respecto a la buena fe, esta no es ilimitada, pues tal como refiere Feijoo Sánchez (2002): “El derecho no protege toda confianza que alguien deposite en los otros ni garantiza lo que terceros pueden hacer para no defraudar la confianza de cada sujeto, sino solo lo que terceros deben hacer para no defraudarla”; reafirmando por tanto el cumplimiento de deberes del tercero, dependiendo del contexto social en que actúe.

3.3.LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA EN LA NORMATIVIDAD SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

Jakobs señala que la competencia de la víctima se puede manifestar a través de su consentimiento; la lesión de un deber de autoprotección, que se sustenta en que la víctima no puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar las consecuencias que se generen de ello; o puede que el resultado ocasionado en la víctima se deba a un infortunio o desgracia (Jakobs G. , 1997).

Al respecto, el autor mexicano Manuel Cancio Melia señala que el criterio normativo que debe tenerse en cuenta dentro de este campo es la autorresponsabilidad de la víctima, sustentándose en que el titular de un bien jurídico [víctima] puede disponer de él, salvo normas especiales expresas, con lo cual si genera algún riesgo con ello, debe responder por los resultados que se puedan ocasionar (Cancio Melia, Ferrante, & Sancinetti, 1998). Para ello establece como requisitos:

- a) Entre autor y víctima debe existir una organización conjunta de la actividad, entendida esta como una interacción entre ambos sujetos;
- b) La conducta de la víctima no debe haber sido instrumentalizada por el autor, por ejemplo, cuando se aprovecha de su estado de inimputabilidad, o actúa bajo engaño o error. Por lo tanto, la actuación de la víctima debe ser libre
- c) El autor no debe tener ningún deber de protección frente a los bienes de la víctima.

En cuanto al consentimiento, la profesora peruana Romy Chang (2015) ha sostenido que este debe interpretarse como una causal de atipicidad, establecido en el inciso 10 del artículo 20° del Código Penal [*“20. Está exento de responsabilidad penal: [...] 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”*] debido a que se debe tener en cuenta que toda vulneración a un bien jurídico individual también implica una afectación a la dignidad de la persona y con ello a la capacidad de autodeterminación que tiene el individuo; por lo que en la medida que con el consentimiento no exista vulneración alguna a este bien jurídico, entendido en este sentido amplio, no cabe referirse a un hecho típico.

Con ello evidenciamos que, bajo esta figura, se establece un límite a la intervención del Derecho Penal, al tener como margen de intervención el ejercicio de la autonomía de la propia víctima, tal como lo señala Polaino Navarrete y Polaino Orts:

El Estado deja de ser, en esos supuestos, un órgano superior, paternalista y controlador para convertirse en un ente que respeta a los ciudadanos, les permite, reconoce y garantiza una esfera de libertad y confía en que cada uno gestionará su ámbito de

organización dentro de los límites de permisibilidad [libertad] y de respeto a los demás ciudadano (Polaino Navarrete & Polaino-Orts, 2012).

Este razonamiento resulta coherente con un sistema normativo como el nuestro, en el que se reconoce que la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad [artículo 1° del Constitución Política del Estado peruano] con lo cual se garantiza su libre desarrollo como persona.

Como vemos, el desarrollo de este elemento de la Teoría de la Imputación Objetiva ha estado relacionado a titulares de bienes jurídicos individuales; sin embargo, en esta investigación consideramos que no existe impedimento para aplicar el mismo a bienes jurídicos colectivos, cuyo titular es la sociedad, representada a través del Estado peruano.

Si bien, resulta controvertida la afirmación de que Perú pueda prestar su consentimiento para la afectación de bienes jurídicos como su economía nacional o la administración de justicia, o incluso ir en contra de las expectativas normativas sobre los sujetos a quienes la legislación les otorga un deber de actores para prevenir el lavado de activos; debemos tener en cuenta que son sus representantes en el gobierno, como el Presidente de la República, así como los del poder legislativo, manifestado el Congreso de la República, y organismos autónomos como la SBS y su unidad especializada la UIF-Perú, quienes al emitir normas, realizan un acto de manifestación de la voluntad de la sociedad peruana representada en esas autoridades; con lo cual es a través de un examen o análisis de su legislación que se puede verificar, su compromiso con la lucha contra el lavado de activos.

Siendo así, la Política y Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, 2018) constituye la principal manifestación de voluntad y compromiso del Estado Peruano de lucha contra el lavado de activos, estableciendo como su principal objetivo el prevenir, detectar, investigar y sancionar de manera eficiente, eficaz y articulada el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo para contribuir a la estabilidad económica, política y social en el Perú. Ello ha sido reconocido incluso por el GAFILAT en su Informe de Evaluación Mutua:

- a) El régimen ALA/CFT del Perú mejoró en forma significativa desde su última evaluación. Se cuenta con un marco legal e institucional sólido para luchar contra el LA/FT y el FPADM.
- b) Se observa un importante volumen de inteligencia financiera generada y proporcionada por la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF] a las distintas autoridades competentes mediante diversos productos, apreciándose una alta valoración de esta información y manifestando una cobertura de las necesidades operativas de las autoridades competentes, en particular para las investigaciones preliminares.
- c) En la etapa de detección del LA/FT en Perú se ha generado un volumen importante de Reporte de Operaciones Sospechosas [ROS] a los que se le han aplicado análisis operativo y estratégico.
- d) Se cuenta en general con un ordenamiento jurídico acorde para el combate del LA. (GAFILAT, 2019)

Si bien en el mismo informe se reconoce que aún falta mejorar algunos aspectos como por ejemplo en la comprensión de riesgos por parte de algunos sujetos obligados, así como la implementación y capacitación de los agentes del Ministerio Público, no resulta posible afirmar que, en la actualidad, a través de la legislación peruana, existe una actitud permisiva para el delito de lavado de activos; todo lo contrario, ello no solo a nivel del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial manifestado en los Acuerdos Plenarios emitidos sobre el tema, que evidencian también la preocupación por procesar y sancionar estas conductas.

**CAPÍTULO 3: CASO PANAMÁ PAPERS: EL MODELO DE LA LEGISLACIÓN
PANAMEÑA INSPIRADA EN UN ENFOQUE DE RIESGO**

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordaremos, a manera de ejemplo de la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva en el delito de lavado de activos, el caso denominado “Panamá Papers” debido a que a través del mismo podremos evidenciar cómo se aplicarían las instituciones de esta teoría en un caso concreto; además porque la legislación panameña recientemente ha adoptado el “enfoque de riesgo” como uno de los principios en su legislación sobre prevención de lavado de activos.

2. LEGISLACIÓN PANAMEÑA EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS

2.1. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN PANAMÁ

La República de Panamá introdujo en su ordenamiento jurídico el delito de blanqueo de capitales [como es conocido allí] a través de la ley 23 de 1986; el mismo que estaba relacionado a los delitos de tráfico ilícito de drogas. Así, esta norma incorporaba, entre otras, cuatro [4] conductas que sancionaban a quienes realizaran transacciones mercantiles, con dineros provenientes de actividades relacionadas a ese delito [artículo 263B del Código Penal panameño de 1982]; a quienes suministran información falsa para la apertura de cuentas o para la realización de transacciones con dineros provenientes de esa actividad ilícita [artículo 263C del Código Penal panameño de 1982]; a quienes se valían de su función, empleo, oficio o profesión para autorizar o permitir que se cometan los hechos descritos en los artículos anteriores [artículo 263CH del Código Penal panameño de 1982]; y a quienes recibían dinero, valores u objetos que sabían que pertenecían o eran producto directo del delito de tráfico de drogas, así como a los que intervenían en su adquisición, receptación u ocultación [artículo 263E del Código Penal panameño de 1982].

Posteriormente mediante la ley 13 de 1994, además de modificarse el monto de las penas previstas en la ley anterior, se adicionan algunos verbos rectores y conductas, como el aplicar lo previsto en el artículo 263B cuando el hecho que genera la ganancia ilegal se comete en el extranjero; y sancionar a quienes utilizan ese dinero para el financiamiento de campañas políticas.

A través de la ley 41 del año 2000, se crea el capítulo VI en el Código Penal de 1982 que se ocupaba del delito de blanqueo de capitales regulados entre los artículos

389° y 393° de la referida norma; se trataba de sancionar las mismas conductas descritas en los anteriores párrafos, con la diferencia de que ya no se encontraba vinculado únicamente con el delito de tráfico ilícito de drogas, sino también con estafa, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, corrupción de servidores públicos, actos de terrorismo, robo y tráfico internacional de vehículos. Además, se requería que la persona actúe “*a sabiendas*” del origen ilícito del dinero, bienes o recursos financieros.

El dieciocho de mayo del dos mil siete se aprueba un nuevo Código Penal en Panamá a través de la ley 14 de ese año; y mediante el mismo se amplía el catálogo de delitos precedentes a considerar para la obtención de ganancias ilegales como objeto de lavado. Luego de diversas modificaciones en la norma penal panameña, el veintiséis de abril del dos mil diez se aprueba el Texto Único del Código Penal, tipificando el delito de blanqueo de capitales en el Capítulo IV del Título VII referido a los Delitos contra el orden económico; estando su actual regulación, con la última modificación del treinta y uno de enero del dos mil diecinueve que, en el marco de la tipificación del delito de evasión fiscal, incorpora el artículo 254A al Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 254°: Quien, personalmente o por interpuesta persona, reciba, deposite, negocie, transfiera o convierta dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con el soborno internacional, los delitos contra el derecho de autor y derechos conexos, delitos contra la propiedad industrial, tráfico ilícito de migrantes, trata de personas, tráfico de órganos, delitos contra el ambiente, delitos de explotación sexual comercial, delitos contra la personalidad jurídica del Estado, delitos contra la seguridad jurídica de los medios electrónicos, estafa calificada, robo, delitos financieros, secuestro, extorsión, homicidio por precio o recompensa, peculado, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento injustificado, pornografía, corrupción de personas menores de edad, robo o tráfico internacional de vehículos, sus piezas y componentes, falsificación de documentos en general, omisión o falsedad de las declaraciones aduaneras del viajero respecto a dineros, valores o documentos

negociables, falsificación de moneda y otros valores, delitos contra el patrimonio histórico de la Nación, delitos contra la seguridad colectiva, terrorismo y financiamiento del terrorismo, delitos relacionados con drogas, piratería, delincuencia organizada, asociación ilícita, pandillerismo, posesión y tráfico de armas y explosivos, apropiación y sustracción violenta de material ilícito, tráfico y receptación de cosas provenientes del delitos, delitos de contrabando, defraudación aduanera; con el objeto de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito o ayude a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles, será sancionado con pena de cinco a doce años de prisión.

Artículo 254-A°: Quien, personalmente o por interpuesta persona, reciba, posea, deposite, negocie, transfiera o convierta dineros, títulos, valores, bienes y otros recursos financieros, a sabiendas que provienen de delitos contra el Tesoro Nacional, establecidos en este Código, con el objeto de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o ayude a evadir las consecuencias jurídicas de tal hecho punible, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.

Si se determinara que el delito previsto en este artículo ha sido cometido a través de una o más personas jurídicas, la pena será impuesta a la persona jurídica en cuestión y será una multa de una hasta tres veces el importe del tributo defraudado.

Artículo 255°: Será sancionado con la pena a que se refiere el artículo anterior quien:

1. Sin haber participado, pero a sabiendas de su procedencia, oculte, encubra o impida la determinación, el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de dineros, bienes, títulos valores u otros recursos financieros o ayude a asegurar su provecho, cuando estos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo anterior o, de cualquier otro modo, ayude a asegurar su provecho.
2. Realice transacciones personalmente o por interpuesta persona natural o jurídica, en establecimiento bancario,

financiero, comercial o de cualquiera otra naturaleza, con dinero, títulos valores u otros recursos financieros procedentes de alguna de las actividades previstas en el artículo anterior.

3. Personalmente o por interpuesta persona natural o jurídica, suministre a otra persona o establecimiento bancario, financiero, comercial o de cualquier otra naturaleza, información falsa para la apertura de cuenta bancaria o para la realización de transacciones con dinero, títulos valores, bienes u otros recursos financieros, procedentes de algunas de las actividades previstas en el artículo anterior.

Artículo 256°: Quien, a sabiendas de su procedencia, reciba o utilice dinero o cualquier recurso financiero proveniente del blanqueo de capitales, para el financiamiento de campaña política o de cualquier naturaleza, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

Artículo 257°: Quien, a sabiendas de su procedencia, se valga de su función, empleo, oficio o profesión para autorizar o permitir el delito de blanqueo de capitales, descrito en el artículo 254° de este código, será sancionado con prisión de cinco a ocho años.

Artículo 258°: El servidor público que oculte, altere, sustraiga o destruya la evidencia o prueba de delito relacionado con el blanqueo de capitales, o procure la evasión de la persona aprehendida, detenida o sentenciada, o reciba dinero u otro beneficio con el fin de favorecer o perjudicar a alguna de las partes en el proceso será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Artículo 259°: Para los efectos de este Capítulo, se entenderá, entre otras, como transacciones las que se realizan en o desde la República de Panamá, tales como depósito, compra de cheque de gerencia, tarjeta de crédito, débito o prepagada, giro, certificado de depósito, cheque de viajero o cualquier otro título valor, transferencia y orden de pago, compra y venta de divisa, acción, bono y cualquier otro título o valor por cuenta del cliente, siempre que el importe de tales de transacciones se reciba en la República de Panamá en dinero, especie o título que lo represente.

En cuanto a los artículos 254° y 254A° podemos identificar que los verbos rectores describen conductas que se encuentran dentro de la fases de colocación, intercalación e integración del delito de lavado de activos, las cuales ya fueron descritas; además establecen una lista excluyente de delitos precedentes; es decir que solo pueden considerarse los mismos para efectos de una adecuada imputación, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico en el que se acepta la posibilidad que se presente *“cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales”* [Decreto Legislativo N°1106, artículo 10°].

El artículo 255° sanciona conductas de intercalación. Así, el numeral 1° está previsto para quien no ha participado de la actividad criminal que dio origen a los recursos ilícitos, pero conociendo ello, oculta, encubre o impide la determinación de su origen o ubicación; además también sanciona a quien ayuda de cualquier modo a asegurar su provecho; lo que equivaldría a los actos de ocultamiento en nuestra legislación. El numeral 2° castiga a quien realice transacciones con el capital procedente de las actividades previstas en los artículos 254° y 254A°; cabe precisar que en esta conducta no se requiere que el autor actúe con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito del dinero, de manera que lo que sanciona este tipo penal es el uso de las ganancias de origen ilícito en actividades comerciales o en el sistema financiero. Y el numeral 3° es preciso en señalar que sancionará a quien brinde información falsa para la apertura de alguna cuenta en cualquier establecimiento financiero que esté destinado a la realización de transacciones con el activo ilícito. Como observación adicional debemos indicar que se hace necesaria una actualización a la redacción de este artículo, debido a la reciente incorporación del artículo 254A°, si bien podemos entender que las actividades ilícitas son las referidas en los artículos 254° y el 254A°, establecerse en ellos penas distintas, no está claro la pena que prevén las conductas del artículo 255°.

Respecto a las otras conductas, podemos indicar que el artículo 256° tipifica el delito de financiamiento ilegal de partidos políticos con dinero proveniente de actividades criminales.

El artículo 257° tiene especial importancia para el caso Panamá Papers, debido a que esta sanciona a quienes se valen de su función, empleo, oficio o profesión para autorizar o permitir la comisión del delito de blanqueo; de acuerdo al abogado

panameño Jose Candanedo (2008) se trata de un delito de omisión impropia [comisión por omisión] el cual consiste en otorgar al sujeto un deber de garante en el desempeño de su función a efecto de evitar la realización de las conductas de blanqueo de capitales, encontrándose entre los sujetos activos al agente residente de una sociedad así como los sujetos obligados a comunicar sus operaciones de acuerdo a la ley 23 del 2015 [Ley que regula la prevención del delito de blanqueo de capitales]; de manera que los verbos rectores de esta conducta como son “autorizar” y “permitir” están referidos al incumplimiento de las obligaciones del agente para la realización de las conductas descritas en los artículos 254° y 254A. Al respecto el abogado Candanedo reseña una jurisprudencia:

Por su parte, MSG laboraba en el extinto Banco C y era el encargado de las cuentas de RPSA y FPC. Además, era el asesor financiero de JNUC, a quien asesoró sobre cómo se lograría la transferencia de dinero ilícito al territorio panameño, a través de la creación de sociedades, utilizando a terceras personas para este fin. Al punto que el dinero ingresado tuviera apariencia de legítimo o legal [...] En este sentido, se acredita que desde un inicio S tomó participación en la comisión del delito de blanqueo de capitales, por cuanto este ayudó a transferir dinero ilícito hacia el sistema financiero panameño, inobservando normas bancarias existentes con el propósito de evitar el lavado de activos y evadiendo órdenes de sus superiores cuando se percatan que el cliente no cumple con los requisitos de la banca. Por lo tanto, comprobada la responsabilidad penal del señor MS en el delito de blanqueo de capitales, lo procedente será confirmar la sentencia dictada contra el mismo (Sentencia confirmatoria de blanqueo de capitales. Ponente: Adolfo Mejía Cáceres, 2013).

En cuanto al artículo 258°, este es un delito especial, debido a que tiene como sujetos activos a los servidores públicos, sancionando conductas que pueden ser desplegadas dentro del ámbito de su función, como ocultar, alterar, sustraer o destruir la evidencia o prueba del delito relacionado con el lavado; así como el procurar la evasión de la persona aprehendida, detenida o sentenciada, entiéndase por el delito de blanqueo; y también el recibir dinero u otro beneficio con el fin de

favorecer o perjudicar a alguna de las partes en el proceso penal instaurado por este delito.

Si bien la normativa no establece de manera expresa que el delito de lavado de activos es un delito autónomo de la actividad criminal que dio origen a las ganancias ilegales, es la jurisprudencia quien se ha encargado de señalarlo:

- a) El Tribunal de Casación debe manifestar que el delito de Blanqueo de Capitales es una conducta autónoma, consistente en realizar operaciones financieras y comerciales con la finalidad de conceder apariencia lícita a bienes adquiridos de forma ilícita. [...] En cuanto a la acreditación del delito previo, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por considerar que no es necesaria la aportación de una sentencia condenatoria por ese delito previo. (Sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 2 de Julio del 2014).
- b) El delito de blanqueo de capitales, persigue la realización de operaciones financieras y comerciales, con la finalidad de conceder a bienes adquiridos de forma ilícita apariencia lícita, atentando contra la economía nacional, como bien jurídico tutelado. Esta máxima Corporación de Justicia, vía jurisprudencial, ha señalado que se trata de una conducta autónoma que no requiere que medie sentencia condenatoria por delito previo para que se constituya en un indicio contra el sindicado; no obstante, sí se requiere de indicios que permitan deducir la existencia de delito previo (Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 27 de noviembre del 2014).
- c) El delito de Blanqueo de Capitales en la legislación panameña persigue la realización de operaciones financieras y comerciales con la finalidad de conceder a bienes adquiridos de forma ilícita apariencia lícita atentando [sic.] contra la economía nacional, como bien jurídico tutelado. Por vía jurisprudencial se ha señalado que se trata de una conducta autónoma que no requiere que medie sentencia condenatoria por delito previo para que se constituya en un indicio contra el sindicado; no obstante, sí se requieren de indicios que

permitan deducir la existencia de un delito previo de los consagrados en la citada norma [Cfr. Sentencias de 24 de enero de 2005; 7 de julio de 2009 y 7 de abril de 2011 de la Sala Penal] (Sentencias de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 6 de febrero de 2014 y del 4 de junio de 2012).

2.2. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS:

Panamá mediante la ley 23 del año 2015 adoptó el enfoque de riesgo [inciso 3° del artículo 3], y la norma constituye uno de los grandes avances legislativos en materia de prevención de blanqueo de capitales con los que se cuenta ese país, debido a que, a diferencia de sus antecedentes legislativos, se regula con mayor detalle los distintos ámbitos de la sociedad, así como los deberes de supervisión y control de determinados sujetos para la prevención de este delito. El término “enfoque de riesgo” es definido como:

Proceso mediante el cual los sujetos obligados financieros, los sujetos obligados no financieros y los organismos de supervisión, según su comprensión de los riesgos, adoptan medidas de protección y supervisión acordes con la naturaleza de estos riesgos a fin de focalizar sus esfuerzos de manera más efectiva. Es decir, entre mayores son los riesgos se deberán aplicar medidas ampliadas o reforzadas para administrarlos, mitigarlos y, cuando se traten de riesgos menores, deberán ser permitidas las medidas simplificadas [numeral 12 del artículo 4°].

De modo que el mismo es una obligación, no solo de los organismos supervisores, como en nuestro país, sino también de la totalidad de sujetos supervisados, los cuales clasifica en financieros y no financieros.

Se trata de una norma con campos de aplicación muy amplios [de acuerdo al artículo 2° abarca La Comisión Nacional contra el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva; la Unidad de Análisis Financiero para la Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo; los Organismos de Supervisión; y los sujetos obligados no financieros, actividades realizadas por profesionales sujetas a

supervisión, así como sujetos obligados financieros, sus sucursales, subsidiarias y filiales de propiedades mayoritaria del grupo financiero], por lo que para efectos de este capítulo nuestro análisis se centrará en la regulación pertinente a los sujetos obligados no financieros, específicamente a las actividades realizadas por los abogados, debido a que ello constituye el aspecto principal del caso “Panamá Papers”.

Es a través del artículo 24° de la ley que se establece que los abogados, contadores públicos y notarios estarán sujetos a la supervisión de la Intendencia de Supervisión y Regulación de sujetos no Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas, limitando la misma a ciertas actividades propias de la profesión, entre las que se encuentran:

- a) Creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas.
- b) Compra-venta de personas jurídicas o estructuras jurídicas.
- c) Actuación o arreglo para que una persona, pagada por el abogado o firma de abogado, actúe como director apoderado de una compañía o una posición similar, con relación a otras personas jurídicas.
- d) Proveer de un domicilio registrado, domicilio comercial o espacio físico, domicilio postal o administrativo para una compañía, sociedad o cualquiera otra persona jurídica o estructura jurídica que no sea de su propiedad.
- e) Actuación o arreglo para que una persona, pagada por el abogado o firma de abogados, actúe como un accionista testaferro para otra persona.
- f) Actuación o arreglo para que una persona, pagada por el abogado o firma de abogados, actúe como participante de un fideicomiso expreso o que se desempeñe la función equivalente para otra forma de estructura jurídica.
- g) La de agente residente de entidades jurídicas constituidas o existentes de conformidad con las leyes de la República de Panamá.

En general, se trata servicios que brindan algunos estudios de abogados dedicados a la constitución de sociedades anónimas, y que la legislación panameña ha denominado “agente residente”, el cual es una figura introducida por la ley N°32 de 1927 que regula la creación de estas estructuras jurídicas, y que exige en su artículo 2°, numeral 7, que, en el documento de constitución, denominado “pacto social” se indique el nombre y domicilio de esta persona, que puede también ser una persona jurídica, conviene precisar sobre ello que el artículo 5° del Decreto Ejecutivo N°809 del 2014, el cual dicta disposiciones para la inscripción en Registros Públicos de las sociedades y fundaciones de interés privado, establece que únicamente podrá ejercer la funciones de agente residente, el abogado o sociedad de abogados que se encuentre hábil para el ejercicio en la República de Panamá. Como se puede evidenciar, la función del agente residente consiste en la suscripción del pacto social para su inscripción en los Registros Públicos; además es considerado un enlace entre la sociedad con las diferentes entidades del gobierno debido a que entre sus obligaciones se encuentra que la información que mantenga, suministrada por el cliente, deba ser administrada y remitida por autoridades que lo soliciten, como el Ministerio Público y el Órgano Judicial, sobre todo con el objetivo de prevenir el blanqueo de capitales, siendo que en la actualidad mediante la ley N°2 del 2011 se regulan el tratamiento de medidas para que los agentes residentes conozcan a su clientes, y que encuentra un complemento importante con la ley que venimos analizando.

Desde el artículo 26° al 37° se establecen las medidas específicas que deben llevar a cabo los sujetos obligados para cumplir con una debida diligencia, en el caso particular de las actividades profesionales, los artículos 27° y 28° señalan cuáles son las medidas básicas que deben implementarse si el cliente es una persona natural o persona jurídica respectivamente. En todos ellos, en aplicación del enfoque de riesgos se exige que los mecanismos de identificación del cliente y del beneficio final, así como la verificación de la información y documentación, dependan del perfil de riesgo que elaboren, el cual debe considerar los tipos de clientes, productos y servicios que ofrecen, los canales de distribución o comercialización que utilice y la ubicación geográfica de sus instalaciones, la de sus clientes y beneficiarios finales; de manera que, por ejemplo, si se identificase un riesgo menor, se puedan aplicar medidas de debida diligencia simplificadas.

También, el enfoque referido a la identificación de riesgos que inspira la presente ley, se manifiesta en lo estipulado por el artículo 40° respecto a las obligaciones de los sujetos, entre ellos los abogados que realizan las actividades de agentes residentes, para la gestión de información referente a los riesgos que identifiquen, precisamente, esta norma establece que la necesidad de que se diseñen controles de acuerdo a la complejidad de las actividades que se ofrezcan, determinando en cada una de ellas los riesgos potenciales a los que se encuentran expuestos [numeral 1]; con ello posteriormente se podrá realizar un análisis permita implementar los controles adecuados a estos riesgos [numeral 2]; la necesidad de contar con herramientas tecnológicas también se encuentra contemplada como una obligación, de manera que estas permitan la detección de actividades sospechosas por parte del cliente a través de un seguimiento a las operaciones que realice, la segmentación de los clientes y la consulta en listas de riesgos locales e internacionales.

3. CASO PANAMÁ PAPERS

El domingo tres [3] de abril del dos mil dieciséis [2016] el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, conocido por sus siglas en inglés ICIJ [International Consortium of Investigative Journalists] conformado por distintos medios de comunicación alrededor del mundo, publicó a través de sus plataformas informativas distintas investigaciones relacionadas a lo que ha sido considerado la mayor filtración de documentos de la historia, debido a que los mismos alcanzan alrededor de once millones y medio de archivos digitales, que ocupan 2.6 terabytes; y se encuentra integrada por correos electrónicos, bases de datos representadas en hojas de cálculo, documentos escaneados en formato PDF y documentos en formato de texto e imágenes, todas correspondientes a la firma de abogados panameña Mossack Fonseca que comprenden desde el año 1977, año en el que Jürguen Mossack estableció su estudio jurídico en Panamá, pasando por la fundación propiamente dicha del estudio en 1986, hasta meses anteriores a la publicación.

La historia de cómo se obtuvo tal cantidad de datos, los primeros casos que se hallaron, la manera en que se trabajó con más de un centenar de medios de comunicación y periodistas de investigación de treinta y cinco países, y sobre todo

la investigación acerca de la forma en que operaba la firma de abogados Mossack Fonseca, se encuentra narrada por los periodistas alemanes Frederik Obermaier y Bastian Obermaier del periódico alemán *Süddeutsche Zeitung* en el libro titulado *“Los Papeles de Panamá: El club mundial de los evasores de impuestos”* (2016) y que constituye una de las principales fuentes de información sobre este caso. La nomenclatura *“Papeles de Panamá”* o *“Panamá Papers”*, como lo explican los autores del libro, fue idea del director del ICIJ, Gerard Ryle, tomando como inspiración la investigación denominada *“Papeles del Pentágono”* publicada en Estados Unidos, que revelaba documentación acerca de la guerra de Vietnam e involucraba a presidentes como Harry Truman y Richard Nixon; en este caso como la documentación filtrada correspondía al estudio jurídico Mossack Fonseca, con sede principal en Panamá, es que se decidió ese nombre.

La fuente de la información fue identificada como *“John Doe”*, que equivale al nombre que se le da en inglés a una persona desconocida. Fue él quien contactó con los hermanos Obermaier y les proporcionó la gran cantidad de datos que permitió la investigación publicada. Es precisamente que debido al volumen de documentación con la que se contaba, los periodistas alemanes decidieron contar con el apoyo del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, para que los medios que lo integran colaboren entre ellos en la búsqueda de casos de interés, sobre todo en los países de origen de cada uno.

El cuestionamiento principal que recoge la publicación está referido a que Mossack Fonseca ayudó a la constitución de empresas en jurisdicciones consideradas paraísos fiscales, entre los que se encuentra Panamá; estas tenían como beneficiario final a personas cuestionadas en distintos países por el origen de su fortuna, entre las que se encontraban personajes políticos, entre ellos, presidentes o jefes de Estado, gente vinculada al narcotráfico, terrorismo, minería ilegal y trata de personas, dirigentes de organizaciones deportivas, empresarios acusados de corromper funcionarios; así como personajes conocidos del ambiente deportivo, del cine, la música, literatura, gastronomía, entre otros. Si bien se reconoce que la constitución de empresas es un negocio lícito, *Panama Papers* llama la atención acerca del uso y la finalidad que se puede dar a ellas cuando las personas tratan de ocultar un patrimonio que fue obtenido de manera ilegal.

Al ser una investigación compleja debido a que involucra a varias personas a quienes se les prestó servicios para constituir sociedades o estructuras jurídicas, no resulta posible hacer mención a cada uno de los casos revelados por esta publicación, además porque ello no es objeto de nuestro estudio. De manera que únicamente nos avocaremos a la conducta desplegada por el principal actor en esta publicación periodística: el estudio jurídico Mossack Fonseca, a quien se le atribuye, entre otros cargos, haber contribuido con el blanqueo de capitales a nivel mundial.

3.1. MOSSACK FONSECA

Conocido coloquialmente por sus trabajadores como “*Mossfon*”, se trata de un estudio jurídico fundado en 1986 por el alemán Jürguen Mossack y el panameño Ramón Fonseca en la ciudad de Panamá; hasta enero del 2004, ellos dos eran los socios principales, debido a que en esa fecha se integró al suizo Christoph Zollinger. Actualmente, a raíz de los Panama Papers y las medidas que tomaron los países donde tenían sus sedes para realizar las investigaciones en sus jurisdicciones, así como la mala reputación de la fue objeto, sus oficinas fueron cerradas.

De acuerdo a la información que el estudio compartía al público, contaban con oficinas en treinta países, entre los que se encontraban, además de Panamá, Bahamas, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Chipre, Ecuador, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Florida [Estados Unidos], Ginebra y Zúrich [Suiza], Guatemala, Hong Kong, Islas Vírgenes Británicas, Londres, Luxemburgo, Nevada [Estados Unidos], Perú, Tailandia, Uruguay, Venezuela.

Los servicios legales que ofrecía Mossak Fonseca (2013) fueron los siguientes:

- a) Registro de naves y yates, así como elaboración de contratos de compraventa, asesoramiento en la obtención y renovación de permisos de operaciones y licencias de tripulantes, así como la constitución de hipotecas. Este servicio era brindado especialmente en Panamá y las Islas Vírgenes Británicas.
- b) En materia de derecho corporativo, brindaban asesoría en instrumentos negociables y títulos valores; en la elaboración y

ejecución de contratos comerciales de carácter nacional o internacional, así como contratos de compraventa y la constitución de garantías personales y reales; también realizaban contratos de arrendamiento financiero [contrato de alquiler con derecho de compra].

- c) En materia de derecho financiero, la asesoría se relacionaba con préstamos sindicados [préstamos realizados por varias entidades financieras a una empresa], endeudamiento y financiación de adquisiciones [referido a la obtención de una parte del capital social de otra empresa], financiación de activos y de proyectos, así como procesos de insolvencia y reestructuración.
- d) En materia de derecho tributario, asesoraban respecto a la tributación de las sociedades, así como litigios fiscales en distintas instancias.
- e) En materia de aviación, ayudaban en el registro de las aeronaves y la adquisición de permisos de navegación aérea y comercial.
- f) En materia de derecho migratorio, asistían en los trámites para la obtención de visas para turistas, trabajadores, inversionistas, entre otros. Asimismo, asesoraban para la prórroga de permisos de salida y entrada, y solicitudes de residencia y nacionalización.
- g) En cuanto a telecomunicaciones, asesoraban en la obtención de permisos de radio, televisión, telefonía fija, teléfonos celulares y licencias emitidas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos de Panamá.
- h) En materia de propiedad intelectual, asesoraban en el registro de marcas comerciales, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, nombres comerciales y secretos industriales y comerciales. Específicamente en este tema señalan expresamente su asesoría en la formulación de procesos penales relacionados con procesos penales que atenten contra estos derechos.
- i) Brindaban asesoría para los inversionistas en sectores como turismo, transporte de petróleo, la reforestación y la minería.
- j) También prestaban servicios en cuanto a la elaboración de contrataos en materia de licitaciones públicas.

Como vemos se trata de actividades propias de la profesión de abogados, relacionada sobre todo al derecho empresarial. Además de las mencionadas, una de las principales labores que realizaba el despacho lo hacía a través de la fiduciaria creada por ellos, llamada “*Mossfon Trust Corporation*”, la cual operaba bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos de Panamá y se vendía como una compañía que ofrecía soluciones para aumentar el patrimonio del cliente, protegiendo su privacidad y confidencialidad. Es a través de esta empresa que Mossack Fonseca constituía diversas sociedades destinadas a distintos fines, de acuerdo a las necesidades individuales de sus clientes, en jurisdicciones como Panamá, Islas Vírgenes Británicas, Bahamas, Nevada [Estados Unidos]; dentro de los servicios que ofrecía se encontraban:

- La preparación de cuentas, registros financieros, declaraciones de renta anual y declaraciones de impuestos.
- Servicios de agente residente e instalaciones físicas para oficinas.
- Provisión de directores, secretarios y funcionarios necesarios.
- Mantenimiento de la documentación reglamentaria y registros corporativos.

Sobre ello, los periodistas Obermaier (2016) explican que Mossack Fonseca ponía a su disposición todos sus conocimientos para explicar a sus clientes qué paraísos fiscales eran convenientes de acuerdo a sus necesidades, de qué manera se podía garantizar la protección de los datos sensibles de los verdaderos propietarios, así como se comprometía a aplicar los mayores estándares en materia de seguridad de datos para evitar alguna filtración de los mismos.

Conviene aclarar que de acuerdo a Panamá Papers, Mossack Fonseca trabajaba mayormente con intermediarios, es decir algún banco, un abogado o un gestor de patrimonio, a quienes consideraba sus clientes; ellos facilitaban el contacto con la firma, de manera que son ellos quienes realizan el pedido del producto, es decir, la sociedad offshore (Obermaier & Obermaier, 2016); De acuerdo al Consorcio Internacional de Periodistas (2017) entre los bancos que ejercieron de intermediarios se encuentran:

BANCO [INTERMEDIARIO]	CANTIDAD DE SOCIEDADES
Experta Corporate & Trust Services	1659
Banque J. Safra Sarasin - Luxembourg S.A.	963
Credit Suisse Channel Islands Limited	918
Hsbc Private Bank [Monaco] S.A.	778
Hsbc Private Bank [Suisse] S.A.	733
Ubs Ag [Succ. Rue Du Rhône]	579
Coutts & Co. Trustees [Jersey] Limited	487
Société Générale Bank & Trust Luxembourg	465
Landsbanki Luxembourg S.A.	404
Rothschild Trust Guernsey Limited	378

Tabla 3 Intermediarios de Mossack Fonseca

No obstante, lo anterior, de acuerdo a lo señalado por los hermanos Obermaier, “Mossfon” también trabajaba con clientes finales de manera directa, es decir los conocían o al menos podían identificarlos, siendo que las operaciones con clientes finales aportaban al negocio de la constitución de sociedades, 12% de los más de cuarenta y dos millones de dólares que representaba el servicio de constitución de empresas a la firma de abogados en el año 2013 (Obermaier & Obermaier, 2016).

3.2. SOCIEDADES OFFSHORE Y PARAÍSO FISCALES

La práctica comercial ha denominado sociedades offshore a aquellas creadas en jurisdicciones donde el fundador no reside, por ello también son conocidas como sociedades no residentes, además estas no realizan alguna actividad comercial o económica en el país donde se encuentran constituidas, se trata de un negocio lícito que es ofrecido por diversas firmas de abogados alrededor del mundo.

La finalidad por la cual estas sociedades son creadas es diversa, dependiendo de las características individuales de quien lo solicita; para una mejor ilustración y

comprensión, podemos citar como ejemplo lo indicado por compañías dedicadas a este rubro como SFM Corporate Services (2019) respecto a las razones por las que resulta adecuada la constitución de offshore; cabe precisar que en la página web de esta compañía se ofrece información detallada acerca de los requisitos y costos, así como las características de las jurisdicciones donde pueden ser registradas, algo que es muy común en quienes se dedican a este negocio; esta firma recomienda la creación de offshore a los empresarios en general, con la finalidad de que puedan pagar menos impuestos; asimismo a quienes se dedican al comercio electrónico debido a que los empleados de estas empresas podrían encontrarse en distintas partes del mundo y resulta necesaria una oficina virtual para el intercambio de información, además de acuerdo a la jurisdicción en la que se constituya, brindan confidencialidad en caso se quiera proteger algún derecho de propiedad intelectual, y pueden abrir cuentas bancarias para las transacciones que realicen; también pueden ser utilizadas con fines hereditarios, debido a que se puede colocar a la offshore como titular de parte del patrimonio del cliente para que este pueda organizarlo mejor en su testamento; el sector inmobiliario también puede verse favorecido con la constitución de offshore debido a la reducción de costos para realizar actos de disposición de bienes como el arrendamiento y la compraventa, sobre todo en materia de impuestos; también encontramos beneficios en cuanto a la propiedad intelectual, debido a que las offshore pueden servir para ser titulares de marcas o patentes. En el caso de Panamá Papers, el Consorcio Internacional de Periodistas reconoce que existen maneras legítimas de usar sociedades offshore, uno ejemplo lo podemos observar con las sociedades constituidas por reconocidos chefs peruanos, tal como lo relata el equipo de periodistas del portal peruano Ojo Público (2016), los representantes de la oficina en Perú de Mossack Fonseca entraron en contacto con algunos chefs peruanos que estaban interesados en formar franquicias en distintas partes del mundo, y les brindaron asesorías para la constitución de sociedades offshore; de acuerdo al reportaje también se requirió este servicio para la compra de inmuebles, de acciones y para abrir cuentas en el extranjero. De la misma manera la periodista Magaly Medina, de acuerdo al portal Convoca.pe (2016) constituyó una offshore, a través de Mossack Fonseca, con la finalidad de comprar inmuebles en Estados Unidos.

A través de la reseña anterior podemos identificar como características comunes de la constitución de empresas offshore la protección del patrimonio de una persona, así como el mantenimiento de su privacidad y la confidencialidad de las operaciones que realice con ella, y las bajas o nulas cargas tributarias que se les aplican. Es justamente la existencia de esta última lo que ha permitido relacionar a las sociedades offshore con los denominados paraísos fiscales.

La existencia de paraísos fiscales es materia de un constante debate en la comunidad internacional debido a que se estima que los mismos contribuyen a la evasión tributaria. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] fue una de las primeras instituciones en advertir ello, así lo señala en su informe Harmful Tax Competition (1998) que fue el primero en identificar las características de estas jurisdicciones:

- a) Imposición de una carga tributaria baja o nula: Dirigido a las empresas o sociedades constituidas por personas no residentes y que realizan actividades fuera de su lugar de fundación [sociedades offshore]. Se considera como la principal característica.
- b) Falta de intercambio efectivo de información: Se señala que los paraísos fiscales suelen tener leyes o prácticas administrativas que permiten mantener en secreto u ocultas la información de las empresas o personas que mantienen sus activos allí, de manera que existe una protección ante el control de autoridades fiscales.
- c) Falta de transparencia en cuanto al funcionamiento del ordenamiento legislativo, jurídico o administrativo.
- d) No realización de actividades sustanciales: Lo que permite interpretar que no se trata de una forma de atraer inversiones para generar mayores ganancias, sino que son lugares donde se guarda o reserva capital.

Además, la OCDE señala que la principal razón que ha permitido que los paraísos fiscales operen en el mundo es la globalización; así, en su informe titulado *“Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”* (2014) describe que si bien este fenómeno ha permitido la integración de las economías y

los mercados, así como el aumento del movimiento de capitales, la eliminación de barreras comerciales, el desarrollo de tecnologías y de la protección y explotación de la propiedad intelectual lo cual ha permitido generar mayor riqueza en las naciones; la globalización también ha influido en los regímenes fiscales de los Estados, siendo uno de sus principales manifestaciones el de la doble imposición, es decir el pago de tributos en el país que es fuente de la renta y en el de residencia de la empresa o persona, para eliminar ello se han dictado normas tributarias internacionales y suscrito distintos tratados entre los países con mayores relaciones económicas y comerciales; sin embargo algunas empresas, y a través de ellas sus fundadores y directivos, pretenden reducir sus cargas tributarias constituyendo sociedades offshore en jurisdicciones cuyo ordenamiento, como mencionamos, permite la confidencialidad y el no pago de tributos.

En ese mismo informe la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], 2014) también señala de qué manera afectan los paraísos fiscales a distintos sectores de la sociedad:

- a) Los gobiernos se ven perjudicados: Muchos gobiernos tienen que hacer frente a menores ingresos y a mayores costes de cumplimiento. Además, la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios socava la integridad del sistema tributario, ya que el público, la prensa y algunos contribuyentes consideran que los bajos impuestos declarados por las grandes empresas son injustos. En los países en desarrollo, la falta de ingresos tributarios lleva a una escasez crítica de financiación de la inversión pública que podría ayudar a promover el crecimiento económico. La asignación general de los recursos, afectada por consideraciones impositivas no es óptima.
- b) Los contribuyentes se ven perjudicados a título individual: Cuando las normas tributarias dejan que las empresas reduzcan su carga fiscal mediante el traslado de sus ingresos fuera de las jurisdicciones en las que se realizan las actividades que generan esos ingresos, otros contribuyentes de esa jurisdicción tienen que soportar una carga mayor.

- c) Las empresas se ven perjudicadas: Por un lado, puede que las multinacionales tengan que hacer frente a un riesgo importante para su reputación si su tipo impositivo efectivo se considera demasiado bajo. Al mismo tiempo, cada empresa puede evaluar dichos riesgos de manera diferente y si no se aprovechan las oportunidades legales para reducir la carga tributaria de una empresa ésta puede encontrarse en situación de desventaja competitiva. Del mismo modo, las empresas que solo operan en mercados internos, incluyendo a las empresas familiares o a las nuevas empresas innovadoras, tienen dificultades a la hora de competir con las multinacionales, pues carecen de los recursos que éstas tienen para trasladar sus beneficios más allá de sus fronteras para eludir o reducir sus impuestos.

Como se observa, el principal perjuicio que encierran los paraísos fiscales consiste en la evasión de impuestos; sobre ellos, los periodistas Obermaier en la investigación de los Panamá Papers han señalado que a través de esta filtración, cuentan con documentación de familias acaudaladas y millonarios, según la revista Forbes, que poseen sociedades offshore constituidas en paraísos fiscales, y que les hace reflexionar acerca de que en el mundo existen quienes pagan sus tributos de manera responsable y quienes pueden decidir cuánto y cuándo pagar e incluso si lo harán (Obermaier & Obermaier, 2016). Además, explican que el crimen organizado, como la mafia japonesa, italiana y rusa, también utiliza estas estructuras jurídicas con la finalidad de encubrir sus delitos y liberarse de responsabilidades, debido a que con el dinero obtenido de manera ilegal crean una red de empresas offshore extendidas por distintos paraísos fiscales que hace imposible que las autoridades puedan identificar su rastro.

Precisamente la utilización de los paraísos fiscales y las sociedades offshore es uno de los cuestionamientos que plantea el caso Panamá Papers, debido a que el mismo revela que el estudio jurídico Mossack Fonseca estaría involucrado en la cooperación para el ocultamiento de bienes o dinero proveniente de fuentes ilícitas. De acuerdo al Consorcio Internacional de Periodistas (2017), los paraísos fiscales utilizados por esta firma fueron:

PARAÍSO FISCAL	CANTIDAD DE OFFSHORE CONSTITUIDAS [1977-2015]
Islas Vírgenes Británicas	113 648
Panamá	48 360
Bahamas	15 915
Seychelles	15 182
Niue	9 611
Samoa	5 307
Anguila Británica	3 253
Nevada	1 260
Hong Kong	452

Tabla 4 Paraísos Fiscales utilizados por Mossack Fonseca

De esta manera, se evidencia que la República de Panamá constituye la segunda jurisdicción donde existe la mayor actividad en la constitución de sociedades offshore por parte de Mossack Fonseca, por lo que a continuación haremos mención a las características del ordenamiento jurídico panameño que permitieron considerarlos, hasta hace pocos años, a raíz de la divulgación de los Panamá Papers y las reformas legislativas posteriores, como un paraíso fiscal y cómo es que la firma de abogados prestaba sus servicios.

3.3. PANAMÁ, CENTRO DE OPERACIONES DE MOSSACK FONSECA

La calificación de una jurisdicción como paraíso fiscal, generalmente es realizada por organismos internacionales, principalmente la Unión Europea, la OCDE y el Fondo Monetario Internacional, así como algunos Estados; todos ellos publican listas de manera permanente con la finalidad de informar a la comunidad internacional y a sus ciudadanos acerca de aquellos lugares que consideran que no cooperan con las políticas que combaten la evasión tributaria y el blanqueo de capitales. En el caso de la República de Panamá hasta el mes de enero del 2018 se

encontraba en la denominada “*lista negra*” de la Unión Europea, siendo retirada al comprobarse las reformas legislativas que había emprendido en materia de transparencia fiscal producto de la revelación de los Panamá Papers, por lo que actualmente se encuentra una lista de países que se mantienen en observación. En cuanto a la OCDE, si bien actualmente no presenta ningún país en la lista de paraísos fiscales, sí cuenta con una en la incluye a aquellos países que se encuentran comprometidos en implementar medidas de transparencia e intercambio efectivo de información con fines fiscales, en ella se encuentra Panamá desde el año 2002.

Tomando en cuenta lo anterior, vale la pena hacer referencia al régimen tributario que se encuentra regulado en Panamá; este se rige bajo el principio de territorialidad, conforme al artículo 694° del Código Fiscal [Ley 8 de 1956] el impuesto a la renta tiene por objeto *“la renta gravable que se produzca, de cualquier fuente, dentro del territorio de la República de Panamá sea cual fuere el lugar donde se perciba”*; así también lo establece el artículo 9° del Decreto Ejecutivo 170 de 1993, que reglamenta el impuesto a la renta y establece que *“es objeto del impuesto la renta producida en territorio panameño, independientemente de la nacionalidad, domicilio o residencia del beneficiario, del lugar de celebración de los contratos, del lugar desde donde se pague o se perciba y de quién sea el pagador de la misma”*; con lo cual queda claro el criterio de fuente nacional en la que se basa la legislación fiscal panameña; sobre ello, uno de los principales fundamentos que sustenta este principio es el de la neutralidad, tal como lo explica el profesor Rafael Luna (2016) , consiste en que un sistema tributario no debe influir en la decisión de los agentes económicos para la colocación de capitales, sino que esta debe realizarse en base a criterios de eficiencia, el mismo profesor afirma que en cuanto al sistema territorial, el atraer recursos extranjeros no se da por un criterio de eficiencia, sino por el hecho de que no se pagarán tributos, por lo cual no existe una neutralidad en la exportación de capitales; sin embargo sí existiría una neutralidad en cuanto a la importación de capital, debido a que sin importar su procedencia, la renta generada estará gravada. Este sistema se contrapone al denominado “principio de renta mundial” que grava la renta generada por los residentes del Estado, sin considerar si la fuente es local o extranjero.

Este tipo de sistema tributario en Panamá ha sido mantenido desde la promulgación del Código Fiscal en 1956; sin embargo en el año 2013, mediante la ley 120 de ese año hubo un intento de cambiar este régimen, debido a que la referida norma modificada el artículo 694° del Código Fiscal, referido en el párrafo anterior, señalando que era objeto del impuesto a la renta aquella que se produzca de cualquier fuente, dentro o fuera del territorio de la República de Panamá, sea cual fuera el lugar donde se perciba; esta norma publicada el treinta de diciembre del 2013 fue objeto de duras críticas por parte de diversos sectores de la economía panameña, tal como lo recoge el diario La Prensa (2013), además de los cuestionamientos acerca de la manera en que fue aprobada, existía preocupación acerca del negocio de la constitución de sociedades anónimas en Panamá, ya que se reconocía que justamente el régimen territorial que tenían era atractivo para eso. El treinta y uno de diciembre del 2013, un día después de la publicación de la norma, el Presidente de la República de la época, Ricardo Martinelli, publicaba un comunicado en el que refería que el director de la Autoridad Nacional de Ingresos se había equivocado [sic] al haber propuesto a los diputados la modificación del régimen fiscal debido a que Panamá no se encontraba preparada para tal reforma, así mismo le exhortaba a tener mayor cautela [sic] para futuras propuestas, anunciando la derogación de la modificación, la misma que se hizo efectiva mediante la ley 1 del 2014, publicada el ocho de enero de ese año, que disponía la retroactividad de la misma hasta el treinta y uno de diciembre del 2013.

Debemos considerar además que de acuerdo al profesor Jorge Espinosa Sepúlveda (2014), los países de Latinoamérica que cuentan con un sistema de renta territorial son Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay; y quienes cuentan con sistema mundial son Argentina, Brasil, Ecuador, Colombia, Cuba, Chile, Honduras, México, Perú y Venezuela, de manera que el hecho de contar con un sistema fiscal como el de Panamá, si bien contribuye a captar un gran número de capitales extranjeros, no lo hace, por esa única razón, un paraíso fiscal que contribuya al ocultamiento de información, para ello también debemos tener en cuenta su legislación en materia de sociedades anónimas. Por lo tanto, realizaremos un análisis sobre dichas normas, a través de las actividades que realizó Mossack Fonseca para la creación de sociedades offshore.

3.4. RÉGIMEN LEGAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN PANAMÁ

La Ley 32 de 1927, es la ley de sociedades anónimas que se encuentra vigente hasta la actualidad. El artículo 1° de esta norma es claro en indicar que se encuentran en capacidad de constituir una sociedad anónima dos o más personas mayores de edad, de cualquier nacionalidad, incluso si no se encuentran domiciliadas en Panamá, siempre y cuando el objeto sea lícito y cumplan con las formalidades prescritas. El artículo 2° señala la información que debe contener el pacto social, el cual debe constar en una escritura pública emitida por un Notario o cualquier documento protocolizado por este para su inscripción en el Registro Mercantil; entre los requisitos se encuentran el nombre y domicilios de quienes lo suscribe, el nombre de la sociedad, su objeto, el monto del capital social, el número y el valor nominal de las acciones en que se divide, pudiendo incluso emitirse acciones sin valor nominal; respecto a estas últimas se atribuye su creación a la ley de sociedades anónimas de Nueva York de 1912, básicamente por tres [3] razones, tal como lo explica Jorge Barrera:

Para evitar los fraudes y engaños a que la expresión del valor nominal puede dar lugar, en cuanto este casi nunca coincide con el valor real de las acciones, ni con su valor de mercado, sujeto siempre a fluctuaciones y cambios de carácter imprevisible. En segundo lugar, se busca un medio fácil y expedito de colocación de los títulos en el público, para así conseguir aumentos de capital, que podían entorpecerse ante la dificultad de encontrar una masa de inversionistas que pague por cada acción. Por último, se querían impedir los frecuentes abusos cometidos al valorar ficticiamente las aportaciones de bienes en especie. (Barrera Graf, 1950).

Por lo que podemos afirmar que la finalidad principal de constituir esta sociedad con este tipo de acciones pretende facilitar su intercambio o las transacciones que se realicen con ella; el artículo 22° de la ley establece los requisitos que debe cumplir el pacto social cuando se emitan acciones de este tipo. Además de ello, el pacto social también debe contener la cantidad de acciones que corresponderá a cada suscriptor, el domicilio de la sociedad, su duración, el número de directores, que no debe ser menor de tres, especificando sus nombres y direcciones, así como

cualquier otra cláusula que se vea por conveniente. Como señalamos en el capítulo anterior, debido a que la ley no exige que las personas que participan en la constitución de la sociedad tengan residencia en Panamá, es que entre los datos que debe contener el pacto social se encuentra el del agente residente [inciso 7 del artículo 2°]. Cabe precisar que de acuerdo al artículo 6° de la ley, la constitución de la sociedad no surtirá efectos hasta el momento en que la sociedad se haya inscrito en el Registro Mercantil; para mantener su vigencia, de acuerdo al artículo 318-A del Código Fiscal, recientemente modificado por la ley 52 del año 2016 las sociedades están sujetas al pago de una tasa anual, que actualmente asciende a trescientos dólares, y que debe ser pagado desde el momento de su inscripción al Registro Mercantil, quien luego remitirá el pago a la Dirección General de Ingresos; el pago de las siguientes tasas será anual; de acuerdo al parágrafo 1 la falta de pago de esta tasa implicará la no inscripción en el registro de ningún acto corporativo y la no expedición de certificaciones de la persona jurídica; también de acuerdo al parágrafo 2, los Registros Públicos de Panamá suspenderán los derechos corporativos a la persona jurídica que no designe a un agente residente en un plazo mayor a noventa días calendario, luego de la renuncia o remoción del anterior, también se encontrará suspendida por el no pago de la tasa única por tres años consecutivos y cuando no se ha pagado alguna multa o sanción impuesta, el parágrafo 3 explica que las consecuencias de la suspensión están referidas a la imposibilidad de iniciar algún proceso legal, reclamar o ejercer un derecho o realizar cualquier actuación en la que resulte obligada; los párrafos 4, 5 y 6 señalan que la suspensión durará dos años, vencido el plazo el Registro Público podrá cancelar la inscripción de la sociedad, con lo cual se entenderá como su disolución para realizar el posterior proceso de liquidación; quien procure levantar la suspensión deberá realizar un pago de mil dólares.

Respecto a una de las características de las sociedades offshore, esto es, que realizan sus actividades fuera del territorio donde se constituyeron, esta se encuentra expresada en el inciso 7° del artículo 19, que precisa entre las facultades de las sociedades anónimas la de llevar a cabo sus negocios y ejercer sus facultades en países extranjeros.

Además, la ley exige que la Junta Directiva escoja a un Presidente, un Secretario y un Tesorero [artículo 65° de la ley], pudiendo una misma persona, desempeñar

dos o más de esos cargos al mismo tiempo [artículo 66° de la ley]; sobre esta norma, como vimos, entre los servicios que Mossack Fonseca ofrecía se encontraba el de proveer a los funcionarios necesarios para la conformación de la sociedad, así también los revelan los Panamá Papers, que identifican a Leticia Montoya, trabajadora de Mossack Fonseca, como directora de más de veinticinco mil sociedades (Obermaier & Obermaier, 2016), la investigación también explica la manera en que trabajaban estos directores, a quienes se les denominó como *“hombres de paja”* o testaferros:

El sistema de los directores fiduciarios necesita, en esencia, tres formularios para ser efectivo, formularios que, por cierto, tenemos a millares entre los documentos filtrados. Primero el testaferro, o nominee director en el lenguaje offshore, garantiza al verdadero propietario de la empresa que se van a seguir sus directrices y que no se presentará ninguna demanda contra él ni contra su propia compañía [es lo que se conoce como nominee director declaration]. El segundo documento es el llamado power of attorney, un poder de representación general que el verdadero propietario [o beneficial owner – beneficiario final –] entrega al director fiduciario y que convierte a este en director de facto. Y, por último, en un tercer documento —que por norma no se rellena— el director fiduciario presenta su dimisión [resignation letter]. El director fiduciario firma su carta de renuncia y se la entrega al propietario real de la compañía, pero sin datar: de este modo el auténtico jefe puede desembarazarse del ficticio cuando lo desee, ya que dispone de una carta con efecto retroactivo. Generalmente el director ficticio queda privado de sus funciones desde el comienzo (Obermaier & Obermaier, 2016) .

De manera que este servicio también contribuía a evitar conocer la identidad del beneficiario final de la sociedad, encontrándose incluso con diversos papeles en blanco, firmados por los trabajadores de *“Mossfon”* que hacían las veces de directores, con lo cual se pretendía evitar la presencia constante de estos cuando se tomen decisiones por el verdadero propietario de la sociedad, siendo incluso, como refiere la investigación, el rostro de miles de empresas cuyos nombres pueden aparecer en listas de personas sancionadas financieramente o en artículos

periodísticos, pudiendo llegar a ser imputados por las actividades que realicen las empresas cuyo nombre prestan (Obermaier & Obermaier, 2016); más adelante Mossack Fonseca explicaría que se trata de servicios secretariales que ofrecen con el propósito de agilizar los trámites ante los Registros Públicos (Diario La Prensa, 2016).

Otra de las peculiaridades que presenta esta ley, y que ha sido señalada por los investigadores de los Panamá Papers como uno de los principales elementos que permitió a Mossack Fonseca ocultar la identidad de los verdaderos titulares de las sociedades, aprovechando la legislación panameña, aparte del nombramiento de directores, es que las acciones que representan el capital social, además de poder ser nominativas, también pueden ser emitidas al portador, es decir que en el referido título valor no se señala el nombre de la persona titular de la acción o accionista, sino que quien lo posea se reputará como tal, la única condición es que este tipo de acciones hayan sido pagadas [artículo 28° de la ley], además la transmisión o cesión de estas acciones se efectuará con la tradición, es decir con la sola entrega [artículo 30° de la ley]; en el libro de Registro de Acciones, cuando se trate de este tipo, únicamente se indicará la cantidad que fue emitida, la fecha de la emisión y que han sido totalmente pagadas [artículo 36° de la ley]. Los Panama Papers explican cómo operaba Mossack Fonseca con este tipo de acciones, por ejemplo, con el Deutsche Bank, quien era uno de sus intermediarios y que también guarda relación con el servicio de directores que ofrecía el estudio:

[...] ese no fue el único privilegio que recibió el Deutsche Bank. Puesto que, como escribió un empleado del bufete panameño, la entidad «tenía problemas, igual que otros bancos alemanes, para dar el nombre de los verdaderos propietarios de las empresas offshore», encontraron una solución especial: emitir acciones al portador en lugar de nominales para las empresas del Deutsche Bank. Aun así, la mayoría de los clientes querían tener la posibilidad de abrir ellos mismos sus cajas de seguridad en Suiza. Y para eso necesitaban poderes. Normalmente, los poderes los firmaban los directores panameños de la empresa offshore y tenía que constar el nombre del cliente final. Por lo visto, eso preocupaba al Deutsche Bank. La solución: Mossack Fonseca envió al Deutsche Bank poderes en

blanco, firmados por directores fiduciarios de las empresas pantalla. Una vez en la sede del banco, se rellenaban con el nombre de los verdaderos propietarios y Mossack Fonseca no se enteraba de quién era el destinatario de los poderes. Además, el Deutsche Bank recibió documentos en blanco firmados para poder abrir cuentas bancarias (Obermaier & Obermaier, 2016).

Con lo cual se observa que la emisión de acciones al portador puede contribuir al ocultamiento de los datos de identificación del cliente final que requería la constitución de la offshore; sin embargo, también los Panamá Papers dan cuenta de algunos problemas que surgieron con la emisión de este tipo de acciones, por ejemplo, el de la pérdida de las mismas, así encontramos el caso de Joachim zu Baldernach quien en 1990 envía un fax a Mossack Fonseca contándoles que ha perdido su empresa, o lo que es lo mismo, ha extraviado su certificado de acción al portador; siendo que el estudio jurídico se encontraba en la imposibilidad de llevar un registro sobre las operaciones que se pudieron realizar con la acción, esto es, si se vendió, transfirió o cedió, y ante el riesgo de que aparezca una persona con dicho certificado reputándose como titular de la sociedad, hace firmar al cliente Baldernach una carta de exención de responsabilidad para el estudio, y permite que se declare que no se ha realizado ningún acto de transferencia de las acciones, con lo cual Mossfon suministra el nuevo título (Obermaier & Obermaier, 2016).

Ahora bien, al respecto a partir del año 2013, como parte de los compromisos asumidos por Panamá para mejorar la transparencia en los servicios de constitución de sociedades que se ofrecen en su jurisdicción se estableció un régimen especial para las acciones al portador, regulada en la ley 47 de del año 2013 [de acuerdo a su artículo 28°, la ley entrará en vigencia a los dos años de su promulgación realizada el seis de agosto del 2013] modificada por las leyes N° 18 del 2015, N°52 del 2016 y N°21 del 2017; esta nueva legislación adopta el sistema de custodia de acciones al portador, estableciendo la obligación de que las sociedades designen a un custodio autorizado, pudiendo ser estos locales o extranjeros, en cuanto a los primeros pueden ser un banco, fiduciaria, casa de valor, o un abogado autorizado por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia ; respecto a los extranjeros pueden ser bancos, fiduciarias u otros intermediarios financieros que realicen actividades en países miembros del GAFI o asociados. La ley otorga

un plazo de tres años para que quienes hayan emitido estas acciones con anterioridad a su vigencia puedan designar al custodio autorizado; siendo que sin perjuicio de la información que este pueda solicitar, se le debe proporcionar una declaración jurada con el nombre completo, nacionalidad, número de documento de identidad, dirección física, número de teléfono y dirección de correo electrónico o fax del propietario de las acciones emitidas al portador así como de su agente residente; los mismos requisitos son exigidos para la sociedad que emita certificados de acciones con posterioridad a la vigencia de la norma. Las obligaciones del custodio autorizado local se expresan en el artículo 10° de la ley, entre ellas se encuentran:

- Mantener toda la documentación relacionada a la prestación del servicio de custodia en su sede establecida en la República de Panamá. Los registros relacionados a la prestación del servicio de custodia deberán ser mantenidos por un período de cinco años, luego de concluida la prestación de este.
- Mantener la custodia física de los certificados de acciones emitidas al portador mientras dure el ejercicio de su función como custodio autorizado en su sede establecida en la República de Panamá.
- Mantener en estricta reserva la información recibida de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.
- Proporcionar la información a que hace referencia esta Ley cuando esta sea requerida por las autoridades competentes. El suministro de la información a petición de la autoridad competente no se considerará como incumplimiento de su obligación de mantener la información en estricta reserva ni como una violación al deber de confidencialidad o al derecho a la privacidad.
- Emitir certificaciones en las que conste la identidad del propietario de las acciones emitidas al portador cuando sean requeridas mediante orden judicial, por el propietario o el acreedor prendario de estas.

En cuanto al custodio autorizado extranjero, conforme a la modificación hecha a través de la ley 21 del 2017, sus obligaciones son similares a las del custodio local, solo que estas se encuentran vinculadas al agente residente, de manera que el

mantenimiento de la documentación referida al servicio de la custodia física de los certificados de acciones y el otorgamiento de información sobre el propietario de las acciones debe ir acorde al domicilio físico indicado al agente residente así como a sus requerimientos de comunicación. En ambos casos, el incumplimiento de sus obligaciones puede llevarlos a ser sujetos de multas o suspensiones en sus funciones.

La transmisión de las acciones al portador también se ve afectada con este nuevo régimen, debido a que la ley del custodio establece que se perfeccionará la transferencia cuando el propietario lo comunique por escrito al custodio y el adquirente le otorgue la declaración jurada con su información personal.

La ley también plantea la posibilidad de que el agente residente haga las veces también de custodio autorizado; sin embargo, en caso de recaer estas funciones en personas distintas, la comunicación sobre la designación o remoción de cualquiera de los dos, es una obligación de la sociedad, quien deberá indicar también los datos para la adecuada identificación de ambos.

Como señalamos anteriormente, una de las exigencias que establece la normativa sobre prevención de blanqueo de capitales es el que los sujetos obligados, en este caso los agentes residentes, realicen acciones sobre debida diligencia, sobre todo en la identificación de los clientes. Al respecto, desde 1994, mediante el Decreto Ejecutivo 468 se estableció la obligación de que todo abogado o firma de abogados que actuara como agente residente de una sociedad anónima panameña, conozca a su cliente y mantenga información suficiente para identificarlos ante las autoridades competentes [artículo 1°]; posteriormente mediante la ley 2 del año 2011 se establecieron medidas más específicas para el conocimiento del cliente por parte de los agentes residentes con la finalidad de contribuir a la prevención del blanqueo de capitales, entre otros delitos.

El artículo 3° de la ley establece las acciones que implican las medidas para conocer al cliente, entre ellas se encuentran el identificarlo y verificar su identidad en base a documentos o información de fuentes confiables; también el obtener información sobre el propósito con el que se crea la sociedad, siendo en este punto que se precisa que el agente residente no tiene la obligación de realizar alguna acción de verificación sobre esta información, bastando solo la que fue obtenida del cliente; y

el de facilitar dicha información a las autoridades competentes, que de acuerdo al numeral 3 del artículo 2° de la ley, que es consecuencia de la modificación realizada mediante la ley 23 del 2015, comprende a la Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no Financieros, la Unidad de Análisis Financiero y el Órgano Judicial, así como la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

El artículo 4° de la ley señala que las medidas deben ser adoptadas antes de la prestación del servicio, pudiendo extenderse hasta por treinta días después como máximo, dependiendo del cliente. El artículo 6°, si bien no lo declara de manera expresa, hace referencia a los clientes que ejercen de intermediarios, al señalar que los agentes residentes se encuentran obligados a solicitar información sobre el tercero a nombre de quien actúa el cliente, así como la de los tenedores de las acciones al portador si la sociedad se encuentra conformada por estas. El detalle de la información mínima con la que debe contar el agente residente está expresado en los numerales 1 y 2 del artículo 6°, dependiendo de si el cliente o el tercero a quien representa es una persona natural o jurídica:

PERSONA NATURAL	PERSONA JURÍDICA
- Nombre completo	- Nombre completo
- Dirección física y para correspondencia	- Jurisdicción y datos de incorporación
- Número telefónico [fijo o móvil]	- Dirección física y para correspondencia
- Dirección de correo electrónico	- Número telefónico y/o fax
- Actividad principal a la que se dedica	- Nombre de su representante legal o administrador
- Copia de un documento de identidad personal o pasaporte	- Dirección de correo electrónico del representante legal o administrador
- Declaración de la actividad para la que usará la entidad jurídica	

-
- Datos de contacto de una persona natural o entidad jurídica que pueda brindar referencias bancarias y comerciales del cliente o tercero, o la documentación escrita que contenga dichas referencias
 - Actividad principal a la que se dedica
 - Copia de un documento de identidad nacional o pasaporte del propietario directo o indirecto de por lo menos 25% del capital
 - Declaración de la actividad para la que usará la entidad jurídica
 - Datos de contacto de una persona natural o entidad jurídica que pueda brindar referencias bancarias y comerciales del cliente o tercero, o la documentación escrita que contenga dichas referencias
-

Tabla 5 Información solicitada por el agente residente en Panamá

Como se evidencia, se trata de información básica para una adecuada identificación, no obstante, se debe tener cuidado con la veracidad de los datos, de manera que para la eficacia de la norma se puede recurrir a documentos que sustenten cada uno de esos requerimientos.

Resulta interesante lo dispuesto por el artículo 7°, que también hace referencia a los intermediarios, señalando que no se requerirá obtener la información del tercero en nombre quien actúa cuando quien lo representa es una persona jurídica que pertenece a un organismo profesional cuyas conductas o practicas le requieren adoptar y mantener estándares profesionales y éticos para la prevención y detección de blanqueo de capitales y cualquier otra actividad ilícita en términos no inferiores a los requeridos en la ley, como firmas de abogados, bancos, compañías fiduciarias, aseguradoras, casas de valores y contadores públicos autorizados; sobre ello no queda claro el criterio objetivo para la identificación de quienes en el ejercicio de sus funciones ejercen una debida diligencia; sin embargo respecto a estos intermediarios, sí se exige que se cuente con la información mínima similar a la descrita en el artículo 6°, agregándose la verificación de que existe una relación de

negocios con la persona a nombre de quien se solicita el servicio de agente residente; de que se practican medidas para conocer al cliente que lo obligan a tener información sobre la identidad del tercero a nombre de quien actúa; y de que podrá poner a disposición dichos datos de acuerdo a los distintos requerimientos de las autoridades de su jurisdicción.

En cuanto al manejo de información, el artículo 8° exige la reserva estricta, precisando que únicamente las autoridades competentes son a quienes se les puede suministrar los datos. También el artículo 9° establece el deber de abstención en la prestación de servicios por parte del agente residente cuando el cliente se niegue o no otorgue la información en el plazo fijado por la ley [antes de la prestación del servicio]. En cuanto al período por el cual se deben mantener los datos del cliente, la ley establece hasta cinco años después de la culminación de la relación profesional.

El artículo 14° de la ley expresa que el agente residente no podrá brindar información relacionada con el secreto profesional, limitándose únicamente a aquella exigida como mínimo sobre la identidad de sus clientes. Esto puede interpretarse con el artículo 16° que señala que el suministro de información a la autoridad competente no puede ser considerada como una violación al secreto profesional debido a la existencia de un interés superior para la República de Panamá; asimismo el artículo 17° indica que el agente residente, por el solo hecho de haber prestado sus servicios como tal, no será considerado autor o cómplice del cliente, si este último es encontrado culpable de la comisión de una falta o infracción de normas de carácter civil, penal o tributario; sobre este artículo haremos referencia en el siguiente capítulo pues se encuentra ligado a la figura de la prohibición de regreso en la teoría de la imputación objetiva, que como vimos en el capítulo primero de la presente investigación presenta matices en cuanto a las distintas perspectivas sobre la conducta que puede ejercer quien se encuentra desarrollando un rol social.

Respecto a las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones, las mismas son de carácter administrativo, y dependiendo de la gravedad del hecho se señalan la amonestación, la multa hasta por cinco mil dólares y la suspensión del abogado o la firma por un plazo superior a tres meses e inferior a tres años.

En cuanto a los clientes existentes con anterioridad a la vigencia de la norma, el artículo 32° de la misma otorga un plazo de cinco años a partir de su vigencia para que quienes hagan las veces de agentes residente recolecten la información de sus clientes en cumplimiento de sus obligaciones, planteando la posibilidad de que renuncien en caso exista negativa u oposición al otorgamiento de datos por parte del cliente.

Durante los días y meses posteriores a la revelación de los Panamá Papers, Mossack Fonseca emprendió una campaña mediática para exponer que los servicios que ellos ofrecían cumplían con los estándares legales, y por lo tanto no existía ninguna irregularidad, en sus actividades, esto sobre todo porque se descubrió que entre las personas relacionadas a las sociedades offshore que constituyeron se encontraban diversos personajes acusados de realizar actividades criminales que utilizaban los servicios de la firma para ocultar sus ganancias ilícitamente obtenidas. Dentro de las acciones que tomó el estudio jurídico, permitió el ingreso de periodistas a sus oficinas en Panamá para explicar las funciones de los distintos departamentos de la empresa, entre ellos el encargado de la debida diligencia. Así, fueron los periodistas del diario panameño La Prensa (2016) quienes obtuvieron una entrevista con la directora de asuntos legales de la firma, Sara Montenegro; la jefa del departamento de creación de sociedades Jossette Roquebert, y uno de los fundadores, Ramón Fonseca; de acuerdo a la explicación de estos funcionarios de la firma, Mossack Fonseca siempre ha trabajado con *“clientes profesionales”*, es decir con intermediarios como bancos, fiduciarias, firmas de abogados y contadores, con lo cual, señalaron, les resulta de aplicación el artículo 7° de la ley 2 del 2011, que precisa que no será necesario que se cuente con la información del cliente final cuando intervengan estos sujetos, para la firma, se trata de un sistema que les permite tener una doble verificación en la identificación del cliente, siempre y cuando estos intermediarios realicen de manera adecuada su debida diligencia, de acuerdo a Ramón Fonseca el 90% de sus clientes está representado por intermediarios. No obstante ello, los funcionarios indicaron que su departamento de debida diligencia tiene como principal enfoque el identificar al cliente final y que ningún servicio ha sido exonerado de estas medidas, reconociendo incluso que en aplicación del artículo 32° de la ley 2 del 2011 deben realizar acciones para identificar a los clientes finales de las sociedades anteriores

a la vigencia de esta norma. En cuanto al tema de las personas políticamente expuestas [PEP] refirieron que su sistema de detección de riesgos les obliga a aplicar una diligencia ampliada para las operaciones que realicen con ellos, estando obligados a reportar a la Unidad de Análisis Financiero en caso de detectar alguna operación sospechosa; sin embargo en la entrevista Ramón Fonseca refirió que debido a que estas personas representan un riesgo para el negocio por los malos manejos que se puedan realizar con su patrimonio, en los últimos años la firma decidió no aceptar como clientes finales a las PEP. Tomando en cuenta que esta no ha sido la única información ofrecida por Mossack Fonseca para pretender aclarar la manera en la que ejercía el servicio de constitución de sociedades offshore, conviene corroborar lo dicho por sus funcionarios con lo revelado por los Panamá Papers respecto a si conocían la identidad de los beneficiarios finales de sus sociedades.

Así, encontramos que meses siguientes a la revelación de los Panamá Papers, los empleados de Mossack Fonseca realizaron denodados esfuerzos en identificar a los clientes finales, poniéndose incluso en contacto con los intermediarios de algunos de ellos, quienes a raíz de la filtración, se mostraron desconfiados con los requerimientos de la firma, el Consorcio Internacional de Periodistas señaló que en el 2016 de las 10 551 sociedades anónimas activas que tenían registradas en Panamá, solo en 2 638 conocían el beneficiario final; el resto les era desconocido; asimismo en otra jurisdicción como las Islas Vírgenes Británicas, de las 28 427 sociedades activas, solo se tenía la identidad de los dueños reales del 28%. (International Consortium of Investigative Journalists [ICIJ], 2018).

Ahora bien, para ilustrar con mayor claridad la magnitud de la investigación de los Panamá Papers así como para conocer con mayor detalle la manera en la operó Mossack Fonseca, haremos referencia a algunos casos revelados por los medios de comunicación que participaron y que se encuentran relacionados con el blanqueo de capitales.

3.5. IMPUTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ

El cuatro de abril del dos mil dieciséis, un día después de la publicación de la investigación denominada “Panamá Papers” en los medios de comunicación que forman parte del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación [ICIJ], la

Procuradora General de la Nación panameña, Kenia Porcell, a través de Resolución 24 de esa fecha, crea la Fiscalía Segunda Especializada Contra la Delincuencia Organizada, teniendo como principal función el inicio, dirección y coordinación de las investigaciones, de delitos financieros y/o blanqueo de capitales llevadas a cabo, sobre todo, en el marco de lo revelado por los informes periodísticos. Igualmente, mediante resolución 25, se crea la Unidad Especializada en Delitos de Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo, como organismo técnico encargado de coadyuvar a los fiscales que realicen investigaciones relacionadas al blanqueo de capitales, estableciendo estrategias de investigación, brindando información a los fiscales en materia contable y financiera, así como el mantenerse actualizados en los pronunciamientos judiciales sobre el tema; el jefe de esta Unidad tiene el mismo tratamiento que un Fiscal Superior y cuenta con tres secciones: operativa, administrativa y técnica.

Javier Caraballo fue el fiscal nombrado para estar a cargo del despacho de Fiscalía recientemente creado; y el doce de abril del dos mil dieciséis intervino, junto con su equipo y la Unidad Especializada, las oficinas de Mossack Fonseca en Panamá; fue una diligencia que culminó al día siguiente, duró más de veintisiete horas, y aseguraron diversas cantidades de archivos digitales para su posterior análisis con lo cual se dio inicio a las investigaciones. El veintisiete de setiembre del dos mil dieciséis el juzgado 17° del Circuito Penal Judicial de Panamá, convalidó el allanamiento (Procuraduría General de la Nación de la República de Panamá, 2016).

Si bien es cierto la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público tiene el carácter de reservada, de los datos publicados en su web oficial se puede apreciar la base de la imputación realizada a la firma de abogados Mossack Fonseca y a sus fundadores; la misma consiste básicamente en atribuirle la realización de transacciones financieras relacionadas con el blanqueo de dinero a través de 214 488 sociedades offshore ubicadas en 200 países donde ofrecían sus servicios (Ministerio Público de Panamá, 2018). Queda claro que esta información resulta insuficiente a efecto de establecer una imputación necesaria, la cual requiere especificar los hechos referidos a cuáles fueron esas transacciones, la manera en que se crearon las offshore, el funcionamiento de las mismas y los clientes a quienes ofrecieron los servicios; teniendo en cuenta además que la investigación tiene el carácter de compleja debido a la gran variedad de conductas y casos en los que

Mossack Fonseca intervino y a la trascendencia internacional del caso, llegando a comprenderse más de 105 tomos de la carpeta de investigación. Tomando en cuenta ello, es preciso recordar que el objeto de nuestra investigación está referido a la creación y uso de sociedades offshore como medios para el blanqueo de capitales, por ello tomaremos esta conducta como objeto de imputación. Siendo así consideramos como conductas típicas materia de imputación las referidas en el artículo 257° del Código Penal panameño, concordado con el 254°; así como el artículo 255° en sus numerales 1° y 2°; esto es, la realización de actos de colocación [recibir, depositar, transferir y convertir dineros y títulos valores] e intercalación [ocultar e impedir la determinación, el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de dineros, bienes y títulos valores], a través del sistema a través del sistema bancario y comercial a sabiendas [entendiéndose como un deber de conocimiento, desde la perspectiva funcionalista asumida en esta tesis] que proviene de alguna de las actividades delictivas descritas en la norma, valiéndose de su profesión, tal como lo detallamos en el siguiente cuadro:

CONDUCTA TÍPICA		HECHOS
Quien		El estudio jurídico panameño Mossack Fonseca
Debiendo saber de su procedencia ilícita		Al ofrecer servicios relacionados a la constitución de sociedades offshore tiene la obligación legal de realizar una debida diligencia a efecto de conocer a sus clientes y al beneficiario final de las mismas, así como su perfil financiero y el origen de su patrimonio
Se valga de su profesión y función		Actúa en su condición de abogados como agente residente y proveedor de sociedades offshore
Para permitir el delito de blanqueo de capitales	Recibe, deposita, transfiere y	Constituye sociedades offshore representando su capital de origen ilícito en acciones al portador y depositando el

descrito en el artículo 254°	convierte dineros y títulos valores	dinero en bancos establecidos en paraísos fiscales
	Con el objeto de ocultar su origen ilícito	Ofrecen servicios de acuerdo a las distintas necesidades de sus clientes, procurando siempre mantener su privacidad y confidencialidad.
Oculto e impide la ubicación, el destino y la propiedad de dineros, bienes y títulos valores		Utiliza acciones al portador para evitar la identificación del propietario del dinero y bienes de origen ilícito. Concede funcionarios para que actúen como presidente, secretario y tesorero de las sociedades que crean, así como para que formen parte de la junta directiva; los denominados “<i>hombres de paja</i>” firmaban gran cantidad de hojas en blanco, cuyo contenido era después completado de acuerdo a las exigencias de los clientes o beneficiarios finales. Se adecúa a las demandas de cada cliente, llegando a crear estructuras jurídicas complejas para evitar conocer la verdadera propiedad del patrimonio correspondiente.
Realiza transacciones en establecimiento bancario, financiero y comercial		Se sirven de bancos establecidos en paraísos fiscales, incluyendo Panamá, para realizar las operaciones de las sociedades que crean.

Tabla 6 Imputación del Ministerio Público a Mossack Fonseca

De esta manera se puede construir la imputación hacia Mossack Fonseca, debiendo tener presente que los detalles sobre las operaciones dependen cada caso en particular respecto a sus clientes y sociedades offshore constituidas, tal como vimos en el título anterior sobre algunos casos representativos; no obstante ello, los hechos atribuidos a la firma de abogados revelan la manera en la habrían operado facilitando el delito de blanqueo de capitales.

Debe precisarse también que de acuerdo al artículo 19° del Código penal panameño, será aplicable la ley penal, aunque se hayan cometido en el extranjero, a los delitos contra la economía nacional, encontrándose entre ellos el de blanqueo de capitales, con lo cual el Ministerio Público panameño legitima su competencia para investigar y procesar este caso.

3.6. CASOS REPRESENTATIVOS

La información que procedemos a exponer tiene como fuente principal los reportajes realizados por los distintos medios de comunicación que participaron de la investigación de los Panamá Papers, así como la base de datos publicada por ICIJ (2017) en su página oficial que permite la búsqueda las sociedades offshore, clientes, intermediarios y hasta direcciones. Además, como lo señalamos, tiene como propósito conocer la participación del estudio Mossack Fonseca en algunos de ellos, teniendo como premisa que todos se encuentran relacionados al delito de blanqueo de capitales. Conviene aclarar por tanto que el análisis realizado en la presente parte del capítulo no pretende ser concluyente respecto a la existencia de una imputación sobre blanqueo de capitales, debido a que será en el marco de un proceso penal donde se establecerá ello:

CASO: EUGENIO DUNAZET URBINA

Hechos

El peruano Eugenio Dunazet Urbina trabajó como gerente de inversiones de la empresa constructora Los Portales entre los años 2006 y 2013, así como en la compañía de lubricantes Delfos Representaciones. Les ofreció a cuatro empresarios administrar sus inversiones a cambio generarles altas rentabilidades. Los primeros meses Dunazet devolvía los intereses, pero posteriormente se apartaba de sus acreedores y les giraba cheques sin fondo o compartía con ellos vouchers con depósitos inexistentes.

En el año 2012, Dunazet se contacta con Mossack Fonseca para constituir una offshore en las Islas Vírgenes Británicas. Se estima que el monto defraudado asciende a quince [15] millones de dólares. Luego de la revelación de los Panamá Papers, Dunazet refirió que constituyó la offshore con la finalidad de proteger su patrimonio si el país entraba en alguna crisis y asegurar el futuro de sus hijos, y que no puede hacer frente a sus deudas porque se encuentra en bancarrota.

Participación de Mossack Fonseca

La oficina de Mossack Fonseca en Perú actuó como intermediaria ante la oficina de Mossack Fonseca de las Islas Vírgenes Británicas, mediante correos intercambiados entre los trabajadores se compartían los documentos de constitución de la empresa, la dirección del cliente, y se indicaba que la finalidad de esta sociedad era para que el señor Dunazet realice inversiones personales fuera del Perú en bancos de inversión y de valores.

Presunta actividad criminal precedente

El Ministerio Público investiga a Dunazet por los delitos de libramiento indebido, apropiación ilícita y estafa.

Sociedades offshore constituidas	- Hikari Trading LTD constituida el 14 de noviembre del 2012 con cincuenta [50] mil acciones nominales de un dólar cada uno, en las Islas Vírgenes Británicas, siendo el señor Eugenio Dunazet Urbina el único accionista y directivo.
Fuente	Ojo Público (2017).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	La prestación de los servicios de Mossack Fonseca para el señor Dunazet implicaba un riesgo debido a los antecedentes con los que contaba este último. Sin embargo, pareciese que, luego de realizadas las medidas de debida diligencia respecto a la identificación del cliente, se decidió continuar con la constitución de la sociedad offshore; debiendo tener presente que de acuerdo al artículo 3 de la ley 2 de 2011 de Panamá, respecto a la información sobre el propósito por el cual se crea la entidad jurídica no se requiere que el agente residente realice una verificación proactiva de esa información. Asimismo de los datos recogidos por la prensa, no existen elementos para colegir que en el presente caso Mossack Fonseca adecuó su conducta a los fines de un posible lavado de activos por parte del empresario Eugenio Dunazet, estando que su actuar tendría el carácter de una conducta neutra.

Tabla 7 Caso Eugenio Dunazet Urbina

CASO: EXPORTADORAS DE ORO EN PERÚ

Hechos

El peruano Marco Antonio Noriega Ramírez, sin contar con capacidad económica ni experiencia en el sector minero, aparece registrado como dueño, socio mayoritario y gerente general de tres empresas exportadoras de oro en el año 2013 en Perú: Darshan International, Oxford Gold y Titanium Gold Enterprises que exportaron respectivamente ocho [8] toneladas, cuatrocientos [400] kilos y diez [10] kilos de mineral de origen sospechoso a Estados Unidos; el socio minoritario de estas empresas es Alfredo Chamy Román. El hijo de este último, Alfredo Chamy Alle, a través de la offshore Génesis Ltd es socio de la sociedad offshore Axbridge International Corp, quien es socia principal de la exportadora Axbridge Gold Corp, con sede en Lima, que en el 2013 llegó a exportar 1.3 toneladas de oro. Mossack Fonseca constituyó en 2009 la empresa Darshan Associates, que tiene como accionista principal a Miguel Chamy Román, hermano de Alfredo padre. Durante el año 2013, las cuatro exportadoras comienzan a recibir millonarias sumas de dinero de la refinería estadounidense Kaloti Metals Logistics, tiempo en el que también Mossack Fonseca constituyó cuatro sociedades offshore en las Islas Vírgenes Británicas teniendo como socio principal a Miguel Chamy Román.

En el año 2014, la SUNAT [Superintendencia Nacional de Administración Tributaria] incauta una carga de noventa y ocho [98] kilos de oro sospechoso a la exportadora Oxford Gold y diecisiete [17] kilos a Axbridge Gold Corp. procedente de Cusco, Puno y la costa sur del país, que tenía como destino la refinería Kaloti Metals Logistics. Asimismo, se incautaron setecientos

	diecinueve [719] mil dólares en efectivo camuflado en una camioneta cerca de Camaná [Arequipa], los detenidos señalaron que el origen del dinero provenía de la millonaria venta de oro a Oxford Gold.
Participación de Mossack Fonseca	La representante de la firma Mossack Fonseca en Lima, Mónica de Ycaza, se encontraba en permanente contacto con los abogados Sergio Gallo León y Óscar Burga Rivera quienes participaron de la constitución de las sociedades offshore, llegando a ser incluso el abogado Burga, accionista y director de una de ellas. Mediante un correo de mayo del 2013, Mónica de Ycaza, comunica a la oficina de Mossack Fonseca en Panamá de la llegada del abogado Sergio Gallo León con la finalidad de conocer las oficinas del despacho y los servicios que ofrece, precisando que es un cliente profesional antiguo, con más de diez años de relación, y que no es el beneficiario final de las sociedades
Presunta actividad criminal precedente	La Fiscalía investiga a los implicados por presunto delito de minería ilegal
Sociedades offshore constituidas	- Darshan Associates, constituida en el año 2009 en las Islas Vírgenes Británicas, tiene como accionista principal a Miguel Angel Chamy Román, y la oficina de Mossack Fonseca de Perú actuó como intermediario. - Axbridge International Corp, constituida en el año 2010 en las Islas Vírgenes Británicas, tiene como accionistas a Oscar Enrique Burga Rivera y Alfredo Chamy Allel, quien también aparece como beneficiario final; la oficina de Mossack Fonseca de Perú actuó como intermediario.

- Marigold Traders, Golden Valley Managment, Great Cardiel International y Larsk Global Holding constituidas en el año 2013 en las Islas Vírgenes Británicas, tiene como accionistas a la offshore Surfside Foundation [quien tiene como accionista a Marigold Traders] y a Miguel Angel Chamy Román, quien aparece como beneficiario final; la oficina de Mossack Fonseca de Perú actuó como intermediario.

Fuente Ojo Público (2016).

Aplicación de la
Teoría de la
Imputación Objetiva

En este caso podemos encontrar al principio de confianza exteriorizado en la relación contractual que mantenía Mossack Fonseca con los clientes profesionales, los abogados Sergio Gallo León y Óscar Burga Rivera; por lo que en aplicación del artículo 7 de la ley 2 del 2011, podían eximirse de solicitar información sobre el beneficiario final, siempre que hayan comprobado que esos intermediarios hayan adoptado políticas de prevención y detección de lavado de activos. Sin embargo, como ya lo señalamos, esta confianza no debe ser ilimitada, y encuentra su término si se observan datos objetivos y concluyentes respecto a una actuación antijurídica por parte de sus “clientes profesionales”.

Tabla 8 Caso: Exportadoras de oro en Perú

CASO JORGE ZAVALETA VARGAS

Hechos

Jorge Marino Zavaleta Vargas, fue presidente del directorio y gerente general de la empresa Universal Metal Trading, fundada por su hermano; años después de su constitución en el año 2000, se convirtió en una de las mayores exportadoras de oro en Perú, teniendo como principal cliente a la refinería suiza KS-PAMP.

En el año 2010, Jorge Zavaleta se encontraba en juicio acusado de defraudación tributaria cometida a través de su empresa International Metal Trading durante los años noventa, y solicitó los servicios de Mossack Fonseca para la compra de una offshore en las Islas Vírgenes Británicas, llamada Eagle-View Financial Services LTD. En el año 2013, a raíz de una publicación en el diario El Comercio, donde se informaba que Universal Metal Trading mayores era una de las mayores compradoras de oro de presunto origen ilegal en el Perú, la Procuraduría de Lavado de Dinero, la Unidad de Inteligencia Financiera y la SUNAT iniciaron investigaciones para levantar el secreto bancario del señor Zavaleta por lavado de dinero, además el juicio oral en el que se encontraba ya estaba en su etapa final, concluyendo el 2014 en el que fue condenado a cuatro años de prisión, señalándose entre la resolución que había mercantilizado oro de procedencia desconocida.

Participación de Mossack Fonseca

Existen correos del año 2013 en los que el señor Zavaleta informa a Mossack Fonseca que la finalidad de la constitución de la sociedad offshore era para la protección de sus ahorros en el Banco Santander de Miami. También ese año, la oficina de Mosasck Fonseca en las Islas Vírgenes Británicas solicitó información para realizar la debida diligencia del cliente, entre la que se encontraba la dirección donde se encuentren los

	registros contables y la documentación de la sociedad, así como su actividad detallada y el lugar donde se lleva a cabo, además pedía una copia certificada de su pasaporte.
Presunta actividad criminal precedente	Delito de minería ilegal y defraudación tributaria.
Sociedades offshore constituidas	Eagle-View Financial Services LTD, constituida el 04 de enero del 2010, en las Islas Vírgenes Británicas, tenía como beneficiario final y accionista a Jorge Marino Zavaleta Vargas, la oficina de Mossack Fonseca en Perú actuó como intermediario.
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	En este caso Mossack Fonseca no habría realizado una debida diligencia adecuada a su cliente, el señor Jorge Zavaleta, debido a que la fecha en la cual este solicita la constitución de la sociedad offshore, estaba siendo acusado de defraudación tributaria; siendo que en el año 2013 existía información pública sobre las actividades a las cuales se encontraba vinculada la empresa exportadora que dirigía; por lo cual era necesaria la aplicación de medidas de debida diligencia ampliada o reforzada [de acuerdo a los artículos 11° y 12° del reglamento de la ley 23 del 2015 –Decreto Ejecutivo 363-] al existir un mayor riesgo de que la operación realizada este relacionada al lavado de activos. No obstante ello, los datos con los que se cuenta son insuficientes a efecto de establecer si Mossack Fonseca actuó dentro de los márgenes del ejercicio de su profesión o no.

Tabla 9 Caso Jorge Zavaleta Vargas

CASO MARLLORY CHACÓN ROSSELL

Hechos

Desde el año 2008, la Administración para el Control de Drogas [DEA] seguía las acciones de la guatemalteca Marllory Chacón Rosell, identificada en el año 2012 como narcotraficante por la Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro [OFAC] y apodada como “La reina del Sur”, debido a que se encargaba de la administración y recepción de droga proveniente de Colombia y Venezuela, en Honduras, Guatemala y Panamá, llegando a lavar al menos cuatro [4] millones de dólares entre los años 2009 y 2010. Es justamente en el año 2009 que a través de las oficinas de Mossack Fonseca se la nombró como presidente de la sociedad offshore Broadway Commerce Inc, creada el 2008 en los registros públicos de Panamá. El cliente de Mossack Fonseca era la empresa guatemalteca Casa Vogue representada por María Corina Sáenz Lehnhoff, quien también se encontró en la lista de la OFAC como una colaboradora de Chacón; sin embargo la persona que realizó todos los trámites referentes a la sociedad, incluido el pago para su adquisición fue el empresario argentino José María Armesto Bustos Morón, quien entre los años 2009 y 2010 intercambio varios correos con la firma; este empresario se encontraba procesado en Guatemala por los delitos de intermediación financiera, estafa, apropiación y retención indebidas, debido a que como socio de una entidad financiera ilegal llamada Grupo Valat se apropió del dinero de varios inversionistas, llegando a la quiebra, cabe señalar que Chacón se encontraba entre los clientes de este Grupo.

En el año 2012, luego de que Chacón fuera incluida en la lista de la OFAC, ante el Registro Público de Panamá

se presentó una escritura de junio del 2011, en la que se excluía a Marllory Chacón como presidenta de Broadway Commerce Inc y se colocaba a otros directivos; el tres [3] de setiembre de ese año la empresa fue disuelta, declarándose en quiebra.

El año 2014, Marllory Chacón se entregó ante las autoridades estadounidenses, siendo sentenciada el 2015 a diez [10] años de prisión por delito de narcotráfico.

Participación de
Mossack Fonseca

De acuerdo a la información difundida, no existen registros de que Mossack Fonseca haya realizado alguna investigación sobre Marllory Chacón para conocer las actividades a las que se dedicaba. También brindó servicios para la apertura de una cuenta en Banvivienda, que si bien no se llegó a concretar por la falta de documentación remitida, permitió conocer que entre los correos intercambiados entre José Armesto y la firma se indicó que la sociedad Broadway Commerce Inc tenía un patrimonio de doce [12] millones de dólares y que se requería que la cuenta permita depósitos entre trescientos mil y tres millones de dólares al año.

Presunta actividad
criminal precedente

Tráfico ilícito de drogas.

Sociedades offshore
constituidas

Broadway Commerce Inc, constituida el 21 de octubre del 2008 en Panamá con acciones al portador, teniendo como intermediario a Casa Vogue.

Fuente

Univisión (2016).

Aplicación de la
Teoría de la
Imputación Objetiva

De acuerdo a la información difundida, existía una relación contractual entre Mossack Fonseca y el empresario argentino José María Armesto Bustos Morón,

por lo que deberá determinarse el trato que se le dio a este último respecto a si era considerado un “cliente profesional”, para la aplicación de un principio de confianza; y si fue así de qué manera Mossack Fonseca comprobó el compromiso de este cliente con la prevención y detección del lavado de activos, debido a las estrechas relaciones con personas vinculadas al narcotráfico como el caso de Marrllory Chacón y las grandes cantidades en el monto de las transacciones que realizaba.

No pasa desapercibido tampoco la posibilidad de considerar dentro de las medidas de debida diligencia practicadas por Mossack Fonseca la identificación de los directores o representantes de la sociedad que constituyen, debido a que las mismas también influyen en el nivel de riesgo de que la entidad jurídica pueda ser utilizada para lavar dinero.

Tabla 10 Caso Marllory Chacón Rossell

CASO ANDREW MOGILYANSKY

Hechos

Andrew Mogilyansky es de nacionalidad estadounidense y rusa, se graduó con honores de la Universidad de Columbia en Nueva York y se dedicó a vender extintores y coches alemanes, al año 2004 acumulaba una fortuna de diez millones de dólares.

El año 2002 crea una página web dedicada a la prostitución infantil. El año 2003, viaja a Rusia en donde luego de sacar a tres niñas de entre trece y catorce años de un orfanato señalando que era con fines de turismo, las obliga a tener relaciones sexuales.

En el año 2004, su computadora es confiscada por autoridades estadounidenses y en la que descubren la relación de la página web de Mogilyansky con una sociedad offshore constituida en las Islas Vírgenes Británicas llamada IFEX Global Ltd, solicitando información a las autoridades de ese país.

En el año 2009 Andrew Mogilyansky es condenado a seis años de prisión por las violaciones cometidas

Participación de Mossack Fonseca

Ante los requerimientos efectuados por las autoridades de las Islas Vírgenes Británicas, luego de descubrirse la información de la sociedad offshore IFEX Global Ltd, Mossack Fonseca responde que el señor Andrew Mogilyansky solo es un director y no el propietario; asimismo que desde 1995 no tienen otra información sobre el investigado. Sin embargo de acuerdo a la filtración Panamá Papers, en 1995 también se constituyó la sociedad Maga Global Limited, encontrándose entre los archivos de Mossack Fonseca una tarjeta en la que

se indicaba que Andrew Mogilyansky era el subdirector de la misma.

Durante el proceso judicial seguido al señor Mogilyansky, las autoridades financieras de las Islas Vírgenes Británicas solicitaron la documentación referida al proceso de debida diligencia que Mossack Fonseca practicó al cliente, siendo que ello no contaban con la misma, ni siquiera una copia del pasaporte, únicamente tenían en sus registros un comprobante de pago de Mogilyansky ante un banco noruego donde la sociedad offshore tiene una cuenta y un carnet de conducir caducado , lo cual es remitido.

Presunta actividad criminal precedente	Pornografía infantil y trata de personas.
Sociedades offshore constituidas	- IFEX Global Ltd constituida el 31 de marzo de 1995 en las Islas Vírgenes Británicas, registra como accionista y beneficiario final a Andrew Mogilyansky; la empresa USA Corporate Services Inc fue la intermediaria. - Maga Global Limited constituida el 30 de marzo de 1995 en las Islas Vírgenes Británicas, la empresa USA Corporate Services Inc fue la intermediaria.
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	En este caso, de acuerdo a la información difundida, Mossack Fonseca habría incumplido con sus deberes de identificación del cliente, no requiriéndole información mínima que sustente sus datos personales o las actividades a las que se dedicaba el señor Mogilyansky; permitiendo así que este último haya realizado actos de conversión, transferencia e intercalación de los activos obtenidos por la actividad

ilegal a la que se dedicaba. Consideramos que el análisis no pasa por evaluar si Mossack Fonseca actuó bajo una determinada intención; sino de verificar si cumplió con las obligaciones que el rol social le exigía, pudiendo subsumirse la presente conducta en el delito tipificado en el artículo 257° del Código Penal panameño referido al uso de su profesión para autorizar o permitir el delito de blanqueo de capitales.

Tabla 11 Caso Andrew Mogilyansky

CASO SERGUEI ROLDUGIN

Hechos

Serguei Roldugin es amigo del presidente de Rusia Vladimir Putin desde su juventud y padrino de una de sus hijas; en Rusia es reconocido como un músico galardonado, que incluso llegó a ser director del conservatorio de San Petersburgo; en varias entrevistas a medios de comunicación declaró que no era millonario ni un hombre de negocios. Tiene acciones en el Banco Rossiya, que se encuentra en la lista de entidades sancionadas por Estados Unidos a raíz de la anexión de Crimea a Rusia, lo cual implica el congelamiento de sus activos en la jurisdicción estadounidense, así como la prohibición de que sus ciudadanos realicen operaciones con él; el motivo de ello es que se considera a este banco como parte del entorno más cercano de Putin, este último reaccionó ante la medida de Estados Unidos solicitando al Banco Central y a empresas de energía que depositen sus dinero allí. Roldugin es dueño y socio de al menos tres sociedades offshore. Una de ellas es International Media Overseas S.A, constituida en Panamá y dueña del 20% de acciones de la empresa Video International, que

es una de las más grandes en el rubro de medios de comunicación y de la cual Roldugin también es uno de los propietarios directos; semanas después de la inclusión del Banco Rossiya a la lista de sancionados, Roldugin solicitó abrir una cuenta en un banco ruso con sede en Zurich para la offshore International Media Overseas S.A, señalando que haría transacciones periódicas de un millón de francos y que el origen del patrimonio de la offshore se encontraba sustentado en sus particiones en Video International; los Panamá Papers muestran que en uno de los formularios que el banco suizo solicitó llenar para la apertura de la cuenta, ante las preguntas si era una persona expuesta políticamente o tenía relación con alguna respondió “no”, a pesar de su cercanía con el presidente de Rusia.

Otras offshore a nombre de Roldugin son Sonnette Overseas Inc. y Raytar Limited.

La offshore International Media Overseas S.A también tiene como accionista a Robertson Financial Corp, quien a la vez es accionista de Sunbarn Limited; además Sandalwood Continental Ltd. es también accionista de la offshore Sonnette Overseas; por lo que forman parte de entramado de sociedades de Roldugin.

Se estima que las operaciones realizadas por las tres offshore de Roldugin ascenderían a quinientos millones de dólares, estas se realizaban a través de préstamos simulados otorgados por offshore vinculadas a personajes cercanos al gobierno de Putin, así como la prestación de servicios, aparentes.

También se encuentra la compra y venta de acciones de empresas estatales rusas.

Sandalwood Continental Ltd fue disuelta en el año 2013 luego de haber otorgado un préstamo de casi diez millones de dólares a una empresa llamada Ozon propietaria de la estación de esquí Igora en San Petersburgo, donde se casó la hija menor de Putín; la empresa Ozon está conformada por los miembros de la cooperativa Ozero, fundada por Putín en los años noventa con varios amigos suyos que compraron terrenos a orillas del lago Komsomolski; de acuerdo a los Panamá Papers quien se hizo cargo de las operaciones fue el Banco Rossiya.

Participación de
Mossack Fonseca

Conforme a la investigación, la comunicación con el estudio jurídico Mossack Fonseca comienza a través de un representante del Banco Rossiya con poder para contactar a nombre de las sociedades offshore de sus administradores y directivos, entre ellos Rolduguin con un bufete de abogados en Zúrich llamado Dietrich, Baumgartner & Partner, quien se encarga del asesoramiento de todas las sociedades constituidas por Mossack Fonseca, transmitiéndoles a ellos los requerimientos de sus clientes finales; además la oficina de Mossack Fonseca en Ginebra brinda asesoramiento al estudio de abogados de Zúrich; a pesar que la oficina central de Mossack Fonseca en Panamá podría argumentar que los servicios fueron ofrecidos al estudio de abogados suizo, los Panamá Papers revelan que conocían que mantenían una relación comercial con el Banco Rossiya.

En el año 2009 un empleado de ese banco escribió un correo a Jürgen Mossack y a Christoph Zollinger para consultarles acerca de la posibilidad de otorgar un préstamo de tres millones de dólares a la offshore

	Sandalwood Continental Ltd, señalando que el dinero provendría de un banco de Chipre, el contrato no establecía garantía alguna; en un correo interno Jürgen Mossack respondió que el asunto era delicado por el origen dudoso del dinero; sin embargo este no fue denegado y Mossack Fonseca extendió una “<i>carta de indemnidad</i>” que lo eximía de toda responsabilidad si se presentaban problemas en la operación.
Presunta actividad criminal precedente	De acuerdo a la información consultada no se observan elementos que permitan verificar la existencia una actividad criminal que haya dado origen a las grandes cantidades de dinero manejadas por las offshore; sin embargo al estar vinculadas a personajes que forman parte del gobierno ruso puede tratarse de presuntos delitos contra la administración pública.
Sociedades offshore constituidas	- International Media Overseas S.A., constituida el 1 de febrero del 2008 en Panamá, tiene como accionista principal y dueño a Sergey Roldugin, la empresa Robertson Financial Corp es la accionista minoritaria, actuó como intermediario el estudio jurídico Dietrich, Baumgartner & Partner. - Sonnette Overseas Inc, constituida el 19 de febrero del 2007 en las Islas Vírgenes Británicas, tiene como accionistas a Alexandr Plekhov, Robertson Financial Corp, Sandalwood Continental Ltd. y Sergey Roldugin, actuó como intermediario el estudio jurídico Dietrich, Baumgartner & Partner. - Raytar Limited, constituida el 17 de octubre del 2012 en las Islas Vírgenes Británicas, tuvo como accionistas a Alexander Nikolaevich Isaev, Bassim Enterprises Limited, Melba Development Limited, Moscrip Limited,

	Sergey Pavlovich Roldugin y Vladimir Ivanovich Vasilenkov, actuó como intermediario Consulco International Limited, fue disuelta el 30 de abril del 2016 - Sunbarn Limited, constituida el 5 de febrero del 2008 en las Islas Vírgens Británicas, tiene como accionistas a Alexandr Plekhov y Robertson Financial Corp, actuó como intermediario el estudio jurídico Dietrich, Baumgartner & Partner. - Sandalwood Continental Ltd., constituida el 14 de marzo del 2006 en las Islas Vírgenes Británicas, tuvo como accionistas a Alexander Plekhov, Oleg Gordin Y Vladislav Khotimsky, actuó como intermediario el estudio jurídico Dietrich, Baumgartner & Partner, fue disuelta el 31 de octubre del 2013.
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	La filtración de documentos, da cuenta de la existencia de una relación entre Mossack Fonseca y el Banco Rossiya, una entidad financiera sancionada por Estados Unidos por sus vínculos con el presidente de Rusia, cuyo entorno se encuentra cuestionado por el origen de su patrimonio, como en el caso de Sergeui Roldugin; siendo que no cabría aplicar el principio de confianza, debido a la existencia de información objetiva sobre las actividades que desarrollaba ese banco. Por lo cual existía un deber de realizar medidas de diligencia reforzadas debido a que el señor Sergeui Roldugin podía ser considerado como una Persona Expuesta Políticamente, por su estrecho vínculo con el presidente ruso. Asimismo, la falta de comprensión del carácter riesgoso de las operaciones que llevaba a cabo la firma jurídica

panameña se observa en la emisión de las cartas de indemnidad cuando existía una sospecha razonada del origen del dinero que servían para transferencia y préstamos en las offshore.

Tabla 12 Caso Serguei Roldugin

CASO ARTURO DEL TIEMPO MARQUÉS

Arturo del Tiempo Marqués fue un conocido empresario español en el rubro de la construcción en República Dominicana en el año 2005; ese año abrió dos cuentas en el banco HSBC en Suiza donde depositó cuatro millones de euros; además a través de ese banco solicitó los servicios de Mossack Fonseca para la constitución de dos sociedades offshore: Srykal S.A. y Monnera Group en Panamá, que emitieron acciones al portador.

Hechos

En el año 2009, la policía dominicana incautó 935 kilos de cocaína ocultos en un contenedor con destino para la empresa Hispano Dominicana de Importancia y Exportaciones en Valencia, España, creada por del Tiempo, pero no fue detenido. En marzo de ese año, la policía de Valencia dio seguimiento a un barco, en el que posteriormente se halló droga camuflada, que se dirigía a las afueras de Barcelona y al que del Tiempo se encontraba esperando. Fue sentenciado en el año 2014 por estos hechos con siete años de prisión.

Participación de Mossack Fonseca

Mossack Fonseca brindó servicios de constitución de las sociedades offshore, las cuales tenían poder para la gestión de cuentas bancarias en Suiza. De acuerdo a los Panamá Papers el del 19 de febrero de 2015 los funcionarios de Mossack Fonseca de Panamá

	intercambiaron correos en los que se preguntaban si es cierto que Arturo del Tiempo Marqués, narcotraficante condenado, era su cliente.
Presunta actividad criminal precedente	Tráfico ilícito de drogas.
Sociedades offshore constituidas	- Srykal S.A, constituida en Panamá el 3 de enero del 2008, con acciones al portador, actuó como intermediario el banco HSBC Private Bank [Suisse] S.A. / Axel Stern; fue disuelta el 12 de enero del 2013 y eliminada de los registros de Mossack Fonseca el 15 de julio del 2015. - Monnera Group constituida en Panamá el 3 de enero del 2008, con acciones al portador, actuó como intermediario el banco HSBC Private Bank [Suisse] S.A. / Axel Stern; fue disuelta el 6 de febrero del 2014 y eliminada de los registros de Mossack Fonseca el 15 de julio del 2015.
Fuente	El Confidencial (2016).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	La existencia de los correos intercambiados por el personal de Mossack Fonseca da cuenta de la ausencia de medidas de debida diligencia practicadas al señor del Tiempo para su identificación personal y del origen de su patrimonio como beneficiario final, debido a que la constitución de las sociedades offshore se dio a través de un intermediario como es el banco HSBC de Suiza, debiéndose comprobar si en el caso concreto puede ser aplicado el principio de confianza respecto a esta entidad financiera, si se cuenta con la información suficiente que permita determinar que Mossack Fonseca habría comprobado que el cliente profesional llevaba a cabo

medidas de prevención y detección de operaciones de lavado de activos.

Tabla 13 Caso Arturo Del Tiempo Marqués

CASO GUERRA CIVIL EN SIRIA

Hechos

Rami Makhoulf es un empresario sirio, primo del presidente de Siria Bashar Háfez al-Ásad, considerado la persona más adinerada de su país debido a sus participaciones en bancos, empresas de aviación y de telefonía, el Departamento de Estado de los Estados Unidos lo considera uno de los que financia el régimen, se presume que su fortuna tiene como origen la obtención de privilegios ilícitos por su cercanía con el régimen. Cuando tenía 25 años, a través de Mossack Fonseca, constituyó la offshore Ramak Ltd. en las Islas Vírgenes Británicas en 1996, con el pasar de los años, esta sociedad fue comprando participaciones de distintas empresas acumulando riqueza. En el año 2000, constituye la offshore Drex Technologies S.A., considerada por Estado Unidos como la empresa que permite a Makhoulf posibilitar y administrar sus participaciones internacionales.

Desde el 2008 se encuentra en la lista de personas sancionadas por Estados Unidos, y desde el 2011 en la lista de la Unión Europea; en el año 2012 también se incluyó a Drex Technologies S.A; a pesar de eso Mossack Fonseca continuó con su relación profesional. Los hermanos de Rami, vinculados también al régimen de al-Ásad, cuentan con sociedades offshore y se encuentran sancionados por los atentados cometidos

contra la población civil como torturas y ataques con gas. Las sociedades offshore tenían cuentas en distintas sedes del banco HSBC, tales como Ginebra, Londres y Viena; se estima que en la cuenta de la offshore Drex Technologies S.A en esta última se llegó a tener hasta 2.6 millones de dólares.

Al menos desde 1998, Mossack Fonseca conocía que tenía como cliente a Rami Makhlouf, debido a que en esa época constituyó una sociedad offshore llamada Polter Investments en la que el primo del presidente de Siria tenía el 70% de acciones.

Participación de
Mossack Fonseca

Panamá Papers revela que en el mes de febrero del año 2011 el departamento de cumplimiento legal, envió un correo a los socios y directivos de Mossack Fonseca para confirmar si continuaban prestando servicios a Rami Makhlouf, señalando que se encontraba en la lista de sancionados por organismos internacionales y estados, y que podrían ser objeto de alguna sanción, a ello, el socio Christoph Zollinger contestó que en la medida que la oficina de Londres del banco HSBC no plantee objeciones pueden mantener la relación, el otros socio, Jürguen Mossack señaló que la decisión podría traer graves consecuencias. En junio de ese mismo año, ante los requerimientos de las autoridades las Islas Vírgenes Británicas por las investigaciones seguidas a la sociedad Drex Technologies S.A por blanqueo de dinero, Mossack Fonseca culminó su vínculo comercial con Rami Makhlouf.

Presunta actividad criminal precedente	Delitos contra la administración pública.
Sociedades offshore constituidas	- Ramak Ltd, constituida el 2 de julio de 1996 en las Islas Vírgenes Británicas, se emitieron acciones al portador, sin embargo los Panamá Papers identifican a Rami Makhoulf como el principal accionista, actuó como intermediario HSBC Private Bank [Suisse] S.A., fue disuelta el 12 de marzo del 2012. - Drex Technologies S.A, constituida el 4 de julio del 2000 en las Islas Vírgenes Británicas, tiene como único accionista a Rami Makhoulf, identificándolo también como beneficiario final, actuó como intermediario HSBC Private Bank [Suisse] S.A., fue disuelta el 30 de marzo del 2012. - Polter Investments constituida el 12 de febrero de 1998 en las Islas Vírgenes Británicas, se emitieron acciones al portador, tiene como único accionista a Rami Makhoulf, identificándolo también como beneficiario final, actuó como intermediario HSBC Private Bank [Suisse] S.A., fue disuelta el 1 de noviembre del 2012.
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	La relación entre Mossack Fonseca y Rami Makhoulf obligaba a la primera a adoptar medidas de debida diligencia que permitan su adecuada identificación; así mismo el hecho de haber seguido prestando servicios a pesar de la inclusión de este cliente en las listas de personas sancionadas por Estados Unidos y la Unión Europea constituye un indicio razonable para colegir que la firma panameña configuró su conducta con la finalidad

de participar del proceso de blanqueo de capitales que realizaba Makhoulf.

Resulta además interesante el entendimiento que manifiesta la firma sobre el principio de confianza, al revelarse que pese a que el departamento de cumplimiento legal dio cuenta de los cuestionamientos públicos al patrimonio de Makhoulf, se pretendía ampararse en la decisión del banco intermediario; sin embargo ello no resultaría posible en la medida que existen datos objetivos de que la entidad financiera tampoco habría adoptado medidas para prevenir y detectar el blanqueo de capitales.

Tabla 14 Caso Guerra Civil en Siria

CASO MUAMAR GADAFI

Hechos

Alí Dabaiba fue nombrado alcalde de la ciudad de Misurata luego que Muamar Gadafi derrocara al rey Idris en Libia en 1969, formando parte de su círculo más íntimo. Durante este régimen, Dabaiba dirigió la oficina gubernamental encargada de realizar las contrataciones públicas para la realización de obras y el otorgamiento de concesiones para la prestación de servicio, llamada Oficia para el Desarrollo de Centros Administrativos [ODCA] con un salario anual de 15 600 dólares. Luego de la muerte de Gadafi el 20 de octubre del 2011, el Consejo Nacional de Transición instalado inició las investigaciones para conocer el destino de la fortuna de Gadafi y quienes colaboraron cercanamente a su régimen, entre ellos Dabaiba, de quien se comprobó que la gestión de la ODCA había sido deficiente, con manejos vinculados a la malversación de fondos y a la doble

contabilidad. De acuerdo a investigadores y periodistas de la zona, Dabaiba había participado de la constitución de más de cien sociedades offshore en distintas partes del mundo realizando transacciones de más de ciento cincuenta millones de dólares, dinero correspondiente al pueblo libio. Se presume que Dabaiba se valió de un testaferro llamado Riad Sulieman Grada, quien era británico y fue a la escuela en Libia, la relación entre ambos era muy cercana. A nombre de Riad Grada se encuentra la mayoría de sociedades offshore constituidas por Mossack Fonseca.

De acuerdo a Organized Crime and Corruption Reporting Project, Dabaiba junto con un amigo muy cercano llamado Ahmed Lamlum compraron propiedades en Suiza e Inglaterra y crearon una empresa llamada Fabulon Investments con sede en Chipre, señalando que se dedicaba a la automatización de oficinas y papelería; sin embargo, la mayor parte de los fondos públicos libios fue recepcionada por esta empresa y distribuida posteriormente a las distintas offshore de Dabaiba.

Participación de
Mossack Fonseca

El año 2013, Mossack Fonseca recibió una notificación por parte de la autoridad de las Islas Vírgenes Británicas llamada Financial Investigation Agency, dedicadas a investigación financiera, emitiendo una orden de registro para el despacho, debido a que se presumía que existen sociedades constituidas por ellos que funcionaban como sociedades pantalla por Gadafi y sus colaboradores para sacar dinero del Libia, ante lo cual se intercambian correos internos de preocupación, tal como documentan los Panamá Papers, en uno de ellos decía *“Maldita sea, ¿de verdad hemos ayudado durante años a los esbirros de Gadafi a saquear el país?”*.

Presunta actividad criminal precedente	Delitos contra la administración pública como la malversación de fondos y cohecho.
Sociedades offshore constituidas	- Wildwood Traders Ltd, constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 13 de agosto del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 8 de abril del 2013. - Moon Silk Ltd, constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 21 de setiembre del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 6 de abril del 2013. - Sirvent Star Corporation, constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 1 de octubre del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 30 de abril del 2013. - Bristows Corp constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 1 de julio del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 30 de abril del 2013. - Regency Belle Corporation constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 8 de setiembre del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad

Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 8 de abril del 2013.

- Seafire Systems Ltd constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 21 de setiembre del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 8 de abril del 2013.
 - Sea Swells constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 8 de setiembre del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 30 de abril del 2013.
 - Morning Star Technology Ltd constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 26 de agosto del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 30 de abril del 2013.
 - Pacific Mist Ltd constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 21 de setiembre del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 6 de abril del 2013.
 - HC Nominees [BVI] Limited, accionista de 32 sociedades offshore de acuerdo a la base de datos de ICIJ .
-

	- Albion International Group constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 23 de julio del 2010, tiene como accionistas a Hamels Nominees Limited y HC Nominees [BVI] Limited, como beneficiario a Riad Sulieman Grada, actuó como intermediario Hamels [Malta] Limited, fue disuelta el 8 de abril del 2013.
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016). Organized Crime and Corruption Reporting Project (2018).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	Las comunicaciones realizadas por los trabajadores de Mossack Fonseca, reveladas por los Panamá Papers, que dan cuenta del desconocimiento que tenían acerca del beneficiario final de las sociedades que constituían, resulta un elemento esencial para determinar la falta de medidas de debida diligencia y de identificación a quienes prestan servicios. Si bien se observa que la mayoría de sociedades fueron constituidas a través de un intermediario [Hamels [Malta] Limited], se deberá establecer si el mismo fue tratado como “cliente profesional”, y si Mossack Fonseca comprobó las acciones que llevaba a cabo esta entidad en materia de lucha contra lavado de activos; ello para conocer si la confianza en la información brindada se encontraba adecuadamente justificada.

Tabla 15 Caso Guerra Civil en Siria

CASO ESPOSOS ADRIÁN VELÁSQUEZ Y CLAUDIA DÍAZ

Adrián Velásquez Figueroa y Claudia Díaz son una pareja de esposos venezolanos que trabajó durante el régimen de Hugo Chávez. El señor Figueroa era un oficial en retiro del ejército venezolano encargado de la seguridad del presidente y de su hijo, ganaba aproximadamente 170 dólares mensuales; y la señora Díaz dirigió la Oficina Nacional del Tesoro y la Secretaría del Fondo de Desarrollo [Fonden], entre los años 2011 y 2013, las funciones de esta última estaban referidas a la custodia de valores y gestión de inversiones, así como el manejo de los excedentes petroleros y las divisas de la banca pública; además existían cuestionamientos al manejo de los fondos del tesoro, mostrando incongruencias entre los montos que se recibían y los que se contabilizaban.

Hechos

De acuerdo a la base de datos Open Corporates, entre los años 2011 y 2012, Velásquez registró cinco compañías en Panamá con capitales de diez mil dólares

En el año 2012, luego que Hugo Chávez ganara las elecciones, Velásquez Figueroa apertura una cuenta en el banco suizo BSI SA.

En abril del 2013, un mes después de la muerte de Chávez, Velásquez Figueroa buscó los servicios de Mossack Fonseca para la constitución de una offshore llamada Bleckner Associates Limited, S.A. en la república de Seychelles en África, él y su hermano figuran como directores de la firma, y declara que el origen de los bienes incorporados a la sociedad son parte de su patrimonio personal.

Luego de dejar los cargos públicos, en el 2014 los esposos, decidieron residir en República Dominicana, demostrando que su condición económica había mejorado notablemente, señalaron como su vivienda un lugar donde el precio de las mismas oscila entre 410 000 y 1 600 000 dólares.

Actualmente a raíz de la filtración de los Panamá Papers ambos se encuentran investigados en Venezuela por el delito de blanqueo de capitales, siendo que España, que fue el lugar donde fueron a residir posteriormente, aprobó su extradición recientemente en noviembre del 2018.

En agosto de 2013, luego de revisar los antecedentes de Adrián Velásquez un trabajador recomendó profundizar los datos de su perfil.

Con la promulgación de la ley 23, en el año 2015, envía un correo a Velásquez informándole de las medidas que se encontraba implementando en cumplimiento de la norma, calificándolo como una Persona Políticamente Expuesta.

Participación de
Mossack Fonseca

Dos semanas después de la filtración de los Panamá Papers, hubo un intenso intercambio de correos electrónicos entre los funcionarios de Mossack Fonseca para decidir el futuro de su relación con Velásquez, algunos señalaban que en la medida que la información de la debida diligencia reforzada que se le practicó sea coherente, se puede mantener la relación con él, sin embargo la directora de la oficina de cumplimiento cuestionaba el origen del dinero, señalando que podía ser dinero de Chávez [*“huele a dinero de Chávez”*]; luego de enterarse de que el hermano de Velásquez fue detenido por autoridades venezolanas por

investigaciones sobre blanqueo de capitales, la directora de la oficina de cumplimiento insistió en que deben renunciar a los servicios por el presunto origen ilícito de los activos de la offshore; resulta interesante la afirmación que hace un trabajador respecto a que quien debe hacerse responsable de ello es el banco que actuó como intermediador.

Finalmente, el 28 de abril del 2016 comunican a la Unidad de Análisis Financiero un reporte de actividad sospechosa, y renuncian como agentes residentes de la offshore Bleckner Associates Limited.

Presunta actividad criminal precedente	Delitos contra la administración pública
Sociedades offshore constituidas	Bleckner Associates Limited, constituida el 18 de abril del 2013 en Seychelles, el único accionista es Adrián Velásquez Figueroa, actuó como intermediario el banco suizo V3 Capital Partners LLC
Fuente	Univisión (2016). Univisión (2018).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	Pareciese que en un principio los esposos Velásquez Díaz fueron considerados por Mossack Fonseca como clientes de bajo riesgo y por ello se les habría practicado medidas de debida diligencia simplificada; es recién con la vigencia de las nuevas leyes en materia de prevención de blanqueo de capitales, que los esposos pasan a ser considerados como clientes de alto riesgo por ser calificados como Personas Políticamente Expuestos; siendo que pese a las advertencias del oficial de cumplimiento sobre el origen del dinero de la pareja, vinculados al expresidente venezolano Hugo Chávez, se

argumentó la aplicación del principio de confianza respecto al banco intermediario; la misma, como hemos señalado anteriormente, no resultaba posible debido a que los deberes de la firma de abogados panameña en la constitución de sociedades offshore pasa también por conocer al beneficiario final, más aún si en el presente caso también actuaban como agentes residentes.

Se tuvo que conocer sobre la detención de un familiar de los esposos para que recién Mossack Fonseca renuncie como agente residente y emita un reporte de operaciones sospechosas; lo cual si bien era la respuesta apropiada ante esta situación, la misma fue tardía debido a que ya se contaba con información sobre los cuestionamientos a la procedencia del patrimonio de sus clientes; por lo que las indagaciones sobre la conducta desplegada por la firma en su relación contractual debe considerar la información que se obtuvo al inicio de la prestación de servicios y el tratamiento de la misma durante el tiempo en que estuvieron vinculadas.

Tabla 16 Caso esposos Adrián Velásquez y Claudia Díaz

CASO LAZARO BAEZ Y EL FONDO NML

Hechos

En el año 2001 la deuda externa argentina ascendía a 132 mil millones de dólares y el país se encontraba atravesando una difícil crisis económica; entre los años 2005 y 2010, Argentina decidió reestructurar su deuda ofreciendo pagar a sus acreedores un cuarto de valor original de los bonos emitidos, la mayoría de ellos aceptó, pero una minoría decidió entablar una demanda ante la Corte de Nueva York para el pago total de la deuda y los

intereses generados, uno de ellos fue el Fondo NML Capital de propiedad de Paul Singer, un millonario estadounidense; este Fondo fue bautizado como “*fondo buitre*” debido al aprovechamiento que ejercía al haber comprado los bonos del gobierno a un precio muy inferior a su valor nominal para luego reclamar el pago de la totalidad del mismo, que ascendía a 4.65 mil millones de dólares. En el juicio seguido por NML Capital, a través de sus investigadores logró detectar que, en el Estado de Nevada, en Estados Unidos, existían offshore, constituidas por Mossack Fonseca, vinculadas al empresario Lázaro Antonio Báez de quien se presume haber armado ese entramado de sociedades para ocultar las ganancias ilícitas obtenidas de la comisión de delitos contra la administración pública, contando con el apoyo de la presidente Cristina Fernández de Kirchner y que la prensa ha denominado como “*la ruta del dinero K*”; este empresario argentino, entre los años 2010 y 2013 logró obtener el 85% de los contratos de obra pública en la provincia argentina de Santa Cruz y se cuestiona los mismos por los sobrepagos que se pagaron a su favor. Se estima que las operaciones con las offshore se realizaron desde el 2006, acumulando como mínimo sesenta y cinco millones de dólares en el Estado de Nevada, señalándose que en total fueron retirados del país cuatrocientos millones de dólares. El objetivo de NML Capital era evidenciar al juez que la deuda podía ser pagada con el dinero escondido entre estas offshore debido a que los mismos podían ser parte de los recursos económicos de la nación argentina. Por ello, durante el proceso, NML Capital solicitó al juez que ordene a la oficina de Mossack Fonseca de Nevada, brinde toda la información referida a estas sociedades.

Específicamente se identificaron dos offshore constituidas en Nevada por Mossack Fonseca: Eyden Group LLC, y Huston Management LTD, las cuales tenían como accionista a Helvetic Services Group y se nombró como administrador a Aldyne LTD, esta última se constituyó en Seychelles, y existen sospechas de la vinculación de la offshore con los esposos Kirchner, más aún cuando en enero del 2013, durante su gira por Asia, la presidenta de ese entonces Cristina Fernandez realizó una cuestionada escala en ese país.

Actualmente, el gobierno argentino ha llegado a un acuerdo con NML Capital para el pago de la deuda, y Lázaro Antonio Báez y Cristina Fernández de Kirchner se encuentran procesados acusados de corrupción y blanqueo de capitales.

Al enterarse del requerimiento solicitado por NML Capital al juez, la oficina de Mossack Fonseca en Panamá, pretendía distanciarse de la oficina de Nevada, llegando incluso a que Jürguen Mossack, en el año 2015, declare bajo juramento que ambas empresas son independientes, que no existe relación de matriz y filial y que no se ejerce ninguna actividad de control en los asuntos internos del estudio de Nevada.

Participación de
Mossack Fonseca

No obstante, los Panamá Papers revelan que desde el 2014 existía preocupación por parte de la sede de Panamá de que en cualquier momento las autoridades estadounidenses realicen un registro de las oficina de Nevada, inclusive un trabajador señalaba en un correo que *“a los investigadores no les resultará complicado encontrar pruebas de que ocultamos algo”*. Como parte de su estrategia, aprovecharon que en la oficina de Nevada solo existía una trabajadora para brindarle un

nuevo teléfono que no permita verificar que guarde contacto con la sede central del estudio; asimismo, de acuerdo a los correos intercambiados, enviaron a una persona que *“limpió todo”* y trajo documentos a Panamá, con lo cual se entorpeció el proceso seguido por NML Capital.

Otra revelación de los Panamá Papers, es que las acciones de la oficina de Nevada corresponden a la offshore Tornbell Associates cuyas acciones están distribuidas en 45% para cada uno de Jürguen Mossack y Ramón Fonseca; y 10% correspondiente a Christoph Zollinger

Presunta actividad criminal precedente	Delitos contra la administración pública.
Sociedades offshore constituidas	Se constituyeron 123 sociedades offshore, además se comprueba que las mismas fueron utilizadas para realizar transacciones a bancos y sociedades en Suiza y Panamá, de las que no se podía verificar el beneficiario final porque estos eran otras sociedades anónimas .
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016). Diario Perfil (2013). Diario La Nación (2015). Diario Clarín (2017).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	La revelación de las comunicaciones realizadas por los trabajadores de Mossack Fonseca respecto a un presunto ocultamiento y hasta destrucción de información relacionado al entramado de sociedades offshore constituidas en Nevada, constituyen un sólido de indicio respecto a que la firma de abogados

panameña habría adecuado su conducta a los fines de su cliente, no pudiendo resultarle aplicable la prohibición de regreso, debido a que las acciones que habrían llevado a cabo no son compatibles con el rol social que ejercían de proveedores de sociedades.

Este caso también revela que el centro de las operaciones de las oficinas de Mossack Fonseca alrededor del mundo se encontraba en Panamá, y era en ese país donde se tomaban las decisiones por parte de los propios fundadores; por lo que estos últimos contaban con información acerca de cada una de las operaciones que realizaba la firma a nivel global.

Tabla 17 Caso Lazaro Baez y el Fondo NML

CASO MENT DIJKHUIZEN CÁCERES

Hechos

Ment Dijkhuizen Cáceres era un empresario dedicado al procesamiento de espárragos en la costa norte del Perú para su exportación a Europa. En octubre del 2003 la Dirección Antidrogas de la Policía [Dirandro] había incautado en uno de sus envíos, 200 kilos de cocaína, deteniendo a personas vinculadas a él.

En el año 2004, su abogado Eduardo Octavio Gallardo Arciniega se contactó con Mossack Fonseca para la creación de sociedades offshore, conociendo de las acusaciones contra su cliente debido a que lo acompañó a declarar cuando lo citaron. En un primer momento el abogado solicitó la constitución de las offshore Midway Services Incorporated e IPT International Products Traders Inc, solicitando que Mossack Fonseca nombre a los directores de las mismas, para que él, Dijkhuizen y Julio Antonio Pinto figuren como apoderados.

Posteriormente en el año 2005, Mossack Fonseca le vendió World Trading Group Company Inc. y General Investments & Development Inc, con las mismas características que las dos anteriores.

Midway Services Incorporated, fue constituida para la apertura y gestión de cuatro cuentas bancarias en el Popular Bank Ltd de República Dominicana, además a través de ella adquirió un fundo de 500 hectáreas en Pisco, que posteriormente fue incautado. Mediante la offshore IPT International Products Traders Inc también solicitó la apertura de cuentas bancarias, sin embargo estas no se concretaron.

A través de la offshore World Trading Group Company Inc creó la empresa World Trading Group en Perú, que se hizo dueña de 50 vehículos motorizados importados de China.

En el reportaje de Ojo Público, Gallardo afirma no haber tenido conocimiento que su cliente, en el año 2003 se encontraba en investigación por tráfico ilícito de drogas, pese a participar con él en una declaración como testigo, señalando que se limitó a ejercer su rol de abogado.

En el año 2005 el señor Dijkhuizen Cáceres es detenido en una ciudad holandesa luego del decomiso de 1 650 kilos de cocaína en Europa. Luego, en el 2006, la Dirandro inició una investigación concluyendo que Dijkhuizen Cáceres se había dedicado al narcotráfico y a lavar dinero a través del sistema financiero, adquiriendo distintos bienes y realizando transferencias a través de empresas de fachada en banco de distintas partes del mundo. Con esa información, la fiscalía denunció a Dijkhuizen y a su abogado Gallardo, entre otras personas

vinculadas, por delito de lavado de activos y tráfico ilícito de drogas. Siendo que el año 2015 se condenó a Dijkhuizen a 25 años de prisión, absolviendo a Gallardo; sobre él, el estudio jurídico que asumió su defensa señaló que en el proceso se comprobó que *“los actos societarios realizados por el doctor Gallardo se circunscribían a su rol como abogado, en cumplimiento de sus encargos profesionales [...] que aun cuando sus clientes hubiesen podido dedicarse a actividades vinculadas al narcotráfico, no existía posibilidad razonable de que pudiese haber conocido tal situación.”*

Participación de
Mossack Fonseca

Mossack Fonseca ofreció sus servicios de provisión de directores, y era agente registrado de todas las sociedades offshore. Además, cuando Gallardo requirió el otorgamiento de un poder por parte de estos directores, lo recibió en sus oficinas de Panamá. En uno de los correos se señala que podían cobrar por la gestión de cuentas bancarias entre 2 mil y 3 mil dólares.

En el año 2006, cuando la Dirandro comienza con las incautaciones y las detenciones a las personas vinculadas a Dijkhuizen, la representante de Mossack Fonseca en Perú escribe un correo informando que Dijkhuizen y el abogado Gallardo eran su clientes y que este último estaba no habido; la información llegó a Jürguen Mossack quien llamó la atención sobre los procesos de debida diligencia que se siguen en la oficina de Perú y señaló que debían renunciar como agentes residentes, lo cual se produjo.

Presunta actividad criminal precedente	Tráfico ilícito de drogas.
Sociedades offshore constituidas	- Midway Services Incorporated, constituida el 9 de enero del 2004 en Panamá, con acciones al portador, fue disuelta el 7 de enero del 2006. - IPT International Products Traders Inc constituida el 14 de setiembre del 2004 en Panamá, con acciones al portador, fue disuelta el 30 de diciembre del 2005. - World Trading Group Company Inc constituida el 4 de abril del 2005 en Panamá, con acciones al portador, fue disuelta el 7 de enero del 2006. - General Investments & Development Inc constituida el 1 de abril del 2005 en Panamá, con acciones al portador, fue disuelta el 7 de enero del 2006.
Fuente	Ojo Público (2016).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	La información recogida sobre este caso muestra que Mossack Fonseca estableció una relación contractual con un “cliente profesional”, como es el abogado Gallardo, siendo que respecto a este último se determinó en un proceso judicial la imposibilidad respecto al conocimiento de las actividades que realizaba el señor Dijkhuizen; ello pude ser materia de análisis en una posible imputación realizada a Mossack Fonseca sobre lavado de activos, debido a que puede presentarse un principio de confianza depositado en la información brindada por el intermediario; sin embargo parecería contradictorio el hecho de que si bien a nivel judicial se determinó el carácter de la conducta del abogado Gallardo, lo cual constituiría un argumento a favor de Mossack Fonseca; la decisión de esta última respecto a

no continuar prestando servicios de agente residente cuestionando las medidas de debida diligencia adoptadas por la oficina de Perú, podrían dar cuenta que la firma de abogados panameña no contaba con información suficiente acerca de si su “cliente profesional” había adoptado medidas de prevención y detección de lavado de activos.

Resulta también interesante el análisis respecto a que si bien como agentes residentes tenían el deber de conocer a los clientes y beneficiarios finales de las sociedades que constituían, no existe una regulación como tal respecto a los apoderados que se nombren, debido a que el señor Dijkhuizen fue nombrado así en algunas sociedades y de la información recogida no se advierte que Mossack Fonseca haya adoptado medidas de debida diligencia respecto a él; lo cual es importante para determinar si se actuó dentro de los límites de un riesgo permitido por parte de la firma panameña.

Tabla 18 Caso Ment Dijkhuizen Cáceres

CASO ALAA MUBARAK

Hechos

Alaa Mubarak es el hijo mayor del expresidente egipcio Hosni Mubarak, quien en el año 2011 tuvo que dejar el cargo luego de las constantes protestas de parte de la población y en medio de serias acusaciones de corrupción y violación de derechos humanos.

En 1993 constituyó, a través de Mossack Fonseca, una offshore en las Islas Vírgenes Británicas llamada Pan World Investments Inc. Luego que su padre fuera derrocado, en el 2011 fue detenido junto a su hermano,

siendo condenado en el 2015 por malversación de fondos públicos a tres años de prisión.

Se estima que la fortuna de la familia Mubarak ascendería a 70 mil millones de dólares generados a partir de actos de corrupción en el gobierno del padre.

Luego de la detención de Alaa Mubarak en el 2011, las autoridades de las Islas Vírgenes Británicas ordenaron a Mossack Fonseca congelar los activos de Pan World Investments Inc.

Participación de
Mossack Fonseca

En el año 2013, Mossack Fonseca, ante la solicitud de información de parte de Islas Vírgenes Británicas sobre la offshore Pan World Investments Inc los trabajadores de la firma de abogados se dieron cuenta que en el año 2012 habían considerado a Alaa Mubarak como un cliente de bajo riesgo, pese a que había sido incluido en la lista de la Unión Europea de personas sancionada por uso ilegal de recursos públicos, por lo que la directora del departamento legal que no deberían comunicarlo a las autoridades pues evidenciarían el grave error cometieron en la valoración del riesgo. Ese mismo año, otro trabajador escribe un correo que desde un principio no identificaron al cliente final de la offshore, pese a que contaban con una copia de su pasaporte. Finalmente, Mossack Fonseca fue multada con 37 500 dólares por Islas Vírgenes Británicas por no haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia a Alaa Mubarak.

En el año 2015, luego de la sentencia al hijo de Mubarak y considerando que no tenían un control sobre la sociedad constituida por ellos, Mossack Fonseca renunció como agente registrado.

Presunta actividad criminal precedente	Delitos contra la administración pública.
Sociedades offshore constituidas	Pan World Investments Inc, constituida el 24 de diciembre de 1993, se emitieron acciones al portador y tenía como propietario a Alaa Mubarak; actuó como intermediario Credit Suisse Channel Islands Limited
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	Este caso revelaría una deficiente aplicación de las medidas de debida diligencia por parte de Mossack Fonseca, al considerar a Alaa Mubarak como un cliente de bajo riesgo; ello también revela que, si bien se constituyó la sociedad offshore a través de una intermediaria, la firma de abogados contaba con información acerca del beneficiario final de la misma. Respecto a la imputación realizada por lavado de activos, deberá conocerse cómo fue el proceso de debida diligencia que se realizó, a efecto de corroborar la información obtenida que habría sustentado la decisión respecto al perfil de riesgo del cliente; con la finalidad de conocer, a través de ese indicio, si la conducta de Mossack Fonseca estuvo configurada hacia actos de lavado de dinero.

Tabla 19 Caso Alaa Mubarak

CASO SIEMENS

Hechos

Siemens era un consorcio alemán que realizaba obras públicas en distintas partes del mundo, empleaba a medio millón de personas en 190 países del mundo. En diciembre del 2006 la fiscalía de Múnich intervino las oficinas descubriendo que habían sobornado a funcionarios de los países donde trabajaban para obtener millonarios contratos de obra pública; las prácticas corruptas formaban parte de las operaciones que realizaba la empresa desde 1990; se estima que los montos de las prácticas corruptas de la empresa llegaron alrededor de mil millones y medio de dólares en distintos continentes.

Como parte del modo en que realizaban sus operaciones, las distintas sedes de la empresa establecieron en su contabilidad una cuenta denominada “caja negra”, cuyas operaciones permitían lavar las ganancias ilícitamente obtenidas a través de simulaciones de consultorías con sociedades offshore constituidas por ellos y posteriormente retornar el dinero para la continuación de sus prácticas corruptas.

En los Panamá Papers se detectó el nombre de Hans-Joachim Kohlsdorf, un alemán que trabajó como director ejecutivo de la oficina de Siemens en México durante los años 2003 y 2009. En el año 2007 este funcionario junto con otros tres trabajadores de Siemens de México, Colombia y Ecuador, constituyó la offshore Gillard Management, con la cual apertura cuentas bancarias en Alemania, Singapur, Panamá y Suiza las cuales recibían dinero de la “caja negra” de Siemens para luego ser retornado; durante todas las investigaciones seguidas en su contra señaló que siempre procuró devolver el dinero

a la empresa alemana, emitiendo incluso esta última en el año 2010 un certificado a favor de Hans-Joachim declarando que todos los importes gestionados por él habían retornado a las cuentas de Siemens; ante ello la Fiscalía le otorga beneficios para la imposición de su sanción logrando pagar 40 mil euros; pero mantenía dudas respecto a si efectivamente retornó la totalidad del dinero a Siemens. Al respecto, de acuerdo a los Panamá Papers se revela que de la cuenta que Gillard Management mantenía en Panamá se devolvieron 4.1 millones de dólares; sin embargo quedaba un saldo de dos millones, los cuales fueron posteriormente depositados en un banco de Andorra a nombre de la offshore. En el año 2012, a través de Mossack Fonseca, Hans-Joachim solicitó la transferencia de otros dos millones a una cuenta en Zurich; en un inicio el estudio de abogados mostró dudas respecto a la finalidad de la transacción, siendo que el cliente alemán informó posteriormente que iba a ser para repartirlo o abrir otras cuentas.

Otra offshore constituida por Mossack Fonseca es Casa Grande Development, que, de acuerdo a los registros, luego de las devoluciones de dinero realizadas a Siemens, tenía un saldo de 750 mil dólares, los cuales fueron reclamados por un directivo, amigo Hans-Joachim, logrando la obtención de dicho monto a través de distintas transacciones en las que declaraba la prestación de servicios ficticios.

Los Panamá Papers también revelan que el 19 de noviembre del 2013, 484 millones de dólares se transfirieron a la cuenta del banco Société Générale en Bahamas que se encontraba a nombre de Hans-

Joachim; sin embargo, no se ha podido identificar el origen de tal cantidad de dinero ni su destino.

Mossack Fonseca trabajó de manera directa con Hans-Joachim Kohlsdorf como cliente final, a él lo nombraban como “*señor K*” en los correos internos y tenían la orden de no enviarle ningún documento; además se le brindó un correo encriptado para sus comunicaciones, debido a que se les había indicado que querían trabajar con la mayor confidencialidad

Participación de
Mossack Fonseca

Para la creación de la offshore Gillard Management, uno de los empleados de la firma de abogados se reunió con Hans-Joachim, quien le dijo que esta sociedad serviría para la apertura de una cuenta bancaria, que guardaría 2.2 millones de dólares provenientes de Luxemburgo, Alemania o Suiza; la misma fue abierta en el banco Berenberg y como beneficiario final se señaló el nombre del funcionario ecuatoriano de Siemens, llamado internamente L.L. a quien Mossack Fonseca le emite un carta señalando que el dinero formaba parte de los ahorros de toda su vida y la herencia de sus padres.

Mossack Fonseca consideraba que las offshore que constituyó significaban un riesgo significativo por el monto de las acciones, por lo que debían cobrar unos honorarios más altos.

Luego de que en el 2008 Hans-Joachim declarara ante las autoridades de Múnich por el escándalo de Siemens, este les comunicó a Mossack Fonseca que el dinero depositado en las cuentas de Gillard Management podría ser repatriado a Alemania, el estudio se mostró decepcionado por la posible pérdida del alemán como cliente. Ante ello deciden citar al “*señor K*” a Panamá

para explicarle las medidas a adoptar, acordando transferir el dinero a Siemens y luego cerrar las cuentas, así como disolver la offshore. Durante los meses siguientes a las acusaciones de corrupción que se revelaban en contra de sus clientes de Siemens como Hans-Joachim, Mossack Fonseca continuó colaborando con la transferencia y el ocultamiento del dinero a distintas cuentas bancarias, las cuales eran gestionadas por ellos. Existían señales de alarma como el no otorgamiento de información suficiente y las versiones contradictorias sobre el origen del dinero que pasaron por alto, para un adecuado cumplimiento de la debida diligencia

Por las transferencias realizadas desde las cuentas de Gillard Management a otros bancos con el dinero restante, Mossack Fonseca cobraba 75 mil dólares por concepto de comisión.

Para la offshore Casa Grande Development, Mossack Fonseca figuraba como agente registrado, y ofreció el servicio de nombramiento de directores, entre los cuales se encontraba Leticia Montoya.

Presunta actividad criminal precedente	Delitos contra la administración pública, sobornos.
Sociedades offshore constituidas	- Gillard Management Inc., constituida en Panamá el 1 de marzo del 2007 con acciones al portador, tenía como agente registrado a Mossack Fonseca, no hubo intermediarios. - Casa Grande Development, constituida en Panamá el 19 de junio del 2000 con acciones al portador, tenía

	como agente registrado a Mossack Fonseca, no hubo intermediarios.
	Diario El País (2007).
Fuente	Obermaier & Obermaier (2016). The Conversation News (2018).
Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva	En este caso existirían indicios que podrían concluir en que Mossack Fonseca no se limitó a actuar de acuerdo a su rol social de proveedor de sociedades offshore y de agente residente; por lo que habría adecuado su conducta a un comportamiento típico como es el delito de lavado de activos. No solo porque pese a tener identificado al beneficiario final estableció todo un mecanismo de ocultamiento de su identidad en las comunicaciones internas, sino también porque conocían de su alto perfil de riesgo por los procesos que se le seguían como funcionario de Siemens, las contradicciones sobre el origen de su patrimonio y las diversas transacciones realizadas; pudiendo revelarse incluso que para la firma panameña era primordial mantener la relación comercial con el cliente por el monto de las contraprestaciones que cobraba.

Tabla 20 Caso Siemens

CASO LAVA JATO

Hechos

El 27 de enero del 2016, la policía brasileña detuvo a varios empleados de la sede de Mossack Fonseca en Brasil, en el marco de las investigaciones del caso denominado “Lava Jato”, el cual implica, entre otros, a funcionarios de la empresa Petrobras quienes son acusados de recibir millones de dólares en coimas por parte de empresas constructoras como Odebrecht y OAS, y utilizar diferentes mecanismos, como la constitución de estructuras jurídicas, para el lavado de dinero.

Durante las investigaciones, la Procuraduría brasileña descubrió que personas vinculadas a políticos y funcionarios brasileños, acusados de formar parte de las operaciones de Lava Jato, tenían departamentos en un edificio llamado Solaris en Sao Paulo, construido por OAS, incluido el ex presidente Lula Da Silva; es allí donde se detecta a la persona de Nelci Warken como la titular de uno de esos inmuebles, a ella se le acusa de ser una testaferro, debido a que no contaba con la capacidad económica para adquirir un departamento; posteriormente se reveló que la verdadero propietaria era la sociedad offshore Murray Holdings, constituida por Mossack Fonseca.

Se logró que uno de los implicados colabore con las investigaciones, su nombre es Roberto Trombeta, y fue designado como titular de ocho sociedades offshore, siendo una de ellas Kingsfield Consulting Corp, la cual fue usada para recibir fondos entre cinco y ocho millones de dólares, provenientes de sobornos, que posteriormente llegaron a Suiza.

El procurador brasileño Carlos Fernando dos Santos Lima señaló que Mossack Fonseca “es una gran lavadora de dinero”. En ese mismo sentido, el juez de aquel entonces Sergio Moro indicó que *“Existen evidencias de que Mossack Fonseca, incluyendo su representación en Brasil, ha estado ayudando a los agentes criminales, incluido el esquema criminal de Petrobras, para practicar el fraude y lavado de dinero. Al ofrecer sociedades offshore para los criminales, la firma Mossack Fonseca & Co. estaría participando, a través de su ayuda, en la comisión de estos crímenes”*.

La Procuraduría brasileña ha informado que Mossack Fonseca actuó como intermediario en la creación de sociedades offshore para el exdirector y el exgerente de Petrobras.

Participación de
Mossack Fonseca

Asimismo, se interceptaron correos electrónicos de la firma, en los cuales la gerente general de Mossack Fonseca Brasil, María Mercedes Riaño, cuando comenzaron las investigaciones de Lava Jato ordenó *“sacar todos los documentos de la oficina, nombres de clientes, documentos por enviar, documentos de due diligence, directorios telefónicos borrar de la computadora todo lo que pueda haber, incluyendo los [sitios] favoritos... No dejar nada, yo lo voy a guardar en mi carro o en mi casa”*.

En Panamá, la Fiscalía Segunda contra la Delincuencia Organizada, estableció el vínculo entre la oficina de Mossack Fonseca de Brasil con la de su sede principal, debido a que se hallaron cuentas bancarias panameñas a donde llegaba el dinero por los servicios prestados en Brasil. Además se detuvo allí a María Mercedes Riaño, quien si bien posteriormente fue liberada gracias al pago

de una fianza, mientras estuvo detenida brindó detalles acerca del funcionamiento de la firma de abogados, entre ellos, que existían dos colaboradores más Amauri Batista y Edison Teano, quienes brindaban un servicio llamado scrow account que consistía en el uso de cuentas intermediarias para la entrada y salida de dinero, precisando que eran dos las más usadas, una en Bahamas, en el banco Winterbotham, y otra en Santa Lucía, en el Banco Santa Lucía, y que eran ellos quienes conocían a los beneficiarios finales y el destino final del dinero.

Presunta actividad criminal precedente Delitos contra la administración pública, sobornos .

- Sociedades offshore constituidas
- Murray Holdings LLC, constituida el 16 de febrero del 2015, en Nevada, tiene como agente a Mossack Fonseca
 - Milzart Overseas Holdings, constituida el 7 de julio del 2009 en Panamá, tiene como beneficiario final al exdirector de Petrobras Renato Duque
 - Backspin Management, S.A, constituida el 4 de octubre del 2011 en las Islas Vírgenes Británicas, tiene como beneficiario final al exgerente de la petrolera Pedro Barusco.
 - Kingsfield Consulting Corp., constituida el 6 de marzo del 2009 en Panamá, a través de acciones al portador

Fuente Diario La Prensa (2016).
Diario La Prensa (2017).

Aplicación de la
Teoría de la
Imputación Objetiva

Este caso encuentra similitudes con el caso Siemens debido a la existencia de indicios preliminares que indicarían que Mossack Fonseca no se habría limitado a realizar una conducta estereotipada como es la constitución de sociedades offshore sino que habría tomado parte activa en el proceso de lavado de dinero realizado por los funcionarios brasileños acusados de recibir coimas; uno de ellos por ejemplo es el correo de la gerente general en Brasil respecto al ocultamiento y destrucción de documentos que sustentarían la calidad de los procesos de debida diligencia practicados a sus clientes.

Tabla 21 Caso Lava Jato

3.7. COMENTARIOS FINALES SOBRE EL CASO PANAMÁ PAPERS

Con lo expuesto en este capítulo sobre el caso Panamá Papers, se ha pretendido observar la manera en que una legislación sobre prevención de lavado de activos, que tiene como principio un enfoque basado en riesgos, el cual encuentra su fundamento dogmático en la Teoría de la Imputación Objetiva, facilita la identificación de conductas relacionadas con ese delito; constituyendo así un importante laboratorio de estudio sobre este tema.

Siendo así, podemos comentar lo siguiente:

- Como toda actividad humana, la creación de sociedades offshore, significa un riesgo para ciertos bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, debido a que el uso de las mismas puede favorecer las actividades de blanqueo de capitales como hemos visto en el caso Panamá Papers. Teniendo en cuenta ello, la legislación panameña en materia de prevención de blanqueo de capitales ha asumido como una de sus principales directrices el enfoque de riesgo, que se manifiesta en la calidad de las medidas que deben adoptar ciertos sujetos obligados a efecto de evitar que con sus

actividades se realicen conductas de blanqueo de capitales, con lo cual, a mayor riesgo presente en el tipo de operaciones que realiza un sujeto determinado, mayores deben ser las medidas que deben ser implementadas; en el caso de Mossack Fonseca, debemos tener en cuenta tres dispositivos legales que regulan su actividad: la ley 32 del 1927, que regula las sociedades anónimas; la ley 23 del 2015, que establece medidas para prevenir el blanqueo de capitales e incluye a los abogados para que reporten ciertas actividades relacionadas con el lavado de activos; y la ley 2 del 2011 que dicta dispositivos para que los abogados que actúan como agente residente de una sociedad puedan conocer a su cliente y al beneficiario final. Por lo tanto, podemos afirmar que en estas tres normas se expone el marco general de riesgo permitido que tenía Mossack Fonseca cuando realizaba los servicios de constitución de sociedades offshore.

- En el proceso penal seguido en contra de los funcionarios de Mossack Fonseca debe determinarse aquellos casos específicos en los cuales la conducta desplegada por los abogados se haya subordinado a la realización de acciones de blanqueo de capitales desplegadas por el cliente o beneficiario final, debido a que no todos los servicios de constitución de offshore tienen como único fin la comisión de este delito. Ello podría manifestarse en los casos de Siemens y Lava Jato, debido a que, de la información difundida por los medios de comunicación, se desprendería una colaboración muy cercana por parte de la firma de abogados para que las personas involucradas en esos hechos puedan ocultar su patrimonio ilícitamente obtenido; a lo que se suma que Mossack Fonseca no habría realizado de manera adecuada el proceso de debida diligencia en casos como el de Marlory Chacón Rossell, debido a que no existirían registros respecto a si se realizó o no una investigación sobre ella; Andrew Mogilyansky, debido a que únicamente habrían contado con un comprobante de pago y su carnet de conducir caducado; Ment Dijkhuizen, debido a que se habrían enterado recién de las actividades ilícitas a las que se dedicaba su cliente de manera posterior a la creación de las sociedades offshore; y Alaa Mubarak, en la que habrían sido multados por el deficiente proceso de debida diligencia practicado a él; todo ello también implicaría un incumplimiento a sus obligaciones, que lo situaría en el tipo penal de

blanqueo de capitales sobre comisión por omisión al encontrarse en una posición de garante respecto a las operaciones que realizaba.

- En cuanto al principio de confianza, Mossack Fonseca ha insistido en que la mayor parte de sus servicios eran usados por intermediarios, que en su mayoría eran bancos de distintos países; por lo que podían confiar en la información brindada por ellos respecto a los clientes finales debido a que el artículo 7 de la ley 2 del 2011 permite al agente residente contar con información mínima para la identificación del cliente final cuando exista certeza que el intermediario es una persona jurídica que cuente con conductas y prácticas conforme a los estándares para la prevención de blanqueo de capitales. Algunos casos que podemos mencionar son los de Serguei Roldugin, que tendría como uno de sus intermediarios al Banco Rossiya, sancionado por los Estados Unidos de América; Arturo del Tiempo Márques, con el banco HSBC de Suiza; Rami Makhlouf con el mismo banco; Adrián Velásquez y su esposa; con el banco suizo V3 Capital Partners LLC; entre otros.

Sin embargo en el proceso penal a efecto de aplicar esta figura, deberán comprobarse los hechos que le permitían a la firma panameña tener la seguridad de que los intermediarios con los que entablaba su relación comercial, tenían implementados procesos de debida diligencia y que los mismos fueran aplicados al cliente final; sin perjuicio de su obligación subsistente de contar con datos básicos para la identificación del cliente final, y que debe ser complementado con las medidas de debida diligencia practicadas por ella, de las que tampoco se exime.

- Otro ámbito en el cual puede manifestarse el principio de confianza se encontraría en lo dispuesto por el último párrafo del artículo 3 de la ley 2 del 2011, debido a que en el mismo se establece que en cuanto a la información sobre el propósito por el cual el cliente crea una entidad jurídica, el agente residente no se encuentra obligado a realizar alguna verificación sobre ello, pudiendo quedar satisfecho con los datos referidos por él. Siendo así, debe quedar claro que ello sería una facultad con la que contaría Mossack Fonseca, a efecto de confiar en la información brindada por el cliente. Sin embargo, la normativa referida a la debida diligencia, establece que el cumplimiento de la misma se realiza una vez se hayan verificado los datos

del cliente [artículo 9 del Decreto Ejecutivo 363 del 2015 que reglamenta la ley 23 del 2015], asimismo el artículo 11° establece como una medida de diligencia ampliada el que se obtenga información sobre el carácter de la relación comercial, el origen de los fondos y las razones de las transacciones entre otras. En consecuencia, al ser la comprobación de información una medida necesaria para el cumplimiento de la debida diligencia, no resulta suficiente que se confíe en cierta información otorgada por el cliente.

- Además, se debe tener en cuenta que la normativa que establece a los agentes residentes como sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de blanqueo de capitales, así como las leyes que precisan con mayor detalle los deberes de conocimiento del cliente son recientes si se compara con el número de años en los cuales Mossack Fonseca ofrecía sus servicios, por lo que a efecto de establecer una adecuada imputación concreta en el marco de las obligaciones que la firma de abogados tenía y la probable comisión del delito de blanqueo de capitales por omisión, debe precisarse el marco legal vigente respecto a cada uno de los casos en los que el Ministerio Público identifique que se habría cometido lavado de activos.
- Ha quedado demostrado, finalmente, que se puede aplicar la Teoría la Imputación Objetiva en el marco del proceso penal llevado a cabo en Panamá no solo porque permitirá identificar aquellas conductas que son relevantes para establecer la comisión del tipo penal de lavado de activos, sino también porque la reciente legislación panameña en materia de prevención sobre este delito, adopta un enfoque de riesgos, cuyo desarrollo es coherente con uno de los planteamientos más reiterados de esta teoría, como es el riesgo permitido.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La teoría de la imputación objetiva permite identificar la tipicidad de las conductas relevantes desde el punto de vista penal, a través de la aplicación de instituciones dogmáticas como el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza y la imputación a la víctima; pudiendo aplicarse la misma a delitos complejos como el lavado de activos.

SEGUNDA: Para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva respecto al delito de lavado de activos corresponde establecer en primer lugar el contexto social en el que se llevó a cabo la conducta del agente y si la misma se encontró dentro de los márgenes de riesgo permitido, sobre esto último resulta de especial utilidad la legislación en materia de prevención de lavado de activos debido a que a través de la misma se establecen los parámetros por los cuales pueden actuar algunos sectores de la sociedad utilizados para cometer este delito.

TERCERA: La figura de la prohibición de regreso resulta de especial trascendencia, porque a través de ella es posible analizar y comprender la conducta del agente en el contexto y rol social que ejercía y determinar si nos encontramos ante un comportamiento neutro o estandarizado o si hubo una adecuación o configuración de la conducta para realizar acciones relacionadas al lavado de activos.

CUARTA: Para la aplicación del principio de confianza es importante conocer los supuestos normativos previstos en la legislación que permiten que un agente, y en específico, un sujeto obligado a informar operaciones, pueda esperar que el comportamiento de los terceros con los que se relaciona es en cumplimiento de la ley. Sin embargo, ello también encuentra su límite en los deberes especiales sobre prevención y detección de lavado de activos con los que cuentan esos sujetos.

QUINTA: La teoría de la imputación objetiva permite otorgarle un sentido normativo al aspecto subjetivo del tipo penal de lavado de activos el cual se traduce, en un caso en concreto, en determinar si el agente tenía un deber de conocimiento sobre origen delictivo de los bienes, sustentado en el rol social en el que se desenvolvía.

SEXTA: Las normas sobre prevención de lavado de activos dictadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS] pueden encontrar en la teoría de la imputación objetiva, y específicamente en cuanto a los planteamientos de riesgo permitido y riesgo prohibido, el sustento y la justificación doctrinal y práctica para la incorporación del enfoque basado en riesgo en la normativa sobre lucha contra el lavado de activos, permitiendo la comprensión de todos los sujetos obligados sobre los riesgos que se pueden presentar en el ejercicio de sus actividades comerciales, económicas o profesionales.



SUGERENCIA

Tomando en cuenta la información recogida por esta investigación, habiendo conocido la reciente legislación panameña en materia de prevención de lavado de activos, inspirada en un enfoque de riesgo, que exige a todos los sujetos obligados, financieros y no financieros a adoptar medidas de debida diligencia de acuerdo al perfil de riesgo que identifiquen en la prestación de sus servicios o en el ejercicio de sus labores o funciones, y cuya implementación se hace necesaria a raíz del caso Panamá Papers; y determinando que nuestra normativa sobre prevención en lavado de activos es selectiva en cuanto a exigir un análisis de riesgo respecto a ciertos sujetos obligados, consideramos importante plantear como propuesta que nuestra legislación sobre esta materia adopte el enfoque de riesgo como principio rector de la política de lucha contra el lavado de activos, debido a que la misma permitirá que la totalidad de sujetos obligados puedan interiorizar y entender la naturaleza de la actividad que desarrollan; identificando así los planteamientos de la teoría de la imputación objetiva como los márgenes de riesgo permitido a los que están sujetos; y los supuestos en los que su conducta puede ser considerada como neutral o estandarizada; así como los deberes especiales exigidos para actuar bajo un principio de confianza:

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ENFOQUE BASADO EN RIESGO COMO UN PRINCIPIO EN LA LEGISLACIÓN SOBRE PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS

Artículo único. - Incorpórese el artículo 8-A a la ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú en los siguientes términos:

Artículo 8-A.- Enfoque basado de riesgo

Los sujetos obligados a informar aplican un enfoque basado en riesgos con la finalidad de establecer la naturaleza de las medidas de debida diligencia que deben incorporar a sus actividades.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única. - La Superintendencia de Banca y Seguros y Asociación de Fondos de Pensión [SBS] y la Unidad de Inteligencia Financiera [UIF-Perú] deberán adecuar las normativas emitidas en materia de prevención de lavado de activos a efecto de exigir y facilitar a todos los sujetos obligados a informar, que apliquen un enfoque basado en riesgo en las medidas de debida diligencia que implementen de acuerdo a la actividad que realizan.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Abanto Vásquez, M. (2015). Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de de Perú y Alemania. En *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (págs. 31-90). Lima: Jurista Editores.
2. Almanza, F. (2017). ¿El delito precedente o el origen delictivo es elemento normativo del delito de lavado de activos? Análisis de la Casación 92-2017-Arequipa. En S. T., *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal* (págs. 554-565). Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
3. Asmat Coello, D. M. (2015). Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. En *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (págs. 407-447). Lima: Jurista Editores.
4. Bacigalupo, E. (2006). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
5. Banco Interamericano de Desarrollo. (Noviembre de 2016). SBS: *Portal UIF-Perú: Estudios de Análisis de Riesgo: Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo BID 2016*. Recuperado el 12 de Octubre de 2018, de SBS Web Site: <https://bit.ly/2XBzvnI>
6. Barrera Graf, J. (1950). Las acciones sin valor nominal. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 9-24.
7. BBC MUNDO. (4 de Abril de 2016). *¿Qué son los Panama Papers?* Recuperado el 5 de Octubre de 2018, de <https://bbc.in/2Frq3fJ>
8. BBC MUNDO. (4 de Abril de 2016). *¿Qué son los Panama Papers?* BBC MUNDO.
9. Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
10. Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Aranzadi.

11. Borja Jimenez, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal: Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales del Ministerio de Justicia de España*(56), 113-150.
12. Butrón Zeballos, U. (2016). Responsabilidad penal del Compliance Officer a propósito del delito de omisión culposa de comunicación de operaciones sospechosas. En *Dogmática Penal Aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal Económico y de la empresa* (págs. 309-324). Lima: Grijley.
13. Cancio Melia, M., Ferrante, M., & Sancinetti, M. (1998). *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
14. Cancio, M. (2011). *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación*. Madrid: Ediciones Jurídics Cuyo.
15. Candanedo, J. (2008). *Ministerio Público de Panamá: Texto Único del Código Penal de la República de Panamá comentado: Delitos de Blanqueo de Capitales*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2018, de Ministerio Público de Panamá: <https://bit.ly/2vujmDA>
16. Caparros, E. (2006). *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona : Colex.
17. Caro Coria, D., Reyna Alfaro, L., & Reátegui Sánchez, J. (2016). *Derecho Penal Económico Parte Especial* (Vol. II). Lima: Jurista Editores.
18. Caro John, J. (2015). Abogados ante lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad. En *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (págs. 197-248). Lima: Jurista Editores.
19. Caro John, J. A. (2010). Imputación subjetiva y conocimientos especiales. En J. A. Caro John, *Normativismo e Imputación Jurídico-Penal: Estudios de derecho penal funcionalista* (págs. 167-185). Lima: Ara Editores.
20. Caro John, J. A. (2017). Sinopsis de la Teoría de la Imputación Objetiva. En C. A. Paredes Arce, *Fundamentos de la Imputación Objetiva* (págs. 63-88). Lima: Editores del Centro EIRL.
21. Caso Aurelio Pastor, 374-2015 (Sala Penal Permanente 13 de Noviembre de 2015).

22. Caso José Fernando Soberón Ricard, Recurso de Nulidad N°33-2014-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República 26 de Mayo de 2017).
23. Centro de Documentación Judicial del Órgano Judicial de Panamá. (2015). Sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 2 de Julio del 2014. En *Fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en materia de Delitos de Blanqueo de Capitales y Delitos Financieros [2005-2015]*. Panamá.
24. Chang Kcomt, R. (2015). Naturaleza Jurídica del Consentimiento: Un análisis a la luz de la Constitución. *Themis-Revista de Derecho*, 205-2016.
25. CNN. (5 de Abril de 2016). *CNN: Mossack Fonseca: "El único delito comprobado es el hackeo"*. Recuperado el 18 de Diciembre de 2018, de Cable News Network. Turner Broadcasting System: <https://cnn.it/2Jr59Q5>
26. Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. (2018). *Política y Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo*. Lima: SBS.
27. Comisión Nacional contra el blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. (2017). *Estrategia Nacional para la lucha contra el blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*. Panamá.
28. Comisión Nacional contra el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. (2017). *Evaluación nacional de riesgos de blanqueo de capitales y financiamiento de terrorismo de Panamá*. Panamá.
29. Convoca.pe. (12 de Mayo de 2016). *La cuenta bancaria en Mónaco y la respuesta de Magaly Medina*. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de Convoca.pe Web site: <https://bit.ly/2Sz9XUB>
30. Cordini, N. S. (2014). *El concepto de imputación en el Derecho penal*. Tesis doctoral, Universidad Nacional del Litoral.
31. Delito de lavado de activos, Acuerdo Plenario N°3-2010/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República 16 de Noviembre de 2010).

32. Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales, Acuerdo Plenario N°7-2011/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República 6 de Diciembre de 2011).
33. Diario Clarín. (5 de Octubre de 2017). *Clarín: Política: Suiza y Panamá confirmaron que Lázaro Báez movió millones de dólares en firmas off shore*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2018, de Clarín Web site: <https://bit.ly/2z0O3kx>
34. Diario El País. (11 de Febrero de 2007). *El País: Economía: Siemens gastó 420 millones en sobornos*. Recuperado el 12 de Febrero de 2019, de El País Web site: <https://bit.ly/2PfCjWV>
35. Diario El País. (21 de Junio de 2018). *Diario El País: Internacional: Mossack Fonseca no conocía a la mayoría de sus clientes al estallar el escándalo*. Recuperado el 20 de Enero de 2019, de El País Web Site: <https://bit.ly/2lk22vY>
36. Diario La Prensa. (31 de Diciembre de 2013). *Reforma al Código Fiscal: Escandaloso "camarón" oficialista*. Recuperado el 16 de Setiembre de 2018, de Corporación La Prensa S.A: <https://bit.ly/2TfvsOA>
37. Diario La Prensa. (4 de Abril de 2016). *Ramón Fonseca Mora: 'Nunca hemos sido demandados'*. Recuperado el 13 de Setiembre de 2018, de Corporación La Prensa S.A.: <https://bit.ly/2Nxf1aO>
38. Diario Perfil. (2 de Octubre de 2013). *Diario Perfil : La investigación que apunta a Lázaro Báez: Suiza y el dinero K*. Recuperado el 24 de Setiembre de 2018, de Diario Perfil Web Site: <https://bit.ly/2H3GGzT>
39. Durrieu, R. (2006). *El lavado de dinero en Argentina*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
40. Ejecutoria Suprema, 554-2004 Puno (Corte Suprema 25 de Noviembre de 2004).
41. El Confidencial. (10 de Mayo de 2016). *El Confidencial: Los negocios sucios de Mossack Fonseca con delincuentes y convictos españoles*. Recuperado el 25 de Enero de 2019, de Titania Compañía Editorial S.L.: <https://bit.ly/2H1idLH>

42. Espinosa Sepúlveda, J. (2014). Los sistemas de impuesto a la renta de América Latina y los convenios de doble imposición. *Revista de Derecho PUCP*, 203-222.
43. Establecen doctrina jurisprudencial vinculante sobre el delito fuente, Casación 92-2017 (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 8 de Agosto de 2017).
44. Feijoo Sánchez, B. J. (2002). *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Lima: Grijley.
45. Feijoo, B. (2013). *Derecho Penal General*. Madrid: CCJ.
46. Financial Action Task Force on Money Laundering [Grupo de Acción Financiera]. (2018). *Publications: Improving Global AML/CFT Compliance: On-going Process - 19 October 2018*. Recuperado el 21 de Abril de 2019, de <https://bit.ly/2Prs5SP>
47. GAFI. (2013). *FATF Guidance: National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment*. Recuperado el 12 de Marzo de 2019, de GAFI Web Site: <https://bit.ly/2I6oHbe>
48. GAFILAT. (2019). *Informe de Evaluación Mutua Perú*. Buenos Aires.
49. Galvez Villegas, T. A. (2004). *El delito de Lavado de Activos*. Lima: Grijley.
50. García Caveró , P. (2007). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Grijley.
51. García Caveró, P. (2007). *Derecho Penal Económico Parte Especial (Vol. II)*. Lima: Editora Grijley.
52. García Caveró, P. (2015). *El Delito de Lavado de Activos*. Lima: Jurista Editores.
53. Grupo de Acción Financiera. (2018). *Gafilat: Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva: 40 recomendaciones*. Recuperado el 22 de Noviembre de 2018, de Gafilat Web site: <https://bit.ly/2I6SErC>

54. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2016). *Recopilación de tipologías regionales del GAFILAT 2009-2016*. GAFI.
55. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2017). *Informe de amenazas regionales en materia de Lavado de Activos*. Buenos Aires: GAFILAT.
56. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2018). *Casos y Tipologías regionales 2017-2018*. Quito: GAFILAT.
57. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2018). *Informe de Evaluación Mutua de la República de Panamá*. Panamá: GAFILAT.
58. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2019). *Casos y Tipologías Regionales 2017-2018*. GAFI.
59. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (Enero de 2019). *GAFILAT: Preguntas frecuentes*. Recuperado el 20 de Marzo de 2019, de <http://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/preguntas-frecuentes>
60. Iniesta, D. G. (2010). *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal Español*. Madrid: Cedecs.
61. Instituto Nacional de Estadística y Censo de la República de Panamá. (2018). *Indicadores de Coyuntura: Principales Indicadores Económicos Mensuales - 2018*. Recuperado el 20 de Marzo de 2019, de Contraloría General de la República: <https://bit.ly/2MOZRxm>
62. Instituto Nacional de Estadística y Censo de la República de Panamá. (2018). *Publicaciones: Cuentas Nacionales Producto Interno Bruto Trimestral [PIBT] a precios de 2007: III trimestre de 2018*. Recuperado el 21 de Setiembre de 2018, de Contraloría General de la República: <https://bit.ly/2Gch7rh>
63. International Consortium of Investigative Journalists [ICIJ]. (31 de Enero de 2017). *Investigations: The Panama Papers*. Recuperado el 26 de Octubre de 2018, de The International Consortium of Investigative Journalists: <https://bit.ly/2GDsoFV>
64. International Consortium of Investigative Journalists [ICIJ]. (20 de Junio de 2018). *Investigations: The Panama Papers: New Panama Papers Leak*

- Reveals Firm's Chaotic Scramble To Identify Clients, Save Business Amid Global Fallout.* Obtenido de The International Consortium of Investigative Journalists [ICIJ]: : <https://bit.ly/2MJINsp>
65. Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
 66. Jakobs, G. (2000). ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal* (págs. 43-60). Lima: Editorial Grijley.
 67. Jakobs, G. (2000). *Bases para una Teoría Funcional del Derecho penal*. Lima: Editorial Palestra.
 68. Jakobs, G. (2004). Indiferencia como dolo indirecto. En J. M. Zugaldía Espinar, & J. Lopez Barja de Quiroga, *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (págs. 345-358). Madrid: Tirant lo Blanch.
 69. Jakobs, G. (2011). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.
 70. La Nación. (10 de Marzo de 2015). *La Nación: Política: Los fondos buitres piden ampliar a Panamá la investigación por las cuentas de Lázaro Báez*. Recuperado el 23 de Octubre de 2018, de La Nación Web site: <https://bit.ly/2tPwClg>
 71. La Prensa Panamá. (28 de Enero de 2016). *La Prensa: Operación Lava Jato: Acusan en Brasil a Mosasck Fonseca*. Recuperado el 21 de Noviembre de 2018, de Corporación La Prensa: <https://bit.ly/2VSTP2k>
 72. La Prensa Panamá. (24 de Marzo de 2017). *La Prensa: Caso Lava Jato: Mossack Fonseca de Panamá recibía fondos de Brasil*. Recuperado el 20 de Octubre de 2018, de Corporación La Prensa: <https://bit.ly/2UjeATg>
 73. La Prensa Panamá. (3 de Marzo de 2017). *La Prensa: Investigación por blanqueo de capitales: Maria Mercedes Riaño: Solo faltaba contar con un banco*. Recuperado el 24 de Octubre de 2018, de Corporación La Prensa: <https://bit.ly/2P9OqSe>
 74. Lamas Puccio, L. (1999). *Tráfico de drogas y lavado de dinero*. Lima: Editorial Les.

75. Loor, E. F. (2011). Estudio de la Teoría de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 217-263.
76. Luna, R. (2016). *Universidad para la Cooperación Internacional: Maestería en Asesoría Fiscal*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2018, de Universidad para la Cooperación Internacional Web site: <https://bit.ly/2H1GDnu>
77. Mendoza Llamapponcca, F. N. (2017). *El tipo base del delito de lavado de activos en el Perú [artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106]*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
78. Ministerio Público de Panamá. (2018). *Ministerio Público de Panamá: Casos complejos*. Recuperado el 12 de Diciembre de 2018, de Procuraduría General de la Nación República de Panamá Web site: <http://ministeriopublico.gob.pa/casos-complejos-2/>
79. Montoya, Y. (18 de Agosto de 2017). *Instituto de Democracia y Derechos Humanos: Adiós al delito de lavado de activos*. Recuperado el 30 de Octubre de 2018, de IDEHPUCP Web site: <https://bit.ly/2C8uQ0v>
80. Mossack Fonseca. (2013). *Mossack Fonseca: Descripción de la empresa*. Panamá.
81. Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
82. Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988*. Viena.
83. Obermaier , F., & Obermaier, B. (2016). *Los Papeles de Panamá: El club mundial de los evasores de impuestos*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
84. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2016). Sentencias de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 6 de febrero de 2014 y del 4 de junio de 2012. En *Extractos de doctrina y jurisprudencia en materia de blanqueo de capitales para la República de Panamá*. Panamá.

85. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2016). Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 27 de noviembre del 2014. En *Extractos de doctrina y jurisprudencia en materia de blanqueo de capitales para la República de Panamá*. Panamá.
86. Ojo Público. (15 de Abril de 2016). *Ojo Público : Panamá Papers: Las Islas Vírgenes de la minería ilegal*. Obtenido de OjoPúblico: <https://bit.ly/2Xxe8Uw>
87. Ojo Público. (26 de Abril de 2016). *Ojo Público: El "Holandes", cliente narco de Mossack Fonseca*. Obtenido de OjoPúblico: <https://bit.ly/2NG3ohS>
88. Ojo Público. (3 de Abril de 2016). *Ojo Público: Panamá Papers: Los Chefs peruanos que amasan ingresos en empresas de fachada*. Recuperado el 26 de Octubre de 2018, de OjoPúblico: <https://bit.ly/2XsOekQ>
89. Ojo Público. (15 de Mayo de 2017). *Ojo Público: Panamá Papers: Empresario acusado de estafa masiva creó offshore en Islas Vírgenes*. Obtenido de OjoPúblico: <https://bit.ly/2Sw55PS>
90. Oré Sosa, E. (20 de Junio de 2018). *INCIIP: Documentos: La problemática del delito de lavado de activos*. Recuperado el 10 de Diciembre de 2018, de Instituto de Ciencias Procesal Penal: <https://bit.ly/2WvSBOp>
91. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE]. (1998). *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. París: OCDE.
92. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE]. (2014). *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OCDE.
93. Organized Crime and Corruption Reporting Project. (25 de Julio de 2018). *Cyprus Records Shed Light on Libya's Hidden Millions*. Recuperado el 13 de Octubre de 2018, de OCCRP site: <https://bit.ly/2Okxtnk>
94. Paredes Castañon, J. (1995). *El riesgo permitido en Derecho Penal: Régimen jurídico de las actividades peligrosas*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

95. Polaino Navarrete, M. (2010). Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma ¿Dos funciones excluyentes? En G. Jakobs, M. Polaino Navarrete , & M. Polaino-Orts, *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social* (págs. 31-55). Lima: Ara editores.
96. Polaino Navarrete, M., & Polaino-Orts, M. (2012). Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico penales. En M. Polaino Navarrete, M. Polaino-Orts, & G. Jakobs, *Legitimación del Derecho Penal* (pág. 104). Lima: Ara Editores.
97. Polaino-Orts, M. (2015). Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de parte general. En *Lavdo de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (págs. 249-282). Lima: Jurista Editores.
98. Prado Saldarriaga, V. (2008). *El delito de Lavado de Dinero en Perú*. Recuperado el 29 de Setiembre de 2018, de Universidad de Friburgo: <https://bit.ly/2kTQy3L>
99. Prado Saldarriaga, V. R. (2013). *Curso: Delito de Lavado de Activos*. Lima: Academia de la Magistratura.
100. Procuraduría General de la Nación de la República de Panamá. (28 de Setiembre de 2016). *Procuraduría General: Noticias: Convalidan allanamiento a la firma de abogados*. Recuperado el 22 de Noviembre de 2018, de Procuraduría General de la Nación de la República de Panamá Web site: <https://bit.ly/2UmpaJl>
101. Reyes, V. (2010). *La evolución histórica de la prohibición de regreso*. Bogotá.
102. Rojas Aguirre, L. E. (2010). Lo subjetivo en el juicio de Imputación Objetiva ¿Aporía Teórica? *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 233-254.
103. Rosas Castañeda, J. (2015). *La prueba en el delito de lavado de activos*. Lima: Gaceta Jurídica.
104. Roxin, C. (2000). *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Madrid: Centenario.

105. Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch.
106. Roxin, C. (2002). *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. (F. Muñoz Conde, Trad.) Buenos Aires: Editoria Hammurabi.
107. Roxín, C. (2012). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.
108. Roxín, C. (2016). *La Teoría del Delito en la discusión actual*. (M. Abanto Vásquez, Trad.) Lima: Editorial Grijley.
109. Sentencia confirmatoria de blanqueo de capitales. Ponente: Adolfo Mejía Cáceres, Caso N° 165 (Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial 13 de Junio de 2013).
110. SFM Corporate Services. (2019). *SFM: Actividad empresarial*. Recuperado el 26 de Enero de 2019, de SFM site: <https://es.sfm-offshore.com/>
111. Sistema Peruano de Información Jurídica. (1991). *Exposición de motivos Decreto Legislativo 736*. Recuperado el 20 de Marzo de 2019, de <https://bit.ly/2JxViZJ>
112. Soporte Legal OffShore INC. (2015). *Manual Off Shore para principiantes*. Panama.
113. The Conversation. (13 de Diciembre de 2018). *The Conversation: Lessons from the massive Siemens corruption scandal one decade later*. Recuperado el 11 de Diciembre de 2018, de The Conversation Web site: <https://bit.ly/2HfZQ4R>
114. The International Consortium of Investigative Journalists. (28 de Noviembre de 2017). *Offshore Leaks Database*. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de <https://offshoreleaks.icij.org/>
115. Unidad de Inteligencia Financiera Perú. (2019). *Información Estadística Georeferenciada. Informe N° 001-2019-DAE-UIF-SBS*. Lima. Recuperado el 20 de Enero de 2019, de <https://bit.ly/2TJQ53c>

116. Unidad de Inteligencia Financiera Perú. (2019). *Información Estadística UIF-Perú. Enero 2007 a Mayo 2019*. Lima. Recuperado el 10 de Mayo de 2019, de <https://bit.ly/2Z53x7q>
117. Univisión. (1 de Abril de 2016). *Univisión Noticias: Especiales: Un matrimonio cercano a Chávez terminó con empresas en paraísos fiscales y cuenta en Suiza*. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de Univision Communications Inc: <https://bit.ly/2HsHADI>
118. Univisión. (1 de Abril de 2016). *Univisión: #PanamaPapers: bufete panameño prestó servicios a la Reina del Sur*. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de Univision Communications Inc: <https://bit.ly/2EpShFD>
119. Univisión. (23 de Junio de 2018). *Univisión Noticias: Especiales: “Esto huele a dinero de Chávez”: la reacción de Mossack Fonseca sobre el escándalo de la pareja cercana al presidente venezolano*. Recuperado el 26 de Octubre de 2018, de Univision Communications Inc: <https://bit.ly/2NJVHr1>
120. Vidales Rodriguez, C. (1997). *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
121. Villavicencio, F. (2010). La Imputación Objetiva en la jurisprudencia peruana. *Ciencias Penales*, 19-38.
122. Von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en del Derecho Penal*. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Decreto Legislativo N°1106: Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado
2. Decreto Legislativo N°635: Código Penal Peruano
3. Decreto Supremo N° 020-2017-JUS: Reglamento de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú (UIF - Perú)
4. Ley 27693: Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú
5. Ley N° 29038: Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
6. Resolución SBS N° 369-2018: Aprueban la Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo el sistema acotado de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo
7. Resolución SBS N° 789-2018: Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo supervisión de la UIF-Perú, en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Ley 14 de 2007: Código Penal de Panamá
2. Ley 2 del 2011: Que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá.
3. Ley 23 del 2015: Que adopta medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva
4. Ley 32 de 1927: Ley de sociedades anónimas en Panamá
5. Naciones Unidas. (1988). Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Viena.



ANEXO: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1.- TÍTULO:

RELACIÓN ENTRE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

La legislación en materia de prevención de lavado de activos [Resolución SBS 789-2018 y Resolución SBS 369-2018] regula las acciones de una serie de sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera sobre operaciones calificadas como sospechosas que se lleven a cabo dentro de su ámbito social y profesional; por ejemplo, abogados, notarios, agentes inmobiliarios, agentes de turismo, bancos, entre otros. El incumplimiento de deberes y la falta de comprensión acerca de los riesgos de sus actividades, pueden tener como consecuencia que sus acciones se vinculen con el delito de lavado de activos.

Sin embargo en estos casos aún no son claros los límites y alcances que debe cumplir la imputación por este delito, ello debido a su naturaleza compleja conformada por sus elementos típicos y a la interpretación que debe darse de acuerdo al contexto social en el que se desarrolla la conducta; por lo que se hace necesario considerar la teoría de la imputación objetiva, debido a que esta tiene como principales planteamientos el concebir que la vida en sociedad se manifiesta a través del ejercicio de roles, en este caso los de los sujetos obligados a reportar ante la UIF; y el que toda relación social conlleva riesgos, los cuales en el caso planteado pueden manifestarse en el ejercicio de sus actividades comerciales y profesionales.

Siendo así, la interrogante principal planteada en esta investigación consiste en determinar cuál es el efecto de la aplicación de los elementos que conforman esta teoría en el establecimiento de la tipicidad del delito de lavado de activos, para que a través de ello podamos conocer ¿en qué circunstancias un profesional podría alegar una prohibición de regreso [el ejercicio de conductas neutras] cuando su actividad esté relacionada con operaciones de lavado?, ¿cuáles son los parámetros de riesgo permitido y de principio de confianza establecidos por nuestra legislación en materia de prevención de lavado de activos? y si ¿es posible aplicar la figura

del consentimiento de la víctima?; con ello también observaremos que esta teoría aporta mayor contenido y sustento a las actuales regulaciones en la materia; y nos permitirá conocer la importancia de contar con un enfoque de riesgo como principio rector de la actividad de los sujetos supervisados por la UIF.

3.- JUSTIFICACIÓN:

Relevancia académica:

El presente proyecto puede constituir un importante modelo para entender la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva en los delitos económicos, pues en el ámbito académico se analiza esta proposición a nivel puramente doctrinal y con ejemplos basados en delitos comunes y tradicionales. Sin embargo, en el caso de del delito de lavado de activos pueden encontrarse involucrados varios agentes y hechos que permitirán que el examen de la Imputación Objetiva sea más articulado y estructurado, tomando en cuenta que nos encontramos ante una categoría del derecho penal como es el derecho penal económico.

Relevancia Jurídica:

A través del análisis de la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva en el caso del delito de lavado de activos se podrá comprender las razones de la atribución de responsabilidades penales a los sujetos involucrado; teniendo en cuenta nuestra legislación y algunos criterios jurisprudenciales adoptados recientemente.

Innovación:

La investigación es inédita porque se examinará a la Teoría de la Imputación Objetiva mediante un punto de vista doctrinal y práctico; tomando en cuenta algunos casos mediáticos y actuales.

4.- BASE TEÓRICA BÁSICA:

➤ **Teoría de la Imputación Objetiva:**

“Un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se

haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo” (Cancio, 2011)

“La Teoría de la imputación objetiva reemplaza la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de criterios o axiomas jurídicas, y no naturales; precisando que la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. La cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona.” (Bacigalupo, 2006)

“La teoría permite la posibilidad de una interpretación teleológica restrictiva de los tipos penales, donde para que exista un comportamiento o conducta típica es necesario –además de la causalidad– se cumpla la siguiente fórmula (o relación entre los siguientes presupuestos) que: i) el comportamiento haya creado un riesgo típicamente relevante, y ii) ese riesgo sea el que se haya realizado en el resultado lesivo” (Roxin, Derecho Penal: Parte General Tomo I, 2000)

➤ **Riesgo Permitido:**

“El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues de lo contrario se excluiría la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente, de tal manera que no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta” (Bacigalupo, 2006)

“No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción” (Roxin, Derecho Penal: Parte General Tomo I, 2000)

“En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado” (Jakobs G. , 2011)

➤ **Principio de Confianza**

“Supone que cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido no cabe imputarle penalmente la conducta”

(Villavicencio, 2010)

“El principio de confianza no sólo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos” (Feijoo, 2013)

➤ **Prohibición de regreso**

“La prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero” (Reyes, 2010)

“Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios” (Ejecutoria Suprema, 2004)

➤ **Imputación a la víctima**

Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, pensamos que existirá imputación al ámbito de su competencia (Villavicencio, 2010)

➤ **Lavado de Activos**

“Proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (Blanco, 2012)

“Proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con

independencia de cuál sea la forma de esta masa que adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad” (Caparros, 2006)

“Aquellas operaciones comerciales o financieras procedente siempre de delitos que revistan especial gravedad, que son invertidos, ocultados, sustituidos, transformados e incorporado al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes o servicios que se originan o están conexos con actividades criminales y como si se hubiera obtenido de forma lícita” (Iniеста, 2010)

5.- INTERROGANTES:

Principal:

¿Cuál es el efecto de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva para establecer la tipicidad del delito de lavado de activos?

Específicas:

- ¿Cómo se aplican las instituciones de la teoría de la Imputación Objetiva para determinar la tipicidad del delito de lavado de activos?
- ¿De qué manera los planteamientos de la teoría de la Imputación Objetiva pueden brindar una mejor comprensión a la legislación en materia de prevención de lavado de activos respecto a la conducta de los sujetos supervisados?
- ¿Cuál es el aporte que la teoría de la Imputación Objetiva puede otorgar a la legislación en materia de prevención de lavado de activos respecto a la conducta de los sujetos supervisados?

6.- OBJETIVOS:

Objetivo General:

Relacionar la aplicación de la teoría de la Imputación Objetiva con la tipicidad de del delito de lavado de activos.

Objetivo Específico:

- Analizar la aplicación de la teoría de la Imputación Objetiva en el delito de lavado de activos.
- Explicar los postulados de la teoría de la Imputación Objetiva a través de la legislación en materia de prevención de lavado de activos y los sujetos supervisados.
- Reconocer que a través de la teoría de la Imputación Objetiva es posible sustentar y comprender el enfoque de riesgo como principio de la legislación sobre prevención de lavado de activos.

7.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

➤ **NOMBRE:** Percy Garcia Cavero

TITULO: La Imputación Objetiva en el derecho penal

económico: Consideraciones a partir de tres supuestos problemáticos

INSTITUCION: Universidad de Piura

TIPO: Artículo de Investigación Académica

PRINCIPAL CONCLUSION: *La teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal ha recibido en las últimas décadas una especial dedicación por parte de la doctrina y jurisprudencia penales. Esta teoría se ha mostrado como un instrumento dogmático con una innegable capacidad resolutive de problemas en la imputación de responsabilidad penal, ¿resaltando esta utilidad en el Derecho penal económico; en concreto para la solución de tres supuestos problemáticos: el fraude a la ley penal, la accesoriedad administrativa y las conductas neutrales.*

FUENTE:

http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/garcia_cavero/ImpDPEc.pdf

➤ **NOMBRE:** Miguel Polaino-Orts

TITULO: Normativización de los títulos de imputación en el delito de Blanqueo de Capitales: Cuestiones problemáticas fundamentales de parte general

INSTITUCION: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico

TIPO: Artículo de Investigación Académica

PRINCIPAL CONCLUSION: *[...] Existen numerosos aspectos naturalistas en la regulación internacional del blanqueo de capitales o del lavado de activos. Se*

trata en general, de aspectos que deben ser normativizados, en aras de una solución más plausible y coherente dentro de la Dogmática penal.

FUENTE: Polaino-Orts, M. (2015). Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de parte general. En *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (págs. 249-282). Lima: Jurista Editores.

8.- HIPÓTESIS:

Dado que existe una problemática en determinar la tipicidad del delito de lavado de activos respecto a las conductas desarrolladas por aquellos sujetos supervisados por la UIF; es probable que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en la tipificación del delito permite una adecuada comprensión de su regulación aportando el enfoque de riesgo como un principio normativo y estableciendo los límites en cuanto a las conductas riesgosas y neutras, así como al principio de confianza.

9.- ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

Capítulo 1: “Delito de Lavado de Activos”

- Introducción
- GAFILAT y la tipología del delito de lavado de activos
- Etapas del delito de lavado de activos
- El delito de lavado de activos en Perú
 - o Antecedentes
 - o Conductas típicas
 - o Bien jurídico y vigencia de la norma
 - o Elemento subjetivo
 - o Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116,
 - o Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116
 - o Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433
- Delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas

Capítulo 2: “Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva en la determinación de la tipicidad del delito de lavado de activos”

- Introducción
- Postulados de Claus Roxin aplicados al delito de lavado de activos
- Postulados de Gunther Jakobs aplicados al delito de lavado de activos
 - o La prohibición de regreso en la normatividad sobre lavado de activos
 - o El principio de confianza en la normatividad sobre lavado de activos
 - o La imputación a la víctima en la normatividad sobre lavado de activos

Capítulo 3: “Caso Panamá Papers: El modelo de la legislación panameña inspirada en un enfoque de riesgo”

- Introducción
- Legislación panameña en materia de lavado de activos
- Caso Panamá Papers
 - o Mossack Fonseca
 - o Sociedades offshore y paraísos fiscales
 - o Panamá, centro de operaciones de Mossack Fonseca
 - o Régimen legal de las sociedades anónimas en Panamá
 - o Imputación del Ministerio Público de Panamá
 - o Casos Representativos
 - o Comentarios Finales

10.- MARCO OPERATIVO:

10.1. Fuentes de Consulta:

9.1.1. Fuentes Primarias: Código Penal, Decreto Legislativo 1106 y modificaciones, Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, Resolución S.B.S. N° 789 -2018, libro Panamá Papers: El club mundial de los evasores de impuestos de Bastian Obermayer y Frederik Obermaier

9.1.2. Fuentes Secundarias: Observación, Análisis y comparación.

10.2. Estrategia Metodológica:

10.2.1. En primer lugar, se estudiará el delito de lavado de activos, a través de nuestra legislación, la cual ha variado a lo largo del tiempo, se utilizará también los acuerdos plenarios que han surgido respecto al tema, pues son los criterios adoptados por los juzgadores para determinar responsabilidades en este tipo penal. Además, se describirán los elementos que las normas, la doctrina y la jurisprudencia han señalado para el establecimiento de la responsabilidad penal respecto a este delito.

10.2.2. Después expondremos a través de la normativa sobre prevención de Lavado de Activos dictada por la SBS, la manera en la que se aplica la Teoría de la Imputación Objetiva en la regulación sobre las obligaciones de los sujetos supervisados, la misma que influye en la determinación de la tipicidad del delito; y la importancia del enfoque de riesgo como un elemento necesario en nuestra legislación. Lo anterior, a través de los principales postulados de la Teoría expuestos por Claus Roxín y Gunther Jakobs.

10.2.3. Finalmente, haremos referencia al caso Panamá Papers y a la normativa de ese país, para mostrar cómo es que su legislación se adecua a los elementos de la Teoría de la Imputación Objetiva, permitiendo identificar si los sujetos involucrados se encontraban dentro de una conducta típica de lavado de dinero.

10.3. Instrumentos:

10.3.1. Fichas de registro: Para consignar las principales ideas de los libros, revistas y artículos relacionados con el tema

10.3.2. Fichas documentales: Para la revisión de las sentencias judiciales y los hechos principales del caso Panamá Papers

11.- CRONOGRAMA:

	2018								
ACTIVIDADES	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SET	OCT	NOV	DIC
Preparación del proyecto	X								
Aprobación del proyecto		XXXXX							
Recolección de Información			XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX						
Preparación del Borrador					XXXXXXXXXXXXXXXXX				
Conclusiones y Sugerencias							XXXXXXXXX		
Presentación final del informe									XXX

12.- BIBLIOGRAFÍA:

12.1. Normas Legales:

1. Código Penal peruano
2. Legislación peruana sobre el sistema de prevención de lavado de activos

12.2. Textos:

1. Bacigalupo, E. (2006). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
2. Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Aranzadi.
3. Cancio, M. (2011). *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación*. Madrid: Ediciones Jurídics Cuyo.
4. Caparros, E. (2006). *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona : Colex.
5. Feijoo, B. (2013). *Derecho Penal General*. Madrid: CCJ.
6. Iniesta, D. G. (2010). *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal Español*. Madrid: Cedecs.
7. Jakobs, G. (2011). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.
8. Reyes, V. (2010). *La evolución histórica de la prohibición de regreso*. Bogotá.
9. Roxin, C. (2000). *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Madrid: Centenario.
10. Villavicencio, F. (2010). La Imputación Objetiva en la jurisprudencia peruana. *Ciencias Penales*, 19-38.

12.3. Jurisprudencia Nacional:

1. Ejecutoria Suprema, 554-2004 Puno (Corte Suprema 25 de Noviembre de 2004)
2. Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116,
3. Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116
4. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433

12.4. Fuentes Web:

- ✓ BBC MUNDO. (4 de Abril de 2016). ¿Qué son los Panama Papers? *BBC MUNDO*. <https://goo.gl/Z1rOum>

