JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ
Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Diploma de Experto en Victimología. Universidad de Sevilla (España)
Especialista en Destrezas en Litigación Oral en la California Western School of Law (San Diego, EE.UU.)

ROLANDO REÁTEGUI LOZANO
Doctor y Máster por la Universidad de Valencia (España)
Docente de Posgrado en universidades nacionales y extranjeras

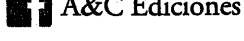
El delito de Lavado de Activos y el Crimen Organizado

A&C EDICIONES



Editado por:
© A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.
Jr. Camaná N° 1043 - Of. 604
Plaza Francia - Cercado de Lima
(01) 418 9530 – 964 199 411
acedicionesjuridicas@gmail.com

Las opiniones vertidas en esta obra son de responsabilidad de los autores; por tanto, los puntos de vista expresados no necesariamente representan la opinión de esta casa editora.



El delito de Lavado de Activos y el Crimen Organizado

© **James Reátegui Sánchez**
© **Rolando Reátegui Lozano**

Luis Alberto Amico
Corrección de estilo

Fernando Ríos Ymán
Maquetación y composición de textos

John Castope Palomino
Diseño de portada

Tiraje 1,000 ejemplares.

Primera Edición
Abril 2017

Impreso en:
SYRGOS S.A.C.
Jr. Pachacútec N° 915
Lince-Perú.

DERECHOS DE AUTOR
RESERVADOS CONFORME A LEY.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-04431

ISBN: 978-612-47416-0-9

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra –incluido el diseño tipográfico y de portada–, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Índice General

Parte I
El delito de Lavado de Activos

James Reátegui Sánchez

El delito de Lavado de Activos según el Decreto Legislativo N° 1106

I. Consideraciones Generales 15

II. Algunas características del fenómeno del Lavado de Activos 33

III. El Tribunal Constitucional y su influencia en el caso del "Crimen organizado" en el tema de Lavado de Activos. 34

IV. Sobre los procedimientos para la configuración del Lavado de Activos.. 38

1. La colocación... 39
2. El ensombrecimiento... 40
3. La integración.. 41

V. Diversas teorías que explican el contenido del bien jurídico protegido en el Lavado de Activos. 42

1. Tesis sobre la Salud Pública.. 42
2. Tesis de la Administración de Justicia... 43
3. Tesis sobre el Orden Socioeconómico 48

4. Tesis sobre el Bien Jurídico Pluriofensivo. 52
5. Tesis sobre el Bien Jurídico Socio-Económico (libre competencia) 57
6. Nuestra posición.. 59

VI. Legislación penal comparada. 63

VII. Evolución normativa internacional y nacional del Lavado de Activos... 65

VIII. El delito de actos de conversión y transferencia... 73
1. Descripción legal. 73
2. Los sujetos... 74
2.1. Sujeto activo. 74
2.2. Sujeto pasivo. 75
3. La acción típica 75
4. El objeto material del delito. 82
5. Grados de desarrollo del delito. 84

IX. El delito de actos de ocultamiento y tenencia 85
1. Descripción legal. 85
2. La conducta típica... 86
3. Grados de desarrollo del delito. 91

X. El delito de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito... 92
1. Consideraciones generales 92
2. Descripción legal. 93
3. Tipicidad Objetiva... 94
3.1. Sujeto activo 94
3.2. Conducta típica... 94
3.3. Irrelevancia en función a los medios utilizados. 95
3.4. Objeto material del delito. 95
3.5. La normatividad administrativa y la prohibición del "correo de dinero" 96
4. Tipicidad Subjetiva.. 97
5. Grados de desarrollo del delito. 97

XI. Sobre las formas agravadas y atenuadas del delito de Lavado de Activos según el Decreto Legislativo N° 1106. 98

1. Descripción legal ... 98
2. Sobre las circunstancia agravantes ... 98
2.1. Por la calidad del sujeto activo ... 98
2.2. Por la pertenencia a una organización criminal ... 100
2.3. Por la calidad del delito previo ... 101
2.4. Por el *cuantum* económico del objeto material del delito 102
3. Sobre las circunstancias atenuantes ... 103
3.1. Por el *cuantum* económico del objeto material del delito 103
3.2. Por la información eficaz del agente ... 104

XII. El delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas ... 107
1. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado ... 107
2. Tipicidad Objetiva ... 111
2.1. Sujeto Activo ... 112
2.2. Conducta típica ... 117
3. La modalidad típica culposa ... 119

XIII. El delito de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información ... 121
1. Consideraciones generales y bien jurídico protegido ... 121
2. Tipicidad Objetiva ... 122
2.1. Descripción legal ... 122
2.2. Tipicidad Objetiva ... 123
2.2.1. Sujeto activo ... 123
2.2.2. Acción típica ... 123
2.3. Objeto de la acción ... 124
3. Tipicidad Agravada ... 125
4. Tipo subjetivo ... 125

XIV. Aspectos subjetivos del delito de Lavado de Activos ... 125
1. Aspectos Generales ... 125

XV. Sobre los problemas en relación al delito fuente: ¿Hay que determinar el "delito fuente" o solamente el "origen ilícito de los activos"? ... 130
1. Consideraciones generales ... 130

2. Sobre la llamada "Autonomía procesal" en el delito de Lavado de Activos ... 136
3. ¿Existe la llamada "Autonomía sustantiva" en el delito de Lavado de Activos? ... 144
4. Sobre las exigencias cuantitativas y cualitativas del delito fuente ... 152
5. Modelos de regulación legal sobre el delito fuente ... 155
6. Sobre la "Cláusula abierta" que prevé el artículo 10º del Dec. Leg. 1106 respecto al delito fuente ... 157
7. El delito fuente en el Lavado de Activos y su probanza a través de la prueba indiciaria según el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia del Perú ... 159
8. El delito fuente y su regulación en el Decreto Legislativo N° 1106. La incorporación del delito de la minería ilegal como ganancia ilegal ... 170
9. Sobre las mezclas de fondos ... 171

XVI. La participación del autor en el delito fuente también puede ser autor del delito de Lavado de Activos ... 178

XVII. El caso de los abogados y su grado de involucramiento con el delito de Lavado de Activos ... 182

XVIII. Consecuencias accesorias, personas jurídicas y el Decreto Legislativo N° 1106 aplicado al delito de Lavado de Activos 190

Bibliografía ... 193

PARTE II
El Crimen Organizado

Rolando Reátegui Lozano

Los Paraísos Fiscales y la Evasión de Impuestos

Introducción ... 205

I. Un poco de historia ... 209

II. El Neoliberalismo y los Paraísos Fiscales ... 213

III. Conceptos ... 215

1. Los Paraísos Fiscales ... 215
2. Criterios para caracterizar un paraíso fiscal ... 220
3. Facetas criminológicas del lavado de capitales ... 222
4. Mapa mundial de territorios de baja tributación ... 223
5. ¿Por qué perviven los paraísos fiscales? ... 225

IV. Métodos usados para las transacciones ilegales ... 227

1. Centro *offshore* ... 227
2. Banca *offshore* ... 230
3. Las firmas maletín o firmas buzón ... 231
4. Las acciones y bonos al portador ... 232
5. Los lavado de dinero ... 232
6. La violación de sanciones ... 233

V. Características generales o comunes de los Paraísos Fiscales 234

VI. Características específicas de los Paraísos Fiscales ... 241

VI. Clasificación de los Paraísos Fiscales ... 243

VII. Estratificación por niveles de interés y por objetivos ... 246

VIII. ¿Cuándo se generan delitos? ... 248

1. Elusión vs. Evasión tributaria ... 248
2. Otros delitos ... 254

IX. Volúmenes de evasión y fuga de capitales ... 254

X. Medidas para contrarrestar la competencia fiscal lesiva ... 257

XI. ¿Cómo se fiscalizan las empresas *offshore?* ... 258
XII. Regulación del delito de defraudación tributaria 263
XIII. Algunas conclusiones y recomendaciones.. ... 265
XIV. Glosario. ... 274

Crimen Organizado y Asociación Ilícita

Introducción.. ... 279
I. Crimen Organizado 281
II. Antecedentes de lucha contra el Crimen Organizado y la Asociación Ilícita... ... 284
III. Características principales del Crimen Organizado... ... 293
IV. Significación del crimen organizado en la legislación peruana 304
V. Asociación Ilícita para delinquir ... 308
VI. Características de la Asociación Ilícita... ... 311
VII. Diferencias conceptuales: Conspiración, red criminal y bandas 314
VIII. Diferencia entre el delito de Asociación Ilícita y otras figuras penales 315
1. Conspiración para delinquir ... 315
2. Codelincuencia ... 317
3. Criminalidad organizada 318
IX. Asociación Ilícita para delinquir en el nuevo Código Penal peruano. ... 320
X. La dogmática jurídico-penal y el Crimen Organizado 325

De la societas delinquere non potest a la societas delinquere potest en el Código Penal peruano

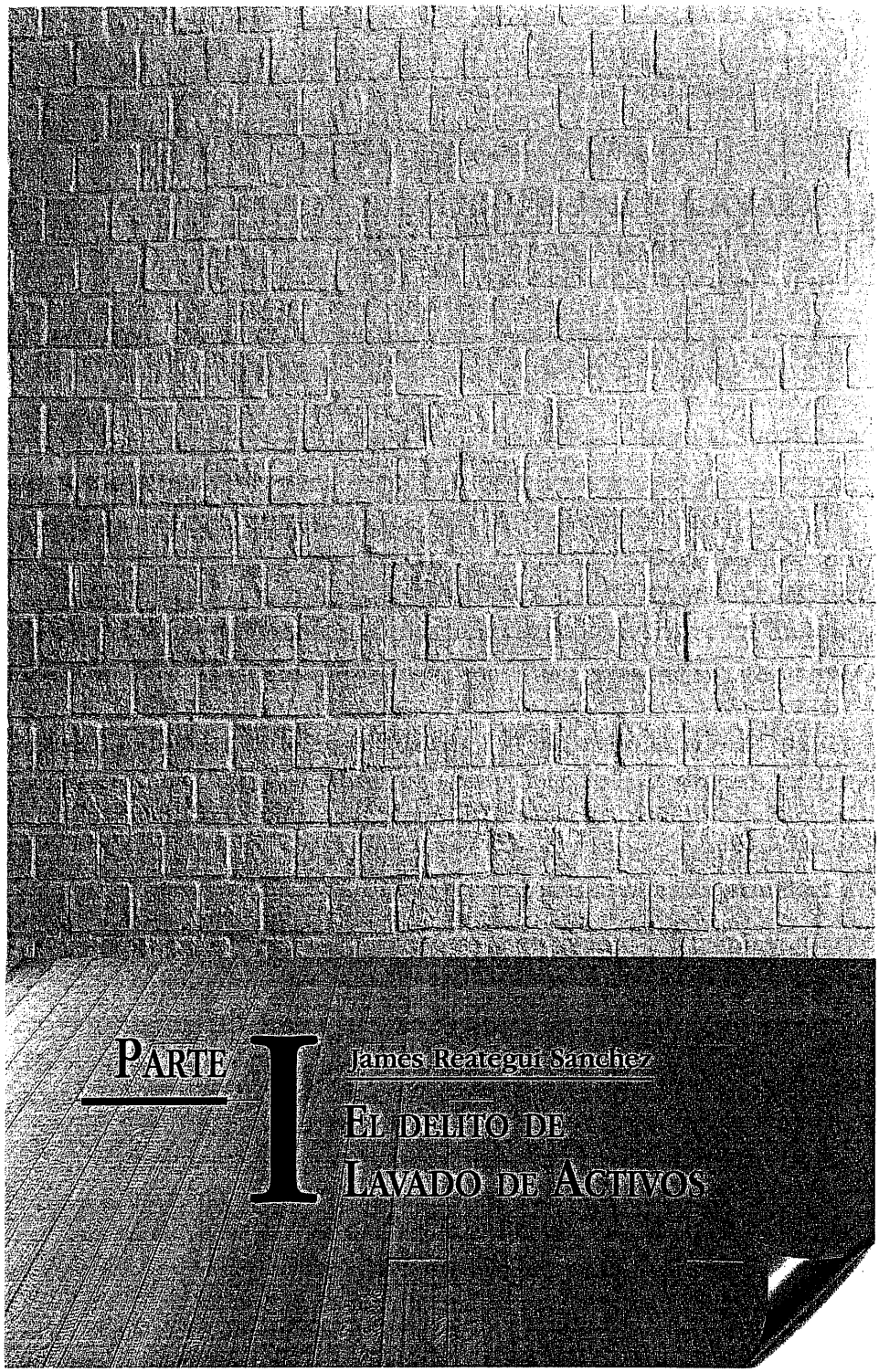
Introducción.. ... 331
I. Antecedentes. ... 339
II. El cohecho. ... 347

III. Crimen Organizado 348
IV. Características del Crimen Organizado. 355
V. En la lucha contra la corrupción no deben existir límites entre los países 357
VI. Estándares internacionales de ética corporativa e instrumentos 359
VII. Fundamentos dogmáticos para la penalidad a personas jurídicas. 362
VIII. Modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas.. 380
IX. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo... 383
X. La responsabilidad penal de las personas en los códigos penales de los países de América Latina 384
XI. Avances en la legislación peruana en la lucha contra el cohecho activo transnacional 422
XII. Algunas conclusiones 432

Bibliografía 435

Anexos

– Ley N° 30424
Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional 451
– Acción Mundial contra la Corrupción
Los Documentos de Mérida.. 461
– Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ... 579
– Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. 617
– Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados 669



PARTE I

James Reátegui Sánchez

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1106

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La realidad criminológica de las conductas receptoras ha experimentado un cambio sustancial y, ahora bajo el nombre de lavado de activos o blanqueo de dinero, ciertas modalidades de receptación han pasado de la marginalidad a convertirse en una de las principales preocupaciones de políticos y juristas de todos los países.(1) Así, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) en Europa, ha presentado recientemente una lista en la que ha incluido 29 países y territorios calificados como paraísos de lavado de dinero, de los cuales 15 son considerados de máxima preocupación: Bahamas, Islas Caimán, Islas Cook, Dominica, Israel, Líbano, Liechtenstein, Islas Marshal, Nassau, Panamá, Filipinas, Rusia, Sentkis, Amebas y Sembitsu, Las Granadinas(2).

Los sujetos involucrados en el lavado de activos generalmente no buscan invertir en función de la tasa de retorno más conveniente, sino disimular el origen ilegal de los fondos, invirtiendo en los lugares que permitan su reciclado. Por lo tanto, estos movimientos

---

(1) Véase: RAGUES I VALLES, Ramón, *"Lavado de Activos y Negocios Standard. Con especial mención a los Abogados como Potenciales Autores de un Delito de Lavado"*, en: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin, 2011, p. 621.

(2) Véase: UGAZ, José; *Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico*, Lima CAJ. 2000, p. 83.

pueden tener una dirección contraria a la que se espera conforme a los principios básicos de la economía.[3] Coz Ramos define el lavado de dinero como la actividad o conjunto de actividades que se realizan con el propósito de introducir dinero proveniente de cualquier negocio ilícito (narcotráfico, terrorismo, secuestro, robo, extorsión, etc.) dentro del circuito económico legal, de manera que se dificulte a las autoridades pertinentes al rastreo de las fuentes de este dinero de procedencia ilegal[4].

Por su parte, Manuel Espinoza afirma que las acciones ilícitas de intervención en el proceso de lavado de dinero (dólares u otras divisas extranjeras) provenientes del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, convirtiendo en otros bienes o transfiriendo 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 factores potencialmente ilícitos[5]. A este concepto

---

(3) Véase: PINTO, Ricardo M. Revista Argentina de Ciencia Política, p. 302.

(4) Véase: COZ RAMOS; "*Transacciones sospechosas y el delito de lavado de dinero*", en: Themis, Segunda época. N° 35, 1997 p. 81. Por su parte: BERNAL CAVERO, Jorge Antonio; *El lavado de activos en la Legislación Peruana,* Lima, 2007, p. 66 sostiene que la represión del lavado de activos está: "Orientada a combatir la finalidad de esta actividad delictiva, esto es al entender que el lavado de activos se encamina hacia la búsqueda de una situación de disfrazamiento de los orígenes reales de los activos en cuanto al delito precedente y a los autores y participes de esos ilícitos. Esta conducta genera un estatus de supervivencia o favorecimiento, predominantemente a una organización criminal o en otros casos de sujetos no organizados; pero que en cualquier caso se trata de autores de actos delictivos graves, donde los actos de lavado, como una segunda etapa, son el medio para alcanzar la fase de agotamiento, es decir, el disfrute de las "ganancias" producidas por dichas acciones ilícitas, todo ello en un círculo de interdependencia de un sistema criminal donde los lavadores son eslabones de la misma cadena, entendiendo que la permanencia de ese estado de cosas no permite que la Administración de Justicia ejerza su poder punitivo, ni que el agraviado por una conducta cometida al ejecutarse el delito previo alcance una tutela judicial efectiva y por el contenido material de la conducta, simultáneamente es generadora de una repercusión en el orden socio económico del Estado."

(5) ESPINOZA, Manuel; *El delito de Narcotráfico*, p. 247.

podríamos agregar que las conductas propias de lavado de activos no sólo buscan ocultar o disfrazar el origen ilícito de los fondos o recursos provenientes de actividades delictivas como el narcotráfico o la defraudación tributaria, sino que también tienen como finalidad darles la apariencia de licitud a los mismos.

El delito de lavado de activos es considerado como un delito que pertenece al "Derecho penal moderno", y dicha conducta delictiva surge como consecuencia de las organizaciones criminales(6). La finalidad de las organizaciones criminales es optimizar las ganancias para el grupo o para un miembro del mismo, y el lavado de dinero consiste en la ocultación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular su origen ilícito.(7) La literatura y la doctrina suelen atribuir al negocio de las drogas ilegales –es decir el denominado narcotráfico– la necesidad de reciclar el dinero obtenido ilícitamente en circuitos legales(8).

El lavado de dinero es, básicamente, la conversión de bienes de origen delictivo con el propósito de dotarlos de una apariencia final de legalidad. Mientras tanto, el financiamiento del terrorismo es la provisión o recolección de fondos con la intención de que pueden ser usados en parte o en todo para llevar a cabo un acto terrorista(9).

---

(6) DÍAZ CABELLO, Jorge Luis; *"El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos"*, en: Actualidad jurídica, tomo 174, Mayo 2008, p. 126.

(7) PINTO, Ricardo M. Revista Argentina de Ciencia Política p. 298.

(8) SOBERON GARRIDO, Ricardo; *Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico,* Lima, 2000, p. 46.

(9) La propuesta de incorporación en el ordenamiento jurídico nacional del delito de financiamiento del terrorismo, con base a un sistema desdoblado en diversas expresiones de criminalización, constituye una respuesta que va acorde con los compromisos asumidos por el Perú a nivel de tratados internacionales, en especial la Convención Interamericana contra el Terrorismo (junio 2002) y surge de la experiencia nacional altamente enriquecedora en esta materia, pues el Perú vivió en carne propia las nefastas consecuencias del accionar terrorista. Por lo mismo, es de sumo interés para la política criminal nacional ofrecer construcciones legislativas técnicamente bien elaboradas y que respeten los estándares mínimos del derecho penal sustantivo (principios de legalidad, proporcionalidad, responsabilidad por el acto, etc.) como medio de prevención que satisfaga jurí-

dicamente los ámbitos de protección de los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados con los delitos de terrorismo, sin por ello causar menoscabo a los valores políticos criminales de necesidad de regulación, ponderación de respuesta, claridad expositiva y corrección en la redacción. La figura penal del financiamiento del terrorismo se presenta así como el instrumento jurídico penal de respuesta tanto al financiamiento interno como al internacional, dada la amplitud de rendimiento de la redacción propuesta, como a la consideración en la norma de variados supuestos que apuntan a cerrar los márgenes de impunidad.
El **Proyecto de Ley N° 2621/2008-CR**, propone adecuar la legislación interna a los compromisos internacionales que ha suscrito el Estado peruano en la lucha contra el financiamiento terrorista, logrando así sancionar la mera recaudación de fondos destinados a la realización de dichos actos, la misma que no está contemplada en nuestra normatividad interna. Para cuyo efecto, propone incorporar en el texto legal de la Ley **N° 27765, Ley de Lavado de Activos, el artículo 1-B denominado "Financiamiento del Terrorismo", que busca criminalizar y sancionar los actos de recolección de fondos y provisión de recursos financieros dirigidos al financiamiento del delito de terrorismo. Comprendiendo como modalidades agravadas el ofrecimiento de estímulos económicos para la realización de actos terroristas con el propósito de causar muerte o lesiones corporales. Así como cuando el agente tenga la calidad de funcionario público.**
El **Proyecto de Ley N° 3218/2008-CR** plantea corregir las deficiencias advertidas mediante el análisis del Decreto Legislativo N° 986, por lo que propone la supresión del último párrafo del artículo 6° de la Ley 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, modificado por el Decreto Legislativo N° 986. Para este efecto, señala que la norma que se sugiere derogar quebranta los presupuestos de la teoría del delito al considerar autor o partícipe del delito de lavado de activos a quien no participa en la conducta del lavado pero si es autor o partícipe de los delitos previos que han dado origen al lavado de activos. Esta sobrecriminalización que se halla en el último párrafo que el Decreto Legislativo ha anexado al artículo 6° de la Ley de Lavado de Activos, resulta desproporcionada.
En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Proyecto de Ley 2621/2008-CR, existen referencias normativas de carácter internacional que se consideran conveniente citar textualmente en el presente Dictamen, como antecedentes de la regulación del delito de Financiamiento del Terrorismo. En este sentido, véase lo siguiente: *"Como anota Alberto Bolívar: 'El terrorismo global, principalmente islámico, no ha disminuido sino que, por el contrario, su tendencia es a aumentar debido a los graves errores políticos y estratégicos que están cometiendo los EE.UU. y sus aliados'. (...). Este proceso se desarrolló de la siguiente manera. Primero, el 17 de diciembre de 1996, mediante Resolución 51/210, la Asamblea General de las Naciones Unidas demandó que los Estados 'adoptaran medidas para prevenir y contrarrestar, mediante medidas internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, ya sea que se hiciera de forma directa o indirecta, por conducto de organizaciones que tuvieran además o proclamaran tener objetivos caritativos, sociales o culturales, o que realizarán también actividades ilícitas, como*

el tráfico de armas, la venta de estupefacientes, y las asociaciones ilícitas, incluida la explotación de personas a fin de financiar actividades terroristas, y en particular a que se consideraran, en su caso, la adopción de medidas reguladoras para prevenir y contrarrestar los movimientos de fondos que se sospechara se hicieran con fines terroristas, sin impedir en modo alguno la libertad de los movimientos legítimos de capitales, y que intensificaran el intercambio de información acerca de los movimientos internacionales de ese tipo de fondos'. Posteriormente, a mediados de 1998, por iniciativa del Gobierno francés y con el apoyo del Grupo de los 8, se comenzó a gestar un acuerdo internacional, lo que fue respaldado por los ministros de Relaciones Exteriores de los países integrantes, al considerar que 'la prevención del financiamiento del terrorismo es una cuestión prioritaria que exige acciones inmediatas'. Un año después, Francia realizó negociaciones preliminares con tal objetivo y remitió un borrador de Convenio a las Naciones Unidas. Fue así que mediante Resolución 53/108, del 8 de diciembre de 1998, la Asamblea General de la ONU le encargó al Comité Especial de seguimiento creado con la Resolución de 1996, la redacción de un Proyecto de Convenio Internacional que regularía todos los aspectos relacionados con la prevención y represión de tales conductas. El trabajo realizado en base a los debates y propuestas del equipo de expertos se fue consolidando hasta alcanzar un texto definitivo, el cual fue luego remitido a la Secretaría General. Dicho documento fue finalmente aprobado por la Asamblea General, mediante Resolución A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999, convirtiéndose en el ***Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*** *de las Naciones Unidas. El mismo que entró en vigencia el 10 de abril de 2003 y aprobado por el Perú el 29 de octubre del 2001, mediante Resolución Legislativa N° 27544.* Del citado instrumento multilateral destacan de su articulado los siguientes: El artículo 2° del convenio establece dos tipos penales, señalando que comete delito el que, por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención que se utilicen, o a sabiendas que serán utilizados, en todo o parte, para cometer alguno de los delitos calificados como terroristas. Además, el artículo 4° establece el deber de cada Estado parte de tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva. Por consiguiente, pues, el Convenio internacional impulsaba a los Estados partes a incluir en sus sistemas jurídicos internos, medidas preventivas, penales y de asistencia mutua, para fortalecer, con ellas, el control e interdicción de todo circuito o fuente que pudiera ser utilizado para el financiamiento del terrorismo. Sin embargo, los entretelones del financiamiento y de los recursos involucrados en la realización de los atentados del 11 de setiembre de 2001, determinaron que la adopción de medidas extremas contra el financiamiento del terrorismo recuperara vigencia y urgencia. Y, en esa coyuntura, se aprueban dos documentos diferentes que han de fijar las coordenadas definitivas para toda acción preventiva y represiva de la financiación del terrorismo.

Tales documentos fueron los siguientes:

A. **La Resolución N° 1373, del 20 de septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,** la cual fue emitida fundamentalmente

Ahora bien, el "lavado de dinero", "lavado de activos", "blanqueo de dinero", "blanqueo de activos", "blanqueo de bienes", "blanqueo de capitales", "lavado de activos de origen delictivo", "reciclaje de dinero", etc., son todas formas de denominar el hecho de reintroducir en el mercado legal dinero proveniente de actividades ilícitas precedentes; y el objetivo es esconder el origen ilícito de los activos, y en el caso de la financiación del terrorismo, esconder que el destino del activo es promover un acto terrorista o ayudar económicamente a integrantes de una organización terrorista. En ambos casos, el agente activo dificulta la detección oportuna del activo y su incautación por las autoridades.(10) Empero, en el caso del delito de lavado de activos, el circuito por donde transitan los activos de origen ilícito suele ir desde la actividad delictiva generadora de los activos a la adquisición de bienes; en tanto que en el delito de financiamiento del terrorismo, los activos van desde su origen, delictivo o no, hacia una organización terrorista, que emplea dichos fondos para solventar sus gastos ordinarios y desarrollar actividades terroristas.(11)

De esta manera, el fenómeno del lavado de activos se definiría por la legitimación aparente del título relativo a bienes provenientes de la comisión de delitos(12). Así, siendo que el origen ilícito de las

---

con motivo de los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, por todos conocidos.

B. La Convención Interamericana contra el Terrorismo, la cual fue promovida por el Perú y aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 3 de junio de 2002. En el artículo 40 de esta Convención, y de manera menos detallada que otros documentos sobre la materia, se definían las medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo."

(10) TOYOHAMA ARAKAKI; *"La Investigación del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo"*, en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 21, Marzo 2011 Lima, p. 166.

(11) TOYOHAMA ARAKAKI; *"La Investigación del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo"*, cit., p. 168.

(12) La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha definido el delito de lavado de activos de la siguiente forma: *"El lavado de activos, o blanqueo de capitales como también se le denomina, consiste en la operación realizada por el sujeto agente para ocultar dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y su posterior vin-*

ganancias no desaparece (con la conducta concreta de blanqueo los bienes no quedan legitimados, sino que siguen siendo tan ilegítimos como antes de la operación), se efectúa una serie de actos dirigidos a lograr, sobre el dominio de tales ganancias de origen ilícito, una apariencia de legitimidad.(13)

Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito(14). En principio, se puede afirmar que se trata de un blanqueo de dinero o de bienes que tenga su origen en un delito. Por lo tanto, el tipo objetivo consiste en transformar el dinero o los bienes provenientes de un delito y darle una apariencia lícita"(15). En el fondo se trata de operaciones que tienden a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o el dinero, de manera que entren al mercado como si fueran lícitos"(16).

---

culación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos. Lo anterior significa que dicha conducta típica puede ser realizada por cualesquier persona a través de uno cualquiera de los verbos rectores relacionados en la norma -adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar, administrar- ***bienes provenientes de los delitos de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, o relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, así como también del tráfico de armas y comportamientos delictivos contra el sistema financiero, la administración pública y los vinculados con el producto de los ilícitos objeto de un concierto para delinquir –conductas estas últimas adicionadas en la nueva normatividad y que no aparecían descritas en el precepto derogado–, como también lo fueron las actividades de tráfico de migrantes y trata de personas por el Art. 8° de la Ley 747 de 2002;*** *darle apariencia de legalidad o legalizar tales bienes, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación o destino, movimiento o derechos sobre los mismos; o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito".* (Negrillas fuera del texto), Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación penal, sentencia del 5 de octubre de 2006 M.P. Mauro Solarte Portilla.

(13) ALPACA PÉREZ, Alfredo; *"Algunos Argumentos a Favor de la Libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de* activos", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 21, marzo 2011 Lima, p. 38.

(14) Véase: Acuerdo Plenario N° 03-2010 expedido por la Corte Suprema de la República del Perú. Fecha 16 de Noviembre del 2010.

(15) DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III,* Buenos Aires, 2000, p. 539.

(16) DONNA, 2000, p. 540.

El reciente Acuerdo Plenario N° 7-2011 emitido por la Corte Suprema del Perú, denominado "Delito de lavado de Activos y medidas de coerción reales", en el considerando 8, tiene dicho en relación al concepto del lavado de activos lo siguiente: *"El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente".* Luego agrega el citado Acuerdo Plenario, en el considerando 9 lo siguiente: *"Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales actos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión– que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa".*

Ahora bien, el dinero ilegal se "lava" en atención a los problemas contables, tributarios y criminalísticos que para los traficantes de drogas genera el hecho de tener que realizar todas sus operaciones de comercio de sustancias fiscalizadas en dinero en efectivo, que, por lo demás, casi siempre se materializa en moneda de baja denominación[17]. Las drogas no pueden pagarse a través de títulos valores o tarjetas de crédito que obligarían al traficante a registrar su identidad y ubicación. Pero el hecho de la venta en efectivo le produce el problema de cómo explicar la procedencia de sus ganancias y su repentina fortuna o mejora económica. En consecuencia, pues, para que dichas ganancias o bienes de procedencia ilegal, puedan salir al mercado y registrarse económica y tributariamente, se requiere rea-

[17] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *El Delito de Lavado de Dinero en el Perú*, en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_63.pdf

lizar diferentes operaciones y transacciones que les vaya otorgando legalidad aparente y formal. Ese proceso es lo que se conoce como lavado de dinero.

La tipificación y la sanción del delito de lavado de activos intenta proteger a los Estados de la acción de organizaciones criminales que tienen vínculos con el tráfico ilícito (de droga) 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, al afectar gravemente, a la vez que la legalidad de las normas de procedimiento que distinguen a sus intenciones, la legitimidad social en que se sustentan estas últimas[18].

En el lavado de activos se parte siempre de una situación en que la comisión del delito previo ha redundado en un incremento de la capacidad económica del autor, aunque tales ganancias corren el peligro de echarse a perder si se descubre cuál es la procedencia de los bienes. En consecuencia, solo las conductas idóneas para generar este efecto de consolidación por medio de la ocultación del origen realizan el tipo de lavado de activos. Así, para el potencial autor de delitos graves sería un importante incentivo *ex ante* el saber que, una vez consumado el delito, iba a poder recurrir a la ayuda de terceras personas que, libremente, le ayudaran a mantener o, incluso, a incrementar las riquezas obtenidas en la comisión del delito previo, eliminando o reduciendo el peligro de pérdida que pesa sobre ellas[19].

Las figuras penales varían, pero el objetivo es el mismo: prevenir y/o evitar el conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran incorporar al producto bruto nacional de cada país, de forma transitoria o permanente, los recursos, bienes y servicios que se originan en actividades delictivas. Cuando importantes sumas de dinero en efectivo son transferidas de un Estado a otro en forma

---

(18) PINTO, Ricardo M.; en: *Revista Argentina de Ciencia Política*, p. 304.

(19) RAGUES I VALLES, Ramón; *"Lavado de Activos y Negocios Standard. Con especial mención a los Abogados como Potenciales Autores de un Delito de Lavado"*, cit., p. 648.

subrepticia, lo que provoca es la fuga de capitales descontrolados, y sabido es que, en muchos casos, la tentación de captar flujos de capitales generadores de riqueza –sin indagar su origen ni procedencia- es de alguna manera muy grande. Ello alcanza, además, a un problema ético político, pues en un *Estado de derecho* no se debería admitir el crecimiento de la economía con capitales de apariencia legítima pero de verdadero origen espurio[20].

Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento, se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuya de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito[21].

La gran discusión en la doctrina del Derecho comparado es si el delito de lavado de activos es una figura accesoria, en el sentido de aprovechamiento o favorecimiento del delito fuente, o si se trata de un agotamiento del mismo. Esto quiere decir que el sujeto activo del delito no solo realiza todos los elementos del tipo, sino que además consigue la pretensión que perseguía al realizarlos.[22]. En este contexto, al autor del delito previo le resultan sumamente útiles aquellas conductas que contribuyen a una consolidación de la capacidad económica conseguida. Este efecto de consolidación se alcanza con las acciones que tienen al mantenimiento de las ganancias alcanzadas desvinculándolas de su origen delictivo (actos de ocultación o encubrimiento).[23]

---

[20] PÉREZ, p. 14.

[21] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón; "*Lavado de Activos y Negocios Standard. Con especial mención a los Abogados como Potenciales Autores de un Delito de Lavado*", p. 647.

[22] LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luís; "*La Falta de Determinación del Delito Fuente en la Ley Contra el Lavado de Activos*", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 30, diciembre 201, Lima, p. 157.

[23] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón; "*Lavado de Activos y Negocios Standard con Especial Mención a los Abogados Como Potenciales Autores de un Delito de Lavado*";

El panorama inicial se podía apreciar en lo expuesto en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2202-2003- Callao, que señaló: *"Con anterioridad a la ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco solo se reprimía el blanqueo procedente del delito de tráfico ilícito de drogas, ocasión en que dicha figura se ubicó sistemáticamente en la sección referente al tráfico ilícito de drogas"*. Dicho criterio fue superado debido al desarrollo de la dogmática penal, que consideró que el delito de lavado de activos no necesariamente podía tener su origen en dinero o activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, sino también de otro tipo de delitos que por su naturaleza generaban importantes cantidades de dinero.

Por ello, incluso desde los instrumentos jurídicos internacionales, se empezó a considerar que los delitos generadores de los activos materia de lavado, podían ser también el tráfico de armas o el secuestro, la extorsión, la estafa, entre otros, que producen activos en grandes cantidades[24].

Al respecto, en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, sobre delito de lavado de activos y medidas de coerción reales, en el considerando 14°, se ha dicho lo siguiente: *"Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos. A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito*

---

en: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales; Homenaje a Claus Roxin, 2011, p. 648.

(24) TOYOHAMA ARAKAKI; "*La Investigación del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo*" cit., p. 164.

de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo".

El delito de lavado de dinero se desarrolla usualmente mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro del origen ilícito de los recursos. En el delito de lavado de activos, la protección no se presenta respecto de los titulares de los derechos sobre los bienes de procedencia delictiva, sino de las condiciones del tráfico de los bienes en el mercado. Mientras que la receptación, encuentra su desvalor penal específico en el hecho de reducir o suprimir las posibilidades de ubicación y devolución de los bienes despojados ilegalmente[25]. El lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y financiero por cuanto estos servicios dependen de la percepción de profesionalidad y estándar ético que de ellas tengan sus clientes[26]. La configuración del delito de lavado activos requiere solamente que tanto los actos de conversión o transferencia como los actos de ocultación o tenencia se enmarquen en un proceso dirigido a lavar activos de procedencia delictiva[27].

Tenemos que decir que el Perú no es un país que se pueda considerar un paraíso para el lavado de dinero. Primero, porque nuestro sistema financiero no es atractivo, no tiene la dimensión, velocidad o tecnología que se requiere para ello; pero además, porque somos un país en el que el acento está puesto básicamente en la fase de producción y transformación primaria de la droga. Sin embargo, también es verdad que aquí se lava dinero en la medida en que hay organiza-

[25] GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal Económico. Parte Especial,* Lima, 2007, p. 491.

[26] PINTO, Ricardo M., Revista Argentina de Ciencia Política, p. 301.

[27] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 495.

ciones vinculadas al tráfico de drogas que operan en el territorio nacional, pese a lo cual, curiosamente, no hay un solo caso en el que se haya producido una sanción judicial por este tipo de actividades[28].

Asimismo, debemos tener en consideración que lo que allana el camino para el lavado de activos es el nivel de informalidad que impera en el sistema económico del país. "Entre el 50% y 60% de la actividad económica es informal y deja el camino abierto para lavar activos; esta informalidad crea un ambiente permisivo para lavar todo ese dinero, ya que se requiere de más de una persona para blanquearlo, y de muchas otras para enviarlo al extranjero"[29].

Si bien Perú no es miembro del GAFI, sí forma parte de su versión sudamericana, el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos o GAFISUD (que a su vez es miembro asociado del GAFI), formado en el año 2000 mediante el memorando de entendimiento de sus Estados miembros. El GAFISUD está formado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, México, Costa Rica y Panamá. Entre sus objetivos, señala que está *"reconocer y aplicar las 40 recomendaciones del Grupo de acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales y las recomendaciones y medidas que en el futuro adopte el GAFISUD"*.[30]

El Acuerdo Plenario tres-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis, remarca una serie de indicios razonables que pueden verificarse, a efectos de acreditar la materialidad del delito de lavado de activos. Así, menciona como tales: i) La adquisición de bienes sin justificar ingre-

---

[28] UGAZ, José, Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico, Lima CAJ, 2000, p. 90.

[29] MIRELL, Flavio; *Director de la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito. Diario El Comercio. Edición del 12 De Mayo de 2014.* p. A14.

[30] WINTER ETCHEBERRY, Jaime; *"La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo"*, en: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima, p. 113.

sos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados con relación a la actividad desarrollada, etcétera. ii) La utilización de identidades supuestas o testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales, cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera. iii) La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; iv) La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o las anómalas operaciones detectadas.

Finalmente, debemos señalar que el Gobierno peruano ha expedido el Decreto Legislativo N° 1106 de fecha 18 de Abril 2012, donde incorpora –o mejor dicho reformula– algunos aspectos sustantivos de la conducta típica y, obviamente, aspectos procesales de la persecución del lavado de activos. La razón de expedición del citado Decreto Legislativo, en cuanto a la línea político-criminal del Estado, lo podemos encontrar en la propia Exposición de Motivos del reciente Decreto Legislativo N° 1106 que ha dicho, en relación al delito de lavado de activos, lo siguiente:

> *"Que, actualmente asistimos a un preocupante incremento de la criminalidad vinculada con las actividades de minería ilegal, las cuales además de dañar gravemente el ecosistema, la vida y la salud de las personas, representan también una considerable desestabilización del orden socio económico, pues estas actividades ilícitas se encuentran estrechamente ligadas con el blanqueo de activos o de capitales, que buscan dar una apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo e introducirlos indebidamente al tráfico económico lícito;*
>
> *Que, el lavado de activos se convierte hoy en un factor que desestabiliza el orden económico y perjudica de manera grave el tráfico comercial contaminando el mercado con bienes y recursos de origen ilícito; Que, sin perjuicio de otros delitos de es-*

pecial gravedad e incidencia social, las actividades de minería ilegal representan una considerable fuente del delito de lavado de activos que actualmente constituye uno de los fenómenos delictivos más complejos del Derecho penal económico y es, sin duda, uno de los más lesivos del orden jurídico-social, por lo que la lucha del Estado contra estas actividades ilícitas debe abordarse de forma integral, tanto en un plano de prevención, como de represión;

Que, la legislación actual sobre lavado de activos requiere innegablemente perfeccionarse tanto en términos de tipicidad como de procedimiento, el cual debe caracterizarse por contener reglas que faciliten y viabilicen la efectiva persecución penal y eventual sanción de los responsables de estos delitos;

Que, es necesario que el Estado cuente con los instrumentos legales que coadyuven a la lucha contra la criminalidad en sus diversas formas, dentro de la cual se insertan, con particular incidencia, las actividades de minería ilegal, lo que justifica indiscutiblemente establecer una nueva normatividad sustantiva y procesal para la lucha contra el delito de lavado de activos y otros delitos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado".

En el Derecho comparado podemos citar el caso de la Argentina, en el art. 278 del Código Penal que sanciona a quien "convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. En los casos en que no se alcance tal cifra, este precepto remite al art. 227 del mismo texto legal, que castiga como encubrimiento, entre otras, las conductas consistentes en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito (art. 277.1.c CPA) o en asegurar o ayudar al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito (art. 277. 1. e CPA)".

De forma similar, en España se castiga como constitutiva de delito la conducta de quien "adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos" (art. 301.1 CPE), añadiéndose a los anteriores comportamientos "la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos" (art. 301.3 CPE). Disposiciones muy parecidas existen en otros países, como es el caso, por ejemplo, del s 261 del StGB alemán o de las secciones 1956 y 1957 del *U.S. Code*[31].

En cuanto a la autoría del delito de lavado de activos, en la versión peruana, debemos decir que estamos ante un delito de naturaleza común o de sujeto activo indeterminado, por más que el sujeto activo se encuentre inmerso de una estructura compleja de criminalidad organizada de tipo empresarial o de cualquier otra índole. De esto da cuenta el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema, que prescribe lo siguiente:

> *"Ahora bien en cuanto a la autoría del delito de lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito de tres etapas sucesivas conocidas como colación, intercalación e integración, la ley penal no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones del lavado de activos".*

(31) RAGUÉS I VALLÉS, Ramón; "*Lavado de Activos y Negocios Standard con Especial Mención a los Abogados Como Potenciales Autores de un Delito de Lavado*"; en: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin, 2011, Córdoba, p. 622.

Ahora bien, debemos advertir que dentro de la redacción típica de algunos delitos del Código Penal peruano –obviamente, también las leyes penales especiales– encontramos la necesidad de un delito acontecido previamente, "*cuyo origen ilícito conoce o puede presumir*"[32], "*de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito*"[33], para que pueda configurarse otro delito, el subsiguiente. Abrams y otros autores angloamericanos procedieron a utilizar su tesis, entre ellos Husak, quien sin embargo se mostró bastante crítico[34], éste último señaló que los "*ancillary offenses*", siempre se caracterizan por que hay dos conductas en relación, señalando como ejemplo por el delito de encubrimiento, aunque a mi juicio podría aquí admitirse también al delito de lavado de activos. Husak señala que esta clase de delitos aun serán más comunes, y que si bien no encuentra fundamento para la punición de esta clase de conductas, sin embargo –analizando la realidad– se puede apreciar con bastante claridad este fenómeno que acontece en el mundo criminal.[35]

---

[32] Artículo 1 del Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. Decreto Legislativo N° 1106 "*el que adquiere, utiliza, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la república o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias,* ***cuyo origen ilícito conoce o puede presumir****, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, (...)*".

[33] Artículo 194 del Código Penal Peruano de 1991 sobre el delito de receptación: "*...el que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar* ***un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito****, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años con treinta a noventa días multa*".

[34] Cfr. HUSAK, Douglas. Overcriminalization: The limites of the criminal law. Oxford University Press, 2008. [ubicado el 25.V 2015]. Obtenido en https://books.google.com.pe/books?id=C1PYUvjsPcMC&pg=PA40&lpg=PA40&dq=ancillary+offenses+of+douglas+husak&source=bl&ots=tz7HnQsuw1&sig=klqdUL-1v0O7_gurFKRXty968fw&hl=es&sa=X&ei=9bSCVcKVL8GUNpHCjpAI#v=onepage&q=ancillary%20offenses%20of%20douglas%20husak&f=false, p. 12.

[35] Cfr. HUSAK. Douglas. Overcriminalization: The limites of the criminal law. Oxford University Press, 2008. [ubicado el 25.V 2015]. Obtenido en https://books.google.com.pe/books?id=C1PYUvjsPcMC&pg=PA40&lpg=PA40&dq=anc

En cuanto a la dogmática española, encontramos a Molina Fernández cuando analiza, por ejemplo, el bien jurídico del blanqueo de capitales. El enuncia su teoría de la "participación-amplia-coordinada-genérica-de una dirección". El autor muestra una relación muy estrecha entre los bienes jurídicos de dos delitos que acontecen en momentos diferentes. Define a los intervinientes del hecho siguiente dentro de una "ampliación de la teoría de la participación" respecto del hecho previo, y al hecho siguiente en sí mismo como un "tipo de participación". Trata de comparar los tipos penales con las características de los "delitos permanentes", pretendiendo extender esta modalidad jurídico-penal a supuestos en los que no se ha estudiado su presencia(36).

La *subsecuencia delictiva* ha sido propuesta aquí en la doctrina nacional por Balmaceda Quirós en su libro titulado "Delitos conexos-subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia Delictiva"(37), como respuesta a que en la realidad existen ciertos delitos tipificados que necesitan para su configuración la existencia de un delito previo. Y que a pesar de ser varios los tipos penales regulados (por ej. receptación, encubrimiento, etc.) no se puede explicar todo ese fenómeno delictivo, considerando que ni la política criminal ni la dogmática han emitido una respuesta de por qué se tipifican estos delitos. Tampoco las leyes especiales brindan un argumento fuerte de qué es lo que se quiere lograr con ellas, y considerando que el Derecho penal tiene algunos principios rectores como lo es el de *ultima ratio* (mínima intervención). En consecuencia, el delito de lavado de activos forma parte del grupo de supuestos delictivos de la llamada teoría de

---

illary+offenses+of+douglas+husak&source=bl&ots=tz7HnQsuw1&sig=klqdUL-1v0O7_gurFKRXty968fw&hl=es&sa=X&ei=9bSCVcKVL8GUNpHCjpAI#v=onepage&q=ancillary%20offenses%20of%20douglas%20husak&f=false, pp. 145-200.

(36) Cfr. MOLINA FERNANDEZ. *Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre el bien jurídico problemático y a la vez aproximación a la "participación" en el delito.* En Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 91-111.

(37) Véase BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando. *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio a la subsecuencia delictiva,* Barcelona, Atelier, 2014.

la *subsecuencia delictiva* porque dentro de su estructura tiene y debe incorporarse el delito fuente o previo –ya sea de forma intensa o relativa, ya sea en el mismo proceso donde se esté juzgando el lavado de activos o en otro proceso judicial donde se esté juzgando el delito fuente–, como base para acreditar la configuración luego de los actos de "conversión-transformación-tenencia-ocultamiento-transporte" de los activos ilícitamente obtenidos, esto que configura el delito de lavado de activos.

II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO DEL LAVADO DE ACTIVOS

Rosas Castañeda señala que una de las características del fenómeno del blanqueo de capitales es su internacionalidad, pues sobrepasa las fronteras nacionales de los Estados e implica su desarrollo en otros, con los cambios de soberanía y jurisdicción que ello conlleva. Esta delincuencia internacional que utiliza sus ramas de actividades en diversos países, es un fenómeno propio de nuestra actualidad. La característica de la internacionalización está relacionada con la propia naturaleza de los bienes o servicios que constituyen el objeto del delito, cuyo lugar de origen puede encontrarse a enorme distancia de sus destinatarios finales[38].

Por otro lado, Rosas Castañeda nos dice que el delito de blanqueo de bienes tiene como una de sus características la de ser un delito internacional, y así exige un tratamiento profesionalizado. Se dice que las técnicas y los procedimientos de blanqueo deben ser necesariamente sofisticados en el sentido de que pueden eludir la acción de los Estados que las combaten, y deben cambiar y evolucionar continuamente, a medida que los organismos encargados de su represión van identificando y neutralizando las vías existentes.[39]

---

[38] ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio; *La prueba en el delito de lavado de activos*, Lima, 2016, pp. 30-31.

[39] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 32.

En este contexto, estas estructuras criminales no actúan de forma aislada. Rosas Castañeda afirma que, de acuerdo con esto, las organizaciones criminales se estructuran a través de una coordinación y subordinación, o entre familias y carteles empeñados en ámbitos delictivos de las más diversas índoles que se extienden por todo el mundo, lo que favorece el establecimiento de las denominadas "redes corporativas" de apoyo logístico mutuo. Las más modernas estructuras criminales no suelen actuar de forma aislada[40].

Otro aspecto a destacar del fenómeno del lavado de activos es su carácter mutable. Hay dos aspectos relevantes del mundo globalizado que producen constantes cambios en la metodología del delito bajo análisis: la tecnología y la corrupción. La primera, en su avance galopante, es utilizada por los sectores del crimen organizado con todo el potencial que los recursos económicos le permiten; con respecto a la corrupción, los noventa tuvieron la particularidad de disimular bajo los rótulos de la nueva economía, los negocios fáciles que dibujan coimas, retornos, fraudes corporativos y cohecho, donde el éxito es medido en función del resultado económico, donde pequeños pero poderosos grupos políticos y económicos arrastraron a sociedades de distintos países a las peores condiciones de indignidad, traficando con el hambre y la muerte de sus ciudadanos[41].

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EN EL CASO DEL "CRIMEN ORGANIZADO" EN EL TEMA DE LAVADO DE ACTIVOS

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido hasta ahora tan solo algunos pronunciamientos importantes sobre el tema de lavado de activos. Así, en la muy polémica STC de 06-11-2009 (caso Abanto Verástegui), el Tribunal declaró fundado un recurso de habeas corpus de quien venía siendo investigado por delito de lavado de activos, pues la investigación fiscal habría sido arbitraria.

---

[40] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 33.

[41] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 34.

Por otro lado, una sentencia el Tribunal Constitucional (STC de fecha 12 de Agosto de 2010, en el Exp. N° 02663-2009-PHC/TC, en el caso "Edwin Walter Martínez Moreno"), ha dicho que el Recurso de Agravio puede proceder de manera excepcional cuando se trata de Vulneración del Orden Constitucional (artículo 8° de la Constitución). Efectivamente, corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, para lo cual debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos a fin de evitar que, por "defecto", se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de "constitucionalidad", en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o, bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho.

En el considerando noveno del citado fallo, el Tribunal Constitucional ha dicho que: *"Por ello, este Colegiado considera que, en aplicación del artículo 201° de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la misma, es competente para revisar, vía RAC, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución".*

Por último, el Tribunal Constitucional, en el mismo fallo, ha dicho en el considerando décimo, lo siguiente: *"En el presente caso, el análisis del tema de fondo, planteado en autos, pasa por analizar cómo se vincula la pretensión contenida en la demanda, con el contenido de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, el mismo que expresamente establece que El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas.* Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201° de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del

orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado peruano ha asumido en relación al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general".

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional (STC de fecha 11 de agosto de 2010, Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, en el caso "Alexander Mosquera Izquierdo"), ha dicho que considera que la tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar no supone la exclusión del demandante de la investigación, sino que actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal en su fase preliminar, lo que corresponde es la reparación *in natura* por parte del Ministerio Público, que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento sobre el fondo del asunto que suponga la conclusión de la investigación prejurisdiccional, bajo responsabilidad. Ahora bien, como es obvio, dicho pronunciamiento atendiendo a las facultades constitucionales y legales del Ministerio Público, puede materializarse sea en la formalización de la denuncia o sea en el archivo definitivo de la investigación, etc.

En el considerando quince, ha dicho que: *"Finalmente, cabe recordar que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado. Es por ello, que la obligación constitucional del Estado peruano, prevista en el artículo 8° de la Constitución, de prevenir y sancionar este tipo de ilícitos no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas [y sus derivaciones], con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes*

para ello (Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC). En ese sentido, a fin de concretizar esta obligación constitucional de prevenir y sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas y sus derivaciones, y estando a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CP Const., este Tribunal considera que en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada –independientemente del plazo– para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá concedido por las instancias judiciales".

Finalmente en el considerando dieciséis, el Tribunal Constitucional, ha señalado que *"La presente postura jurisprudencial se sustenta no solamente en la obligación constitucional impuesta por el artículo 8° de la Constitución, sino también en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. En tal sentido, resulta importante destacar que en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, el Estado asumió la obligación de considerar como delito todas aquellas actividades vinculadas al cultivo, producción y distribución de estupefacientes para usos no admitidos por la Convención, enfatizando que a los infractores se les debe castigar con penas privativas de la libertad. De manera similar, en virtud del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, el Estado se comprometió a realizar acciones preventivas y represivas contra el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas contenidas en las listas anexas a dicho convenio. Asimismo, por imperio de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, el Estado se obligó a tipificar como delitos la producción, distribución y comercialización de la adormidera o amapola, la hoja de coca, el cannabis y cualquier otro estupefaciente. Cabe resaltar que esta última convención también atribuye carácter delictivo a la organización, gestión o financiación de las actividades antes mencionadas, así como a la conversión o transferencia de bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito".*

IV. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS[42]

Hay casi consenso en los autores al señalar que el lavado de activos es un proceso; es decir, a diferencia de mayoría de delitos, este no se da en un solo momento, sino que su ejecución se efectúa a través de una serie de etapas concatenadas entre sí[43]. Estas son:

---

[42] En el considerando octavo del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, sobre delito de lavado de activos y medidas de coerción reales, se menciona: *"El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente (...). 9°. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales activos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado.* ***Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión-*** *que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa. En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó".*

[43] DÍAZ CABELLO, Jorge Luis; *"El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos"*, en: Actualidad jurídica, tomo 174, Mayo 2008, p. 128. De la misma manera: BLOSSIERS HUME, Juan José; *Lavado de Activos*, Lima, 2004, pp. 109 y 113 cuando sostiene que: "El lavado de dinero tiene lugar en tres etapas: En la inicial, o etapa de colocación, el lavado de dinero dispone de los productos en efectivo originalmente derivados del crimen, ya sea insertándolos directamente dentro del sistema financiero o moviéndolos a otro lugar. En la etapa de estratificación, el lavador de dinero intenta separar los productos ilegales de su procedencia ilícita sometiéndolos a una serie de transacciones financieras (tanto de conversiones como de movimientos). El lavador espera con eso no solo hacer la conexión más difícil, sino imposible de detectar. La última etapa de integración es donde el lavador crea la justificación o explicación que parece legitima para los fondos lavados y los materializa dentro de la economía legitima como inversiones o por medio de adquisiciones de bienes, que pueden ser inmuebles utilizando testaferros, joyas a nombre de terceras personas, flota de vehículos, etc. En términos simples, el lavador de dinero es un comerciante cuya meta es maximizar sus ganancias para proveer un servicio financiero mientras minimiza el riesgo para él y sus clientes. Sin embargo,

1. La colocación

La fase inicial y más vulnerable del lavado de activos es la colocación. El objetivo consiste en introducir los ingresos ilegales en el sistema financiero sin atraer la atención de las instituciones financieras o las autoridades de aplicación de ley. Las técnicas de colocación incluyen, por ejemplo, la estructuración de los depósitos en moneda en sumas que evadan las exigencias de presentar informes o la combinación de depósitos en moneda de empresas legales e ilegales(44).

La fase de colocación consiste en desprenderse materialmente de fuertes sumas de dinero de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad del titular o titulares. Es la etapa en que los delincuentes se deshacen físicamente del efectivo correspondiente a las ganancias resultantes de actividades ilegales(45). Por razones de seguridad, estas cantidades de dinero se depositan en instituciones financieras tradicionales o no tradicionales o se desplazan al extranjero, en donde la acumulación de grandes cantidades de dinero pueda pasar más desapercibida(46).

Rosas Castañeda califica que "...esta fase como la más importante dentro del proceso de identificación del lavado de activos, pues, es cuando se manejan las mayores cantidades de dinero en efectivo, por lo que se busca evitar los controles legales del poder estatal a través de su ingreso al sistema económico legal. En estos casos los

---

como el lavador provee un servicio ilegal, debe usar versiones modificadas de técnicas comerciales legítimas, que dominan los especialistas en movimientos bancarios, financieros y empresariales, exportadores e importadores, con una red de secuaces, que coadyuvan porque también se benefician y enriquecen, recibiendo del intermediario que es el que trata los acuerdos con los "caballeros mafiosos".

(44) DURRIEU, Roberto, *El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 21.

(45) PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal, tráfico de Drogas y Lavado de Dinero*, tomo IV, Lima, p. 414. ARBULÚ RAMIREZ, José Antonio; *Derecho Administrativo sancionador en la Prevención del lavado de Activos*, Lima, 2015.

(46) GARCÍA CAVERO, 2007, p. 457.

ingresos son depositados generalmente de manera fraccionada - v. gr. pitufeo- para no levantar sospechas de ilicitud en los órganos de control. Así, por ejemplo, depósitos en Lima; desde distintas partes del país, los ingresos de dinero en casinos"[47].

Queda claro, como señalan los especialistas, que la fase de colocación es el momento más difícil para los lavadores de activos, pues es en esta etapa en la que el dinero sucio es más abundante y fácil de detectar por parte de las autoridades, debido a lo cual dependerá de la sagacidad del delincuente su alejamiento de la ilícita fuente generadora, ya sea transfiriéndolo de un lugar a otro o de algún otro modo que no despierte sospechas.[48]

2. El ensombrecimiento

La etapa del ensombrecimiento consiste en ocultar el origen de los bienes ilícitos colocados mediante la realización de numerosas transacciones financieras o similares. El "lavador" busca confundir a través de las distintas transacciones del sistema financiero, separando los ingresos de origen ilícito de su fuente, mediante la creación de complejas transacciones financieras diseñadas para burlar controles de auditoría y alcanzar anonimato[49].

El origen de los activos colocados se intenta ocultar mediante la realización de múltiples transacciones que hacen difícil un seguimiento completo de los bienes y, por tanto, su detección como activos de procedencia ilícita[50]. En este estadio, conocido también como de estratificación o mezcla con fondos de origen legal, de intercalación o de ensombrecimiento, una vez introducido el dinero en el sector financiero, el lavador procura que el rastro del dinero

---

[47] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 54.

[48] BERNAL CAVERO, Jorge Antonio; "*Las Etapas del Proceso de Lavado de Activos*", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 17, Noviembre 2010 Lima, p. 55.

[49] PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 414.

[50] GARCÍA CAVERO, 2007, 2007, p. 458.

no sea fácil de seguir por auditores, fiscales, jueces y autoridades en general[51].

Según Lamas Puccio, quien lo llama Decantación, en esta fase generalmente se transfiere el dinero o capitales de un paraíso financiero a otro, sometiendo el dinero a un largo recorrido que por lo general solo aparece en las pantallas de las computadoras, en razón a que las operaciones o transacciones financieras actualmente son digitalizadas. Se le hace recorrer a través de distintos países y por varios bancos, haciendo uso de cuentas a nombre de varias personas[52].

3. La integración

La integración consiste en desviar los fondos blanqueados a organizaciones legítimas que no tienen una vinculación aparente con las organizaciones criminales. En otras palabras, la integración consiste en proporcionar una aparente legalidad a los ingresos derivados de actividades delictivas[53]. La introducción de los bienes en la economía legal se hace otorgando una apariencia de legalidad a través de la forma de inversiones normales, créditos o reinversiones de ahorros[54].

Aquí en esta etapa no hay evidencias materiales que susciten nexos operacionales, no solo en lo que respecta al origen del dinero o capital lavado, sino que han desaparecido los nexos entre las distintas etapas por las que han transcurrido las operaciones de legitimación[55].

---

(51) HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A.; *"Lavado de activos: caracteristicas generales y su tipificación penal en Colombia"*, en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima, p. 212.

(52) LAMAS PUCCIO, Luis; *Lavado de Activos y operaciones financieras sospechosas,* Lima, 2016, pp. 99-100.

(53) PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 414.

(54) GARCÍA CAVERO, 2007, p. 459.

(55) LAMAS PUCCIO, 2016, pp. 99-100.

Además, debemos agregar que la única forma de poder encontrar algún punto de responsabilidad penal respecto del autor en esta fase de "integración" (ocultamiento-tenencia), es que dichos actos estén debidamente enlazados previamente –si quiera indiciariamente- con los actos de "colocación"-"intercalación" (conversación-transferencia); es decir, que el objeto material del delito (dinero-bienes-ganancias-efectos) sea en todo caso el mismo en términos jurídicos-penales (lavados) en todo el proceso de lavado que hemos mencionado, aunque en términos físico-materiales hayan sufrido las transformaciones necesarias para que no sean decomisados-incautados por las autoridades.

Ello, porque definitivamente el objetivo de todo lavador de activos no sólo es convertir-transformar los objetos materiales del delito previo, sino que es finalmente disfrutar tranquilamente de todos los beneficios (económicos) que acarrea que el objeto material no sea incautado-decomisado.

En definitiva, como se habrá podido advenir, todos los verbos rectores del Decreto Legislativo 1106, y aun con la última reforma producida por el Decreto Legislativo N° 1249, han sido construidos «ideográficamente»; vale decir, no pueden ser interpretados en su sentido literal, pues cada uno de ellos representa precisamente las conductas que se realizan en cada una de las tres etapas: colocación, ensombreseimiento e integración.

V. DIVERSAS TEORÍAS QUE EXPLICAN EL CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL LAVADO DE ACTIVOS

1. Tesis sobre la Salud Pública

Anteriormente, el delito de lavado de activos aparecía formalmente como parte de aquellas conductas que habían sido criminalizadas por resultar negativas para la salud pública[56]. Por consiguien-

[56] Véase en este sentido: PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 436. Este autor señala que "Sin embargo, de "lege lata", el bien jurídico tutelado es la salud pública".

te, también desde los documentos internacionales que promovieron la penalización autónoma del lavado de activos, quedaba clara la distinción de que dicha conducta no constituía, en sí misma, ningún supuesto delictivo directo o periférico del tráfico ilícito de drogas. Prueba de ello fue que el Convenio Europeo de la materia de 1990 declaró, expresamente, como punible toda operación de lavado de activos ilegales sin tomar en cuenta la derivación o conexión de tales actos con un delito precedente determinado o con el bien jurídico que este debió lesionar para generar el capital ilícito lavable.

Por consiguiente, la criminalización del reciclado de capitales no es, en modo alguno, la única medida contenida en la Convención de Viena. Cierto es que este ha sido el primer documento internacional en el que se ha exigido a los Estados que regulen la prohibición de este género de comportamientos; pero el castigo del blanqueo previsto en el Convenio –si y solo si aquellos proceden del mercado de drogas– no es considerado en él más que como una técnica, entre otras muchas, dirigida a combatir este tráfico. En nuestra anterior legislación el bien jurídico tutelado era la salud pública.

2. Tesis de la Administración de justicia

Otro sector cada vez más minoritario señala al lavado de activos como un delito que atenta contra la "Administración de justicia". Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Bottke propone esta opción: "Blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de *producta et instrumenta celeris*. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, como de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito, supone el fracaso penal"[57].

[57] BOTTKE, p. 12.

La afectación a la administración de justicia es tan evidente que son varios los autores que consideran a éste uno o dos de los bienes jurídicos protegidos por el delito de blanqueo autores encontramos a Aranguez Sánchez[58], Blanco Cordero[59], Gómez Pavón[60], Bacigalupo Zapater[61] y Palma Herrera[62].

Habrá que mencionar que el Acuerdo Plenario N° 03-2010 señala que el bien jurídicamente protegido en el lavado de activos es la eficacia en la administración de justicia y, para hacerlo, primero veamos lo que dicen los magistrados al referirse a esta tesis: «(...) Si enfocamos únicamente el lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos *del delito (...)*[63].

---

(58) ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos; '*El delito de blanqueo de capitales,* Marcial Pons, Madrid 2000, p. 94. Este autor reconoce que la administración de justicia puede ser uno de los valores jurídicos afectados por el blanqueo. Sin embargo, finalmente, se inclina por entender que el delito en cuestión es uni-ofensivo y que protege, principalmente, al sistema socio-económico o la libre y justa competencia.

(59) BLANCO CORDERO, *'El delito de blanqueo de capitales'*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 164. Este autor considera que el delito de blanqueo es multiofensivo, ya que resguarda en todos los casos a la administración de justicia y en algunos casos también al régimen socio-económico.

(60) GOMEZ PAVÓN, *'El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento'* (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, N° 53, 1994) 211-212. Para este autor el delito de blanqueo protege, principalmente, la administración de justicia.

(61) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique; *'Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido'*, in Bacigalupo Zapater (ed.) 'Curso de Derecho penal económico' (Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 199.

(62) José Manuel PALMA HERRERA, *'Los delitos de Blanqueo de Capitales'*, Edersa, Madrid 2000, p. 284.

(63) Acuerdo Plenario, 2010 § 10.

La jurisprudencia penal peruana ha señalado lo siguiente: *"Así también, el lavado de activos o lavado "de dinero es el mecanismo consistente en hacer que un dinero de origen ilícito (sucio); adquiera una característica lícita (limpia). Mediante este mecanismo, el autor individual o miembro de una organización delictiva procura disfrutar de los beneficios obtenidos por la comisión de un delito previo, sin poner en peligro la fuente o procedencia de sus ganancias. La punición de las conductas de lavado de activos comunica a la sociedad y, sobre todo, a las organizaciones criminales que el delito no es rentable. Y que por muy acuito que pueda encontrarse el dinero obtenido ilícitamente, incluso con una apariencia intocable, no es obstáculo para la pretensión de la administración de justicia de decomisarlos. Por eso, el sentido jurídico de la ley antilavado apunta únicamente a la identificación del activo ilícito para su pronta incautación o decomiso, dado que su objeto de protección está puesto en la administración de justicia, posición adoptada en el Acuerdo Plenario número tres-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis.* ***Por lo que si se enfoca el lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad materia de efectos del delito.*** "[64]

Por su parte, Blossiers Hume apunta que "El lavado de dinero vulnera, en forma inmediata, el bien jurídico: Administración de Justicia, al impedir u obstaculizar al lavador la acción de la justicia sobre los bienes o ganancias producidas por el tráfico y producción ilícita de drogas. Nos hallamos ante formas especiales de encubrimiento real, figura delictiva en la que el agente ayuda a los delincuentes a ocultar o a aprovecharse de los efectos del delito precedente. Esto porque resulta esencial no perder de vista la meta final que guía el accionar del lavador de activos: Conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en los circuitos económicos normales

[64] Ejecutoria Suprema expedido por la Sala Penal Transitoria R. N. N° 2308-2013 LIMA, veinticuatro de septiembre de dos mil catorce. (las negritas son mías).

sin que se pueda detectar su origen y naturaleza, o ayudar a los que se dediquen a ello a que lo consigan."(65)

En nuestra doctrina penal podemos citar a Bernal Cavero, quien señala lo siguiente: "Concluimos en que el bien jurídico afectado es la eficacia de la Administración de Justicia como bien jurídico inmediato y el orden socioeconómico como bien jurídico mediato.(66)

En esta línea de pensamiento, Caro Jhon nos dice que "La técnica legislativa de la ley peruana para atacar el lavado de activos revela de esta manera que la persecución penal tiene como meta golpear al máximo la posibilidad del disfrute impune de las ganancias ilegales obtenidas por el autor del delito precedente. Y el sentido dado por el legislador al tipo penal es de arremeter contra el ocultamiento o encubrimiento del activo, desplegando los mecanismos necesarios para descubrir y eliminar los efectos del delito previo. Por esta razón, mediante su punición se pone a la administración de justicia en el centro de la protección, que se ve lesionada por las diversas maniobras empleadas por el lavador de ocultar, encubrir, poner obstáculos y dificultar la identificación de las ganancias ilícitas para que las acciones judiciales encaminadas a su incautación y decomiso no den con ellas. La Ley penal plasma de este modo la pretensión del Estado de descubrir y decomisar los bienes procedentes del delito, bajo la idea que el dinero sucio pertenece al Estado"(67).

Agrega Caro Jhon: "Estas cuestiones ponen al descubierto que es mucho más objetivo y seguro inferir el objeto de protección de la propia estructura típica del delito en cuya configuración normativa el legislador ha plasmado el sentido de las directivas e instrumentos in-

(65) BLOSSIERS HUME, Juan José; *Lavado de Activos*, Lima, 2004, pp. 109 y 110.

(66) BERNAL CAVERO, Jorge Antonio; *El lavado de activos en la Legislación Peruana*, Lima, 2007, p. 66.

(67) CARO JOHN, José Antonio; *"Abogados ante lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad"*, en: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima, pp. 210-211.

ternacionales sobre la materia en clara armonía con los antecedentes regulatorios dados en el derecho nacional. Quien dificulta la identificación del origen ilícito de un activo lesiona la actividad de los órganos de la administración de justicia orientada a la incautación y decomiso del activo, igualmente con dicha acción se perturba el sistema oficial de persecución e investigación del delito. La administración de justicia se fortalece cuando el activo es identificado, incautado y decomisado. Por lo mismo, el interés de la persecución se dirige a impedir la legitimación de un activo obtenido delictivamente"[68].

Frisancho Aparicio sostiene que el lavado de dinero colisiona principalmente, con el bien jurídico, *administración de justicia.* Se trata de una forma especial de encubrimiento real. Es decir, estas conductas conforman los diversos modos de ocultar los efectos de un hecho punible, perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia. En suma, consideramos que el lavado afecta o pone el peligro la eficacia de la administración de justicia y, de manera mediata, el orden financiero. La salud pública ya aparece muy remotamente afectada por esta actividad, habiéndose comprendido el art. 296-A y el 296B bajo esta rúbrica solo por armonizar la legislación penal con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. De acuerdo a los convenios antidrogas, el lavado de dinero forma parte del ciclo de la droga, al favorecer o facilitar el reciclaje del dinero de su ilícito comercio o producción. Se precisa que el legislador prescriba esta figura bajo el rubro de los delitos contra la administración de justicia y como una forma especial de encubrimiento real[69].

De la misma manera, Gálvez Villegas asigna la calidad de bien jurídico tutelado a la *libre competencia y a la eficacia de la administración de justicia.* Su propuesta, que nos recuerda las reflexiones de Bottke, alude a bienes funcionales que por su propia naturaleza no dejan de ser ambiguos y no resultan del todo compatibles entre sí,

---

[68] CARO JOHN, *"Abogados ante lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad"*, cit, p. 216.

[69] FRISANCHO APARICIO; *Tráfico de Drogas y Lavado de Activos*, Lima 2006.

tal como lo demuestra el marco concreto de la legislación extranjera de la materia. Al respecto, ha sostenido lo siguiente: "Concluiremos diciendo que los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la *libre competencia y la eficacia de la administración de justicia*, en cuanto estas constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general orden o sistema económico, de tal suerte que la afectación de este último está determinada por la de los primeros. En este criterio, se abarcan la mayoría de las tesis previamente anotadas, sobre todo la que considera el carácter pluriofensivo de las conductas constitutivas de los tipos de penales en cuestión, y superaría la crítica referida a la indeterminación o falta de limitación del bien jurídico[70].

Comencemos por señalar que en la actualidad es frecuente encontrar en la doctrina y en la legislación extranjera, como tendencia predominante, aquella que considera como bien jurídico tutelado por la criminalización del lavado de activos a las funciones, estabilidad o régimen jurídico de la economía. Los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son *la libre competencia y la eficacia de la administración de justicia*, en cuanto estas constituyan objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general "orden sistema económico", de tal suerte que la afectación de este último está determinada por la de los primeros.

3. Tesis sobre el orden socioeconómico

En este apartado se encuentran los autores que coinciden en subrayar, más allá de las particularidades de cada legislación, que la protección de intereses de carácter macroeconómico es la clave para determinar el bien jurídico resguardado por el delito de reciclaje de activos criminales. A nuestro entender, el bien jurídico protegido es el orden socioeconómico, especialmente relacionado a la idea de la licitud de los bienes que circulan en el mercado[71].

---

[70] GÁLVEZ VILLEGAS, pp. 29 y 30.

[71] MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos; *Derecho Penal Económico. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 499.

El orden económico social[72] es considerado por un sector de la doctrina como bien jurídico materia de protección[73]. Pues lo que se afecta, directamente, con la figura del lavado es la economía de un país y, de forma indirecta, es la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Gómez Iniesta luego de esclarecer las diferencias funcionales y normativas del lavado de activos con la receptación patrimonial, concluye destacando que la potencialidad negativa del blanqueo "reside en la *desestabilización del mercado y de la economía*". Por su parte, Pinto sostiene que "tanto el orden socioeconómico y la salud financiera del Estado se ven comprometidos por las acciones de lavado de dinero: en este aspecto es posible identificar como valores afectados tanto la libre competencia como la estabilidad y solidez del sistema financiero". "Hay que valorar que uno de los objetivos de las organizaciones criminales es corromper a los funcionarios públicos corruptos tienden a lavar el dinero provenientes de sus ilícitos, tales como el cohecho, pagos ilegales y la sustracción de fondos obtenidos a través de instituciones financieras internacionales". El orden socioeconómico se entiende como el interés del Estado en la conservación del orden legal de la economía, tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales y como también el interés del individuo en participar en la producción y distribución de los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad cuya finalidad es el lucro.

Langón Cuñarro, al comentar el debate suscitado en torno a la legislación uruguaya: "Se ha discutido intensamente sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación

---

[72] TIEDEMANN, Klaus, "El concepto de delito económico" en Nuevo pensamiento Penal, año 4, n° 8, Buenos Aries, 1975, p 465. Klaus Tiedemann afirma que al mismo tiempo que se lesiona un bien jurídico individual (patrimonio) se está lesionando un bien jurídico supranacional (orden económico), planteándose la sumatoria de bienes jurídicos afectados.

[73] BAJO FERNANDEZ, Miguel – SUAREZ GONZÁLES, Carlos; *Manual de Derecho Penal. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, Editorial Ceura, 2 edición, 1993, p. 563.

de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que solo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido. Como puede serlo cualquier otro en general. En realidad, la disputa se reduce a considerar si se protege al administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o *el orden socio económico* del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por locuaz estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda pública (Título IX del C. P) dejándolas aquí, solo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas. Que si afectan la salud pública(74).

Para Fabián Caparros, tales conductas no están dirigidas únicamente "a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distorsionar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de ilicitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el descubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente"(75).

Por su parte, García Cavero nos dice que "...el bien jurídico está constituido por la expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que existe la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no

(74) LANGOIN CUÑARRO, Miguel; Cod. Penal. T II Universidad de Montevideo. 2004, p. 272. En Colombia HERNANDEZ QUINTERO: es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizás uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera *el orden económico social* de un país, al punto que distorsiona al economía, generando problemas de inflación, devaluación, y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica.

(75) CAPARROS, p. 262.

tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del tráfico jurídico-patrimonial[76]. Para determinar el bien jurídico por el delito de lavado de activos regulado en la ley 27765 resulta necesario tener en consideración la autonomía regulativa que el legislador penal le ha dado a este delito. El bien jurídico del delito de lavado de activos debe enmarcarse en el ámbito de los delitos económicos, por lo que su protección penal debe relacionarse necesariamente con las estructuras económicas[77]. Al respecto, la Corte Suprema del Perú ha fijado posición respecto al bien jurídico tutelado, al señalar por ejecutoria del año 2004: "El delito de lavado o blanqueo de activos es una figura penal autónoma de carácter pluriofensiva y dirigida a tutelar el orden socio económico, en concreto, la leal competencia del ordenamiento socio económico..."[78].

Por su parte, Del Carpio Delgado sostiene que: en definitiva, el *orden socioeconómico* no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador, a través de las distintas conductas tipificadas en el título XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión: en qué medida la tipificación de la conducta constitutiva del blanqueo de bienes contribuyen a la protección del *orden socioeconómico* y, más específicamente qué elemento o qué esfera de este se está protegiendo. En nuestra opinión, es la circulación de bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes[79]. Del Carpio Delgado reconoce que "el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes, ya que no

---

[76] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 490.

[77] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 488.

[78] Sala Penal Permanente-Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 2004 en el R.N N° 2202-2003-Callao. Vocales: Pajares Paredes, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez, fs.2.

[79] DEL CARPIO DELGADO, Juana; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997, p. 81.

puede olvidarse que alguna fase especifica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de las economías de los países conocidos como *paraísos fiscales*. En estos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación del empleo como en la obtención de divisas, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo[80].

Queda claro que, bajo una perspectiva macroeconómica, el blanqueo de capitales perjudica la estabilidad y solidez del sistema financiero, debido a que esta actividad ilícita, al ingresar al mercado legal -generalmente a través de instituciones financieras- puede generar que el público pierda la credibilidad respecto de la transparencia del sistema económico. Esta realidad puede producir que capitales financieros se asienten en economías con reglas de juego más claras y no donde predomine el blanqueo de divisas provenientes del crimen; produciéndose así la correspondiente lesión al interés económico general[81].

4. Tesis sobre el bien jurídico pluriofensivo

Hoy en día es frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de dinero. Incluso autores españoles como Zaragoza Aguadio coinciden en señalar que "No cabe duda que el blanqueo de dinero es un actividad criminal *pluriofensiva*, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socio-económico para dar a entender que este es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato[82].

---

[80] DEL CARPIO, 1997, pp. 79 - 80.

[81] ZARAGOZA AGUADO, J.A; *El blanqueo de bienes de origen delictivo'*, CeCPLA, Montevideo 2003, pp. 199-201.

[82] ZARAGOZA AGUADO, Javier; *El Blanqueo de Bienes de origen criminal.* Separata del curso Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales, CICAD – DEVIDA. Lima. Setiembre 2002. p. 12.

Por su parte, Bramont-Arias Torres nos dice lo siguiente: "Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito *pluriofensivo*, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico. Por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos"(83).

La tesis de mayor aceptación en nuestro medio es la propuesta por el profesor Prado Saldarriaga, quien sostiene que con el lavado de activos se lesionan varios bienes jurídicos; es decir, asume la tesis de la pluriofensividad. Este autor sostiene que: "(...) el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos"(84).

Gálvez Villegas y Delgado Tovar consideran que cada uno de estos delitos presenta su propia identidad, lo que permite diferenciarlos debidamente, atendiendo a algunos aspectos tales como el bien jurídico tutelado, el objeto de la acción, la presencia de elementos subjetivos distintos del dolo, entre otros. Así, estos autores entienden que el lavado de activos tiene como objeto de protección el sistema económico –representado por la libre y leal competencia– y la administración de justicia; el delito de encubrimiento real, el normal y correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; y el delito de receptación, el patrimonio en general(85). De este modo, parten de la configuración del delito de lavado de activos como un

(83) BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto; *"Algunas precisiones referentes a la ley Penal contar el lavado de activos"*. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Edit San Marcos. Lima 2003, p. 521.

(84) PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Lavado de Activos y financiamiento del terrorismo*, Grijley, Lima, 2007, pp. 137 y 138.

(85) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás / DELGADO TOVAR, Walter; *Derecho Penal. Parte Especial. T. II.* Lima, Jurista Editores, 2011, pp. 940-941.

delito pluriofensivo[86], postura que, en el Derecho nacional, está lejos de ser unánime.

Caro Coria / Asmat Coello nos dicen que "... decidirnos apartarnos de la perspectiva que propone comprender al delito de lavado de activos como un delito pluriofensivo, precisamente, porque entenderlo como tal nos conduciría a aceptar la latente insuficiencia en la protección de intereses concretos; es decir, la pluriofensividad del delito, al abarcar la tutela de espacios de vida intrínsecamente amplios (como 10 es el orden económico, por ejemplo) podría conducir en realidad a una desmaterialización del verdadero objeto de protección. En ese sentido, el abarcar diversos intereses susceptibles de protección puede acarrear no saber con exactitud qué es lo que al final se afecta"[87].

Salazar Sánchez, nos dice que "Desde nuestra perspectiva, son dos los bienes jurídicos protegidos en los delitos de lavado de activos: El correcto funcionamiento del sistema socio-económico y la eficacia de la administración de justicia"[88].

---

[86] GÁLVEZ VILLEGAS considera que "los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la libre y leal competencia y la eficacia de la Administración de Justicia, en cuanto éstas constituyan objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general 'orden o sistema económico' de tal suerte que la afectación de este último, está determinada por la de los primeros", aceptando que su postura, frente a este delito, es pluriofensiva, pero poniendo énfasis en que dentro de estos múltiples bienes jurídicos abstractos ha tratado "de identificar y precisar, cuál es el objeto de protección específico". ALADINO GÁLVEZ, Tomás. El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley 27765. Lima, Jurista Editores, 2009, pp. 57-58.

[87] CARO CORIA, Carlos / ASMAT COELLO, Diana Marisela; *"El impacto de los acuerdos plenarios de la corte suprema n° 03-2010/c}-116 de 16 de noviembre de 2010 y n° 7-2011/c}-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos"*, en: Coordinadores Manuel A. Abanto V ásquez José Antonio Caro John Luis Miguel Mayhua Quispe (Coordinadores); Imputación Y Sistema Penal Libro Homenaje Al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas, Lima, 2012, p. 302.

[88] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *"Los delitos del lavado de activos en la legislación peruana"*, en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima, p. 341.

Por su parte, Frisancho Aparicio, al referirse al bien jurídico materia de protección a través de la tipificación del delito de lavado de activos, sostiene que "(...) un sector minoritario de la doctrina considera que el bien jurídico objeto de tutela penal es el delito previo, lo que se busca evitar es que el criminal, con la utilización de los objetos provenientes del delito, pueda cometer otros delitos; contrario sensu otros autores establecen que el bien jurídico protegido es la seguridad del Estado y la lucha contra la criminalidad organizada. Sin perjuicio de lo señalado, existe un gran consenso a nivel latinoamericano, respecto a que el bien jurídico, materia de la protección por la norma penal, es la administración de justicia de manera directa y, en forma mediata, la estabilidad del sistema financiero"[89].

Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el *modus operandi* del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es pues, desde este objetivo funcional que deberá ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado.

En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político criminal y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos.

---

[89] FRISANCHO APARICIO, 2006, p. 301.

Se trata, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último, en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas(90). En esta misma línea de ideas, Amoretti Pachas señala que "El bien jurídico que protege esta nueva ley de Lavado de Activos es pluriofensivo, porque son varios los bienes afectados con esta figura delictiva y constituye un límite al poder punitivo del Estado" (91).

Por su parte, Rolando Ramírez sostiene que el bien jurídico tutelado es pluriofensivo, desde que puede afectar a diversos bienes jurídicos tutelados. Implica una realidad de bienes jurídicos, es decir, diversos intereses sociales y jurídicos con los que concuerda la doctrina de nuestro país, siendo de todas las corrientes la más acertada, desde que no se puede dejar de reconocer evidentemente que por su misma naturaleza del lavado de activos por ser tan compleja afecta no solo un bien jurídico sino un conjunto de bienes jurídicos(92).

La jurisprudencia penal peruana ha señalado lo siguiente: *"7.1.El lavado de activos es el conjunto de operaciones realizadas por una o más personas naturales o jurídicas, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas. El delito de lavado de activos se desarrolla usualmente mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro del origen ilícito de los recursos.* ***Se trata de un delito pluriofensivo, cuya transgresión afecta diversos bienes jurídicos,***

(90) PRADO SALDARRIAGA, 1994, pp. 65 y 66.

(91) AMORETTI PACHAS, Mario; *Violaciones al debido proceso penal*, Lima, 2007, p. 155.

(92) ROLANDO RAMÍREZ, *Lavado de activos en el Perú y a nivel mundial*, Lima, p. 224.

como la transparencia del sistema financiero, la administración de justicia, la legitimidad de la actividad económica y los bienes jurídicos propios de los delitos a los que se relaciona"[93].

5. Tesis sobre el bien jurídico socio-económico (Libre Competencia)

García Pérez afirma que lo que "...permite explicar la existencia del blanqueo de capitales es el ataque al orden socioeconómico que representa. Si se tratara de la Administración de Justicia no sólo estaría mal ubicado sino que, además, habría que justificar por qué no es suficiente el delito de encubrimiento para estos supuestos; siendo necesario crear otra figura, la del blanqueo. Y por ello, estimo que lo que singulariza al blanqueo es que afecta al orden socioeconómico. Cuestión diversa es qué aspecto de éste es el que se ve menoscabado por esta conducta. En mi opinión, el blanqueo más que en torno al tráfico de bienes gira alrededor de la competencia, como han destacado algunos autores, donde la ilicitud del tráfico de bienes constituye el medio que permite atacar la libre competencia"[94].

Por su parte, Rosas Castañeda nos dice que en el "...delito de lavado de activos, si bien afecta diversos bienes jurídicos como la administración de justicia e incentiva la realización de nuevos actos criminales, así como supone un factor importante de corrupción, el impacto más importante, y que ha despertado el interés de la comunidad internacional, se da en el sistema socioeconómico, que se constituyen en el bien jurídico de protección prioritario en este clase de delitos. Que además es un interés protegido en nuestro sistema constitucional, más aún cuando nuestra Constitución no se limita

---

[93] Ejecutoria Suprema de 21 de Julio 2016, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, recaído en el R.N. N° 1125-2015 LIMA (las negritas son mías).

[94] GARCÍA PÉREZ, Octavio; "*El delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español*", en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima, p. 184.

a proteger el orden económico, sino que busca la protección de un orden socioeconómico justo, y desde esa perspectiva existe un claro interés en que las ganancias ilegales no puedan reintegrarse al tráfico comercial con absoluta normalidad".[95]

Así las cosas, es posible afirmar que la máxima expresión de esta forma de deslealtad competitiva es el lavado de activos, pues el coste para la obtención de los capitales de origen ilícito es inferior que los costes para la obtención del capital de origen lícito. De esta manera, siendo que el capital con el que cuenta una determinada empresa constituye una de sus principales actividades en un mercado competitivo, la existencia de agentes económicos que cuentan con una fuente de capital ilícita, casi ilimitada y a un coste económico muy inferior al del capital legalmente obtenido, supone un duro golpe a la competencia leal[96].

Durante mucho tiempo, la Corte Suprema del Perú ha seguido la tesis sobre la "pluriofensividad" del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Pero últimamente, en el "caso Ariza" se ha descartado que el bien jurídico tutelado sea el "funcionamiento del sistema económico" sino, de manera más concreta, se tiende a proteger *"... por esta vía a la administración de justicia mediante la identificación del activo de origen ilícito para hacer recaer sobre él las consecuencias jurídicas reales establecidas por la ley..."*.[97]

Pues bien, para esta tesis el bien jurídico que se protege en el delito de lavado de activos es la libre y leal competencia, entendida como el proceso competitivo concreto o la libertad de actuación o elección de competidores o consumidores concretos. En ese sentido, es preciso señalar que la defensa de la libre y leal competencia está reconocida en la Constitución del Estado en su artículo 61, donde

---

[95] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 159.

[96] ALPACA PÉREZ; *"Algunos argumentos a Favor de la Libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de* activos", cit., p. 50.

[97] Sentencia de la 4ta. Sala Penal Especializada en lo penal con reos en cárcel de 31-01-2013 (Exp. N° 49146-09; caso Ariza), punto IV.

se establece una prohibición general de las restricciones de la competencia y del abuso de posiciones dominantes y monopolísticas en el mercado. De esta manera, al verificar el supuesto en que un empresario, vulnerando el marco normativo de desarrollo de su actividad, se ubique en una inmerecida posición de privilegio respecto de sus competidores en el mercado, se hace palmaria la concurrencia de un atentado contra la libre y leal competencia.[98]

6. Nuestra posición

Con relación al objeto de protección de este delito, no existe un consenso absoluto al momento de delimitar cuál es bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. Sin embargo, tenemos que precisar que nuestra posición de dependencia entre "tráfico" y "lavado" recorta las posibilidades de persecución de este último delito, pues si se afirma que la incorporación de dinero proveniente de una actividad ilegal al sistema legal, constituye un delito pluriofensivo, es decir que afecta diversos bienes jurídicos (como el orden socioeconómico, la administración de justicia, la seguridad interior, etc.), en aras de la coherencia, no solo habría que reprimir la incorporación de recursos ilegales provenientes del narcotráfico, sino de toda actividad delictiva, pues por lo general afecta de igual modo esos mismos bienes jurídicos. En consecuencia, habría que perseguir el lavado de dinero proveniente de la defraudación tributaria, del contrabando, de los delitos contra el patrimonio, etc.[99]

Asimismo, se ha dicho que el bien jurídico protegido sería la administración de justicia, puesto que la acción entorpecería el acceso de la administración de justicia a los bienes que tienen un origen ilícito. También se ha sostenido que el bien jurídico protegido sería el orden económico, que se vería afectado con la circulación en el

---

[98] ALPACA PÉREZ, Alfredo; "*Algunos argumentos a Favor de la Libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de* activos", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 21, marzo 2011, Lima, p. 49.

[99] UGAZ, José; Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico, Lima CAJ. 2000, p. 87.

ámbito económico y financiero de bienes de origen ilícito. Incluso también se ha llegado a sostener que, en atención a que las conductas que constituían el delito, antes sólo estaban tipificadas en el apartado correspondiente a los delitos de tráfico ilícito de drogas, el bien jurídico protegido sería la salud pública; sin embargo, esta es un visión parcializada del bien jurídico protegido por este delito.

Lo cierto es que el delito, en sí mismo, debe ser concebido como uno de naturaleza pluriofensiva, pues a través de su conducta típica se afectan distintos bienes jurídicos: en primer lugar, hay una afectación al orden económico determinada por la circulación de mercaderías ilícitas en el mercado; de igual forma, a partir de la redacción de la tipicidad, existiría una afectación al sistema de administración de justicia, puesto que la conducta está orientada a sustraer las mercaderías ilícitas del control ordinario de la autoridad correspondiente, para evitar la identificación de su origen.

En conclusión, nos encontramos frente a delitos pluriofensivos, cuya ejecución trae consigo la vulneración de varios objetos de protección penal, y ello resulta evidente porque, por un lado al introducir a la economía recursos que no se han generado al interior de un mercado lícito debidamente normado y que además no han estado sujetos a la carga impositiva estatal, sin duda alguna van a constituirse en elementos de distorsión de la economía, sobre todo en términos de competencia. Por otro lado, las actividades de lavado de activos, al utilizar los mecanismos normales de tráfico comercial, que tiene como uno de sus pilares centrales la buena fe, para tratar de disfrazar el origen ilícito de dichos recursos, generan una enorme dificultad –por no decir imposibilidad– a la administración de justicia de poder rastrear la ruta y destino de estos y así poder individualizar e identificar a las personas vinculadas con la comisión del delito de lavado de activos[100].

---

[100] En igual sentido puede revisarse lo opinado por ROLANDO RAMÍREZ, Rosa Mercedes; *Lavado de activos en el Perú y a nivel mundial. Librería y ediciones jurídicas*, Lima, 2005, p. 225.

El bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero sería una pluralidad de bienes jurídicos en el sentido que con las acciones de blanqueo, lavado y legitimación de capitales se afecta diversos intereses sociales y jurídicos. Dichos bienes jurídicos serían el orden socioeconómico y la administración de justicia[101]. Para algunos autores, el atentado al orden socioeconómico sería el *medio* para realizar la conducta legitimadora del capital, de tal manera que quien pretenda dar la apariencia de legalidad a los bienes tendrá que recurrir a la evasión de capitales, la creación de sociedades ficticias, etc.

Prado Saldarriaga, con cuya posición coincidimos, señala que respecto al delito de lavado de activos concurren varios bienes jurídicos, cuya afectación o puesta en peligro sucesiva o paralela, se va generando y haciendo preeminente en cada etapa o estación del proceso que siguen las operaciones delictivas que ejecuta el agente, mencionando, entre otros, la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero, o la eficacia del sistema de justicia frente al crimen organizado. Concluye, el citado autor, señalando que sólo la existencia de múltiples bienes jurídicos que pueden verse afectados por las conductas propias del lavado de activos, justifica la escala tan alta de penas prevista en nuestro ordenamiento para este tipo de injustos penales[102].

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema, luego de describir el panorama de posturas de los bienes jurídicos que se protegen en el delito de lavado de activos, determina lo siguiente: "Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece

---

[101] DÍAZ CABELLO, Jorge Luis; *"El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos"*, en: Actualidad jurídica, tomo 174, Mayo 2008, p. 130 "El lavado de activos es un delito pluriofensivo, que siempre va a tacar a dos bienes jurídicos: el orden socio-económico (de carácter genérico) y la administración de justicia (de carácter individual)".

[102] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima, 2007, p. 139.

la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macro-sociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos de este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueos de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados".

Sin embargo, es concluyente en cuanto a las distintas fases de recorrido donde precisamente discurre los distintos bienes jurídicos protegidos en el proceso de configuración del delito de lavado de activo (primero, en actos de conversión y luego, en segundo lugar, en actos de ocultamiento), es lo sostenido por ejemplo por el citado Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema en el sentido de afirmar lo siguiente: *"Resulta pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 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. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765..."*.

VI. LEGISLACIÓN PENAL COMPARADA

- Código Penal de España: Artículo 301. *1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena (...) 2. También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI. (...)*

- Tipificación del delito de lavado de activos en México ARTÍCULO 400 bis: *"Se impondrá de 5 a 15 años de prisión y de mil a 5 mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con algunos de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes o alentar alguna actividad ilícita".*

- En el Art. 77 del Código Penal de Ecuador que, es el nuclear y constituye un delito autónomo dentro de la ley que reprime el narcotráfico, se castiga a *"quienes a sabiendas de que los bienes muebles o inmuebles, dineros, valores o instrumentos monetarios, documentos bancarios, financieros o comerciales han sido adquiridos o transferidos a través de la realización de los delitos tipificados en este Capítulo, con el propósito de ocultar tal origen* ***contribuyeren a negociarlos, convertirlos o transferirlos*** *a otras actividades legales o ilegales, serán sancionados con cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de veinte a cuatro mil salarios mínimos vitales generales".*

- Tipificación del delito de lavado de activos en Argentina ARTÍCULO 278.- *1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; (...)".*
- Tipificación del delito de lavado de activos en Colombia, Artículo 323. Lavado de activos. *El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en delito (...)*
- Tipificación del delito de lavado de activos en Panamá, 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, contra los Derechos de la Propiedad Industrial o contra la Humanidad, tráfico de drogas, asociación ilícita para cometer delitos relacionados con drogas, estafa calificada, delitos financieros, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado,***

homicidio por precio o recompensa, contra el ambiente, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento ilícito, actos de terrorismo, financiamiento de terrorismo, pornografía y corrupción de personas menores de edad, trata y explotación sexual comercial, robo o tráfico internacional de vehículos, *con el objeto de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o ayude a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles será sancionado (...)*

- Tipificación del delito de lavado de activos en Bolivia, ARTICULO 185 bis.- (LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS).- *El que adquiera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos,* ***que procedan de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de delitos cometidos por organizaciones criminales,*** *con la finalidad de ocultar o encubrir su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad verdadera, será sancionado con presidio de uno a seis años y con multa de cien a quinientos días".*

VII. EVOLUCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

Las primeras normas de represión del delito de lavado de activos se dan a través de la firma de tratados internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que fuera aprobada en la ciudad de Viena el 20 de diciembre de 1998 (ratificada en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25352)[103].

A la luz del Derecho Internacional se pueden distinguir *tres tipos penales básicos* del lavado de dinero: a) La conversión o transferencia

[103] DÍAZ CABELLO, Jorge Luis; *"El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos"*, en: Actualidad jurídica, tomo 174, Mayo 2008, p. 128.

ilegal de objetos patrimoniales producidos (*property*) con una determinada finalidad (*tipo penal de propósito*); b) La ocultación o encubrimiento de la verdadera condición, del origen, de la disposición de ello, de los derechos sobre ellos, etc. (*tipo penal de ocultación*); c) La adquisición, posesión o el uso de los objetos patrimoniales condicionado a los principios de la constitución, y d) a las características principales del ordenamiento jurídico (*tipo penal de adquisición o de posesión*).

Por su parte, en lo que respecta a los instrumentos internacionales, es posible apreciar una progresiva expansión en la incorporación de delitos base. Así, en una primera etapa la Convención de Viena (1988) sólo tuvo por objeto el combate a los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes. Luego, con la Convención de Palermo (2000), la comunidad internacional decidió expandir las medidas hacia el financiamiento del terrorismo. Finalmente, la Convención de Mérida (2003) estableció medidas contra la corrupción. A estos instrumentos se agregan otros como el Convenio de Estrasburgo (1990), cuyo objetivo fue expandir el combate del blanqueo de capitales provenientes de delitos graves y las Recomendaciones del GAFI (1990, 1996, 2001, 2003 y 2012), la que en su última versión –40 recomendaciones que fueron expuestas supra– expanden el catálogo "con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes"[104]. Este aspecto será profundizado en el capítulo III del presente trabajo.

A raíz de la ratificación formal del Perú de la Convención de Viena[105] por parte del Congreso de la República y siguiendo las

---

[104] GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMERICA, 2012. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI. [en línea] http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf [consulta: 26 febrero 2016).

[105] Se denomina Convención de Viena a la "Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas" que se aprobó en el marco de las reuniones celebradas en Viena entre el 25 de

recomendaciones de dicha Convención, en el mes de noviembre de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 736, que adicionó 2 artículos a la Sección II del Capítulo III del Título XII del Código Penal dedicado al Tráfico Ilícito de Drogas. Estos dispositivos fueron incorporados como los artículos 296-A y 296-B y tipificaban las conductas de lavado de dinero proveniente del Tráfico Ilícito de Drogas. En ese sentido, si bien el delito materia de estudio fue tipificado como un delito específico y autónomo, estaba conectado exclusivamente con el producto ilegal del tráfico ilícito de drogas[106].

Resulta lamentable que el Decreto Legislativo 736 no haya sido suficientemente discutido por los juristas nacionales, particularmente a partir de sus incongruencias con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. Lamas Puccio, por ejemplo, se limita a parafrasear las hipótesis de su articulado sin analizar las implicancias manifiestas de los aspectos objetivos y subjetivos de la tipificación[107]. Sin embargo, lo superficial y pasivo de la recepción del Decreto Legislativo 736 entre nuestros penalistas, contrasta con la actitud agresiva y de rechazo que dicho dispositivo suscitó entre otros actores sociales. Es así que en el Parlamento se cuestionó su necesidad normativa y se objetó su nomenclatura, al extremo de

---

Noviembre al 20 de Diciembre de 1988. Dicha Convención propone que el delito de lavado de dinero pase a ser considerado como un delito autónomo. En los incisos b y c del artículo 3 obliga a las partes a la criminalización específica de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes y capitales que se hubieran originado o derivado de la realización de operaciones de narcotráfico. Los primeros países que introdujeron en su legislación un tipo penal sobre lavado de activos influenciados por esta Convención fueron Argentina (1989), Ecuador (1990), Perú (1991), Chile (1993) y Colombia (1995).

(106) PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo,* Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 81.

(107) LAMAS PUCCIO, Luis; *Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero*; Lima, p. 139 y ss). Al respecto era de criticar, en ese sentido, la inclusión a través del párrafo tercero del artículo 296°B de una sobrecriminalización punitiva que permitía que la pena aplicable pudiera, en determinados casos, exceder del máximo genérico previsto para las privativas de libertad.

afirmarse que el texto legal utilizaba términos inapropiados e incluso de naturaleza "gansteril"[108]. No obstante, la reacción contraria al Decreto Legislativo 736 no obedecía en lo esencial a su estructura técnica o a su denominación criminológica, sino a su significado político, ya que él era parte de una arremetida legal, vía facultades delegadas, que impulsó el Ejecutivo y que el Congreso asumió como una invasión de competencias. De allí que el Parlamento decidiera sustituirlo por una ley que asimilaba el delito de lavado de dinero a una hipótesis agravada de receptación patrimonial[109].

Además, como dice el profesor Abanto Vásquez, la etapa evolutiva en la política criminal peruana sobre "lavado de activos" (o sea antes de junio de 2002), los tipos denominados "lavado de dinero" (así era la denominación en el art. 296B) se referían solamente de manera expresa al tráfico de drogas (art. 296 A) y, en el supuesto más grave (que no era un tipo agravado del primero) se establecía una relación con el llamado "narcoterrorismo". Además, en el mismo Código Penal existían tipos de "receptación" simple (art. 194), "encubrimiento personal" (art. 404) y "encubrimiento real" (art. 405), además de escasas y deficientes reglas sobre "comiso de los objetos del delito" (arts. 102 y ss.). La doctrina nacional criticaba fuertemente este modelo porque no compatibilizaba con las recomendaciones internacionales ni tampoco encajaba dentro del sistema jurídico-penal peruano[110].

Sobre las reformas a la Ley Penal contra el Lavado de Activos, siguiendo la orientación legislativa de otros países, como por ejem-

---

[108] FLORES POLO, Pedro A; *"Lavado de Dólares es una Modalidad de Narcotráfico"*, en El Peruano, edición del 26 de diciembre de 1991, p. A-3; véase también el documento parlamentario del Senado publicado en El Peruano, edición del 8 de diciembre de 1991, p. A-5.

[109] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *El Delito de Lavado de Dinero en el Perú*, en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_63.pdf

[110] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.; *"Evolución de criminalización del lavado de activos en doctrina y práctica de Perú y Alemania"*, en: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima, pp. 59-60.

plo Chile, en el art. 2 se ha ampliado la punibilidad de los actos de tenencia en el lavado de activos para los casos de culpa inexcusable; es decir, se castiga también la figura culposa, siempre que dicha imprudencia sea muy grave. Luego, la modificación del art. 6 de la Ley contra el lavado de activos apunta a exigir un mínimo probatorio del delito previo al lavado de activos pues, de no hacerlo, podría generarse una situación incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia. A su vez, se ha incorporado el artículo 9[111] a la Ley contra el lavado de activos, con la finalidad de dar una mayor operatividad en el plano penal a la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF, pues su labor de detección de lavado de activos lo constituye en la mejor parte para defender los intereses de la sociedad en el proceso penal por lavado de activos.

Un aspecto muy importante de precisar sobre el carácter ilícito de los activos es la autonomía del delito de lavado de activos frente a los delitos previos. Esta autonomía se manifiesta en el hecho de que para cumplir con el requisito típico de la procedencia delictiva no resulta necesario, tal como lo dispone el artículo 6 último párrafo de la Ley de lavado de activos, que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias se encuentran sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria[112].

En nuestro país, el delito de lavado de activos se encuentra regulado en la Ley 27765, y que de acuerdo a lo señalado, por la Unidad de Inteligencia Financiera[113] (UIF) adscrita a la Superintendencia

---

[111] **Artículo 9°.-** *"La Unidad de Inteligencia Financiera representará en el proceso penal los intereses afectados por los delitos de lavado de activos. Como tal, está facultada para solicitar que se le tenga como parte civil en los respectivos procesos, sin perjuicio de la intervención que corresponda al Procurador Público encargado de la defensa de los intereses del Estado".*

[112] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 505

[113] **¿Qué es la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú –UIF Perú?**
La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú es la encargada de recibir, analizar y transmitir información para la detección del Lavado de Activos y/o del Financiamiento del Terrorismo; así como, coadyuvar a la implementación

de Banca, Seguros y AFPs, puede definirse como el conjunto de operaciones realizadas por una o más personas naturales o jurídicas, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas. Es decir, se han tomado medidas en el plano administrativo a través de la Ley General de Entidades Financieras y la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702 de diciembre de 1996), así como en el campo privado gracias al interés de asociaciones y entidades representativas del sector. En el plano del control penal y la investigación policial, en el Perú se ha optado por acciones de carácter más simbólico como pretender "sancionar" con cadena perpetua el delito de lavado, mientras no se corta el cordón umbilical con el tema de las drogas y se permite una investigación más concienzuda en el plano comercial, tributario, aduanero, municipal y de registros públicos[114].

El panorama inicial se podía apreciar en lo expuesto en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2202-2003-Callao, que señaló: "Con anterioridad a la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco sólo se reprimía el blanqueo procedente

---

por parte de los Sujetos Obligados de sistemas de prevención para detectar y reportar operaciones sospechosas de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Fue creada mediante Ley N° 27693 de abril del año 2002, modificada por Leyes N° 28009 y N° 28306 y reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 163-2002-EF, modificado por Decreto Supremo N° 018-2006-JUS. Ha sido incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones mediante Ley N° 29038 de junio del año 2007, y cuenta con autonomía funcional y técnica.

Como agencia central nacional en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, la UIF Perú tiene la facultad de solicitar la información que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, así como a los sujetos obligados a quienes puede además, solicitar la ampliación de la información remitida en sus reportes de operación sospechosa. La UIF Perú no está facultada al levantamiento del secreto bancario ni al de la Reserva Tributaria. De igual manera, no está facultada para emitir denuncias ni realiza investigaciones de oficio.

(114) SOBERON GARRIDO; Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico, Lima CAJ. 2000, pp. 47 y 48.

del delito de tráfico ilícito de drogas, ocasión en que dicha figura se ubicó sistemáticamente en la sección referente al tráfico ilícito de drogas".

Dicho criterio fue superado debido al desarrollo de la dogmática penal, que consideró que el delito de lavado de activos no necesariamente podía tener su origen en dinero o activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, sino también de otro tipo de delitos que por su naturaleza generaban importantes cantidades de dinero. Por ello, incluso desde los instrumentos jurídicos internacionales, se empezó a considerar que los delitos generadores de los activos materia de lavado, podían ser también el tráfico de armas o el secuestro, la extorsión, la estafa, entre otros, que producen activos en grandes cantidades.(115)

Ese fue el caso de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por las Naciones Unidas en 1988 en la ciudad de Viena, donde se consideró que el delito de lavado de activos estaba referido al tráfico ilícito de drogas como delito previo; además de las Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias, efectuado por el Comité de Basilea en 1988, en la cual se propone un conjunto de principios de lucha contra el lavado de activos y recomienda a las entidades bancarias y financieras la adopción de medidas preventivas, como la política de conocimiento del cliente.(116)

Dada la importancia cada vez mayor de dicho delito, se promulgó la Ley N° 27765, de fecha 27 de junio de 2002, norma que congrega y amplía lo establecido anteriormente, derogando las normas antes mencionadas. Por ello, nos referiremos a los elementos del tipo de lavado de activos sobre la base de lo establecido por la Ley

(115) TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel; "*La Investigación del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo*", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 21, Marzo 2011 Lima, p. 164.

(116) Ibídem.

N° 27765, la misma que, a su vez, ha sido modificada mediante Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, norma que introdujo el delito de extorsión como delito previo al de lavado de activos puesto que la Ley N° 27765, exceptuaba como delitos previos a los delitos contra el patrimonio; y luego recientemente se ha expedido el Decreto Legislativo N° 1106 de fecha 18 de abril del 2012 sobre el Delito de Lavado de Activos incorporando aspectos sustantivos y procesales (dicha confluencia de aspectos es algo ya cotidiano en las últimas reformas penales en nuestro país). Dicho Decreto Legislativo es la que será objeto de comentario en la presente investigación.

Debemos destacar que el Decreto Legislativo N° 1106, de fecha 18 de abril del 2012, regula una nueva modalidad delictiva, la cual es el delito de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, en el artículo 3°, bajo los siguientes términos: *"El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores 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 tales bienes 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".*

La tipología delictiva que prevé el actual Decreto Legislativo 1106 tiene la siguiente descripción:

- Actos de conversión y transferencia (Art. 1°)
- Actos de ocultamiento y tenencia (Art. 2°)
- Transporte, traslado, ingreso y salida de territorio de dinero, título-valores (Art. 3°)
- Formas Agravadas y atenuadas (Art. 4°)
- Omisión de reporte de operaciones o transacciones sospechosas dolosas, modalidad culposa (Art. 5°)
- Rehusamiento, retardo y falsedad de información (Art. 6)

VIII. EL DELITO DE ACTOS DE CONVERSIÓN Y TRANSFERENCIA

1. Descripción legal

La nueva versión del Decreto Legislativo N° 1106, en relación al artículo 1, referido a los delitos de actos de conversión y transferencia, señala lo siguiente:

> 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".

La Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley N° 27765 de fecha 27-06-02) sanciona el lavado de activos en el artículo primero, en la modalidad de actos de "conversión" y "transferencia". Sin embargo, debemos señalar que en la versión original de dicha ley del año 2002, en su artículo primero prescribía textualmente lo siguiente: *"El que convierte o trasfiere dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa".*

Sin embargo, luego de un tiempo e influenciado de una política criminal de agresividad por parte del Estado peruano, se puso en vigencia el Decreto Legislativo N° 986 de fecha 22-07-2007, que modificó en algunos aspectos el artículo primero de la Ley N° 27765 de fecha 27-06-2002, que es el texto legal vigente a la fecha, bajo los siguientes términos: *"El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa".*

2. Los sujetos

2.1. Sujeto activo

En el caso de los tipos penales previstos en los artículos 1° y 2° de la Ley 1106, al tratarse de delitos comunes, el sujeto activo puede ser cualquier persona[117]. El autor de un delito de legitimación de capitales será quien realice la conducta típica con conocimiento de la comisión de un delito grave, quedando excluidas, todas aquellas personas que hayan sido autores o cómplices del delito del que proceden los bienes involucrados en las transacciones dirigidas a darle una apariencia de legalidad[118].

En otras palabras, puede ser cualquier persona encargada de convertir, transferir dinero, bienes efectos o ganancias que provienen de cualquiera de los hechos punibles señalados en la ley, que los presuma o tenga conocimiento que tiene como origen un delito anterior o el que adquiera, utiliza, guarda, custodia, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar su identificación.

También al que realiza actos de conversión y transferencia o de ocultamiento o tenencia cuando tiene la condición de funcionario público o agente del sector inmobiliario, bancario, financiero o bursátil o como integrante de una organización criminal, constituyendo circunstancia agravante que se refleja en la pena[119].

---

[117] De la misma manera: PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 436. "Puede ser cualquiera ("El que...") siempre y cuando realice cualquiera de los comportamientos previstos en el tipo (inversión, venta, pignoración, etc.)." HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. *Lavado de Activos. Actualizado con el nuevo Código Penal*, Bogotá, 2002, p. 133. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando; *Lavado de Activos. Actualizado con el nuevo Código Penal*, Bogotá, 2002, p. 133. "... la conducta en estudio puede ser desarrollada por cualquier persona; esto es, que no se requiere la cualidad o calidad especial para ser responsable de la misma, es decir, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado".

[118] VIDALES RODRIGUEZ, 1997, p. 138.

[119] AMORETTI PACHAS, 2007, p. 154.

2.2. Sujeto pasivo

En la actual discusión doctrinal se sostiene de forma cada vez más creciente que el delito de lavado de activos no afecta el mismo bien jurídico que el delito previo, sino otro distinto[120], por ello resulta difícil precisar sobre quiénes recae la conducta típica de lavado de activos. En efecto, para Peña Cabrera el sujeto pasivo en este delito es la sociedad en su conjunto[121].

3. La acción típica

La nueva descripción legal diseñada por el Decreto Legislativo 1106 ha conservado los verbos rectores que anteriormente estaban redactados, es decir, la "conversión" y la "transferencia", como también se ha conservado con los objetos materiales para la comisión del delito, como es el dinero, bienes, efectos o ganancias, como también los grados de conocimiento que deba poseer el sujeto activo, como es el efectivo conocimiento que tenga sobre los delitos fuentes o previos, como el conocimiento presunto sobre los mismos delitos fuentes.

Con relación a la conducta típica, los actos de ***conversión*** constituyen actos a través de los cuales se sustituye un bien por otro; es decir, el bien proveniente de una actividad ilícita es cambiado o sustituido en el mercado por otro bien, mueble o inmueble, de naturaleza lícita. Es pertinente enfatizar que el tipo no hace referencia a actos de transformación. Pues ello supondría adicionar un elemento al bien original, dando como resultado un bien diferente al primero[122]. No obstante no existe una referencia expresa, consideramos que los actos de transformación se encuentran comprendidos dentro de la conducta que corresponde a un acto de conversión.

---

[120] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 494.

[121] PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 436.

[122] Véase también: DONNA, 2000, p. 540, para quien: "La conversión implica la transformación de la naturaleza del bien. La transferencia implica la cesión del bien a un tercero por cualquier título o forma. La administración no es otra cosa que el manejo del bien o del dinero. Gravar un bien no es otra cosa que un negocio jurídico por el cual se lo prensa o hipoteca".

Los actos de conversión constituyen actos a través de los cuales se sustituye un bien por otro, es decir el bien proveniente de una actividad ilícita es cambiado o sustituido en el mercado por otro bien, mueble o inmueble, de naturaleza lícita. Es pertinente enfatizar que el tipo no hace referencia a actos de transformación, pues ello supondría adicionar un elemento al bien original, dando como resultado un bien diferente al primero.

En este tipo penal alternativo, contiene dos conductas típicas, (conversión y transformación) bastando la comisión de cualquiera de ellas para su consumación, tratándose evidentemente de conductas iniciales del proceso de blanqueamiento de activos[123].

La conversión es "la transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación" o también la "acción o efecto de convertir", y *convertir* es "cambiar, modificar, transformar algo". Para Prado Saldarriaga, "Los actos de conversión involucran todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido. Incluso podemos considerar también dentro de ellos a la recolección de dinero sucio, siempre que ella la ejecute el agente de la operación del lavado...En la materialización de las conductas de conversión de activos se recurre a varias técnicas de estructuración y fraccionamiento, como el uso de "pitufos" con la finalidad de eludir los controles preventivos. El agente, además, realiza pequeñas inversiones en la adquisición de inmuebles o automóviles. También es común que se convierta el dinero ilícito a través del uso de servicios como casinos, restaurantes, etc.[124]

---

[123] De la misma manera: VIDALES RODRIGUEZ, 1997, p. 98. "El hecho de que para tipificar estas conductas se haga uso de los verbos adquirir, convertir o transmitir nos hace pensar que nos encontrámos ante la incriminación de la fase inicial del proceso legitimador, aquella que denominábamos fase de inversión o sustitución...el legislador, de este modo ha preferido la adopción de un concepto estricto de blanqueo; en atención al cual, únicamente merecen sanción penal aquellas conductas que tienden a lograr la sustitución de unos bienes por otros, quedando excluido del límite de lo penalmente relevante el mero disfrute de tales bienes".

[124] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Lima, 2007. p. 142.

La misma apreciación la comparte Gálvez Villegas sobre el elemento de conversión del tipo penal de lavado de activos: "En buena cuenta, debemos entender por conversión, al proceso de transformación que sufren los bienes que tienen su origen en la comisión de un delito, siendo el resultado de un bien total o parcialmente distinto al originario. Los actos de conversión equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se 'lavan' mediante conversión cuando el autor transforma en otros. Ello implica 'transformar una cosa en otra, para hacer desaparecer la que tenía su origen completamente lícito o aparentemente lícito."[125]

La ***transferencia*** es definida como "paso o conducción de una cosa de un punto a otro". Otra de sus acepciones es la "remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes personas". Entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas está la *transferencia* de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales.[126] Rosas Castañeda nos señala que "...la transferencia es la transmisión jurídica de un bien de origen delictivo, aunque no se produzca cambio de titularidad, a través de maniobras que revisten el acto con apariencia de legalidad, puede referirse a actos jurídicos simulados o no de compraventa, permuta, donación, cesión en pago, o las meras transferencias bancarias nacionales o internacionales. El propósito criminal es seguir alejando los activos de su origen ilícito para lograr su posterior legitimación"[127].

La transferencia, en cambio, está determinada por actos de remisión del bien, de un lugar a otro. La modalidad de remisión o transferencia utilizada con mayor frecuencia es aquella que se sirve de entidades de intermediación financiera, por ejemplo para trans-

---

[125] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; *El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales, análisis del decreto legislativo N° 1106,* Lima, p. 168.

[126] Ibídem.

[127] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, pp. 180-181.

ferir dinero a nivel nacional o internacional. La acción de transferir se entiende como el traslado de un lugar a otro de un bien determinado. Ello puede darse, por ejemplo, cuando se remite los fondos de una cuenta a otra por vía electrónica, lo que puede darse hacia la misma persona o a diferentes personas; es decir, a terceros. De igual forma se produce una transferencia cuando se ejecuta un traspaso de un derecho real[128].

La conducta típica de transferencia tiene un significado amplio que acabaría no sólo la transmisión de los activos a terceros, sino también el hecho de llevar una cosa de un lugar a otro (transferencia o movimientos de fondo). La transferencia de los bienes no requiere necesariamente un desplazamiento físico de los mismos, sino que basta una transmisión jurídica en el sentido de cambio de la titularidad sobre los bienes[129].

La transferencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es 'una operación por la que se transfiere una cantidad de una cuenta bancaria a otra'. En general, transferir es 'pasar o llevar una cosa de un lugar a otro.' Desde el punto de vista jurídico, si transferencia se entiende de manera semejante a transmisión, se puede entender como: 'traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad. La transferencia implica la salida de los bienes de un patrimonio para incrementar otro; en este caso, la transferencia puede hacerse bajo cualquier título traslativo de dominio o propiedad (compraventa, permuta, donación, etc.); pero también puede realizarse la transferencia con el cambio del bien o activo de una esfera jurídica a otra (por ejemplo, de una cuenta bancaria a otra)"[130].

Lo que señala el tipo penal es la existencia de una transferencia que puede ser a través de cualquier título, es decir, puede ser una

[128] BERNAL CAVERO, 2007, p. 76.

[129] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 497.

[130] GÁLVEZ VILLEGAS, Thomas Aladino; El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales, análisis del decreto legislativo Nº 1106, p. 169.

compraventa o permuta. Ante esto nos encontramos con el traslado de un bien de un patrimonio determinado a fin de que se integre en otro. "El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo –lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como imposible ejecución–, es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves– las previstas en el artículo 6 de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo de ley."[131]

Los actos de transferencia son, sin duda alguna, actos posteriores a la conversión inicial de los fondos provenientes del delito previo, y normalmente para este efecto son utilizados los diferentes productos que brindan las empresas del sistema bancario y financiero. Los ejemplos de esta conducta lo constituyen el *animus* delictivo del lavador. Similar situación se configura si la conducta consiste en convertir una moneda de un país por otra de distinto origen bajo la misma orientación delictiva. Ejemplo de conversión lo encontramos cuando el dinero proveniente de una organización criminal es convertido en un registro contable del banco, anotación que a su vez es convertida en un cheque, el mismo que seguidamente es convertido en un pagaré que finalmente respalda un préstamo bancario[132].

---

[131] Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116.

[132] BERNAL CAVERO, 2007, pp. 75 y 76. En igual sentido: PRADO SALDARRIAGA, 2007, p. 144, para quien "Los actos de transferencia buscan tipificar operaciones de lavado posteriores a la etapa de colocación. Es decir, todas aquellas que corresponden a la etapa de intercalación u estratificación donde el objetivo del agente es alejar los capitales o bienes convertidos de su origen ilícito y de su primera transformación...No se trata, pues, sólo de transferencias bancarias sino de toda actividad de transformación sucesiva y continua de bienes como permutas, reventas, etc. Tampoco es un requisito

Los actos de conversión o transferencia están constituidos como un delito instantáneo, por lo que el delito se consuma con la sola realización de la conducta típica[133]. Sin embargo, pudiera parecer que se trata de un delito de mera actividad; sin embargo, atendiendo a la conducta principal –adquirir, convertir o transmitir- cabe entender que la realización de estos actos sería inocua de no ser por la ilícita procedencia del bien, y en su caso, por el propósito con el que se actúa. Si además se admite que parte de los comportamientos de legitimación de capitales pertenecen al género de los delitos de intención, es posible que estemos ante un delito de los llamados de resultado cortado[134]. En otras palabras, se consuma con la venta, pignoración, transferencia o posesión de un bien proveniente del tráfico ilícito de droga. Asimismo con adquirir, recibir, guardar bienes provenientes de este ilícito[135].

La finalidad de las conductas es la de transformar un bien por otro, con la intención de legitimarlo; que el bien de origen ilegítimo se convierta o pase a la legalidad, a la licitud. También se ha considerado que la enunciación de distintos verbos rectores en la tipificación se realiza con la finalidad de remitirse a un concepto general de lavar dinero, siguiendo el ejemplo de la defraudación o estafa, en donde el legislador puede enumerar distintos verbos típicos con un mismo fin, pero en última instancia lo que se busca es describir y sancionar aquellos actos que tienden a "lavar" dinero sucio.[136]

Ahora bien, la reforma legal propalada por el reciente Decreto Legislativo N° 1106 para los delitos de lavado de activos, sobre todo en el artículo 1°, destaca algo interesante, que es el hecho de incorporar nuevamente de manera expresa una finalidad específica que debe

---

esencial que los actos de transferencia se realicen con cobertura o alcance internacional".

[133] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 512.

[134] VIDALES RODRIGUEZ, 1997, p. 136.

[135] PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 440.

[136] Cámara de Diputados de la República Argentina, op. cit., p. 8673.

poseer el sujeto acto al momento de ejecutar la conducta típica, cual es: *"...con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso..."*. En otras palabras, con la nueva descripción legal producida a través del vigente Decreto Legislativo N° 1106, el legislador nacional con la reforma producida ha vuelto nuevamente a incorporar una tendencia subjetiva-interna para dar sentido a la conducta típica como también pasa con otras figuras delictivas de la Parte Especial como el delito de cohecho, donde no es necesario que el funcionario o servidor público realice un acto u omisión de acuerdo o en contra de sus funciones, como también el delito de rebelión, donde tampoco es necesario que el rebelde cambie o altere el régimen constitucional o la separación de poderes. De la misma manera, el hecho que el sujeto activo "convierta" o "transfiera" dinero, bienes, efectos o ganancias, sin ninguna finalidad subjetiva no constituirá delito de lavado de activos; aunque no es necesario, a mi juicio, que efectivamente el sujeto activo realice actos reales de evitación para no identificar su origen, su incautación o decomiso.

Bastará entonces que el agente realice cualquier forma de conversión del dinero de procedencia ilícita, sea invirtiendo ese dinero en la bolsa de valores con la compra de acciones de una empresa formal, adquiriendo títulos valores como letras de cambio, pagarés, cheques, etc., comprando propiedades o bienes de lujo, sin que importe la denominación del dinero de origen ilícito respecto al país en que se realice la conversión (dólares americanos, euros, yenes, pesos, etc.), o el sector del sistema económico en que se realice (pesquero, industrial, entre otros)[137].

En otro claro ejemplo, se pueden realizar transacciones bancarias en cuentas abiertas con nombres no registrados en el RENIEC, personas fallecidas o simplemente con nombres de personas naturales usando documentos falsificados o falsificando sus firmas (documento nacional de identidad, carta poder, mandato, minuta, carné

[137] PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy; *La investigación del delito de lavado de activos*, Lima, 2013, p. 36.

de extranjería, pasaporte, carta de recomendación, entre otros tipos de documentos)[138].

4. El objeto material del delito

El objeto material del delito en cuestión debe tener un origen ilícito[139]. El objeto material del delito lo constituyen los bienes procedentes de un delito grave, así como alguna de las manifestaciones externas de éstos como el origen, la ubicación, la propiedad[140]. En otras palabras, el objeto material del delito sobre el que recaen tanto los actos de conversión y transferencia, así como los actos de tenencia y ocultamiento puede ser dinero, bienes, efectos y ganancias. Todos estos conceptos se engloban en el término general de activos[141].

En forma general, el objeto material en el delito de lavado de activos se concreta en los bienes originados en un delito anterior. Esta regla se observa claramente, por ejemplo, en los artículos 1, 2, 3 y 10, párrafo segundo, del Decreto Legislativo 1106 de Perú. Ello implica una remisión general a todos los actos delictivos capaces de generar ganancias, entre ellos, los delitos tributarios. Sin embargo, las diferentes modalidades de estos delitos han generado un debate respecto a si el producto del delito tributario puede ser, en todos los casos, objeto material del lavado de activos[142].

---

[138] PAUCAR CHAPPA, 2013, p. 37.

[139] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 501.

[140] MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2001, p. 522.

[141] GARCÍA CAVERO, 2007, pp. 500 y 501. Por su parte: AMORETTI PACHAS, 2007, p. 159, nos dice que "El objeto material del delito es el bien sobre el que recae la conducta delictiva y debe comprender no solamente los bienes inmuebles o muebles, sino también el dinero, efectos o ganancias, o los objetos inmateriales, como acciones, valores, créditos o cualquier beneficio valorable económicamente y que sea idóneo para ser incorporado al tráfico económico. Se comprende, a la receptación sustitutiva, cuando el objeto material del delito previo es sustituido, transformado o cambiado por otro, con el claro objetivo de ocultar o encubrir el origen ilícito del mismo.

[142] CARO CORIA, Dino Carlos; "*Lavado de Activos provenientes del Delito Tributario*"; disponible en: file:///C:/Users/PC-Principal/Desktop/lavado%20de%20activos/CARLOS%20CARO%20-%20LAVADO%20Y%20DELITO%20TRIBUTARIO.pdf

Ahora bien, el término dinero que alude a las monedas y billetes, es decir, el numerario. Una definición equivalente es la moneda: "Todo dinero de papel moneda que se haya designado como moneda de curso legal y que circule y se use y acepte ordinariamente como medio de intercambio en el país de emisión. Por su parte, los bienes, pueden ser muebles o inmuebles, y mientras los efectos, por ejecutoria suprema del 26 de mayo de 1998, Exp. 4174-96, Junín se ha definido "efectos" a los documentos de crédito, valores en papel, títulos, sellos, estampillas emanadas de entidad estatal, es decir, vienen a ser los instrumentos que representan valores económicos y tienen naturaleza negociable. Los efectos comprenden el universo de los objetos resultado de la acción delictiva (*producta sceleris*) como las ganancias derivadas de la comisión del delito (*fructus sceleris*)"[143].

Los bienes que se adquieren, convierten o transmiten –en definitiva, que se blanquean– no tienen por qué ser los que constituyeron el objeto material de tales delitos. El tipo lo que exige es que los bienes tengan su origen en un delito grave, no que sean ellos el objeto material de un delito grave. A la misma conclusión lleva el hecho de que los bienes puedan provenir de varias infracciones, lo que permite incluir ganancias obtenidas con los frutos de una dilatada carrera criminal y no sólo con los derivados de un único delito[144].

En cuanto a las ganancias (*scelere quasitd*), también llamadas beneficios utilidades, pueden definirse como los bienes constitutivos de cualquier ventaja económica que aparezcan enmarcados en una relación causa-efecto con el delito. El beneficio que obtiene el delincuente con la realización del delito también es susceptible de ser objeto material del delito del lavado, siendo además el supuesto más frecuente desde un punto de vista criminológico. Cabe anotar que de la ganancia fruto del delito, se deben deducir los gastos generados

---

[143] BERNAL CAVERO, 2007, pp. 88 y 89.

[144] GONZÁLES RUS; *"Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos societarios, receptación y blanqueo de capitales"* cit., p. 535.

por su comisión. Las ganancias pueden tener un origen directo o indirecto en la comisión del delito. Serían, por ejemplo, bienes obtenidos directamente del dinero conseguido como consecuencia de una venta ilegal de armas, de drogas, el rescate pagado para liberar a un secuestrado, etc. Serían ejemplo de bienes obtenidos indirectamente el predio que se adquiere con el dinero obtenido de la venta ilegal de armas, el dinero obtenido después de haber cambiado de la elaboración de unos documentos falsos, etc.[145].

El concepto de efectos provenientes del delito (*producto scaeleris*), comprende a los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo, los alimentos adulterados o la moneda y documentos falsificados[146]. Para entender el significado del término *efecto* debemos primero explicar qué entendemos por «caudal». Se trata del patrimonio, de un conjunto de bienes, especialmente dinero, en cantidad. En cambio, el término «efectos» debe entenderse en un sentido más específico, es decir, valores en papel, documento o título mercantil. En general, se refiere a todo aquello que tenga contenido económico y sea negociable.

5. Grados de desarrollo del delito

El delito se consuma con la realización de cualquiera de los actos de conversión o transferencia, es decir, se trata de un delito instantáneo. La tentativa es admisible[147].

Al analizar los verbos rectores del artículo 1° en la nueva descripción legal emitida por el Decreto Legislativo N° 1106, estos son "convertir" y "transferir". Resulta válido admitir la tentativa, en tanto que es configurable la situación en la cual el agente sea sorprendido por la autoridad en el momento que trataba de realizar una conversión de un activo (por ejemplo, dinero de una moneda a otra) o cuando se encuentre materializando los actos destinados a una

[145] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 242.
[146] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 240.
[147] PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 44.

transferencia electrónica que es detectada e interceptada, no logrando que llegue a su destino[148].

Como es sabido, la derogada Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley N° 27765 de fecha 27-06-02) en la versión original de dicha Ley del año 2002, en su artículo primero prescribía textualmente lo siguiente: *"El que convierte o trasfiere dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo ilícito conoce o puede presumir,* ***con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso".*** Sin embargo, con la reforma producida a través del Decreto Legislativo N° 986 de fecha 22-07-2007, se incorporó una finalidad específica de manera "implícita" en la descripción legal del delito de conversión y transferencia, en la cual la conducta típica quedo así descrita: *"...dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso";* es decir, se trataba de una figura típica de resultado lesivo;. Ahora, con la introducción del Decreto Legislativo N° 1106 se volvió a la idea original que este delito sea un tipo penal de peligro.

IX. EL DELITO DE ACTOS DE OCULTAMIENTO Y TENENCIA

1. Descripción legal

La nueva versión legal emitida por el Decreto Legislativo N° 1106, y reformada recientemente por el Decreto Legislativo N° 1249, en relación al artículo 2°, referido a los delitos de actos de ocultamiento y tenencia, queda descrita de la siguiente manera:

> **Artículo 2.- Actos de ocultamiento y tenencia**
> El que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, 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.

[148] BERNAL CAVERO, 2007, p. 68.

El art. 2 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, Ley N° 27765, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de junio de 2002, sanciona los actos de ocultamiento y tenencia como delito de lavado de activos: *"El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa".*

Empero, luego de un tiempo e influenciado nuevamente por una política criminal de agresividad por parte del Estado peruano, se puso en vigencial como hemos dicho el citado Decreto Legislativo N° 986 de fecha 22-07-2007 que modificó en algunos aspectos el artículo segundo de la Ley N° 27765 de fecha 27-06-2002, que es el texto legal vigente a la fecha, bajo los siguientes términos: *"El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa".*

2. La conducta típica

En cuanto a los verbos rectores del artículo 2° (Decreto Legislativo N° 1106) "ocultar" y "tener" por su propia naturaleza fáctica en la que se entiende que ha habido una posesión del bien mediante una *traditio* o capacidad de disposición inmediata sobre el destino del mismo, lo cual constituye un agotamiento de la conducta en forma inmediata que en consecuencia no permite admitir la tentativa[149]. Los actos de ocultamiento y tenencia son aquellos que representan en la legislación penal a la fase final del proceso de lavado de activos. Esto es, la etapa que conocemos como de *integración.*

[149] BERNAL CAVERO, 2007, p. 69.

Se trata, entonces, de conductas que tienen lugar una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad, la que les fue gestada por los actos anteriores de conversión y transferencia[150].

En la descripción legal del nuevo Decreto Legislativo N° 1106 en cuanto a la calidad del sujeto activo, éste puede ser cualquier persona, en cuanto a la conducta típica conserva los verbos rectores "adquirir", "utilizar", "administrar", "custodiar", "recibir", "ocultar" o "mantener" los siguientes objetos materiales del delito que son los siguientes: dinero, bienes (muebles o inmuebles), efectos o ganancias percibidas por el sujeto o los sujetos activos.

La última reforma legal (Decreto Legislativo 1249) producida en el tipo de «ocultamiento y tenencia» de lavado de activos del art. 2 del D. Leg. N° 1106, se añade la conducta de «posesión» que ya estaba más que implícita en la tenencia («mantener en su poder»).

Asimismo, se elimina la especial intención del lavador, pues no se exige ahora que tenga la especial finalidad *«de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso»*, elemento esencial del tipo que lo diferenciaba de otras conductas punibles como la receptación y el encubrimiento real.

Los actos de ocultamiento y tenencia están contenidos en el artículo 2 de la ley y se encuentran compuestos por una multiplicidad de supuestos:

- **Adquisición** significa obtener, conseguir, cualquiera sea el medio. Implica el "acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa", como también la misma cosa adquirida. La palabra adquisición abarca todo cuanto se logra o consigue por compra, donación u otro título cualquiera; incluye lo que se obtiene mediante dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante y no así lo que viene por derecho de herencia[151].

---

[150] PRADO SALDARRIAGA, p. 146.

[151] PINTO, Ricardo; CHEVALIER, Ophelie; *"El delito de lavado de activos como delito autónomo: análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del delito de lavado de dinero y*

El verbo "adquirir" comprende como una relación jurídica de adquisición de posesión o propiedad, o titularidad, que a nuestro criterio consideramos perfecciona el delito con la aceptación del agente al expresar su conformidad de adquirir el bien; es decir, asume la obligación con conocimiento de su contenido. Es suficiente con que se haya materializado mediante un acto que puede ser acreditado objetivamente, por ejemplo, la firma de un recibo, un contrato, una comunicación vía correo electrónico o un comprobante de cualquier otra naturaleza. A esto se agrega que la manifestación de aceptación debe haber sido expedida y conocida por la otra parte (el lavador), quien da su conformidad, ya que, en caso contrario, solo constituiría una declaración unilateral (expedida por el agente del delito previo), sin contraparte que permita perfeccionarla.

- **Utilizar** consiste en aprovechar algo, emplear, usar, servirse de una persona o cosa con determinada finalidad. También comprende todo acto que signifique tenencia, posesión, sea de manera directa o indirecta, simulada, oculta o encubierta[152].

- **Guardar** comprende actos externos de protección física de bienes. El agente provee de condiciones materiales adecuadas para la conservación de la calidad y cantidad de los bienes[153].

  Rosas Castañeda nos dice que "Guardar implica entonces la realización de actos de protección y conservación física del bien de origen ilícito por encargo de un tercero, que en este caso es el "titular" de estos. Ya que, la guardianía es un acto posesorio de tipo inmediato; esto es, que este tipo de poseedor siempre dependerá del poseedor mediato, el titular del bien. Esto no quiere decir que con esta distinción se

---

la acreditación del crimen previo a partir de la prueba indiciaria", disponible: http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ESP/GupoExpertos/documentos.

[152] ROLANDO RAMÍREZ, R., op. cit., p. 233.

[153] PRADO SALDARRIAGA, V., op. cit., p. 147.

reconozca algún derecho legítimo al poseedor de bienes de origen ilícito, ya que, es incuestionable que el delito no puede ser fuente de adquisición de derechos reales, sobre todo del derecho de propiedad o el de posesión; por lo que, se ha sostenido y determinado la necesidad de privar al agente del delito o eventuales terceros, del producto del delito o "patrimonio criminal"[154].

- **Administrar** Rosas Castañeda nos dice: "Al tratarse de la administración de bienes o activos ilícitos, estará referido al manejo, graduación o dosificación de estos a fin de obtener su mayor rendimiento o para que produzca mejor efecto. Siempre estará referido a la realización de diversas acciones orientadas a lograr optimizar el rendimiento de los bienes. A diferencia de los otros verbos rectores como guardar, custodiar u ocultar, que significa proteger al bien para evitar su menoscabo o que pueda ser descubierto por las autoridades competentes, "administrar" implica optimizar las cualidades del bien y los provechos que de él se pudieran obtener".[155]
- El verbo **custodiar** significa "guardar con cuidado y vigilancia". En el caso concreto, es hacer vigilancia del dinero o bienes derivados o provenientes del tráfico ilícito de drogas. Por otro lado, el verbo *recibir* significa "admitir, aceptar, hacerse cargo de una cosa o persona". Recibir, en este caso, implica el desplazamiento del bien proveniente del narcotráfico ilícito de drogas. Este recibimiento se puede llevar a cabo de múltiples formas: (i) los bienes son adquiridos directamente; (ii) los provenientes de la pignoración; (iii) los provenientes de la transferencia.[156]

  Si bien la custodia implica también un deber de conservación del bien, más allá, pues incluye un deber de vigilancia

[154] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 191.
[155] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 190.
[156] FRISANCHO APARICIO, M. P., p. 303.

y control permanente sobre los activos, de modo de que no se perjudiquen. En ambos casos, debe quedar claro que estos actos no requieren ocultación de los activos, sino solamente la asunción de medidas de seguridad o de vigilancia para proteger la integridad de los activos.

Rosas Castañeda nos dice que "...custodiar supone la recepción por parte de un tercero de un bien de origen ilícito con fines de vigilancia y protección, para su posterior devolución, con lo cual se preserva los derechos del tercero, por ello se dice que el receptor no ejerce dominio sobre el bien que pasa a poder de otra persona con fines de custodia, con lo cual se constituye un acto de tenencia de carácter permanente"[157].

Finalmente, los verbos típicos de *utilizar* o *administrar* se refieren a la posibilidad de usar o disponer de estos activos, lo cual no debe limitarse solamente a su aplicación a fines ilícitos, sino también ilícitos[158].

- **Recibir**, implica un acto por el que a una persona se le transfiere la posesión fáctica de un bien.
- **Ocultar** implica todo acto que suponga esconder físicamente los bienes lavados, dificultando su hallazgo o identificación. Esto es, sacarlos de una circulación o ubicación visibles y registrables para terceros[159].
- **Mantener en su poder**, hace alusión a que el sujeto activo ejerza la posesión fáctica y abierta de los recursos o bienes que le han sido entregados.

  Rosas Castañeda nos dice que "...debe entender que estos actos iniciales de posesión, incluyendo la acción de mantenimiento en su poder contenido en el artículo 2, dan lugar a

[157] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 192.
[158] GARCÍA CAVERO, p. 499.
[159] PRADO SALDARRIAGA, Op. Cit., p. 148.

una posesión a título de propietario, sea que el acto se realice a título oneroso o gratuito, y como tal son actos de carácter permanente; por ello, los verbos rectores recibir y adquirir son actos de toma de posesión, pero al menos formalmente como propietario, lo que permite diferenciarlos de los actos de posesión a nombre de otro, los denominados servidores de la posesión o poseedores inmediatos, en términos civiles, como son los verbos rectores *utilizar, administrar, custodiar* o *vigilar*. Con lo cual quedan cubiertos todos los posibles actos de toma de posesión y posesión de activos de origen ilícito"[160].

3. Grados de desarrollo del delito

Los actos de ocultación y tenencia están configurados como un delito permanente, ya que la conducta delictiva se mantiene en el tiempo por la voluntad del autor[161]. El punto 16 del Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema describe una importante secuencia del modo de ejecución del delito de lavado de activos (si se trata de un delito instantáneo o de un delito permanente), sobre todo porque tiene que ver en cuanto al cómputo de la prescripción de la acción penal se refiere y al momento a los grados de intervención de los sujetos activos en el evento delictivo.

En efecto el citado Acuerdo Plenario sostiene que: "Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1° de la Ley 27765 constituyen modalidades de *delitos instantáneos*. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la Ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2° como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de *delitos permanentes*".

El Acuerdo Plenario N° 7-2011 emitido por la Corte Suprema, denominado "Delito de lavado de Activos y medidas de coerción

---

[160] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 197.

[161] Véase, en este sentido: GARCÍA CAVERO, 2007, p. 512.

reales", en el considerando 14, tiene dicho en relación a la fase de agotamiento del delito de lavado de activos, lo siguiente: *"Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos"*. Luego añade que *"A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo"*.

X. EL DELITO DE TRANSPORTE, TRASLADO, INGRESO O SALIDA POR TERRITORIO NACIONAL DE DINERO O TÍTULOS VALORES DE ORIGEN ILÍCITO

1. Consideraciones generales

Que, debemos de tener en consideración que el actual delito de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, ha sido extraído de la versión original de la primera Ley N° 27765 sobre Lavado de Activos; es decir, ahora con una mejor técnica se precisa la conducta típica en forma autónoma.

Cabe resaltar que su ubicación anterior dentro del Art. 2 de la Ley N° 27765 era inadecuada sistemáticamente por dos motivos fundamentales: a) primero, porque allí se especificaban delitos permanentes, cuando era obvio que los actos de transporte, traslado, in-

greso o salida de dinero de origen ilícito son conductas de comisión instantánea; y b) segundo, porque no guardaba coherencia con la asimilación típica de las tres etapas del lavado de activos, conocidas en doctrina como colocación, intercalación e integración, y no porque no formase parte del circuito del lavado de activos, sino porque según se trate de dinero inicialmente ilícito o dinero ya lavado, será comprendido en una o más de las tres etapas antes mencionadas[162].

En este delito el objetivo político-criminal es buscar la sanción de lo que se conoce como "correo de dinero", también llamado "corredores o couriers de dinero" (habiendo un parangón con lo que pasa en el delito de tráfico de drogas en relación al "correo de drogas"); es decir, aquellas personas que de forma voluntaria prestan generalmente su cuerpo o cualquier medio para poder transportar dinero o títulos valores de procedencia ilícita.

El origen legal –a nivel administrativo- de la obligación de declarar el ingreso y salida de dinero en efectivo del territorio del Perú por toda persona natural, sea nacional o extranjera, está regulado en primer término por la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú, publicada en El Peruano el 12-04-02. No obstante, esta norma no establecía dicha obligación, pues solo se concentraba en el marco administrativo de la Unidad de Inteligencia Financiera. No obstante, de acuerdo con la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, Ley que modifica artículos de la Ley N° 27693, publicada en El Peruano el 29-07-04, establece la obligación de declarar el ingreso y salida de dinero, mediante una serie de supuestos y prohibiciones.

2. Descripción legal

En el artículo 3° del referido Decreto Legislativo 1106, el mismo que ha sido recientemente reformado por el Decreto Legislativo N° 1249, se reprime este delito bajo el siguiente supuesto:

---

[162] PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy; *La investigación del delito de lavado de activos*, Lima.

> **Artículo 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito**
> 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.

3. Tipicidad Objetiva

3.1. Sujeto activo

Según la descripción típica, cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito; es decir, se trata de un delito de sujeto activo indeterminado.

3.2. Conducta típica

El tipo penal en comentario aborda hasta tres momentos relevantes de cara la tipificación del delito, que son los siguientes:

a) **Transportar, trasladar o de cualquier medio**; que significa la viabilidad en cuestión de tiempo y espacio respecto a determinados bienes de origen ilícito. Por ejemplo, un sujeto de nacionalidad peruana, que es intervenido por la carretera Panamericana Sur, en su vehículo particular en el trayecto de la ciudad de Tacna hacia la ciudad de Moquegua, intervención motivada porque dicho sujeto llevaba una cantidad de dinero en efectivo adherida al cuerpo, dinero que es producto de la ganancia resultado del tráfico de armas.

b) **Hacer ingresar ("entrar" al territorio nacional)**; se entiende que el dinero debe ingresar por las zonas fronterizas del

país, ya sea en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "al portador". Por ejemplo, una persona de nacionalidad chilena que quiere ingresar por la ciudad de Tacna al Perú una determinada cantidad de dinero en efectivo adherida al cuerpo, dinero que es producto de la venta del tráfico ilícito de droga; sin embargo, dicho ciudadano es intervenido por la Seguridad de la zona fronteriza.

c) **"Hacer salir" del país ("retirar" del territorio nacional);** consiste en la operación inversa de la anterior, es decir en sacar fuera del territorio nacional los activos provenientes de actividad delictiva previa. Igualmente, puede tratarse de una salida realizada de modo aparentemente lícito, esto es, por los puestos de control aduanero, declarándolos y eventualmente pagando los derechos correspondientes, o también puede realizarse de modo subrepticio a través de prácticas de contrabando[163].

3.3. Irrelevancia en función a los medios utilizados

No interesan los medios con los cuales se realiza el ingreso ni la forma como se concreta dicho ingreso (o salida) del territorio nacional; pues, se puede hacer ingresar al dinero o títulos valores a través de las diversas modalidades que constituyen las tipologías elaboradas por las autoridades, como la ingesta de cápsulas conteniendo el dinero (alcancías humanas), dinero adherido al cuerpo sujeto con fajas o cintas adhesivas (la momia), con maletas de doble fondo donde se camufla el dinero o títulos, o a través de cualquier otra modalidad[164].

3.4. Objeto material del delito

El objeto material del presente delito, en primer lugar, está referido al *dinero en efectivo*, el mismo que puede ser tanto en moneda nacional como en moneda extranjera, la misma que debe estar en posesión del sujeto activo.

---

[163] GALVEZ VILLEGAS, 2014, p. 268.

[164] GALVEZ VILLEGAS, 2014, p. 266.

Por otro lado, también se prevé como objeto material de manera expresa, y esto de acuerdo a la última reforma legal donde expresamente se señala a los instrumentos financieros negociables emitidos "al portador", que según el Decreto Supremo Nº 195-2013-EF, Reglamento de la obligación de declarar el ingreso o salida de dinero en efectivo y/o **instrumentos financieros negociables emitidos al portador,** son los siguientes: *"Se consideran, entre otros, a los cheques de viajero; cheques al portador, pagarés al portador, que se transfieran con la entrega; bonos, certificados bancarios en moneda extranjera; instrumentos incompletos firmados o no en los cuales se consigna el monto, pero se omite el nombre del beneficiario".*

3.5. La normatividad administrativa y la prohibición del "correo de dinero"

Aunque el tipo penal en comentario no dice nada en relación a la prohibición respecto al transporte de dinero por un determinado territorio, lo que sí hay que señalar es que pueden existir algunos indicios reveladores que el dinero transportado podría provenir de un delito; pues la Ley Nº 28306, en su Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final, dispone: "*De declarar bajo juramento instrumentos financieros negociables emitidos al portador o dinero en efectivo que porte consigo por sumas superiores a US$ 10.000.00 (Diez mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera.* Así: *Asimismo, queda expresamente prohibido para toda persona, nacional o extranjera, que ingrese o salga del país, llevar consigo instrumentos financieros negociables emitidos al portador o dinero en efectivo por montos superiores a USS 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. El ingreso o salida de dichos importes deberá efectuarse necesariamente a través de empresas legalmente autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para realizar ese tipo de operaciones".*

En el mismo Sexto se dispone lo siguiente: "*6.3. En caso de incumplimiento de lo dispuesto en los numerales precedentes, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria dispon-*

*drá: **a.**- La retención temporal del monto íntegro de dinero en efectivo o de los instrumentos financieros negociables emitidos al portador y la aplicación de una sanción equivalente al treinta por ciento (30%) del valor no declarado, como consecuencia de la omisión o falsedad del importe declarado bajo juramento por parte de su portador; **b** - La retención temporal del monto de dinero en efectivo o de los instrumentos financieros negociables emitidos al portador que exceda los US $30,000.00 (treinta mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)".*

Un tema relevante a tener en consideración es que la Ley N° 28306 establece una pauta de interpretación en relación a los grados de conocimiento a los indicios: *"La no acreditación del origen licito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos "al portador" en el plazo establecido, se considera indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos. En estos casos, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú informará al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones".*

4. Tipicidad subjetiva

Esta modalidad típica solo se puede realizar de manera dolosa, es decir, que debe existir consciencia y voluntad por parte del autor, en relación a los elementos objetivos del delito: está referido al *dinero en efectivo* o *instrumentos financieros negociables emitidos "al portador"*; asimismo también el dolo debe abarcar la acción de "transportar", "trasladar" o de "cualquier medio", "hacer ingresar", "hacer salir" del país.

Puede admitirse la posibilidad del dolo eventual.

5. Grados de desarrollo del delito

Los actos de transporte o traslado son tipos permanentes mientras dure la acción de desplazamiento; y obviamente, se trata de conductas dolosas y premunidas de la intencionalidad o finalidad de evitar la identificación del erigen delictivo de los activos o evitar su incautación o decomiso.

XI. SOBRE LAS FORMAS AGRAVADAS Y ATENUADAS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1106

1. Descripción legal

La circunstancia agravante está descrita en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1106, de la siguiente manera:

> La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:
> 1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.
> 2. El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal.
> 3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.
>
> La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.
>
> La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo".

2. Sobre las circunstancias agravantes

2.1. Por la calidad del sujeto activo

El primer supuesto de agravación se sustenta en la condición personal del agente, quien debe tener la calidad de funcionario pú-

blico o funcionario de empresas o instituciones vinculadas al sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, es decir instituciones que de una u otra manera realizan labores de intermediación financiera, y cuyos productos resultan útiles para efectos del blanqueo de activos.

En este contexto, el agente viene a ser aquella persona que trabaja en una empresa dedicada a la intermediación en el campo de ventas o alquileres de viviendas o locales comerciales, y su inclusión como forma agravada de este delito se justifica dado que, al ser el sector inmobiliario un área de auge, es por lo mismo un lugar atrayente para los «lavadores de activos»[165].

Sin embrago, para la aplicación de esta agravante no basta que el sujeto activo ejerza las funciones antes citadas, sino que es menester demostrar que éste se aprovechó del ejercicio de tales funciones para posibilitar la realización de las conductas típicas previstas en los artículos 1° y 2° de la acotada ley.

Al verificar que sólo se hace referencia al funcionario, mas no al servidor público, consideramos que esta exclusión se debe más que nada al grado de responsabilidades, facultades o deberes o a la misma posición de garante que posee el primero de ellos en la administración pública. Pero se ha omitido sancionar con mayor rigor al que tenga la condición de jefe, cabecilla o dirigente de la misma, como sucede en otros hechos delictivos[166].

De otro lado, también debe considerarse dentro de esta agravante a los ***funcionarios de hecho o de facto***, puesto que estos se encuentran en la misma posición que los funcionarios de iure respecto a la administración pública y por tanto, sus acciones comprometen o afectan a esta. Asimismo, la sociedad también tiene la expectativa de cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de estos funcionarios, por lo que la defraudación de dicha expectativa tiene incidencia

---

[165] HINOSTROZA PARIACHI, 2009, p. 134.

[166] AMORETTI PACHAS, 2007, p. 160.

en la configuración anómala de la administración pública (y en el caso del lavado de activos, dicha defraudación significa la posibilidad de un mayor grado de afectación al bien jurídico tutelado por este delito)[167].

"El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil". Bajo este artículo se ha optado por sancionar a determinados agentes cuya actividad laboral, por ser un pasaje común en la realización de actividades de lavado de activos, tal como lo ha demostrado la casuística y a fin de ser disuasivo a estos sujetos, se ha decidido como parte de la política criminal, exigir un mayor grado de responsabilidad[168].

Dicho supuesto permite deducir que el "lavado" no necesariamente se lleva únicamente a través de entidades financieras o de crédito. Lo puede realizar, por ejemplo, recurriendo al sector inmobiliario. En suma, las operaciones que se realizan sin la intervención de una entidad bancaria son múltiples y matizadas. Lógicamente, dichas mutaciones complican el castigo de este comportamiento y traban la respectiva investigación[169].

2.2. Por la pertenencia a una organización criminal

El segundo supuesto de agravación, tiene su sustento en la pertenencia del sujeto activo a una organización criminal, es decir a una estructura organizada que se dedica al lavado de activos, sin importar el cargo o rango que tenga dentro de la misma. La usual intervención de organizaciones criminales en estos delitos provoca ciertos problemas para poder imputar el delito a título de autor a personas que se mantienen al margen de los actos ejecutivos, pero que dirigen la organización[170]. Estamos en el campo del lavado de activos

---

[167] Véase, en este sentido: GALVEZ VILLEGAS, 2014, p. 279.

[168] BERNAL CAVERO, 2007, p. 92.

[169] PEÑA CABRERA, tomo IV, p. 444.

[170] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 513.

en cadena, cuando los actos de conversión o transferencia están relacionados con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes o relacionadas con delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo[171].

La Exposición de Motivos sentencia que el lavado de activos es más reprochable si se hace en el marco del funcionamiento de una organización delictiva permanente. No es lo mismo el lavado esporádico, ocasional, individual de un bien mal habido que el lavado sistemático, organizado o masivo. De igual manera, otro fundamento para sancionar esta conducta en relación con las organizaciones tiene su origen en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1988, donde las partes firmantes reconocen "los vínculos que existen entre el TID y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados".

Según García Cavero, la solución debe ir en la línea de aplicar el delito de asociación ilícita agravado en el caso que la organización no haya cometido aún un delito de lavado de activos, entrando a tallar, por el contrario, el tipo penal de lavado de activos agravado si es que la organización criminal ha realizado actos de lavado. En este último caso, la agravación del tipo penal de lavado de activos será más específica que el delito de asociación ilícita para delinquir, por lo que el proceso penal se tendrá que abrir solamente por el delito de lavado de activos agravado[172].

2.3. Por la calidad del delito previo

El reciente Decreto Legislativo N° 1106 establece que la pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

---

[171] AMORETTI PACHAS, 2007, p. 160.

[172] GARCIA CAVERO, 2011, p. 146.

Ahora bien, debemos hacer una precisión en este supuesto agravatorio. Hay que decir que el dinero, bienes, efectos o ganancias deben de "*provenir*" de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas; es decir, aquí sí se debe probar un vínculo intenso entre los actos concretos de "conversión"-"transferencia"-"tenencia"-"ocultamiento"-"transportar", y los activos ilegales que la producen, que necesariamente deben provenir de la comisión de delitos como son de la minería ilegal, del tráfico ilícito de drogas, del terrorismo, del secuestro, de la extorsión y del delito de trata de personas.

*2.4. Por el **cuantum** económico del objeto material del delito*

El Decreto Legislativo Nº 1106 incorpora una circunstancia agravante: según el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, en el sentido que ésta sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.

Aquí lo que existe es un mayor *disvalor* del resultado en función a la magnitud de los objetivos materiales del delito previo por partida doble: en primer lugar, por las enormes ganancias ilícitas que se han obtenido en virtud de la comisión precisamente de delitos previos; y en segundo lugar, por la enorme cantidad de ganancias ilegales que se han convertido, transferido, transportado en el sistema económico del país, y que se están ocultando o teniendo en su poder.

Hay que precisar que el objeto material del delito de lavado de activos no necesariamente tiene que proceder directamente del delito que lo originó, sino que puede provenir, a su vez, de un delito de lavado de activos. Puede darse un lavado de activos en cadena o sobre bienes que han sustituido previamente a otros bienes provenientes directamente de los delitos previos[173].

De este modo, se deja en claro que en nuestra legislación el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados

[173] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 502.

en las distintas modalidades de lavado, no tienen relevancia para la tipicidad y penalidad del delito. Así, el Acuerdo Plenario N° 3 establece algunas cuestiones en torno a los valores económicos o dinerarios comprometidos en las operaciones de blanqueo de capitales, a fin de determinar su relevancia al momento de determinar la pena en la sentencia. Así, se ha expuesto lo siguiente: «(...) Es importante destacar que para el Derecho Penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamien*to* o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 2780 del Código Penal de aquel país establece: "Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convierte, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes, adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/.50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí (...)"[174].

3. Sobre las circunstancias atenuantes

3.1. Por el cuantum económico del objeto material del delito

El Decreto Legislativo N° 1106 incorpora una primera y remozada circunstancia agravante en relación al objeto material delito de lavado de activos, y la pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, *cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias.*

[174] Acuerdo Plenario, § 28.

En este punto, debemos de señalar que siempre será represivo el lavado de activos, por más ínfimo que sea en cuanto a las ganancias ilícitas que representa el dinero, bienes o ganancias, claro con menor pena. Aunque es cuestionable que en delitos contra la Administración pública, sobre todo los delitos de peculado, se adopte en el Poder Judicial la absolución total del investigado bajo la aplicación del principio de insignificancia, teniendo en cuenta que aquí no sólo se protege el manejo responsable de la administración de los causales públicos, sino también la función prestacional del Estado; sin embargo, en el delito de lavado de activos en cualquier nivel de afectación respecto al valor de los activos, será considerado delito por la pluri-ofensividad que significa su comisión.

3.2. Por la información eficaz del agente

Como segunda circunstancia atenuante se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para *evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos* objeto de los actos descritos en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo N° 1196. Aquí se presentan varias circunstancias atenuantes que son las siguientes:

- En primer lugar, el interviniente da a las autoridades información eficaz para ***evitar la consumación***. Según García Cavero, la redacción de este supuesto de arrepentimiento activo es, sin embargo, poco feliz, pues confunde las categorías del íter criminis. Si la actuación del interviniente del delito impide la consumación, se estará ante un desistimiento que con base en el artículo 18 del CP debe llevar a la falta de punición. Esto no es, por lo demás, posible en un delito de peligro abstracto como está configurado el lavado de activos. Bajo estas consideraciones, el término *consumación* no debe ser entendido en un sentido formal (como realización del tipo penal), sino en un sentido material (como la realización del peligro concreto o de lesión posterior a la realización de la conducta típica peligrosa)[175].

[175] GARCIA CAVERO, 2013, pp. 142-143.

- En segundo lugar, se verifica una atenuación de la pena por información eficaz cuando se ***identifica y captura a sus autores o partícipes.*** Esta exigencia excluiría, por otro lado, que la atenuación se puede aplicar a delitos en los que los intervinientes estén plenamente identificados, aunque aún no capturados. Debe señalarse que no es necesario que la información lleve a la identificación y captura de todos los intervinientes, sino que basta con que se haga respecto de uno de ellos. El juez debe evaluar de la globalidad de las investigaciones si, en efecto, la información suministrada ha sido eficaz para el éxito del proceso penal[176].
- En tercer lugar, se verifica también una atenuación expresa cuando se ***detecta o incauta los activos ilícitamente obtenidos.*** A diferencia del supuesto anterior, el tenor legal es mucho más flexible, ya que la eficacia de la información se mide en función de si se detectan o se incautan los activos. Por lo tanto, bastará con que se permita la detección, aunque no se llegue a incautar, así como con que se llegue a incautar lo que ya las autoridades habían detectado[177].

No podemos dejar de mencionar que aquí se presenta una superposición de normas jurídicas al parecer, porque se atenúa la pena del delito de lavado de activos en función a la información eficaz que brinde el sujeto activo; es decir, aquí hay una institución procesal llamada "colaboración eficaz", que como se sabe, tiene una regulación expresa en el Código Procesal Penal[178].

---

[176] GARCIA CAVERO, 2013, p. 143.

[177] Ibídem.

[178] GARCIA CAVERO, 2013, p. 297, nos dice lo siguiente en relación a este tema: "No obstante, este beneficio por colaboración eficaz establecido en la ley sustantiva no nos parece pertinente; pues, este aspecto ya estaba cubierto de mejor por una por el Código Procesal Penal, especialmente por el artículo 474° del Código, norma que prevé no solo la atenuación de la pena sino, inclusive, la exención y otros beneficios para los colaboradores; aun cuando deniega los beneficios a los jefes, dirigentes o cabecillas de las organizaciones delictivas. Consecuentemente, en estos supuestos de colaboración eficaz, estando

Así, a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, tendrá necesariamente una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. Sin embargo, si revisamos las posibilidades que prevé expresamente el Código Procesal Penal respecto a la situación jurídica del investigado, está desde la atenuación de pena hasta la eximición de la misma.

Interesante es la postura de Paucar Chappa, cuando señala que los dispositivos normativos en conflicto son de diferente «naturaleza», es decir, el párrafo in fine del artículo 4° del D.L. N° 1106 es una «circunstancia atenuante» y por ende una norma sustantiva. En tanto que el inciso 2 del artículo 474° del NCPP, y el artículo 4° de la Ley N° 27378 son normas que señalan «beneficios», tratándose de normas procesales[179].

En segundo orden atañe verificar los «alcances» de las citadas normas. Así, en el caso del párrafo in fine del artículo 4° del D.L. N° 1106 puede aplicarse a cualquier imputado por delito de lavado de activos. En cambio, en el inciso 5 del artículo 474° del NCPP, y en el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N° 27378, se excluyen a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas[180].

En tercer lugar –señala Paucar Chappa–, interesa identificar los "efectos" que producen las normas en análisis. Por un lado, el párrafo in fine del artículo 4° del D.L. N° 1106, al ser una "circunstancia

---

a su naturaleza procesal, la norma preferente, en caso antinomia legal, será el Código Procesal Penal. En tal sentido, estos beneficios resultan aplicables inclusive para los casos agravados del artículo 4° de la Ley de Lavado de Activos, aun cuando no se aplicará, en ningún caso, a los jefes, dirigentes o cabecillas de las organizaciones criminales (Art. 474°5 del CPP)".

[179] PAUCAR CHAPPA, 2013, p. 157.

[180] PAUCAR CHAPPA, 2013, p. 158.

atenuante", fija una pena conminada, que al haber sido impuesta y haber quedado firme, adquiere calidad de cosa juzgada. En otras palabras, la condición de jurídicamente inalterable. Inversamente a ello, el artículo 479° del NCPP, así como el artículo 8° de la Ley N° 27378, señalan las "condiciones" a que se encuentra sometido el colaborador eficaz, aplicándosele un control posterior a la aprobación del Acuerdo de Beneficios. Por tal motivo, los beneficios otorgados no son inamovibles, sino que se encuentran condicionados. De lo expuesto precedentemente, podemos afirmar que el párrafo in fine del artículo 4° del D.L. N° 1106, que prevé la colaboración eficaz como una "circunstancia atenuante", debe aplicarse como primera opción por el principio de especialidad. No obstante ello, de concurrir los presupuestos fijados para la aplicación de un Acuerdo de Colaboración Eficaz para establecerse una exención de pena, ha de seguirse el procedimiento establecido tanto en la Ley N° 27378 o en los artículos 472° a 481° del NCPP, en cuanto a los «beneficios» para el colaborador.[181]

XII. EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O TRANSACCIONES SOSPECHOSAS

1. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado

Una de las principales obligaciones funcionales de un empleado o funcionario del sistema bancario, dentro de los mecanismos administrativos de prevención de actos de lavado de activos, es la que se refiere a la comunicación de transacciones sospechosas. Con esta exigencia se concreta, además, la indispensable colaboración que el sistema de intermediación financiera debe ofrecer a las autoridades que tienen a su cargo la persecución y sanción penal de los delitos de lavado de activos[182].

---

[181] PAUCAR CHAPPA, 2013, p. 158.

[182] HINOSTROZA PARIACHI, César; *El delito de lavado de activos,* Lima, 2009, p. 111.

La tipificación de la conducta referida al transporte transfronterizo de dinero en efectivo y títulos valores, responde a la Recomendación Especial IX del 22 de octubre de 2004 del GAFI, referida a los correos de dinero, modificando de esta manera la antigua Recomendación 19 del 2003. El texto de la citada Recomendación Especial es el siguiente: Recomendación Especial IX: Corredores o couriers de dinero:

> *Los países deben contar con medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero e instrumentos monetarios negociables, como ser un sistema de declaración u otra obligación de revelación.*
>
> *Los países deben asegurarse que sus autoridades competentes tengan la autoridad legal para detener y sustraer el dinero o instrumentos monetarios negociables que se sospeche estén relacionados al financiamiento del terrorismo o al lavado de activos, o aquellos que sean falsamente declarados o revelados.*
>
> *Los países deben asegurarse de la disponibilidad de sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas para aplicar a aquellas personas que hagan falsa(s) declaracion(es) o revelacion(es). En casos donde el dinero o instrumentos monetarios negociables estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o el lavado de activos, los países deberán también adoptar medidas, incluyendo medidas legislativas consistentes con la tercera recomendación y la Recomendación Especial III, las que deberán permitir la confiscación de dicho dinero o instrumento.*
>
> *En términos similares, la nueva Recomendación 32 del GAFI de 2012 también hace referencia al control del transporte transfronterizo de dinero, haciendo hincapié en la creación de un sistema de declaración a cargo de una autoridad nacional determinada que tenga la capacidad para inmovilizar el dinero que se pretende transportar, así como la aplicación de mecanismos de confiscación o decomiso de los mismos.*

Por su parte, Salcedo Machado[183] apunta que "La tipificación del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas para los casos en los que los sujetos que se encuentran obligados por su profesión, no cumplan con hacerlo, reafirma la capacidad normativa del incumplimiento de la obligación administrativa de actuar de un modo determinado, para generar una consecuencia negativa en sede penal. El núcleo del reproche penal del delito de omisión de reporte es, precisamente, la ausencia de una comunicación oportuna de posibles operaciones de lavado, la misma que, para adquirir relevancia para el Derecho penal, deberá ser ocasionada por el incumplimiento de los deberes de prevención establecidos por la norma administrativa. El quebrantamiento del deber de alerta a las autoridades respecto a operaciones que podrían estar relacionadas con el delito lavado de activos, en estos casos, genera una respuesta del aparato penal".

Asmat Coello nos dice que: "No cabe duda de que se trata de un delito de mera desobediencia en el que se sanciona un mero cumplimiento de un deber administrativo y lo que se protege –y resulta discutible- no es la administración de justicia, sino el correcto funcionamiento del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos. El objeto de tutela penal se relaciona exclusivamente con el ordenamiento regulador de medidas preventivas contra el lavado de activos, siendo este sistema normativo el que dispone la obligación de reporte y el que va a ser defraudado por el agente"[184].

---

[183] SALCEDO MACHADO, Pilar del Rocio; *"La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financieras en la comisión del tipo base de lavado de activos. Notas sobre la responsabilidad penal del Directorio y Gerencia General por el incumplimiento de los deberes de debida diligencia institucional"*, disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Tendencias_actuales_en_prevencion_y_persecucion_penal_del_lavado_de_activos_y_financiamiento_del_terrorismo/?p=13.

[184] ASMAT COELLO, Diana Marisela; *"Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos"*; Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima, pp. 426-427.

En conclusión, el delito bajo comentario se trata de un tipo penal de estructura de mera desobediencia, con lo cual es totalmente discutible su criminalización (primaria) en nuestra legislación penal, al tratarse tipificaciones formales. Asimismo, también es discutible la determinación de su objeto protegido; en todo caso, si habría un bien jurídico que proteger, este sería únicamente la Administración Pública, pero que tendría que tener una vinculación con el tema de lavado de activos. En otras palabras, se debe considerar a la Administración Pública en términos generales (por ej. sistema financiero, sistema registral, sistema notarial, y de cualquiera de los sujetos obligados a reportar ante la Unidad de Inteligencia Financiera como ente administrativo, cuando tengan conocimiento de operación sospechosas), como objeto de protección jurídico-penal pero en su relación con la prevención del delito de lavado de activos, y no por la represión, pues ya se encontraría tipificado en los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo N° 1106.

Ahora, veamos cuál es el bien jurídico tutelado en la figura de lavado de activos, para poder discernir si el Oficial de Cumplimiento tiene una vinculación estrecha con su tutela. Para Adriasola[185], se trata de una conducta pluriofensiva que lesiona varios bienes jurídicos: la economía, la administración de la justicia. Otros como Langón, sostienen que es el orden socioeconómico el que se lesiona mediante su conducta. Por último, Cervini nos enseña que el bien jurídico tutelado se trata del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía.

Pereyra nos dice que "...esta última posición que nos parece que el Oficial de Cumplimiento se encuentra inserto dentro de entidades que son clave en el funcionamiento de los mecanismos superiores o resortes de la economía: bancos, casas de cambio, mercado de valores, etc. Dentro de cada institución, su posición es clave a efectos de evitar que sean utilizados como medios para insertar en la plaza

(185) FLEITAS, Sandra; "*Individualización del Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Lavado de Activos*". Ponencia realizada en el Universitario de Punta del Este, Sede Rivera.

financiera colocaciones cuyo origen es ilícito. Por lo cual considero que la relación con el Bien Jurídico es íntima, cercana, fundamental, a mi modo de ver se justifica técnicamente con amplitud que sea considerado un garante"[186].

2. Tipicidad Objetiva

El delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 5°) queda descrito de la siguiente manera:

> 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.
>
> 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".

Antiguamente, el Art. 4° de la derogada y primera que tuvo el Perú sobre el tema de lavado de activos, la Ley N° 27765 señalaba textualmente lo siguiente: *"El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, de las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años (...)".*

---

(186) PEREYRA, Nicolás; "*La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento*", en: evistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereyra-La-responsabilidad-penal-del-Oficial-de-Cumplimiento.pdf (15-noviembre-2016).

2.1. Sujeto Activo

El autor del delito no puede ser cualquiera, sino solamente aquel que tiene la obligación legal, por su posición funcional o profesional, de comunicar al organismo correspondiente la realización de operaciones o transacciones sospechosas. Son autores, ya que el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo los considera como agentes propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación les impone deberes específicos, un deber o posición de garante[187].

Se trata de un delito especial que requiere del autor la calidad del obligado a informar. Si el deber recae sobre una persona jurídica, habrá que recurrir al artículo 27 del Código Penal para responsabilizar penalmente a su representante[188]. Este tipo penal califica como un delito especial por cuanto sólo puede ser cometido por aquella persona que tiene dentro de su ámbito competencial el de detectar operaciones inusuales y luego evaluarlas, a fin de verificar si resultan o no sospechosas y de serlo, proceder a reportarlas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), entidad que se halla adscrita a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (SBS).

Dentro del Sistema de prevención de lavado de activos, a estas personas que cuentan con la facultad y obligación mencionada se les denomina oficiales de cumplimiento, que según la UIF, son los funcionarios responsables de vigilar la implementación y funcionamiento del sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo en los sujetos obligados[189], y el cual es designado por el Directorio de estos.

---

[187] ASMAT COELLO; *"Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos" cit.*, pp. 426-427.

[188] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 519.

[189] Son las personas o instituciones que se hallan detallados en el artículo 8° de la ley N° 27693 –Ley de creación de la UIF del Perú- así como los establecidos en el artículo 3° de la Ley 29083 –Ley que incorpora a la UIF del Perú a la SBS-, y entre los que podemos mencionar a los bancos, financieras, notarias, etc.

Para aquellos sujetos obligados que no cuenten con un órgano supervisor, la función de supervisión y control de la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo será llevado a cabo por la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú o la institución que ésta designe. Tal es el caso de: casas de cambio, empresas dedicadas a la compra venta de vehículos, empresas de construcción e inmobiliarias, empresas dedicadas al comercio de antigüedades y joyas, empresas de préstamos y empeño, entre otras.

El Oficial de Cumplimiento tiene la función, de acuerdo a los sistemas y logística con la que cuente, y en aplicación del principio "conoce a tu cliente", de detectar operaciones inusuales, es decir aquellas que salen del parámetro común de operaciones que un determinado cliente realiza frecuentemente. Una vez detectada la operación inusual, ésta debe pasar a ser investigada a fin de verificar si existe o no una razón para haberse salido del patrón. De no encontrar justificación, el oficial de cumplimiento tiene que calificarla como sospechosa y proceder a comunicarla, vía un reporte de operaciones sospechosas (ROS) a la Unidad de Inteligencia Financiera. De no cumplir con dicha obligación, se encontraría incurso en el tipo penal materia de análisis.

Recientemente, el Decreto Legislativo N° 1249 en su artículo 3, en la cual existe una modificación del artículo 3 de la 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, señala al respecto lo siguiente:

"Artículo 3.- De los sujetos obligados a informar

3.1. Son sujetos obligados a informar y, como tal, están obligados a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú e implementar el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes:

1) Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y las demás comprendidas en los artículos 16º y 17º de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley Nº 26702 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, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación 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.
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 o en sociedad, realizan o se disponen a realizar en nombre de un tercero 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.

La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional.

3.2. Asimismo, son sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas y/o registrar operaciones de acuerdo al umbral que determine la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, e implementar un sistema acotado de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes:

1) Las que se dedican al comercio de antigüedades.
2) 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. En caso estos sujetos obligados faciliten créditos, microcréditos o cualquier otro tipo de financiamiento económico, se sujetan a las obligaciones previstas en el numeral 3.1. del presente artículo.
3) Los gestores de intereses en la administración pública, según la Ley N° 28024.
4) Los martilleros públicos.
5) Las procesadoras de tarjetas de crédito y/o débito.
6) Las agencias de viaje y turismo y los establecimientos de hospedaje.
7) Las empresas del Estado, que por la actividad que realizan no se encuentran dentro de los alcances del numeral 3.1 del presente artículo, 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.
>
> El sistema acotado de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo a que se refiere el párrafo precedente comprende en todos los casos el envío de reportes de operaciones sospechosas y, adicionalmente, (i) el registro de operaciones o (ii) la designación de un oficial de cumplimiento a dedicación no exclusiva.

Lo novedoso del Decreto Legislativo 1249 es la incorporación de los abogados y contadores, que ahora son sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de lavado de activos. En efecto, solo los abogados colegiados *«que de manera independiente o en sociedad, realizan o se disponen a realizar en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual (...)* **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».* La *norma señala* que *«La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional».* Ello significa que si estos profesionales firman previamente acuerdos de confidencialidad con sus clientes, entonces se diluye el deber de reportar operaciones sospechosas.

2.2. Conducta típica

Según el tipo penal a simple vista se trataría de un delito de omisión propia o simple, ya que expresa: "*El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales,* ***omite*** *comunicar a la autoridad competente...*". Sin embargo, pese a que el tipo penal está formulado en términos de una actuación omisiva, lo cierto

es que se trata del incumplimiento de un deber de comunicar, lo cual puede suceder en términos naturalistas tanto por medio de una acción como por medio de una omisión. Así, si el obligado a comunicar no informa nada a la UIF, habrá omitido; si informa de forma inexacta o imprecisa, habrá actuado, pero igualmente incumplido con el deber de comunicar la existencia de una operación sospechosa. Como puede verse, si bien la formulación normativa se centra en una omisión, eso debe entenderse en el sentido de incumplimiento de un deber específico de comunicar, lo cual empíricamente puede realizarse tanto por medio de una acción, como por una omisión[190].

Además, una condición del tipo penal es que se trata de una operación o transacción sospechosa. Según la Unidad Inteligencia Financiera, se debe entender como *operación sospechosa*, toda operación realizada por una persona natural o jurídica, que por su número, cantidad o características no se enmarca dentro de los sistemas y prácticas normales de los negocios de una industria o sector determinado y que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, no haya podido ser razonablemente justificada. Es decir, que por su naturaleza o volumen no correspondan a las operaciones activas o pasivas de los clientes según su actividad o antecedente operativo; y que sin causa que lo justifique sean abonadas mediante ingresos en efectivo, por un número elevado de personas.

Algo que debemos de dejar en claro es que las obligaciones funcionales o profesionales están descritas en las leyes y normas reglamentarias extrapenales; es decir, estamos hablando de una norma penal en blanco como no podía ser de otra manera. Así, por ejemplo, para que la norma penal complete de manera global la prohibición punitiva debe recurrir a la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 486-2008, que es la norma administrativa que se encarga de regular la forma de reportar las conductas financieras sospechosas, a las que están sujetas las entidades financieras bajo

[190] GARCIA CAVERO, 2013, p. 149.

supervisión de la Unidad Inteligencia Financiera. En ese sentido, las entidades financieras están obligadas a enviar un informe anual que contenga la estadística anual de operaciones inusuales y Reporte Operaciones Sospechosas (ROS) remitidos a la Unidad Inteligencia Financiera; además de la descripción de nuevas tipologías de operaciones inusuales y operaciones sospechosas. Este documento debe ser enviado dentro de los 45 días que ha culminado el último semestre del año, es decir antes del 15 de febrero; y no hacerlo en el modo y tiempo que prevé

La imputación objetiva en el delito de Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas se agota en la sola creación del riesgo no permitido. Es decir, no existe necesidad de que el incumplimiento de las obligaciones por parte del sujeto activo dé lugar a un resultado lesivo como es el dificultamiento de la identificación del origen delictivo del dinero o bienes lavados. Ello obedece a que el delito en cuestión no es un delito de resultado lesivo, sino un delito de peligro[191].

3. La modalidad típica culposa

A través del Decreto Legislativo N° 1106 se ha tipificado una nueva modalidad, la cual es la "omisión por culpa" por parte de los que incumplen sus obligaciones funcionales o profesionales de comunicar a la autoridad competente las transacciones u operaciones sospechosas que hubieren detectado, según las leyes y normas reglamentarias.

Una verdadera novedad es la modalidad conductual en nuestro sistema jurídico-penal, ya que sólo se tenía conocimiento en el Derecho comparado. Relacionar "omisión" con la "culpa" constituye una verdadera hazaña dogmática ya que ambos institutos tienen zonas

---

[191] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *"Los delitos del lavado de activos en la legislación peruana"*, en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima, p. 350.

comunes y hasta absorbentes uno del otro. En todo caso, se sigue la línea trazada ya por el Código Penal de que para la sanción penal de un delito de culpa (ya sea consciente o inconsciente), éste tiene que estar debidamente incorporado como delito en la Parte Especial o en las leyes complementarias.

Habrá que advertir con Gálvez Villegas[192] que no se tomará en cuenta la negligencia o falta de diligencia al momento de detectar la operación sospechosa, sino la que se presente al momento de informar, luego de que dicha operación haya sido detectada; pero claro, la negligencia puede presentarse respecto a la información en sí o respecto al periodo que debe informarse. La diferencia se presenta a nivel del tipo subjetivo, pues mientras en el supuesto doloso el sujeto obligado intencionalmente omite informar, sin interesar el motivo que lo conduce a tal decisión, en el supuesto culposo, el agente, que ha detectado la operación sospechosa, omite informarla a la autoridad por descuido o falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes; o lo que es lo mismo, omite realizar la información por haber inobservado su deber de cuidado, creando con ello un riesgo no permitido de realización y desconocimiento de una conducta que puede favorecer las acciones de lavado de activos.

Un ejemplo de la comisión de un delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas sería aquel funcionario de una institución bancaria que, no obstante que debía haber asistido, por un tiempo determinado, a sus capacitaciones en relación a detectación de operaciones sospechosas para el tema de lavado de activos, asume el cargo por cuestiones de urgencia (aquí hay una evidente infracción a los deberes de cuidado profesionales-funcionales); y en esas circunstancias el citado funcionario no se da cuenta, en su momento, de varias operaciones que pueden tener origen sospechoso a la autoridad competente.

[192] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; 2014, pp. 317-318.

XIII. EL DELITO DE REHUSAMIENTO, RETARDO Y FALSEDAD EN EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

1. Consideraciones generales y bien jurídico protegido

Ante la inoperancia de algunas personas –naturales o jurídicas- que tienen la obligación legal, previo requerimiento, de ofrecer toda la información respectiva a las autoridades fiscales y judiciales que vienen investigando la comisión de un posible delito de lavado de activos, el legislador nacional ha querido sancionar esto como un delito autónomo dentro del catálogo de delitos de lavado de activos, porque si no fuera así, la conducta de rehusamiento, retardo o quien da una información falsa, podría constituir la comisión de otro delito, por ejemplo, resistencia y desobediencia a la autoridad o un delito contra la fé pública.

Lo anterior permite aclarar que el bien jurídico penalmente protegido por el delito previsto en el artículo 6 de la Ley penal contra el Lavado de Activos no es el mismo que los delitos de lavado de activos, sino otro distinto. Se trata concretamente de un delito contra la Administración de Justicia, cuya única particularidad –y esa es posiblemente la razón por la que se le incluya en la Ley Penal contra el lavado de activos– es que se afecta la función de los órganos de persecución penal en la investigación y juzgamiento de los delitos de lavado de activos[193].

Aunque habrá que mencionar que la configuración de este nuevo delito enfrenta los embates de aquel derecho constitucional que le incumbe a todo imputado, el cual es el derecho a la "No Autoincriminación", porque si al agente, investigado en primer lugar por un delito de lavado de activos, luego la autoridad le requiere para que brinde información respecto a los temas que está investigando, y precisamente el propio investigado se rehúsa –de manera dolosa- a darlo, porque sabe que si lo hace, prácticamente estaría incorporando todas las pruebas documentales de cargo a la Fiscalía para que

[193] GARCIA CAVERO, p. 156.

luego lo utilicen en su contra y puedan condenarlo. Entonces, el imputado enfrenta un dilema. Empero, el Juez Penal deberá preferir la aplicación de un derecho institucional de corte colectivo, también de carácter constitucional como lo es el derecho al *ius puniendi* del Estado, la averiguación de la verdad como meta de todo proceso judicial, en vez de la aplicación del derecho (constitucional) individual del imputado a la no autoincriminación.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Descripción legal

El delito de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de la información, se encuentra regulado en el art. 6 del Dec. Leg. 1106, bajo el siguiente texto:

> **Artículo 6°.-** El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.
>
> Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

2.2. Tipicidad objetiva

2.2.1. Sujeto activo

Sujeto activo es la persona encargada de proporcionar la información solicitada en investigación o juzgamiento del delito de lavado de activos, por el juez, por el fiscal o por la Policía Nacional del Perú.

2.2.2. Acción típica

La acción típica tiene varios supuestos que son los siguientes:

a) ***Rehusar el suministro de la información requerida.*** Se trata de una actuación concreta por la cual, sin una razón justificada, el requerido se niega a proporcionar la información pese a que obra en su poder y está en la capacidad de informar. Se trata de una simple omisión a otorgar la información pero evidenciando una clara intención de no cumplir con el requerimiento de la autoridad[194].

b) ***Retardar el envío de la información solicitada.*** A diferencia del caso anterior, en que hay un incumplimiento definitivo, en este caso sí se cumple con informar pero se hace de modo inoportuno, esto es, fuera del plazo concedido para el cumplimiento; implica siempre la existencia de un plazo dado por la propia autoridad para remitir la información, o en todo caso se considera el plazo legal[195].

c) ***Proporcionar la información requerida de modo inexacto.*** En este caso, el requerido cumple con hacer llegar la información a la autoridad; sin embargo, proporciona una información parcial o distorsionada, de modo tal que esta no cumple ni satisface la finalidad para la cual fue requerida.

---

[194] GALVEZ VILLEGAS, p. 324.

[195] GALVEZ VILLEGAS, p. 326.

d) ***Proporcionar información falsa.*** En este caso, supuestamente se cumple el requerimiento de la autoridad, puesto que se le contesta, pero realmente no se proporciona la información requerida que obra en el acervo documental, banco de datos o registro de la empresa, persona o entidad a la que se le requiere; por el contrario, falseándose la realidad se proporciona información carente de veracidad o fraudulenta, esto es, los datos que se consignan no corresponden a la realidad.

Si bien el requerimiento de información estaría formalmente dirigido a la persona jurídica, en términos de cumplimiento fáctico el requerimiento se entenderá realizado sobre la persona de su representante. En este sentido, no habrá ningún inconveniente desde el punto de vista del tenor legal para responsabilizar penalmente al representante de la persona jurídica[196].

2.3. Objeto de la acción

En cuanto al objeto de la acción esta deba recaer, según el tipo de pena, sobre determinados tipos de información: económica, financiera, contable, mercantil, empresarial; es decir, todo aquello que sea relevante para la investigación fiscal.

3. Tipicidad agravada

El legislador penal nacional hace una diferenciación, de cara a la tipicidad agravada, en relación no a la gravedad de los actos subsecuentes de legitimidad de los activos en el tráfico económico, sino en función a los delitos fuentes y al *cuantum* económico de los efectos y activos que sirvieron a la posible conversión-transferencia-tenencia-transporte de los objetos materiales. Así, si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organiza-

[196] GARCÍA CAVERO, 2013 p. 157.

do, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.

4. Tipo subjetivo

Este delito sólo se puede cometer bajo una modalidad de dolo directo. El dolo eventual no se admite, pues el tipo penal prevé el término "deliberadamente".

XIV. ASPECTOS SUBJETIVOS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

1. Aspectos generales

En cuanto al tipo subjetivo, el tipo penal se castiga solamente en caso de dolo, es decir, cuando el agente sabe que se encuentra ante una operación o transacción sospechosa conforme a la normativa administrativa y los manuales de conducta[197]. Es decir, se exige que se tenga conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito grave. Además, es preciso que se quiera ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o ayudar a las personas que hayan participado en el delito grave a eludir las consecuencias legales de sus actos. Por ello, solo es posible la comisión dolosa[198].

---

[197] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 520. De la misma manera: AMORETTI PACHAS, 2007, p. 159: "El elemento subjetivo es el dolo, consistente en el conocimiento y voluntad del agente dirigida a realizar los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes que provienen de otro delito descrito en la ley."

[198] SERRANO GÓMEZ, 2000, p. 524. SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho Penal Parte Especial,* Madrid, 2000, p. 536. "El texto recoge que quien adquiera, convierta o transmita bienes ha de saber que éstos tienen su origen en un delito grave. Por delitos graves hay que entender los que tienen pena privativa de libertad superior a tres años". VIDALES RODRIGUEZ, Caty; *"Los delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el CP de 1995,* Valencia, 1997, p. 115: "el artículo 301.1 exige que quien adquiera, convierta o transmita bienes lo haga sabiendo que los mismos tienen su origen en un

El solo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito. Por último, aseverar que alguien debía conocer el origen de un bien o dinero, no es más que la expresión de un proceder culposo, el mismo que en nuestra legislación de lavado de activos no es típico.(199)

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el numeral 18, dispone lo siguiente: *"Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucrados en ellas".*

El sujeto activo debe obrar con conocimiento que está realzando un acto de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia

---

delito grave. Asimismo el número segundo del mencionado precepto requiere que quien realice la conducta típica allí descrita, lo haga a sabiendas de su ilícita procedencia". Por su parte, VIVES ANTÓN, 1999, p. 571: "en el primero de estos grupos, se insertan las conductas de adquisición, conversión, o transmisión de bienes. Para su relevancia penal es suficiente que el sujeto tenga conocimiento de la ilícita procedencia de los mismos. Pero será indiferente el ánimo que rige en comportamiento, no importando que se haya actuado para eludir el pago de tributos, perjudicar a un tercero o para ocultar e origen del bien". DONNA, 2000, p. 541: "El auto debe saber el origen de los bienes, es decir que provienen de un delito, y además, tiene que tener por fin que los bienes, el dinero, adquieran la apariencia de tener un origen lícito, con lo cual se exige el dolo directo".

(199) Véase, en este sentido: SALA PENAL NACIONAL, Procesados: Juan Manuel Duany Pazos y otro, Delito: Lavado de Activos Provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, Agraviado: El Estado, Fecha 8 de abril de 2009.

de bienes que tienen un origen ilícito. Una persona puede conocer a ciencia cierta la procedencia ilícita de los activos (dolo directo), suponerla con alto grado de probabilidad (dolo eventual) o estar en capacidad de conocerla si hubiese sido mínimamente diligente (culpa grave), pero con independencia de ese nivel de conocimiento, el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomisos de los activos[200].

La parte subjetiva del autor en el delito de lavado de activos no se limita al conocimiento del carácter delictivo de los activos, sino que debe incluir el conocimiento de la aptitud lesiva de los actos de conversión o transferencia, o de ocultación o tenencia, para dificultar la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso[201].

A nivel subjetivo, además de la constatación de la presencia del dolo, es menester verificar la existencia en el sujeto activo de un elemento subjetivo distinto del dolo de tendencia interna trascendente, que consiste en la intención del agente de realizar la conducta típica con la finalidad de evitar la identificación del origen, incautación o decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del acto delictivo precedente. Es decir, no basta que el sujeto activo conozca o pueda presumir el origen ilícito de los bienes o recursos provenientes del delito previo, sino que además, dicho sujeto debe buscar con su conducta convertir, transferir, asegurar las utilidades generadas por el actuar delictivo precedente.

Ambas figuras analizadas sólo pueden ser cometidas de manera dolosa, es decir que se requiere que el sujeto activo haya tenido conocimiento y voluntad de realizar la conducta prohibida, aceptando la concurrencia ya sea de dolo directo, de dolo de consecuencias

---

[200] GARCÍA CAVERO, 2007, pp. 510-511.

[201] GARCÍA CAVERO, 2007, p. 509.

necesarias o de dolo eventual; en este último caso la inclusión de esta figura se hace manifiesta a través del uso de la frase "puede presumir".Al respecto, Gálvez Villegas sostiene que, siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del artículo 12 del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema, en el punto 31 señala lo siguiente: *"Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste –el dolo- ha de ser antecedente o concurrente en la acción"*.

En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula que puede presumir que, como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando[202]. Sobre este tema es importante precisar que el dolo eventual concurre cuando el sujeto activo, si bien no quería obtener el resultado lesivo, sin embargo se representa como posible su ocurrencia si continúa actuando de la manera que venía haciéndolo, y pese a ello prosigue con su comportamiento asumiendo la posible lesión al bien jurídico.

La primera bajo la expresión *"cuyo origen ilícito conoce (...)"*, está referida al conocimiento certero del agente (aspecto intelectual), respecto a la procedencia ilícita de los bienes materia de lavado, lo cual no representa mayor problema de interpretación ya que estamos ante una conducta con dolo en cualquiera de sus formas. Debe

[202] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; *El delito de lavado de activos*, Lima, 2004, pp. 153-154.

entenderse que este conocimiento no tiene por qué ser minucioso ni sumamente preciso, basta con que el agente asuma que la conducta que originó el activo proviene de un acto que convencionalmente se le reconoce como un ilícito. Adviértase que la expresión no dice *delito* sino *ilícito,* con lo cual el concepto del tipo de infracción legal cuyo conocimiento se tiene es más amplio.

Respecto al cambio legislativo que representó en el año 2012, con la siguiente: *"El que convierte o trasfiere dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo ilícito* ***conoce o debía presumir...*** *"* no sólo significó un cambio semántico sino sobre todo un cambio de sentido en el ámbito subjetivo del agente. Es decir, ahora el legislador penal entiende que los sujetos, que en la mayoría de los casos son agentes económicos, deberían conocer de ciertas reglas de juego que rigen la actividad comercial, del tráfico de bienes y servicios, respecto a la procedencia de los "activos" que va a transformar-convertir, por ejemplo, para generar ganancias y de la misma forma como un médico debería conocer de ciertos protocolos a la hora de realizar una operación quirúrgica, o aquel chofer de una unidad vehicular debería conocer las ciertas normas del tráfico rodado.

Del hecho de que el autor persiga la consecución de un resultado –siendo indiferente a efectos penales que se logre o no– puede inferirse que estamos ante un delito de intención que, como es sabido, se caracteriza porque el acontecimiento externo no aparece por sí solo como contrario al derecho si no se realiza para lograr una específica finalidad del autor. Es decir, el tipo penal está estructurado de tal forma que la meta de la intención se va a producir en diversas etapas, sin requerir que el agente alcance el segundo objetivo para la consumación de la conducta. Así, según la configuración de estas etapas, en su aspecto objetivo, identificamos que estamos ante uno de *tipo mutilado de dos actos*, veamos: 1.El tipo requiere "convertir" o "transferir"; 2. Con la finalidad de evitar la identificación de su origen..., el tipo no requiere que efectivamente se llegue a realizar este segundo acto (acto mutilado), y se configura con la sola intención, con el elemento volitivo.

De más está decir que la nueva configuración propuesta por el Decreto Legislativo N° 1106 de fecha 18 de Abril de 2012 ha incorporado nuevamente tanto en los actos de conversión-transferencia (artículo 1) como en los actos de ocultamiento-tenencia (artículo 2), los llamados *"elementos subjetivos distintos del dolo"* que debe poseer el sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, en el sentido que tenga sólo la finalidad subjetiva en su mente, mas no que efectivamente realice actos destinados a dificultar realmente la identificación para su respectiva incautación de las ganancias o efectos de carácter ilícito.

XV. SOBRE LOS PROBLEMAS EN RELACIÓN AL DELITO FUENTE: ¿HAY QUE DETERMINAR EL "DELITO FUENTE" O SOLAMENTE EL "ORIGEN ILÍCITO DE LOS ACTIVOS"?

1. Consideraciones generales

Es menester precisar que el delito de lavado de activos presupone la existencia de un delito previo, en el cual el agente ha obtenido fondos o bienes. El artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 establece que entre estos "delitos previos" puede citarse al tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, contra el patrimonio en su modalidad agravada, el novísimo delito de minería informal, los delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos comprendidos dentro del tipo penal de receptación.

La exigencia de un delito fuente o anterior, se desprendería del texto mismo de la derogada Ley 27765 y ahora del vigente Decreto Legislativo N° 1106, en el sentido que sus artículos 1 y 2 exigen, desde una perspectiva de tipicidad subjetiva, que el sujeto activo del delito conozca o pueda presumir el origen ilícito de los bienes que conformarán el objeto material del delito. Sin embargo, ello llama la atención en el sentido que la ilicitud a la que hace alusión el texto

de la norma, no sólo incluiría supuestos de naturaleza delictiva, sino que, en principio, los supuestos de hecho abarcarían todos los bienes cuyo origen suponga una contravención normativa, puesto que lo ilícito no sólo se encuentra restringido únicamente al ámbito penal sino a otros medio de control social formal como el administrativo; por ello este fundamento, por sí solo, resulta cuestionable a efectos de sustentar la exigencia del delito previo.

El primero de los presupuestos se desprende de los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 1106, pues directamente refieren "... *cuyo origen ilícito conoce o debía presumir...*" lo que, interpretando lo establecido, determina que, previamente al delito de lavado de activos, se debe verificar la comisión de delito previo, para lo cual el artículo 10 de la misma norma establece los delitos fuente de los cuales puede desprenderse el de lavado de activos, siendo la comisión de estos últimos respecto de los cuales el agente debe tener conocimiento o presumir la procedencia ilícita de los bienes.

Sin embargo, la exigencia del delito previo es mucho más clara y resulta evidente a partir del texto del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, el mismo que contiene una relación tasada de supuestos delictivos que integran la tipicidad del delito: tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, tráfico de menores, defraudación tributaria y delitos aduaneros, llegando incluso a contener una cláusula genérica abierta referida a "otros similares que generen ganancias ilícitas", con exclusión de la conducta contenida en el artículo 194 CP.

En principio tiene que haber mediado un delito, es decir, un hecho penalmente típico, según las previsiones del Código Penal o sus leyes complementarias. No quedan comprendidas las faltas ni los ilícitos de naturaleza no penal. No importa ni la especie del delito precedente, que puede ser doloso o culposo, ni cuál haya sido la intervención del favorecido en él (pudo haber sido autor o cómplice, o se puede encubrir una tentativa). Por supuesto que ninguna influencia tiene en la tipicidad del encubrimiento, el hecho de que el favorecido no resulte condenado por el delito que se le atribuye,

o resulte excluido de la punibilidad por cualquier circunstancia que no sea la de atipicidad o falta de autoría.

Tampoco obsta al castigo de encubrimiento la falta de conocimiento de la calificación del delito, si el encubridor sabe que éste existió como hecho concreto[203]. Por otro lado, la norma no exige algún grado de ejecución respecto al delito previo; es decir, si estamos ante actos preparatorios calificados por nuestro ordenamiento jurídico-penal como típicos y antijurídicos idóneos para producir los bienes ulteriormente utilizados en el lavado de activos, entendemos que se ha cumplido con el requisito del delito previo[204].

Además es necesaria la verificación de un nexo de causalidad, entendido en los términos de un juicio de imputación objetiva, entre el delito previo y el delito de lavado de activos. En otras palabras, los delitos de los que proceden los bienes han de ser graves, cualquiera sea su naturaleza, entendiendo por tales los que tienen señalada pena grave. El precepto parte de la base de que los comportamientos castigados están realizados por un tercero que no es autor ni cómplice del delito del que traen su origen los bienes, pues si así fuera se trataría de un acto posterior impune[205].

Una de las claves del delito de lavado de activos en la estructura delictiva peruana, es determinar, dentro del proceso penal, la

---

[203] CREUS, Carlos; *Derecho Penal Parte Especial Tomo II,* Buenos Aires, 1996, p. 3. "En el art. 296 –B se consigna las agravantes al lavado de dinero. Para ello se señala que la fuente u origen del dinero debe ser; el narcotráfico o el narcoterrorismo. A diferencia del art. 296-A, en este supuesto el sujeto exclusivamente "actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero"; por ello, reaceptación en la circunstancia agravante que examinamos es eminentemente dolosa." (PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal, tráfico de Drogas y Lavado de Dinero* IV, Lima, p. 449).

[204] BERNAL CAVERO, 2007, p. 90.

[205] GONZÁLES RUS, Juan José; *"Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos societarios, receptación y blanqueo de capitales"*, en: COBO DEL ROSAL, Manuel. "Compendio de Derecho Penal Español". Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2000, p. 535.

pre-existencia del delito previo o llamado también *delito fuente*, que en realidad es uno de los presupuestos ineludibles para la configuración típica del delito de lavado de activos, porque el otro presupuesto es el delito posterior o de "lavado" concretamente (expresado en el artículo 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 1106 y también en la derogada Ley N° 27765). Las contradicciones que enfrenta el delito de lavado de activos es que el delito fuente se tiene que ventilar necesariamente en un proceso penal distinto de aquel delito posterior que se procesa en una jurisdicción judicial especial, obviamente también con policías y fiscales distintos y especializados. Lo ideal sería que por ejemplo el secuestrador que viene siendo procesado en un juzgado penal ordinario por el delito de secuestro, también sea procesado en el mismo juzgado penal ordinario por el delito de lavado de activos, pero la realidad normativa y material indica lo contrario.

Como hemos ya dicho, en su primera versión el delito de lavado de activos tenía como delito fuente al delito de tráfico ilícito de drogas; sin embargo, a medida que pasaba el tiempo el legislador peruano ha creído conveniente "ampliar" el margen de delitos fuentes para darle mayor efectividad al delito de lavado de activos. Por eso es que el año 2007, a través del Decreto Legislativo N° 986 se amplió el marco de delitos fuentes que son los siguientes: *"El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente Ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal el tráfico ilícito de drogas, terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico ilícito de migrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del código penal".*

Sin embargo, el hecho de la ampliación de los delitos fuentes no aseguraba en lo absoluto la eficacia; por eso es que se tuvo que "flexibilizar" el aspecto procesal de acreditación del delito fuente o previo, es decir, porque –por ejemplo– el exigirse que dicho delito fuente (corrupción, extorsión, etc.) deba tener una sentencia con-

denatoria en el Poder Judicial, o que se exija una acusación fiscal sustancial por parte del Ministerio Público, eso sería un "plus" que el delito previo no estaría dispuesto a tolerar. Por ello, el artículo 6° de la derogada Ley N° 27765, que en su momento fue modificado por el Decreto Legislativo N° 986, disponía lo siguiente: *"En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria".*

Aquí es donde se nota con más fuerza el conflicto interno entre eficacia y garantía. ¿Qué es lo que se necesita para hacer frente a la Criminalidad Organizada? La exigencia total de secuencia procesal para acreditar el delito previo (criterio de garantía para el imputado-condenado) o una exigencia mínima de secuencia procesal (criterio de eficacia para el Estado). De más está decir que el legislador ha optado por este último criterio.

Desde una perspectiva político-criminal, estaba claro que la norma penal plasmada en el derogado artículo 6° de la Ley N° 27765, modificado posteriormente por el Decreto Legislativo N° 986, obedece a una sobre-criminalización efectuada por el legislador con la finalidad de no dejar impune un delito de carácter internacional, como es el lavado de dinero. Esto sucede en razón de que actualmente el delito de lavado de activos va de la mano con el fenómeno de la globalización. Millones de dólares son blanqueados en segundos a través de diversas modalidades, por lo que, desde una visión preventiva, es totalmente aceptable la postura optada por el legislador. En cuanto a las críticas negativas, podríamos señalar que nuestra Ley de Lavado de Activos vulnera el Derecho Constitucional de la presunción de inocencia, así como el principio constitucional al debido proceso, el más importante desde una óptica procesal.[206]

---

[206] LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luís; "*La Falta de Determinación del Delito Fuente en la Ley Contra el Lavado de Activos*", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 30, diciembre 2011, Lima, p. 160.

La Constitución Política establece taxativamente en el artículo 2 inciso 24, literal e), que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Sin embargo, la ley penal contra lavado de activos dice que no es necesario determinar la responsabilidad del delito fuente, para que una persona sea procesada por delito de lavado de activos. Es suficiente con que haya un incremento en su patrimonio o que realice alguna operación que pudiera ser considerada sospechosa por la Unidad de Inteligencia Financiera para que dicha persona sea procesada por lavado de dinero, con lo que el paradigma de la determinación del delito fuente queda excluido y carece de importancia para nuestro ordenamiento jurídico.

A mi juicio, si tomamos la posición que el delito de lavado de activos es una infracción penal autónoma y no dependiente de ningún delito, el título de imputación personal será algo irrelevante, ya que la conducta típica, los medios típicos, la relación de causalidad y el resultado típico será lo que, finalmente, determine los grados de intervención delictiva de una persona en el delito posterior, que es el lavado de activos.

En tal sentido, el delito fuente o delito previo jamás tendrá una similitud o semejanza jurídica –en el bien jurídico protegido ya que el delito previo será, por ejemplo, el patrimonio, en la estructura típica el delito previo será, por ejemplo, de conducta determinada y el resultado será uno de delito de peligro abstracto- con el delito posterior de lavado de activos, que por el contrario el bien jurídico en lavado de activos será del "sistema socio-económico", en la conducta típica el lavado de activos es una conducta compuesta, y el resultado típico es de resultado lesivo. En consecuencia, tampoco se podría determinar una igualdad normativa en el grado de intervención personal desde que los supuestos fácticos y jurídicos serán distintos tanto en el delito fuente como en el delito posterior. El legislador peruano ha elegido una descripción normativa sumamente permeable a una interpretación amplia, ya que prescribe: "*También podrá ser* ***sujeto de investigación*** *por el delito de lavado*

de activos...", por lo que una interpretación como la que estamos proponiendo resulta totalmente válida.

2. Sobre la llamada "Autonomía procesal" en el delito de lavado de activos

Con la dación de la primera Ley sobre Lavado de Activos en el Perú, a través de la Ley N° 27765, de manera escueta se reguló la llamada autonomía procesal en el artículo 6 (Disposición Común), en el tercer párrafo, que a la letra decía: *"En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria".* Luego, con la modificatoria con el Dec. Leg. 987, se dejó con la misma idea de la autonomía procesal.

Empero, es partir del vigente y actual Decreto Legislativo N° 1106 donde se regula de manera expresa la llamada "autonomía procesal" en el artículo 10 del citado Dec. Leg. N° 1106, que a la letra refiere: *"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia judicial".*

Respecto a la llamada autonomía procesal del delito de lavado de activos, Pariona Arana nos dice que "Se cuestionaba la legitimidad de las investigaciones, en aquellos casos donde no se había acreditado judicialmente que los bienes presuntamente ilícitos efectivamente lo eran. Del mismo modo, se cuestionaba que en muchos casos no existían siquiera investigaciones fiscales o procesos judiciales abiertos donde se investigaran los presuntos delitos que habrían originado los bienes objeto del delito de lavado de activos. Dado que esta situación amenazaba con obstaculizar las investigaciones por lavado de activos, en la doctrina fue ganando terreno la idea de que el delito de lavado de activos debía ser considerado como un

delito procesalmente autónomo, es decir, se debía permitir que el Estado investigue los casos de lavado, sin el obstáculo que supone, en esta etapa, probar ex ante el origen ilícito de los bienes objeto del delito"[207].

En cuanto al tema de la autonomía, la doctrina coincide en admitir la "autonomía procesal" (claramente señalada, por lo demás, en el texto legal). Es decir que, para iniciar las investigaciones y el proceso penal por lavado de activos, no se necesita en ese momento una investigación, proceso o condena previos (por otro juez) sobre el delito de referencia. En la práctica, el juez que decida sobre "lavado de activos" tendrá también que determinar el carácter delictivo del hecho previo[208].

Habría que mencionar, en primer término, cuáles serían los supuestos concretos por las cuales se regularía la autonomía procesal del lavado de activos en el citado Decreto Legislativo:

a) ***Que no se necesita una sentencia judicial*** que se exija de manera legal o jurisprudencial para la condena del lavado de activos, la existencia de una condena judicial "previa" respecto al delito fuente que precisamente generó la ganancia ilícita en el sujeto activo (por ej. dinero, los bienes, efectos o ganancias), sería a mi juicio un absurdo total de cara a la legítima protección penal de los bienes jurídicos involucrados en el lavado de activo, y obviamente que le restaría una verdadera eficacia judicial al delito de lavado de activos. Sobre todo porque no se especifica qué tipo o clase de sentencia judicial se necesitaría para colmar las expectativas de la autonomía procesal: ¿Sentencia de primera instancia? ¿Sentencia de segunda instancia? ¿La sentencia tendría que estar firme?

---

[207] PARIONA ARANA, Raúl; *"Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos"*, disponible en: wwwrpa.pe/media/articulos/lavado_de_achivos_-_pariona_-_ADO_2015

[208] ABANTO VÁSQUEZ, *"Evolución de criminalización del lavado de activos en doctrina y práctica de Perú y Alemania"*, cit., p. 77.

b) ***Que no es necesario que haya sido objeto de prueba***; este supuesto es genérico en cuanto expresa que no es necesario que el delito fuente haya sido objeto de ninguna probanza judicial o en sede fiscal, y se entiende, por ejemplo, que los órganos persecutores que están a cargo de la investigación preliminar del delito fuente no hayan solicitado ningún acto de investigación respecto a la comisión del delito o del sujeto investigado, y aún en esos casos, según la norma penal en comentario, se podría condenar luego por el delito de lavado de activos, no obstante que no existe ningún elemento de verosimilitud o acto de convicción, ni de sospecha siquiera del delito fuente. Aquí el legislador nacional está asumiendo una tesis de autonomía absoluta del delito de lavado de activos.

c) ***Que no necesario que haya sido objeto de proceso judicial***; este supuesto habría que entenderlo en el modelo procesal antiguo, es decir, el modelo mixto, pues ahí se entendía que el caso tenía dos partes cruciales: a nivel de la Fiscalía (por ej. diligencias preliminares) y a nivel del Poder Judicial (por ej. instrucción y el juzgamiento). En todo caso, lo que queda claro es que la investigación por el delito fuente no se necesitaría que llegue a estadios próximos a la decisión final por parte del juez, para poder condenar por lavado de activos.

d) ***Que no es necesario que haya sido objeto de investigación***; y aquí sí comienza la parte cuestionable de la autonomía procesal (*autonomía máxima,* que queremos darle un nombre), porque al decir que no se necesita ni siquiera una investigación, lo que está diciendo es que prácticamente ni siquiera la Fiscalía tendría una carpeta abierta respecto al delito fuente, ni siquiera que exista una *noticia criminal,* y simplemente se castigaría por lavado de activos, porque es evidente, por ejemplo, la existencia de un desbalance patrimonial en el sujeto investigado que no lo puede justificar racionalmente en el proceso por lavado de activos; lo cual a mi juicio, sí nos parece peligroso de cara a la vigencia de las garantías procesales que debe reinar un proceso democrático.

e) ***Que no es necesario que haya sido descubierto.*** En igual sentido que el comentario anterior, aquí el legislador nacional también ha querido regular de una manera más intensa la autonomía procesal. Como dice Pariona Arana: "En el Decreto Legislativo N° 1106, en el artículo 10 se evidencia claramente que el legislador ha incurrido en un exceso al señalar que para investigar a una persona por lavado de activos no se requiere siquiera que el delito que habría originado los bienes ilícitos haya sido "descubierto". Este extremo de la norma es claramente inconstitucional y su derogación, un imperativo en pro de la justicia"[209].

La mayoría de estos supuestos de la autonomía procesal regulada en el Decreto Legislativo N° 1106, resulta totalmente cuestionables, porque considero que de acuerdo al avance del proceso respecto al delito fuente sí debería exigirse una autonomía, pero no de manera absoluta, en extremo como pretende nuestro legislador, sino en todo caso, sería afianzar una autonomía relativa, moderada de acuerdo a los grados de conocimiento de la actividad probatoria que se vaya adquiriendo o asumiendo en relación a la verosimilitud del delito fuente, que vaya adquiriendo forma y contenido el "delito" previo.

Es decir, la autonomía procesal relativa dependerá en lo absoluto de los grados de conocimiento que respecto de las fases temporales que prevé el proceso penal, porque puede darse un caso en la cual se está investigando varios delitos de corrupción de funcionarios públicos (como delito fuente), donde se tenga toda la evidencia desde el inicio, en las diligencias preliminares; en otras palabras, se está llegando a la "certeza" en el inicio del proceso penal; claro que esto sería la excepción. Lo normal y natural es que la acreditación del delito fuente se geste en el marco de un proceso común. Entonces, la pregunta sería: ¿En qué fase temporal del proceso penal se exigiría

---

[209] PARIONA ARANA, Raúl; *"Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos"*, disponible en: wwwrpa.pe/media/articulos/lavado_de_achivos_-_pariona_-_ADO_2015

entonces los grados de conocimiento para decir que existe un delito fuente? ¿"Sospecha" del hecho denunciado? ¿"Indicio" corroborado? ¿"Certeza" o "verdad histórica" sobre los hechos?

Como bien señala Hinostroza Pariachi, "Resulta de particular importancia el estudio riguroso y la adecuada individualización del delito precedente no solo como se acostumbra en casi todas las investigaciones fiscales (o los procesos penales en curso) que se limitan a la sola referencia del *nomen iuris* o la calificación jurídica, sino que debe haber una obligada precisión de un hecho concreto o de un conjunto de hechos que producen la ganancia ilícita que luego se manifiesta o se releva en los actos típicos aludidos por la ley penal (transferencia, ocultamiento o conversión)[210]. Continúa Hinostroza Pariachi: "Sin embargo, a la exigencia legal, expresa e inderogable, del delito previo o precedente se debe añadir como exigencia legal implícita -absurdamente descuidada- la existencia y acreditación de una operación criminal exitosa que produzca utilidades. Puede haber delitos precedentes que no generen ganancias o que sean operaciones criminales fracasadas (cargamento de droga incautado, trata de blancas frustrada, etc.) y que nunca podrán ser utilizados como un hecho o delito fuente configurador del lavado de activos, sencillamente porque no se ha generado beneficio económico alguno. Por esta razón, no siempre una condena por un delito puede utilizarse mecánicamente para imputar a tientas y a secas el delito de lavado de activos, pues para que ello ocurra se requiere que haya una ganancia o una utilidad, o si se quiere una operación criminal rentable (exitosa)"[211]. "Por ello, el juzgador tiene la obligación de precisar para cada caso concreto, qué delitos constituyen fuente del lavado de activos. Si ello no ocurre, se atentaría contra el principio de legalidad penal, *lex previa*, pues se estaría puniendo conductas que no se configuran como delito de lavado de activos. Por el contrario, si habiéndose acreditado que el dinero, bien, efecto o ganancia proviene

[210] HINOSTROZA PARIACHI, César; *El delito de lavado de activos,* Lima, 2009, p. 8.

[211] HINOSTROZA PARIACHI, 2009, p. 9.

de uno o varios delitos enumerados líneas arriba, pero el Juez en su sentencia omite pronunciar o nombrar los delitos fuente, generaría problemas de índole procesal que traerían como consecuencia, entre otros, la nulidad del acto procesal o sentencia penal"[212].

Habrá que señalar, por ejemplo, que una Disposición Fiscal ha dicho lo siguiente en relación al tema planteado. Así, *"cabe mencionar que dentro del análisis del tipo denunciado, se debe tener en cuenta que para su configuración, se requiere la identificación por lo menos de manera clara e indubitable de un delito previo del cual, los dineros, efectos o ganancias ilícitas provienen; de ahí que resulta indispensable el poder establecer una clara conexión entre el delito previo y el delito de lavado de activos, por cuanto de otra manera la definición típica de este delito nunca llegaría a satisfacerse, pues el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes y ganancias ha de ser cierto y concreto, lo que excluye la sospecha como eventual fuente de imputación de responsabilidad penal" (Queja N° 105-2013. Quinta Fiscalía Superior Penal De Lima, 24 de mayo de 2013).*

Ahora bien, el presupuesto fundamental para el delito previo en la configuración típica peruana es que exista una investigación policial donde el sujeto activo tenga al menos la calidad de "denunciado" en los hechos que se le viene investigando, que es en realidad el comienzo de un proceso penal, donde todavía hay solamente sospecha de hechos fácticos, ni siquiera hay racionalidad de indicios, y ni mucho menos certeza de los hechos.

La pregunta que hacemos sería la siguiente: ¿Qué sucede si antes de que termine el proceso penal por el delito de lavado de activos se emite una sentencia absolutoria en el proceso penal por el delito previo? ¿No tiene lugar acaso una cosa juzgada que no puede ser desvirtuada en el proceso penal por el delito de lavado de activos? En nuestra opinión, el principio de autonomía debe entenderse en el sentido atribuido por Alexy de un mandato de optimización, lo

[212] HINOSTROZA PARIACHI, 2009, p. 118.

que supone dimensionar este principio a partir del alcance que le corresponde a la cosa juzgada[213].

La cosa juzgada es el efecto de una resolución judicial firme que impide que lo resuelto pueda ser nuevamente revisado. Esta irrevisibilidad de lo decidido se extiende únicamente a los (hechos) que han sido materia de juicio (con independencia de su calificación jurídica) y a la persona del acusado. Desde estas consideraciones, podría decirse que el pronunciamiento sobre el delito previo debe limitarse a este hecho, de manera tal que no puede ser vinculante en la determinación de un hecho distinto como lo es el que configuraría el delito de lavado de activos. A esta primera respuesta cabría oponer, sin embargo, la necesidad de distinguir entre la eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal[214]. La primera está referida al hecho en el que se sustenta la imputación penal, mientras que la segunda se refiere a hechos cuya existencia depende de la existencia del delito imputado. Con base en estos conceptos se puede sostener que si bien la sentencia por el delito previo no se pronuncia por el hecho del lavado de activos, la existencia de éste depende de la existencia de aquél, lo que se enmarca dentro de la eficacia refleja de la cosa juzgada penal.

Desde esta perspectiva, si la sentencia del delito previo indica que el hecho nunca se realizó o que la conducta fue completamente lícita, entonces sería un contrasentido que luego se castigue penalmente a otra persona por haber lavado los activos procedentes del negado delito. Esta opinión parece ser, por otra parte, la que subyace en el planteamiento del Tribunal Constitucional en el caso del non bis in idem procesal, al establecer su doctrina jurisprudencial de que el archivo fiscal por calificar que la conducta investigada no es delito, impide que se pueda volver a denunciar por este mismo hecho incluso a otros sujetos[215].

---

[213] GARCIA CAVERO, 2013, pp. 118-119.

[214] GARCIA CAVERO, 2013, p. 119.

[215] Ibídem.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida sobre el tema del delito fuente. En primer lugar, ha establecido que para fundamentar adecuadamente la imputación del delito de lavado de activos, **basta que el agente no demuestre el origen lícito de los recursos,** porque en lo atinente al ingrediente normativo de los delitos subyacentes al lavado de activos, no requieren "una decisión judicial en firme", sino la mera declaración judicial de la existencia de la conducta punible que subyace al delito de lavado de activos. Es decir, que a la luz de los planteamientos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de Colombia: *"No es dable asociar la demostración "con certeza" de la actividad ilícita antecedente, o la "prueba" de la conducta subyacente o el requerimiento de una declaración judicial "en firme" que declare la existencia del delito base para fundamentar el elemento normativo del tipo en la conducta de lavado de activos. La Sala reitera la tesis de que lavar activos es una conducta punible autónoma y no subordinada.*[216] ".

En este mismo orden ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte de Colombia también ha establecido que el delito antecedente del lavado de activos no debe recaer necesariamente sobre el mismo sujeto al cual se le imputa el delito de activos. En ese sentido, se ha expresado de la siguiente forma:

> *"...la jurisprudencia de esta Corte tiene sentado que aunque en el delito de lavado de activos es necesario demostrar en el proceso que los bienes objeto del mismo provienen de alguna de las actividades ilícitas a que se refiere el trascrito artículo 323, para su acreditación no es necesario, sin embargo, la existencia de una sentencia previa en ese sentido, sino que en el proceso debe estar patente esa situación,* ***bien sea que la conducta se le cargue a quien se investiga o a un tercero, sin que esa particularidad demande una prueba específica.***

[216] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad: 23174, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

(...) Bajo esa lógica, en el presente caso, para tipificar el delito de lavado de activos, bastaba entonces la demostración de que el sujeto activo de la conducta ocultó o encubrió "la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes", sin necesidad de acreditar con una decisión judicial en firme el delito de donde provenían los recursos ilícitos, pues la actividad ilegal subyacente sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente"[217] (Negrilla fuera del texto).

3. ¿Existe la llamada "autonomía sustantiva" en el delito de lavado de activos?

En todo delito de lavado de activos, más aún en la estructura típica de nuestra legislación penal, ya sea por convertibilidad/conversión/ocultamiento/tenencia, siempre ha estado vinculado o conectado por un delito fuente o precedente; en ese sentido, aquí hay dos temas a tener cuenta, desde el punto de procesal:

a) Probanza del "*delito* previo".

b) Probanza de las *ganancias ilícitas* (prevenientes del delito previo).

La Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario –sobre Lavado de Activos-, ha dicho lo siguiente, en relación al "delito previo": *"Respecto de lo primero, el artículo 6 de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomos afectados por el lavado. **El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo penal –como tal debe ser abarcado por el dolo- y***

[217] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de abril de 2008, Rad: 23754 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

su prueba condición asimismo de tipicidad. *No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva*[218]*." "El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo –lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución–;* ***es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción o conexión con actividades delictivas graves –las previstas en el artículo 6 de la Ley–*** *o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal"*[219].

No será posible dar por determinado y por probado el "origen ilícito", si no se determina y prueba el delito fuente que originó dichos bienes. La propia estructura normativa, técnica legislativa empleada, refiere que el origen ilícito debe extraerse de determinadas actividades criminales, a saber, la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas y los demás delitos previstos en el art. 19 del Decreto Legislativo 1106[220].

Si no se ha podido declarar judicialmente, o mejor dicho, acreditar la existencia de la "comisión de un evento delictivo", en este caso, del delito de patrocinio ilegal por cualquier circunstancia (por sentencia absolutoria, por una causal de extinción de la acción penal prevista en la ley penal), entonces, el "origen" de los fondos económicos, no puede determinarse de manera "ilegal", contraria al ordena-

---

[218] Acuerdo Plenario N° 3-2010 sobre lavado de activos fundamento N° 32.

[219] Acuerdo Plenario N° 3-2010 sobre lavado de activos fundamento N° 35.

[220] PARIONA ARANA; *Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía del delito de lavado de activos.* cit., p. 11.

miento jurídico. En ese sentido, si el origen es legal, por lo tanto, los actos de convertibilidad o transformación que haya podido realizar la persona no pueden constituir actos propios de lavado de activos.

En primer término, quienes sostienen la "autonomía sustantiva" aluden a que el delito de lavado de activos no necesariamente deba provenir de un delito determinado, sino que el núcleo de atención debe estar puesto en las conductas típicas que prevé por ejemplo los artículos 1°, 2°, 3°, 4° del Decreto Legislativo N° 1106. En tal sentido, la autonomía sustantiva trae como consecuencia dos extremos a analizar: a) Que el delito fuente que origina los activos ilícitos no formaría parte del tipo objetivo de lavado de activos, porque la tipicidad penal sólo se satisface con los actos de "conversión"-"transferencia"-"tenencia"-"ocultamiento"-"transporte"; b) Que, al no formar parte del tipo objetivo el delito fuente, entonces tampoco será necesario que el sujeto activo conozca (dolo directo) o pueda conocer (dolo eventual) respecto a las particularidades de la comisión del delito fuente.

Como señala Pariona Arana, del texto empleado en el Decreto Legislativo N° 1106 se desprende textualmente que la acción típica descrita en el tipo penal consiste en dar apariencia de legalidad a bienes que provienen de un delito previo. Así, en los arts. 1°, 2°, 3°, 4° y 10° del Decreto Legislativo N° 1106 se señala expresamente que los bienes objeto del delito provienen de determinadas actividades criminales, es decir, de determinados delitos y, lógicamente, previos al delito de lavado: justamente por ello son bienes de origen ilícito[221]. El art. 10°, segundo párrafo, prescribe que estas actividades criminales son las expresamente allí enumeradas.

La obligación legal de que los bienes de origen ilícito provengan de determinados delitos fuente expresamente contemplados en la ley es subrayada nuevamente, y esta vez con mayor precisión aún, en el

[221] PARIONA ARANA, Raúl; *"Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos"*, disponible en: wwwrpa.pe/media/articulos/lavado_de_achivos_-_pariona_-_ADO_2015

art. 4° que contempla una agravante, donde textualmente se indica que se aplicará una pena no menor de veinticinco años "cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas".

Aquí se evidencia del texto expreso de la ley que el "origen ilícito" de los bienes objeto del delito de lavado debe provenir de determinados delitos: los mencionados en la ley; y, que no basta para la configuración típica la mera determinación abstracta del origen ilícito[222]. Dado que no cualquier delito puede ser el delito previo, sino únicamente los señalados en el art. 10° de la ley, en consecuencia, no es posible afirmar, en abstracto, que se probará el origen ilícito sin probar el delito previo. Es imposible afirmar válidamente que un bien es de origen ilícito si no se determina que éste proviene de un concreto delito previo "con nombre y apellido", el cual está reducido a los delitos fuente señalados en la ley. No se puede afirmar la ilicitud de los bienes si no se hace referencia a uno de estos delitos previstos en la norma[223].

Por su parte, Hurtado Huailla sostiene que "Desde mi punto de vista no es posible defender una autonomía sustancial del delito de lavado de activos con respecto al hecho ilícito previo, ni tampoco se debe exigir para la configuración del delito de lavado de activos la existencia previa de una resolución judicial firme que dé por acreditado el hecho ilícito. Ninguno de los dos extremos tiene amparo legal"[224].

---

[222] PARIONA ARANA, *"Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos"*, disponible en: wwwrpa.pe/media/articulos/lavado_de_achivos_-_pariona_-_ADO_2015

[223] Ibídem.

[224] HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia; "Reflexiones sobre la Autonomía del delito de lavado de activos", disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Delitos_empresariales_y_derecho_procesal/?p=43

Herrera Guerrero nos dice que "...tomando como base que la procedencia delictiva de los activos es -desde nuestra perspectiva- un elemento objetivo del tipo, consideramos que la vinculación entre el delito fuente y el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes debe abarcar los aspectos esenciales del delito. No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general"[225].

Herrero Guerrero anota que "...el elemento objetivo del tipo consiste en la "procedencia delictiva" de los bienes, no en el delito previo en sí mismo. Ahora bien, desde la perspectiva de la imputación necesaria que vincula este elemento propio de la configuración típica del lavado de activos con el plano procesal, específicamente con el tema probatorio, no se cumple esta exigencia si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una "actividad criminal previa", sin mayores especificaciones. En este punto, la exigencia procesal de una imputación concreta y detallada de esa procedencia delictiva implica que ésta debe comprender los aspectos esenciales del delito, los hechos aparentemente delictivos que correspondan en sus circunstancias básicas. En este sentido, nuestra postura puede considerarse como "intermedia", en la medida que el delito de lavado de activos regulado por el D.L. Nº 1106 no exige un conocimiento exhaustivo del delito previo, pero sí la determinación de los aspectos básicos o esenciales, los que permiten al investigado por este delito plantear adecuadamente su defensa[226].

Recordemos que sólo una imputación correctamente formulada permite abrir "desde dentro" la llave de una defensa eficiente. Es preciso, por tanto, contar con una atribución específica, circunstanciada en tiempo y espacio para poder ejercer adecuadamente este

---

[225] HERRERA GUERRERO; "El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes", disponible en: www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2016/12/lavado-de-activos-y-prueba-de-la-procedencia-delictiva-de-los-bienes-Mercedes-Herrera.

[226] Ibídem.

derecho. Como en efecto, no es el delito previo lo que debe probarse, sino la vinculación o procedencia delictiva de los bienes, no será exigible una determinación completa, exhaustiva o acabada de todos los aspectos del delito fuente, pero sí de los aspectos o elementos esenciales de esa "procedencia delictiva", que como hemos afirmado es un elemento objetivo del tipo penal[227].

La jurisprudencia penal peruana ha establecido que el delito previo forma parte de la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos. Así, en el Considerando 7.3 de una Ejecutoria Suprema señala lo siguiente: "*Que uno de los elementos normativos del delito de lavado de activos, lo constituye el conocimiento del origen ilícito de las ganancias que debe tener el sujeto activo.* ***En este sentido, el delito de lavado de activos se origina en la comisión de un delito fuente o también llamado delito previo, es decir, procede o proviene de un ilícito penal cuyo objeto material genera ganancias ilegales.*** *Y la característica esencial lo constituye su conexión con el injusto anterior, pero no se trata de cualquier delito, sino de los previstos en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, cuya parte pertinente señala: ...el conocimiento del origen ilícito que tiene o debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, extorsión, robo, delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal..., es decir, son numerus clausus. Asimismo, en la parte final del segundo párrafo, se sostiene que: El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito, podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso. Por lo que, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en la prueba indiciaria*"[228].

---

[227] Ibídem.

[228] Ejecutoria Suprema de fecha veintiuno de julio de dos mil dieciséis, expedida por la Sala Penal Permanente R.N.N° 1125-2015 LIMA. Las negritas son mías.

Por otro lado, Rosas Castañeda nos dice que "El delito previo no forma parte de la estructura del tipo penal contenida en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, con lo cual no desempeña ningún rol en la estructuración de estos tipos penales y no hace falla su acreditación. En su aspecto subjetivo, estas normas señalan que el sujeto activo, al realizar las operaciones de lavado de ocultación, transferencia o mantener en su poder bienes o activos, conoce o presume que los mismos tienen un origen ilícito. Circunstancia que se puede deducir de las circunstancias concretas cada caso"[229].

En ese marco, consideramos que el conocimiento del origen ilícito de los activos, y no el delito fuente, es un elemento normativo del tipo objetivo del delito. Siendo así, lo que se debe probar aquí es la valoración, el grado de conocimiento o representación que el sujeto activo se hace del origen ilícito del dinero, efectos o ganancias de que se trate. Por tanto, no cabe sostener que se deba determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se cometieron los ilícitos penales que dieron origen a "ganancias ilegales", pues la exigencia del tipo penal, del elemento normativo del tipo objetivo se agota en el conocimiento del origen ilícito y no en la acreditación acabada de las circunstancias en que se cometieron el o los delitos antecedentes o previos[230].

Resulta errónea la jurisprudencia peruana que exige la determinación en tiempo, modo y lugar del delito previo posible generador de las ganancias ilícitas, pues el elemento "cuyo origen ilícito conoce o debía presumir" no constituye un elemento descriptivo del tipo objetivo, cuya determinación probatoria acabada se requiere en todos sus aspectos para fundamentar una sentencia condenatoria, pues, para su determinación subjetiva no basta una simple constatación de la realidad, sino que el sujeto debe hacer una valoración ético-social de un hombre promedio, o "valoración paralela del profano", sobre lo que se entiende por "origen ilícito". Este ingrediente

[229] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 268.
[230] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, pp. 283-284.

de valoración hace que el referido elemento constituya uno de tipo normativo dentro de la tipicidad objetiva, con lo cual, para acreditar el conocimiento del origen delictivo de los bienes precisa, evidentemente, probar con carácter previo que estos proceden de una actividad delictiva de modo genérico que, en atención a las circunstancias del caso concreto, permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria "ni la demostración plena de un y acto delictivo específico ni de los concretos partícipes en este"[231].

En este sentido, Gálvez Villegas nos dice que "...en el delito de lavado de activos, las acciones de conversión y transferencia, así como las demás acciones configurativas de este delito, tienen pleno sentido desvinculadas del delito previo; es más, las acciones de lavado se realizan, precisamente, sobre bienes o activos que muchas veces no están en conexión material con el objeto del delito previo; pudiendo tratarse de delitos previos cometidos en países distintos a aquel en el que se produce el lavado, puesto que se trata, ordinariamente, de un delito transnacional. Asimismo, las acciones de lavado se realizan fundamentalmente sobre los efectos y ganancias de la actividad criminal o delito previo (el producto del delito); solo excepcionalmente sobre el objeto de este delito (bien u objeto material sobre el cual recae la acción delictiva), esto es, se realiza principalmente sobre productos directos o indirectos del delito fuente mas no sobre su objeto"[232].

En tal sentido, Gálvez Villegas continúa afirmando que "...no se puede sostener que el delito previo al delito de lavado de activos, al igual que en los tipos de receptación y encubrimiento real, es un elemento objetivo del tipo penal, puesto que los elementos objetivos del tipo son componentes materiales (descriptivos) o normativos que concurren a la comisión del delito y, por ello, forman parte de la estructura del mismo o son tomados en cuenta dentro de esta (del injusto penal) como una unidad y tienen que estar abarcados

[231] ROSAS CASTAÑEDA, 2016, p. 431.
[232] GALVEZ VILLEGAS, pp. 121-122.

íntegramente por el dolo del agente; lo que no sucede con el delito previo en el delito de lavado de activos, el cual, normalmente, está totalmente alejado de las acciones configurativas del lavado, y claro, este no depende del delito previo. Es por ello que la propia normatividad internacional y las diversas normativas nacionales, establecen que el delito de lavado de activos es un tipo penal de naturaleza autónoma del delito previo o de cualquier otro delito. Es más, la norma peruana no hace referencia a delito previo sino a actividad criminal, lo que significa una consideración general y abstracta de la actividad delictiva a la cual deben estar vinculados los activos"[233].

4. Sobre las exigencias cuantitativas y cualitativas del delito fuente

La conducta delictiva descrita en el tipo se encuentra referida a los actos de dirección, ocultamiento o encubrimiento de la procedencia ilícita de bienes teniendo, además, como presupuestos para su configuración, dos problemas cruciales, que son:

- En primer lugar, corresponde analizar si para que se configure el delito previo y sea idóneo para el delito de lavado de activos, es necesario que reúna todos los elementos integrantes de la definición dogmática de delito; es decir, si debe ser necesariamente típico, antijurídico y culpable o no[234]. El término "ilícito" utilizado en el delito de lavado de activos, en principio debe vincularse a un concepto restrictivo de delito (basado en el hecho antijurídico), abarcando al hecho típico, es decir, una acción típica y antijurídica, con independencia de la culpabilidad del autor.[235]

[233] GALVEZ VILLEGAS, p. 123.

[234] TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel; "*Análisis del Delito de Lavado de Activos en la Legislación Peruana* ", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 17, Noviembre 2010 Lima, p. 33.

[235] Ibídem.

Ahora bien, con relación a la calificación del delito previo, se entiende que el hecho deber ser una conducta típica y antijurídica, no siendo necesario que se compruebe la culpabilidad del supuesto autor. La ley, al referirse al delito previo sostiene que *"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia judicial..."*. Esta situación genera un grave problema, puesto que si en principio no es necesaria una investigación formal, ¿cómo se puede analizar el hecho de acuerdo a las estructuras analíticas del delito? Como señala Bramont Arias–Torres, se genera un problema puesto que, si no es necesaria la existencia de una investigación o proceso penal respecto del delito previo, ¿cómo se puede determinar la tipicidad y antijuricidad del hecho?[236]

Miguel Abel Souto señala que para colmar el presupuesto del blanqueo sólo se exige una conducta antecedente típica y antijurídica, resultando irrelevante la culpabilidad o, en su caso, la punibilidad del comportamiento previo. Basta una conducta contraria al ordenamiento jurídico que no se halle amparada en una causa de justificación[237].

La existencia de un delito previo implica, necesariamente, la existencia de un hecho típico y antijurídico, mas no que se haya determinado al culpable o responsable de dicho delito. Ello sobre la base de lo establecido por el artículo 10 de la misma norma, el cual señala que en los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que

---

[236] BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Alberto; *"Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos"*, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Lima, Estudios Penales, 2003, pp. 511-533.

[237] SOUTO, Miguel Abel: "El delito de blanqueo en el Código Penal Español", Editorial Bosch, Barcelona, 2005, p. 296.

produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o haya sido objeto de sentencia condenatoria.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en la ley bajo comentario, es requisito indispensable que el delito de lavado de activos tenga como origen un delito previo y que, por lo menos, se haya determinado la antijuricidad y tipicidad del hecho que acarrea la comisión del delito previo, pese a no existir una obligación de que dicha antijuricidad y atipicidad haya sido precisada en la vía judicial.

Esto resulta controvertido al colisionar con el principio constitucional de presunción de inocencia, ya que al no existir una sentencia firme de condena del delito precedente, resulta discutible que se tenga como premisa la posible comisión del mismo. Es posible que pueda suceder que posterior a una sentencia condenatoria por delito de lavado de activos se produzca una absolución del delito fuente o que se pueda haber declarado la prescripción del mismo o que se haya extinguido por muerte del encausado, lo cual generaría ulteriores problemas con la sentencia condenatoria dictada contra el lavador.

Respecto de este punto, García Cavero, citando a Blanco Cordero, señala lo siguiente: "En este sentido, la única manera de evitar un posible procesamiento penal arbitrario sería que el delito de previo se haya cuando menos comenzado a investigar junto con el delito de lavado de activos, de forma tal que se cuenten con pruebas obtenidas con las garantías constitucionales y procesales que las hagan aptas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia"[238].

- En segundo lugar, el problema que surge es el nivel de ejecución del delito previo que pueda servir de base al lava-

[238] GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal Económico - Parte Especial.* 2007, p. 505.

do de activos; es decir, si basta que se hayan realizado actos preparatorios o se requiere que el hecho llegue al grado de tentativa o consumación.[239]

5. Modelos de regulación legal sobre el delito fuente

Ahora bien, se presentan diversos modelos y técnicas para proceder a la clasificación de los delitos previos vinculados al delito de lavado de activos. En tal sentido, tenemos el modelo que contiene un catálogo de delitos predeterminados, otro que indica una categoría específica de delitos y aquel que considera a la totalidad de delitos señalados en el Código Penal. Esta última posición es la más extendida a nivel legislativo[240].

Estos modelos se constituyen en fórmulas especiales para proceder a la determinación legal del delito previo y han sido construidas teniendo en cuenta diversos fundamentos políticos-criminales de cara a la delimitación del delito previo, que se erige como delito base del delito de lavado de activos.

- El primer modelo consiste en señalar una detallada relación de delitos previos al delito de lavado de activos, el cual podría ser considerado un sistema de números clausus o sistema cerrado de delitos fuente del lavado de activos[241]. En nuestro país, este modelo se empleó en los derogados artículos 296-A y 296-B del Código Penal, donde se consideraba al delito de tráfico ilícito de drogas como delito fuente del lavado de dinero.[242]

---

[239] TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel; "*Análisis del Delito de Lavado de Activos en la Legislación Peruana*", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 17, Noviembre 2010 Lima, p. 34.

[240] Ibídem.

[241] TOYOHAMA ARAKAKI; "*Análisis del Delito de Lavado de Activos en la Legislación Peruana* ", cit., p. 21.

[242] Ibídem.

- El segundo modelo se limita a indicar una categoría específica de delitos que deberán ser considerados como delitos previos; este modelo describe a los delitos previos con una mayor apertura que el modelo anterior, pero encuentra como limitación una circunstancia cualitativa. Entonces, se sanciona el lavado de activos cuyo origen se ubica en los delitos graves. Este es el caso de la Legislación Española, específicamente, el artículo 301 del Código Penal Español, donde se hacía referencia al que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito "grave". Entonces, este modelo considera como delitos previos a los denominados que revisten gravedad.[243]
- El tercer modelo considera como delito previo a la totalidad de delitos señalados en el Código Penal. Es decir, el delito previo del delito de lavado de activos podría ser cualquiera de los delitos señalados en la Legislación Penal o un grupo genérico de delitos. Con este modelo se evita recurrir a los catálogos de ciertos delitos para pasar a referirse directamente al origen delictivo de los activos que se pretenden lavar. En principio, no interesaría el tipo de delitos, pero es obvio que estos deben producir una ganancia económica de origen ilícito que necesite ser lavada[244].

  Esta postura nos parece correcta en la medida en que el delito de lavado de activos es un delito autónomo y si se tuviese que esperar una sentencia condenatoria firme, la operatividad de las investigaciones por este delito se vería casi paralizada, toda vez que siendo conocida la morosidad del sistema judicial, se tendría que esperar una buena cantidad de años para poder obtenerse una sentencia condenatoria y de ahí recién dar inicio a una investigación financiera por delito de

---

[243] TOYOHAMA ARAKAKI; "*Análisis del Delito de Lavado de Activos en la Legislación Peruana* ", cit., p. 22.

[244] Ibídem.

lavado de activos, con el consiguiente riesgo de desaparición de las pruebas del delito y la impunidad temporal de los delincuentes.[245]

6. Sobre la "cláusula abierta" que prevé el artículo 10° del Dec. Leg. 1106 respecto al delito fuente

Abanto Vásquez, sostiene lo siguiente: "Ahora bien, el carácter delictivo del delito fuente sigue sin tener una descripción satisfactoria. Si bien, por un lado, la redacción hace ahora indudable que el elemento ganancia económica se refiera a una cualidad genérica del delito previo y no al caso concreto (capaz de generar ganancia...), ha eliminado al mismo tiempo el criterio de la similitud con respecto a los delitos nominados. La doctrina peruana había exigido que la lista se ampliada restrictivamente y sólo dé cabida a delitos graves en el sentido de que su penalidad sea elevada. Pero, si bien bajo la Ley 27765 era posible esta interpretación porque en la cláusula de analogía se decía ...otro similares que generen ganancias ilegales... (la similitud se refería a la gravedad de la pena al hecho de tratarse delitos dolosos, de excluir las faltas), el D. Leg. 1106 ha eliminado la referencia de la similitud y solamente exige que los otros delitos sean capaces de generar ganancias ilegales, lo cual parece abrir desmesuradamente la lista. Por otro lado, la nueva ley también excluye expresamente como delito fuente al delito de receptación (art. 194 C.P.), como también hacía la Ley 27765."[246]

El Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema de la República ha señalado que en la cláusula abierta del artículo 6° de aquel Decreto Legislativo N° 986 (hoy derogado), si bien se señalaba que puede ser todo aquel delito que por su naturaleza pueda generar ganancia ilícita, en dicho Acuerdo Plenario se señala tres

---

[245] TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel; "*Análisis del Delito de Lavado de Activos en la Legislación Peruana* ", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 17, Noviembre 2010 Lima, p. 24.

[246] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Lavado de activos y compliance*, Ambos Kai Caro Coria, Malarino, coordinadores. Jurista Editores, p. 76.

condiciones importantes de cara a establecer la determinación del delito fuente "similar" que pueden utilizarse para el análisis del actual artículo 10 del Decreto legislativo N° 1106: en primer lugar, que genere ***ganancias (ilícitas)***; en segundo lugar, que sea un ***delito grave***, y en tercer lugar, que el delito fuente sea en el marco de una ***criminalidad organizada.***

Por ejemplo, con respecto al delito previo de falsedad genérica; hasta donde tenemos conocimiento este delito no constituye un delito que pueda generar ganancias económicas, es decir, no cualquier delito de la Parte Especial o Legislación complementaria, por más que sea solamente "delito", puede generar ganancias económicas en bienes, dinero o efectos. Nadie de la doctrina especializada ni tampoco en la jurisprudencia penal ha dicho que este delito (que es un delito de fe púbica) forma parte de la lista de delitos previos para el lavado de activos.

Es más, el delito de falsedad genérica o cualquier delito contra la fe pública no ha estado nunca expresamente estipulado como "delito fuente" o "delito previo" de acuerdo al artículo 10° de actual Ley N° 1106, ni en el anterior Decreto Legislativo N° 986 del año 2007, y ni mucho menos está en la primera Ley de Lavado de Activos, N° 27765 del año 2002. De manera que no podemos sostener dogmática y técnicamente que el delito de falsedad genérica sea un delito (previo) que pueda servir para los actos de convertibilidad o transformación de los activos.

De nuestra parte podríamos agregar un cuarto requisito: de acuerdo a la legislación peruana, no se configura el delito de lavado de activos en los supuestos que una persona oculta, transfiere, etc., dinero que está vinculado a infracciones administrativas, pero que no está vinculado a hechos delictivos. Estos son los casos, por ejemplo, del dinero que proviene del no pago de multas administrativas, de los negocios informales, de las ganancias obtenidas a través de personas jurídicas irregulares, del incumplimiento de contratos celebrados lícitamente, etc. Ello se debe a que, en las diversas modalidades del delito de lavado de dinero, lo que fundamenta el injusto

penal es el ocultamiento del dinero proveniente de la criminalidad, mas no de ilícitos extra penales[247].

Algo similar ocurre en España, pues el artículo 301° del Código Penal de ese país, que tipifica el delito de blanqueo de capitales, señala como delitos fuente a los "delitos graves", adoptando con ello un sistema de clasificación intermedio de los delitos fuente, en base a la gravedad de los mismos. Dicha clasificación resulta muy genérica. Sin embargo, a pesar de ello, resulta ser menos indeterminada que la fórmula optada por la legislación peruana. El sistema mixto para la tipificación de los delitos fuente adoptado por el Perú, hace referencia a un grupo de delitos en concreto y alude a "otros que generen ganancias ilegales"; en consecuencia, no brinda una clara orientación sobre los delitos fuente, ni facilita la labor del juez para determinar cuáles son esos "otros delitos similares que generan ganancias ilegales"[248].

7. El delito fuente en el lavado de activos y su probanza a través de la prueba indiciaria según el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Una de las grandes novedades que ha traído consigo el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia del Perú por su claridad, es el hecho de expresar que la probanza del delito previo o delito fuente se tiene que hacer a través de la prueba indirecta o llamada también prueba indiciaria, como una clara muestra que los Juzgadores Supremos lo que buscan es dotarle de efectividad punitiva en cuanto a la aplicabilidad del delito de lavado de activos se refiere, prescindiendo de las garantías para el imputado tiene en cuanto a exigir, por ejemplo, que se practiquen pruebas y que su vinculación sea directa.

---

[247] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *"Los delitos del lavado de activos en la legislación peruana"*, en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima, p. 353.

[248] HINOSTROZA PARIACHI, César, ob. cit., 2009, p. 157.

El Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema señala, en el punto 33, lo siguiente: "La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria –no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa-. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida –a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas– de datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema vinculante número 1912 – 2005/Piura, del 06 de septiembre de 2005" (Acuerdo Plenario número 1- 2006/ESV-222, del 13 de octubre de 2006).

En el punto 34 del Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema se han establecido, en relación a la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos, los requisitos que deben seguirse:

a. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etc.
b. Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fis-

cales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.

c. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

d. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios –tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 07 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen-.

e. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión –contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción- ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

Por un lado, a través de la Ejecutoria de fecha 06 de septiembre de 2005 (Recurso de Nulidad N° 1912-2005) que tiene el carácter de vinculante, la Sala Suprema Penal Permanente emitió la decisión judicial cuyo tema fue: *Requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaria para enervar el principio de presunción de inocencia*[249]. Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de octubre de 2008, Expediente 00728-2008-PHC, en el caso "Llamoja Hilares" el máximo intérprete de la Constitución ha fijado en la prueba indiciaria criterios "normativos" –ma s no vinculantes como lo es la emitida por la Corte Suprema- a seguir de modo persuasivo por las instancias judiciales[250]. El mismo Tribunal Constitucional establece un *plus* al

---

[249] "Materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes,(...) que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo."

[250] "Fundamento 26: justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle tratamiento que le corresponde; solo así será válido la intervención al derecho a la libertad penal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo

análisis jurídico de los requisitos de la prueba indiciaria que ya había sido realizado por la Corte Suprema. Ese plus lo constituye la *motivación* a la que debe estar sometida toda sentencia que trate la destrucción de la presunción de inocencia mediante la prueba indirecta(251).

Así, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, las decisiones de un tribunal penal pueden basarse en prueba indirecta, circunstancial o de segundo grado.(252) En el sistema continental la prueba indirecta es conocida como prueba indiciaria o presunción indiciaria,

---

139°, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: *el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo.* Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los conocimientos científicos".
"Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formase sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí".

(251) En efecto, en el fundamento 27 de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de octubre del 2008, se dice lo siguiente: "Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, este Colegiado Constitucional considera válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada".

(252) Cf., Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, RN 1912 – 2005, Piura, considerando cuarto. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Febrero de 2007, Año 12, p. 232. RIVES SEVA, Antonio Pablo; *La Prueba en el Proceso Penal.* Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 99. DESIMONI, Luis María; *La evidencia en materia criminal.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 98.

ya que se llega a la comprobación de un hecho de manera indirecta. La prueba indiciaria es una construcción basada en un razonamiento deductivo, por el cual sobre la comprobación de un hecho base se infiere lógicamente un hecho consecuencia o inferido, estableciendo de esta manera la responsabilidad penal del acusado.(253)

Para la construcción de la "prueba indiciaria" o presunción probatoria, se sigue el siguiente procedimiento: a) de los medios de prueba se extraen los indicios, b) Los indicios comprobados se constituyen en elementos de pruebas(254), y en el primer eslabón de la inferencia lógica, es decir, se constituyen en el ***hecho base comprobado***, c) sobre el *hecho base comprobado* (o hechos base comprobados) se realiza una *inferencia lógica* que se sustenta en el *nexo causal* que desemboca en los hechos inferidos o hechos consecuencia.(255) Dentro de este esquema, la presunción es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente.(256) Sin embargo, para que la construcción de la prueba indiciaria pueda desvirtuar válidamente la presunción de inocencia, la conclusión a la que se arribe debe estructurarse más allá de toda duda razonable.(257) Esto,

(253) Cf., SERRA DOMÍGUEZ, Manuel; *Estudios de derecho procesal.* Barcelona: Ariel, 1969, pp. 700-701. MITTERMAIER, Karl; *Tratado de la prueba en materia criminal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 441. BELLOCH JULBE, Juan Alberto; "La prueba indiciaria". En: AA.VV. *La sentencia penal,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 38.

(254) Cf., JAUCHEN, Eduardo M.; *Tratado de la Prueba en Materia Penal.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2002, pp. 583-584.

(255) Cf., CLIMENT DURÁN, Carlos; *La prueba penal.* Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 869.

(256) Cf., SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho procesal penal.* Tomo II. Lima: Grijley, 2003, p. 856. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *Derecho procesal penal,* Madrid: Dykinson, 2002, p. 385. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* Barcelona: Bosch, 1997, p. 242.

(257) JAÉN VALLEJO, Manuel; *La prueba en el proceso penal,* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 96. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *Derecho procesal penal,* Madrid: Dykinson, 2002, p. 385. ASENCIO MELLADO, José María; "presunción de inocencia y prueba indiciaria",

debido a que el *derecho a la presunción de inocencia* constituye un estado jurídico de la persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley.(258)

Mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes, la validez de la inferencia lógica debe respetar el derecho a la presunción de inocencia; de allí que, ***sólo cuando la conclusión resulta unívoca (prueba indiciaria) derivada de un razonamiento válido, puede decirse que estamos frente a una mínima actividad probatoria que ha desvanecido válidamente la presunción de inocencia.***(259)

---

en: AA.VV.; *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Cuadernos del Poder Judicial.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992. p. 177. SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho procesal penal.* Tomo II. Lima: Grijley, 2003, p. 860.

(258) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". *Revista Ius et Praxis,* 11 (1), 2005, pp. 221-241. Cf., MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel; *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial.* Pamplona: Ed. Aranzadi, 1999, p. 29. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia". *Revista Española de Derecho Constitucional.* N° 20. Año 1987, pp. 9-34. MAIER, Julio; *Derecho Procesal Argentino.* Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editorial del Puerto S.R.L. 1996, p. 338.

(259) Cf., entre otros: MITTERMAIER, Karl; *Tratado de la prueba en materia criminal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 372. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Barcelona: Boch, 1997, p. 244. MARTÍNEZ SILVA, Carlos; *Tratado de Pruebas Judiciales.* Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 141. ROCHA ALVIRA, Antonio; *De la prueba en Derecho.* Bogotá: Lerner, 1967, p. 619. VARELA CASTRO, Casimiro; *Valoración de la prueba,* Buenos Aires: Astrea, 1990, pp. 119-120. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La prueba indiciaria", en: AAVV; *La prueba en el proceso penal.* Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993, p. 65. LEONE, Giovanni; *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: EJEA, 1963, pp. 165-166.

En ese sentido, en el estudio de la prueba indiciaria la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una clasificación de los "indicios" según diversos criterios. Así, según su fuerza conviccional los indicios pueden ser clasificados en *indicios necesarios* e *indicios contingentes*; el indicio necesario denota tal fuerza condicional que con su sola comprobación se puede inferir válidamente el hecho consecuencia, en cambio en el indicio contingente no basta la comprobación de veracidad del mismo, sino que se requiere la conjunción de otros indicios para construir una prueba indiciaria.[260]

Sólo la valoración conjunta de los indicios descritos nos pueden llevar a la construcción válida de la prueba indiciaria; además, la inferencia lógica que lleva al hecho base comprobado al nivel del hecho consecuente o inferido debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Así tenemos que: a) debe concurrir una pluralidad de indicios[261], b) esos indicios deben estar plenamente acreditados[262], c) el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia[263], d) al basarse en un razonamiento por inferencia, para

---

[260] SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho procesal penal.* Tomo II. Lima: Grijley, 2003, p. 858. MIXÁN MASS, Florencia; *Prueba indiciaria*, Trujillo: BLG, 1994, pp. 114, 123-125.

[261] RIVES SEVA, Antonio Pablo; *op. cit.*, pp. 102-103. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *op. cit.*, p. 234. JAUCHEN, Eduardo M.; *op. cit.*, p. 607. GORPHE, François; *De la apreciación de las pruebas.* Buenos Aires: Ejea, 1950, p. 352. Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, R.N. 1912-2005, Piura, considerando cuarto. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, febrero de 2007, Año 12, p. 232.

[262] RIVES SEVA, Antonio Pablo; *op. cit.*, p. 104. Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, R.N. 1912-2005, Piura, considerando cuarto. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, febrero de 2007, Año 12, p. 232.

[263] CLIMENT DURÁN, Carlos; *La prueba penal.* Tomo I. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 862. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 20 de enero de 1988. Citado por RIVES SEVA, *op. cit.*, p. 101. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 6 de abril de 1988. Citado por RIVES SEVA, *op. cit.*, p. 101. Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, RN 1912-2005, Piura, considerando cuarto. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, febrero de 2007, Año 12, p. 232.

su plena validez, el razonamiento indiciario debe desembocar en una única conclusión posible, ya que la existencia de muchas conclusiones alternas desvirtúan el valor de la prueba indiciaria[264], y e) la decisión que se basa en una prueba indiciaria debe encontrarse debidamente motivada, explicando expresamente todos los extremos del razonamiento deductivo elaborado[265].

En la construcción del esquema lógico que sustenta la prueba indiciaria también intervienen las contrapruebas como producto natural de la actividad probatoria. En ese contexto, la parte contraria, la que se quiere hacer valer los indicios puede o bien a través de una contraprueba desvirtuadora de la fuerza probatoria de un indicio, o bien mediante la prueba de algún hecho que es contrario al hecho presunto resultante de la aplicación de una norma o regla de presunción. Ello se enmarca en el derecho a la prueba, recientemente resaltado por nuestro Tribunal Constitucional.[266] Se distingue así entre contraprueba, dirigida a desvirtuar un indicio e impedir la formación de una presunción, y la prueba de lo contrario, cuyo objetivo es destruir una presunción ya formada. La contraprueba indirecta se traduce en los contra-indicios, entendido como la prueba de algún

---

[264] RIVES SEVA, Antonio Pablo; *op. cit.*, pp. 102 – 103. JAUCHEN, Eduardo M.; *op. cit.*, p. 589. JAÉN VALLEJO, Manuel; *op. cit.*, pp. 95 – 96. CAFFERATA NORES, José; *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 190. GIANTURCO, Vitto, La Prova indiziaria, p. 98. Citado por CAFFERATA NORES, José, *op. cit.*, p. 190. DOHRING, Erich, La prueba y su práctica apreciación, p. 313. Citado por CAFFERATA NORES, José, *op. cit.*, p. 190.

[265] JAÉN VALLEJO, Manuel; *op. cit.*, p. 91. ROSAS YATACO, Jorge; *op. cit.*,p. 295. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 23 de mayo de 2005. En: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2005/STC2005-137.html. (consultado el 11/04/2007). SAN MARTÍN CASTRO, César; *op. cit.*, p. 864 – 865. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *Derecho procesal penal*, Madrid: Dykinson, 2002, p. 385. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés; "La prueba indiciaria", en AA.VV.; *La prueba en el proceso penal.* Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993, p. 57.

[266] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, *Caso Federico Salas Guevara Schultz*, Sentencia de 5 de abril de 2007, Exp. 01014-2007-PHC/TC, Fundamento 8.

hecho indiciario, al resultar incompatible tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.(267)

Finalmente, cabe advertir que cuando el juzgador al momento de utilizar la prueba indiciaria para sustentar una sentencia condenatoria, sigue escrupulosamente los presupuestos materiales para su construcción, respeta los derechos fundamentales del imputado a la presunción de inocencia (que se desvirtúa válidamente por el efecto conviccional de la prueba), al derecho a probar (porque ofrece contra--indicios que no enervan el valor probatorio de los indicios) y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (cuando explica detalladamente el razonamiento lógico – jurídico de construcción de la prueba indiciaria). Pero cuando el juzgador no sigue esos presupuestos materiales se perpetran violaciones a los derechos fundamentales del imputado, no tolerables en un Estado de derecho(268).

Teniendo en consideración que la prueba indiciaria debe hacerse en función a instituciones jurídicas y no a cuestiones legales, entre los requisitos para la eficacia probatoria del indicio tenemos los siguientes:

(i) La prueba plena del hecho indicador, es decir si no hay plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta lógico inferir de estos la existencia

(267) Cf. CLIMENT DURÁN, Carlos; *op. cit.*, pp. 940-941. MITTERMAIER, Karl; *Tratado de la prueba en materia criminal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1979, pp. 376-377. SERRA DOMÍGUEZ, Manuel. *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona: Nauta, 1963, p. 69. GOZAÍNI, Osvaldo; *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*, Buenos Aires - Santa Fe: RUBINZAL - CULZONI, 2004, p. 400. SERRA DOMÍGUEZ, Manuel; *op. cit.*, p. 155. CARRERAS LLANSANA J., "Naturaleza Jurídica y tratamiento de las presunciones", *Revista de Cataluña*, 1962, p. 503. ROSENBERG, L; *La carga de la prueba.* Traducción de E. Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 69.

(268) Cf., ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio; "Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado", *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 104, mayo 2007, p. 205.

o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura. En este sentido, para poder verificar la concurrencia de un indicio relevante a efectos probatorios debemos contar con la seguridad de que el hecho que sirve de sustento al indicio sea un hecho cierto, la consecuencia lógico-probatoria entonces será que el indicio que contiene un hecho que nunca existió no podrá ser un indicio, procesalmente hablando, y el hecho que indirectamente pretendía probar será tenido como incierto o inexistente.

(ii) Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes. Este requisito es indispensable para poder construir una prueba plena. En ese sentido, el operador correspondiente deberá descartar que el indicio no corresponda a uno falsificado, y en el caso que el indicio sea un testimonio que éste no sea falso o haya sido maliciosamente tergiversado.

(iii) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador (o el conjunto, si son varios indicios contingentes) y el indicado. Si la relación de causalidad aparece únicamente vaga e incierta existirá un indicio contingente o un conjunto de estos, pero de tan escaso valor probatorio que el juez no podrá considerarse convencido de la realidad del hecho indicado, y, en consecuencia tendrá que declararlo no probado (trátese de proceso civil, penal o de otra clase).

(iv) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos informantes de la conclusión adoptada (la univocidad o polivocidad de los indicios). Puede ocurrir que del conjunto de hechos indiciarios concordantes, cuyas inferencias converjan armónicamente, resulten posibles varias conclusiones. Para poder probar un determinado hecho a través de un indicio debe haberse descartado razonablemente todas las posibles hipótesis y conclusiones que de éste puedan derivarse.

8. El delito fuente y su regulación en el Decreto Legislativo N° 1106. La incorporación del delito de la minería ilegal como ganancia ilegal

En la nueva versión legal emitida por el Decreto Legislativo Nº 1106, en relación al artículo 10, referido al nomen juris autonomía del delito y prueba indiciaria, ha dicho lo siguiente: *"El lavado de activos es un delito autónomo, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria"*. La reforma legal producida por el Decreto Legislativa N° 1106, en el artículo 10, primer párrafo, ha venido a cerrar una vieja discusión en la doctrina y en la jurisprudencia penal, en el sentido que ha señalado expresamente la autonomía jurídico-penal del delito de lavado de activos en relación al delito previo o delito fuente.

El segundo párrafo del artículo 10º del citado Decreto Legislativo N° 1106 prescribe el llamado conocimiento efectivo o presunto del autor en relación al delito fuente o previo, y lo regula de la siguiente manera: *"El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los* ***delito de minería ilegal****, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros, o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194º del Código Penal.* ***El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso"***.

La reforma legal producida por el Decreto Legislativo Nº 1106, en el artículo 10, segundo párrafo, ha traído importantes aspectos en el delito fuente, que a mi modo de ver, serían dos: uno de carácter dogmático-material y el otro de carácter dogmático-procesal.

En primer lugar, que ahora la minería del Perú en cualquiera de sus manifestaciones concretas (extractiva, de transformación, de transportes, o de comercialización) forma parte del delito fuente o previo; con una condición indispensable: que dicha minería sea de carácter ilegal, es decir, que no estén formalizadas ante la autoridad competente, o siendo formalizadas causen perjuicios o alteraciones negativas en el medio ambiente o en las personas, en la agricultura, o en la ganadería. Lo que está claro en el nuevo Decreto Legislativo N° 1106 es que la minería ilegal, o mejor dicho informal, es considerada ahora como uno de los delitos que puede generar ganancias de carácter ilícitas (como la extorsión, como el robo, como el proxenetismo, etc.) donde el sujeto activo puede o bien convertirlos, transferirlos, o también ocultarlos o simplemente tenerlos en su poder para dificultar su origen, incautación o decomiso.

En segundo lugar, sobre el aspecto dogmático-procesal tenemos que decir que el delito fuente o previo, por la complejidad de su acreditación procesal porque normalmente está ubicado espacio-temporalmente en una zona o fase distinta de aquel donde se están produciendo los actos de conversión u ocultamiento, y la acreditación mediante la prueba directa sería casi imposible en la realidad, y la única posibilidad de carácter probatoria que se tiene sería mediante la prueba indirecta, mediante indicios concurrentes de cada caso concreto, y esto como hemos dicho, ya fue tenido en cuenta por el Acuerdo Plenario N° 03-2003 emitido por la Corte Suprema de la República.

9. Sobre las mezclas de fondos

Con relación al decomiso, éste se encuentra regulado en el artículo 102° del Código Penal (artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013), cuyo texto es el siguiente: "Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes".

Un tema sumamente interesante es lo concerniente a la "mezcla de los fondos", muy recurrente en los casos de lavado de activos o blanqueo de capitales, sobre todo en la modalidad por actos de convertibilidad o transferencias, cuando el origen de los fondos que previamente eran de naturaleza *lícita,* luego se logran contaminar con el ingreso de activos de procedencia *ilícita,* o viceversa. Esta es la versión de la primera parte del artículo 102°[269], tercer párrafo del Código Penal, cuando señala: *"Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita..."*.

Caro Coria nos dice que "En la casuística sobre lavado de activos son bastante comunes los supuestos de mezcla, esto es la combinación de bienes de origen delictivo con los de fuentes lícita, por ejemplo, el depósito del dinero producto de un delito anterior en la cuenta de ahorros personal con fuente en negocios legales. En tales casos surge la cuestión en torno a si todo el producto de la mezcla está contaminado, o si toda la mezcla debe reputarse como lícita porque parte de los bienes son de origen legal, o si la contaminación alcanza únicamente a la parte de origen delictivo".[270]

Y la pregunta es: ¿Cuál es la solución que prevé el Código Penal para solucionar el problema? El Código Penal lanza una propuesta muy interesante de cara a la eficacia racional para el combate contra la criminalidad organizada, y ello es que "*...procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes*".

---

[269] Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013.

[270] CARO CORIA, Carlos Dino, *Lavado de activos proveniente del delito tributario.* En: Lavado de activos y compliance, perspectiva internacional y derecho comparado. Coordinadores: Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria, Ezequiel Malarino. Jurista Editores: Lima. p. 163.

Las propuestas de solución son las siguientes

- Una primera solución de orden legal es que sólo procederá el decomiso hasta por el "valor estimado de los bienes ilícitos mezclados"; es decir, durante el proceso penal por lavado de activos, por ejemplo, una pericia contable-financiera (oficial) tendrá que determinar, con un alto grado de certeza, de un fondo económico del 100 % que está investigando en un proceso judicial. ¿Qué porcentaje de ese fondo es el realmente contaminado por el ingreso de fondo ilícito? Y sólo tal porcentaje –contaminado- es el que finalmente se decomisará en ejecución de sentencia. Con esta propuesta se está salvaguardando, en la medida de lo posible, los intereses económicos que fueron adquiridos en su momento por fuente lícita.

  Gálvez Villegas dice respecto a la mezcla de los bienes lícitos e ilícitos: "Por lo que, en los supuestos en los que a pesar de existir una mezcla de los bienes, la finalidad sea distinta, también cuando pueda diferenciarse objetivamente uno de otros, estaremos fuera de este tipo de decomiso, en cuyo caso solo podrá disponerse el decomiso hasta el límite de los bienes ilícitamente adquiridos (mezclados), conforme lo estipula el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que estipula que cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se pondrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado..."[271].

  Al respecto, García Cavero señala con relación a la mezcla de fondos lícitos con los ilícitos (contaminación parcial), nos dice lo siguiente: "Si se sigue un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se conver-

[271] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos criterios sustantivos y procesales, análisis del decreto legislativo N° 1106*, Editorial Instituto Pacífico, pp. 449-450.

tirán en ilegales, lo que no parece ser lo más adecuado para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría en el tráfico de bienes como una mancha de aceite. Por esta razón, debe precisarse cuando la contaminación parcial lleva a una contaminación total de los fondos. A nuestro entender, esto sucede cuando el bien de origen delictivo alcanza un nivel de significancia en el conjunto de los fondos(272). Sin embargo, al criterio del nivel de significancia cabría cuestionarle recurrir a una fórmula porcentual que no cuenta con un reconocimiento legal explícito para el lavado de activos. A este eventual cuestionamiento podrá replicársele que lo relevante es exigir cierta cantidad del dinero maculado para trasmitir su naturaleza delictiva al fondo conjunto, lo que no precisa establecer una proporción exacta para todos los casos. En muchos otros ámbitos el legislador deja un margen de discrecionalidad judicial, especialmente si la fijación de un criterio general resulta inadecuada. Como contrapeso a esta definición legal, se le exige al juez a una motivación cualificada de su decisión que la haga razonable y, por lo tanto, previsible. El nivel de significancia debe, por lo tanto, ser determinado por el juez en función de la incidencia del dinero sucio en la valoración económica de los fondos mezclados, para la cual no sólo debe tener en cuenta los montos implicados, sino también los controles administrativos existentes, la apertura del sector de inversión, la rapidez de las operaciones, etc. La aceptación del origen delictivo por contaminación parcial dará pie, a su vez, a que la parte de ese fondo que se mezcle con otros ilícitos los contamine si se cumple, por su parte, con el nivel de significancia. Se trata aquí de lo que ha venido a denominarse como multiplicación por contaminación parcial"(273).

(272) GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Editorial Jurista Editores: Lima. pp. 109-111.

(273) Ibídem.

Por su parte, García Cavero nos dice que "Si el fondo que contiene una parte significante de origen delictivo produce *utilidades* o ganancias, a éstos les alcanzará también el carácter de tener un origen delictivo, pues la rentabilidad se deriva del conjunto de los fondos y no solamente de la parte lícita contenida. Un caso especialmente rentable tiene lugar por medio de inversiones en empresas que rentabilizan dichos aportes de capital en actividades legales. La recepción consciente de niveles relevantes de dinero de procedencia delictiva contagiará a todas las utilidades obtenidas por la empresa con el desarrollo de su giro económico. Cabe mencionar, en tercer lugar, la *multiplicación por sus sustituciones de bienes*, donde se plantea la cuestión de alcance del origen ilícito en dos escenarios distintos. Debe determinarse, por un lado, si el origen delictivo se mantiene el bien sustituido recibido por el autor del delito previo[274].

En otras palabras, *y lo determinante es que no guarde ninguna relación o conexión con los actos posteriores de comisión delictiva (de cualquiera de los delitos que se consignan expresamente, por ejemplo, como los delitos "previos" en la Ley de Lavado de Activos) que fueron ingresados directamente a la misma fuente económica de la persona.*

- Una segunda propuesta de solución, y quizá sea lo más grave de cara a la eficacia de la norma, es la que se regula en seguida, cuando se hace una salvedad expresa: *"...salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes"*. En ese sentido, si se llegara a determinar, durante la tramitación de un proceso judicial, que la fuente lícita de una persona ha servido como instrumento o medio para "ocultar" o "convertir"

[274] Ibídem.

los bienes de ilícita procedencia, entonces se procederá al decomiso de ambos bienes.

Al respecto, Caro Coria recurre a los criterios de imputación objetiva para la determinación del "ocultamiento" de los fondos mezclados. "Dicho de otro modo, por determinar en qué casos el objeto material del delito es un objeto idóneo para la comisión del lavado de activos. No se enfrenta, por lo tanto, un problema de determinación de la relación o grado de accesoriedad o integración entre el delito precedente y el blanqueo como se ha sostenido; tampoco se trata de problema de causas equivalentes o de adecuación social, al menos no como ha sido descrito por la doctrina referida. El asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la imputación objetiva. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido de tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva ex ante, si los actos de conversión o transferencia recaen sobre objetos descontaminados, son tan atípicos como tentativa idónea por la "absoluta impropiedad del objeto"[275].

[275] CARO CORIA, Dino Carlos, *Sobre el tipo básico de lavado de activos*. En: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa" Director: Dino Carlo Caro Coria, Lima, p. 213. Este mismo autor ha señalado que: Como he defendido anteriormente conforme a criterios **de imputación objetiva**, si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de estos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva ex ante, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje. Quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonio sólo en sentido fáctico, pero no los arriesga en conjunto. En ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa".

En ese sentido, Carlos Caro analiza el tema de la mezcla en relación al delito tributario[276]. El momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se producirá cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria, mientras ello no ocurra todos los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia que recaigan sobre los bienes no podrán considerarse como lavado de activos porque aún no tienen carácter delictivo. En otros casos, el acto de liquidación definitiva de la cuota tributaria se realiza mucho después del acaecimiento de estos plazos, por ejemplo, cuando el órgano administrador del tributo realiza investigaciones o fiscalizaciones para determinar si existe o no una cuota defraudada y su cuantía.

En todo caso, "hasta que no exista una decisión definitiva sobre la existencia de la cuota defraudada no podrá considerarse que existen bienes susceptibles de ser blanqueados". Ello incluye el tiempo que pueda tomar la resolución definitiva de todos los actos de impugnación, administrativa o judicial, que pueda llevar adelante el contribuyente. Postular lo contrario implicaría introducir un espacio de arbitrariedad e inseguridad jurídica, porque mientras se tramita la impugnación, lo que evidentemente corresponde al ejercicio legítimo de un derecho, el contribuyente podría en simultáneo ser perseguido tanto por el delito tributario como por blanqueo de capitales en tanto realice actos de transferencia, ocultamiento, etcétera[277].

---

[276] CARO CORIA, Dino Carlos; "*Lavado de Activos provenientes del Delito Tributario*"; disponible en: file:///C:/Users/PC-Principal/Desktop/lavado%20de%20activos/CARLOS%20CARO%20-%20LAVADO%20Y%20DELITO%20TRIBUTARIO.pdf

[277] Ibídem.

XVI. LA PARTICIPACIÓN DEL AUTOR EN EL DELITO FUENTE TAMBIÉN PUEDE SER AUTOR DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Ahora bien, el reciente Decreto Legislativo N° 1106 en el artículo 10° señala lo siguiente: *"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria"*. Esta descripción legal tiene relación con el antiguo artículo 6° de la derogada Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, que en la parte final disponía lo siguiente: *"También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias"*[278]. En el sentido que para la

[278] La propuesta de derogar el último párrafo del artículo 6 de la Ley de Lavado de activos, incorporado mediante el Decreto Legislativo 986, de fecha 22 de julio de 2007 (que modificara los artículos 1°, 2°, 3° y 6° de la Ley N° 27765 Ley penal contra el Lavado de Activos) se sustenta en los siguientes argumentos:

a. En la reforma a la Ley de Lavado de Activos se ha producido un giro radical en la estimación jurídico penal de los delitos comprendidos en la norma, cometidos por sujetos que tradicionalmente no ingresaban al marco de imputaciones propias de dicho delito.
b. Es decir, ahora según la norma reformada, si existe una investigación en curso por alguna de las modalidades de lavado de activos (encubrimiento, receptación omisión de información o propiamente lavado de activos), no sólo será autor, coautor o participe el que comete el delito sino también los que realizaron los delitos precedentes al de lavado de activos y que dieron lugar a los bienes, dinero, efectos o ganancias, esto es, de secuestro, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, hurto o robo agravados, etc., abriendo así un espacio normativo de rompimiento de los contrapesos que contienen los conceptos propios de la teoría del delito para los efectos de poder realizar imputaciones dobles. Así, quien está siendo procesado por enriquecimiento ilícito también será pasible de imputación por lavado de activos, igual en el caso del que es procesado por hurto agravado será juzgado igualmente por lavado de activos (si el que efectúa un hurto agravado convierte o transfiere el dinero hurtado estará consumando también el delito de lavado de activos).

configuración del delito de lavado de activos no es necesario que la investigación por el delito previo esté con sentencia condenatoria, esto quiere decir que el sujeto activo por un delito de lavado activos, puede ser investigado por el delito fuente o previo que es lo que decía el antiguo artículo 6 de la Ley N° 27765. Con esta regulación normativa se cierra la discusión, en el sentido que para el derecho penal peruano quien o quienes intervinieron –como autor, cómplice o inductor- en el delito fuente o previo –es decir, en el delito contra la administración pública, extorsión, proxenetismo, etc.- también podrá ser sujeto de investigación en el delito posterior, es decir, en el delito de lavado de activos. Aquí podrían surgir algunas preguntas: ¿El mismo título de imputación que reciba el imputado como autor o partícipe, será, o mejor dicho, tendrá

---

c. Se destruyen de este modo las diferencias entre delito consumado y la fase del agotamiento del delito. La norma busca de este modo imposibilitar el aprovechamiento del agente mediante actos de disposición ulterior a la de la consumación del delito previo. El problema es que con ello se van desnaturalizando los presupuestos del hecho punible y las respectivas normas jurídicas de la autoría -participación en el delito, además de quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) que prohíbe el exceso en la calificación y en la respuesta punitiva estatal.

d. Hay que anotar igualmente que el último párrafo del artículo 6 de la Ley de Lavado de Activos hace referencia a "actividades ilícitas generadoras de los delitos precedentes", sin haberse precisado cuáles son los criterios normativos que deberán tener en cuenta los operadores del sistema de justicia penal para llegar a tales valoraciones, ya que se trata de actos que ni siquiera requieren ser investigados o sujetos a proceso penal (conforme al texto del tercer párrafo del artículo 6), con lo cual el panorama de previsibilidad exigido por el principio de legalidad, de orden constitucional, se complica.
Se consideran acertados los razonamientos ofrecidos en la Exposición de Motivos que sirven de sustento al Proyecto de Ley N° 3218/2008-CR y que buscan dotarle de razonabilidad a la injerencia penal en el marco del delito de lavado de activos, ya de por sí sumamente abierto y altamente comprensivo. Si bien estamos ante un típico delito de crimen organizado, la necesidad de la respuesta penal no debe desbordar parámetros de ponderación, mesura y proporcionalidad de respuesta, sin que ello signifique perdida de firmeza y rigor punitivo frente a un delito de alto injusto penal.

que ser el mismo título de imputación que reciba el imputado ahora por el delito de lavado de activos? Porque puede suceder que en el delito previo el imputado A esté como cómplice secundario del delito de extorsión, pero sin embargo, el mismo imputado A, ya en la investigación del delito de lavado de activos está considerado como autor directo.

Frisancho Aparicio sostiene que, al tratarse el delito de lavado de activos de una forma agravada o especial de encubrimiento real, el agente no debe haber tenido participación en el delito precedente (...) en cuyo caso sólo responderá penalmente por dicho ilícito penal., pudiendo actuar como persona natural o a través de la utilización de personas jurídicas, o también como cliente bancario o financiero; es decir, como ofertante o demandante de fondos, empleando operaciones y servicios que realizan los intermediarios financieros[279]. En igual sentido se pronuncia Rolando Ramírez, quien señala, al referirse al sujeto activo del delito de lavado de activos, que lo puede ser cualquier persona que haga la función de receptador impropio de los bienes, dinero, ganancias de actividades ilícitas. Cabe señalar que el sujeto activo no es el autor del acto ilícito del cual provienen las ganancias, sino el que sabe de la procedencia o la sospecha o la presume[280].

Quienes siguen este criterio de la no intervención del sujeto activo en el delito previo, como autor o partícipe, lo deducen del propio texto de los artículos 1 y 2 de la derogada Ley N° 27765, en el sentido que la norma establecía que el autor del delito conozca o pueda presumir el origen ilícito de los bienes, lo cual implica que no ha participado en el delito anterior. Si el agente hubiera participado en el delito anterior, no podríamos aplicar las reglas del concurso de delitos al hecho, puesto que la segunda conducta sería la fase de agotamiento del delito previo. La razón por la cual la conducta del autor o partícipe del delito previo no sería sancionado, es que esta-

[279] FRISANCHO APARICIO, M.; Op. Cit., p. 302.

[280] ROLANDO RAMÍREZ, R.; Op. Cit., p. 228.

ríamos ante un caso de auto encubrimiento. El auto encubrimiento en sí mismo, es una conducta impune desde una perspectiva penal. No obstante entendemos, con la mayoría de la doctrina que no pueden ser considerados autores de un delito de legitimación de capital quienes fuesen responsables del delito del que los bienes traen su origen"[281].

De distinto parecer es Prado Saldarriaga quien sostiene que la legislación peruana no excluye ni impide que el autor del delito de lavado de activos pueda serlo también aquel que intervino en la comisión del delito precedente, siempre que ejecute actos posteriores de movilización de los activos ilícitos generados por su conducta delictiva previa, o que luego de concluido el proceso de lavado, vuelva a tenerlos en su poder, ahora dotados de una apariencia de legitimidad, e invertirlos[282].

A nuestro parecer, las estructuras típicas contenidas en los antiguos artículos 1 y 2 de la derogada Ley N° 27765 y el reciente Decreto Legislativo N° 1106 del 18 de abril del 2012, permiten válidamente considerar a las personas que intervinieron en la comisión de cualquiera de los delitos previos que generaron fondos o recursos, como sujetos activos, también, de los ilícitos de lavado de activos, claro está, siempre y cuando realicen las acciones típicas previstas en las normas bajo comento. En ese sentido cabe citar lo que señalaba el artículo único del Decreto Legislativo N° 986 que modificó en su momento el antiguo artículo 6° de la Ley 27765, que establecía que también podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.

---

[281] VIDALES RODRIGUEZ, 1997, p. 111.

[282] PRADO SALDARRIAGA, R., Op. Cit. pp. 141 y 146.

XVII. EL CASO DE LOS ABOGADOS Y SU GRADO DE INVOLUCRAMIENTO CON EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

No puede concluirse este trabajo sin resolver la cuestión de los *abogados* y la posibilidad de cometer lavado de activos en el caso de percibir ,a sabiendas, honorarios procedentes de un delito grave. Empleando una lógica muy similar a la de páginas anteriores, en su Auto del 6 de enero de 2000 el OLG de Hamburgo razonaba afirmando que "normalmente se cometen delitos lucrativos porque el autor quiere obtener algún tipo de rendimiento con las ganancias de su conducta, no para verse implicado en un proceso penal y poder pagar un abogado" y esta idea, entre otras, se empleaba para negar la tipicidad de la conducta de los letrados.

De acuerdo con la perspectiva que aquí se sostiene, la conclusión del OLG de Hamburgo es correcta y, por tanto, preferible a la solución del BGH. Ello se justifica porque el pago de un abogado con dinero procedente de un delito previo es un acto mediante el cual una parte de la capacidad económica alcanzada con dicho delito se transforma en una prestación de servicios profesionales que, en principio, no genera un efecto de ocultación del origen ni tampoco de consolidación de aquellos bienes con los que se retribuye la labor del letrado.

Desde luego, la anterior conclusión tiene validez siempre y cuando la prestación realizada por el abogado se circunscriba a la defensa penal del autor del delito grave anteriormente cometido. La solución cambia cuando su labor consista en asesorar al cliente sobre cómo obtener una mayor rentabilidad de los bienes obtenidos o cómo ocultarlos de manera eficaz a la acción de las autoridades. En estos supuestos, el letrado contribuye directamente con su conducta al mantenimiento de la capacidad económica del autor del delito previo y, por tanto, su conducta debe ser castigada atendiendo a los fines de la punición del lavado de activos.[283]

---

[283] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón; "*Lavado de Activos y Negocios Standard con Especial Mención a los Abogados Como Potenciales Autores de un Delito de Lavado*"; en: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales;"*Homenaje a Claus Roxin*", 2011, p. 651.

Un tema que siempre llamó la atención es si por la ganancia económica que perciben defendiendo a sus clientes en determinados delitos cualquiera que éstos sean, los abogados pueden verse involucrados, justa o injustamente, en un delito de lavado de activos, por precisamente "lavar" el dinero –supuestamente sucio- que les proporcionan sus clientes. Un ejemplo nos aclara el panorama: un peligroso secuestrador y extorsionador es arrestado y luego procesado por los delitos precisamente de secuestro y extorsión y, obviamente, tiene mucho dinero producto de la ganancia "ilícita", y para afrontar su proceso penal termina contratando, como es lógico, a un abogado para su respectiva defensa. Entonces la pregunta sería: ¿El abogado podría ser procesado y eventualmente condenado por el delito de lavado de activos cuando recibe el dinero o cualquier otra ganancia de su cliente extorsionador y secuestrador?

A todas luces pareciera una injusticia que el abogado esté involucrado en dicho delito, porque no habría abogados que asuman la defensa en varios delitos, sobre todo en los delitos fuentes o previos, y esto también se podría dar en profesiones como el contador público o el ingeniero que también puede prestar sus servicios. En este contexto, se han presentado o exhibido un sinnúmero de criterios o posturas para buscar una salida o alternativa racional y valedera desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, la misma que pueda motivar una resolución judicial absolutoria para el abogado defensor; por ejemplo, se ha tratado de buscar una solución a través de las llamadas conductas neutrales o de carácter estereotipadas.

En mi opinión, uno de los temas más relevantes del Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema es definitivamente el de las "conductas neutrales" o llamados también "negocios estándar" que realizan, en este caso, los abogados defensores cuando prestan servicios profesionales a determinados clientes comprometidos por la posible comisión del delito de lavado de activos. En efecto, el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema, en el considerando 26, dispone: *"...la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio*

de origen o componentes ilegales. De ahí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en este espacio específico y neutral, propio de sus negocios estándar, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa...". Enseguida el citado Acuerdo Plenario N° 03-2010 realiza una importantísima conclusión que cierra el tema de discusión desde la dogmática penal al decir lo siguiente: *"Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos".* Es decir, puede haber acción delictiva del abogado defensor, pero jamás esa acción podrá subsumirse a la tipicidad penal del lavado de activos, desde que será atípica, y por lo tanto no será necesario indagar la antijuricidad y culpabilidad.

Es decir, el abogado defensor cuando recibe dinero o algún tipo de ganancia producto de su trabajo de asesoramiento por parte de su cliente, no podrá ser considerado como partícipe en estos supuestos ya que serán atípicas, siempre y cuando cumplan tres determinados requisitos: en primer lugar, el título de imputación penal tiene que ser de partícipe, cómplice o inductor, esto es, en la Disposición Fiscal de Continuación y Formalización de la Investigación preparatoria o, en su defecto, en la Acusación Fiscal; en segundo lugar, la conducta del abogado defensor tiene que darse en forma reiterativa y continua en el marco de su labor, esto es, tiene que acreditarse diversos actos como escritos, recursos, asesoramiento, etc., en la carpeta fiscal; en tercer lugar, aun cuando el abogado defensor tenga efectivo conocimiento o presume que las ganancias vienen de un origen ilícito o delictivo (criterio subjetivo), lo más relevante es que se acredite que el abogado defensor cumpla un rol específico en la sociedad, es decir, que preste servicios de asesoramiento (aspecto objetivo).

En mi concepto, la conducta del abogado no puede ser considerado como autor del delito de lavado de activos, todas las personas, sin discriminación, tienen derecho a que sean defendidas de cualquier delito, de robos, de hurtos, de homicidios, de falsedad

documental y por supuesto de aquellos delitos donde se sanciona penalmente la ganancia desmedida de algunas personas por delitos previos. Entonces, es natural que las personas involucradas por los delitos previos (corrupción, extorsión, drogas, etc.) tengan la necesidad de contar con abogados para su respectiva defensa. De lo contrario, los abogados defensores por cada caso delictivo y que reciban dinero de parte sus clientes, serían procesados por delito de lavado de activos.

La situación de algunos profesionales debe ser tomadas en cuenta a partir del nuevo Decreto Legislativo N° 1106, especialmente los artículos 1° y 2° de dicha ley. Para el autor nacional Prado Saldarriaga el problema de la subjetividad del delito de lavado de activos debe plantearse en atención al objetivo perseguido por el agente y a la conexión de este con los fines preventivos asignados a la criminalización del lavado de activos. La función del lavador de activos es, pues, asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales[284].

De allí que, por ejemplo, el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, etc. que se relacionan en ese espacio específico y neutral de sus negocios *standard* con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen en esa consolidación lucrativa[285]. Concluye Prado Saldarriaga que los servicios que ellos prestan –médico, abogado, los familiares dependientes, etc.– carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos[286].

---

[284] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Lavado de Activos y financiación del terrorismo*, Lima, 2007, p. 161.

[285] PRADO SALDARRIAGA, 2007, p. 161.

[286] Ibídem.

Una demostración de que invocar a la habitual falla de tipicidad subjetiva no resuelve adecuadamente todos los casos imaginables, puede encontrarse en la discusión que en tiempos recientes se ha suscitado en Alemania en torno a la posible comisión de un delito por parte de aquellos abogados que asumen la defensa de presuntos criminales conociendo –o, cuando menos, sospechando– que sus honorarios profesionales serán satisfechos con dinero proveniente de las previas actividades delictivas de los clientes.[287] El fundamento expuesto de la punición de lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard, a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica, puede integrar el tipo de este delito[288].

Podemos concluir que si bien puede dudarse que el derecho a la libre elección de abogado o el ejercicio libre de la profesión comprenda el derecho al cobro con bienes que se sabe proceden de un delito, no hay razón para excluir la prevalencia de estos derechos cuando no se tiene certeza sobre cuál es la procedencia del dinero. No sería asumible el sacrificio de derechos fundamentales a la libre elección de abogado, a la defensa, y al ejercicio libre de la abogacía, disuadiendo a los abogados de aceptar la defensa del cliente, cuando no hay certeza de que los honorarios se satisfacen con dinero ilícito. Cuando existe o no esa seguridad, dependerá de las circunstancias de cada caso. A falta de conocimientos especiales, cuando el cobro de honorarios se sitúa en los estándares normales en su cuantía y forma de realizar la transacción económica, cuando se ha realizado un examen cuidadoso de la situación por parte del abogado, no hay motivo para que éste renuncie a asumir la defensa y al pago de sus honorarios. En estos casos, es tolerado el riesgo de realización del

[287] RAGUES I VALLES, *"Lavado de Activos y Negocios Standard"*, cit., p. 625.
[288] RAGUES I VALLES, *"Lavado de Activos y Negocios Standard"*, cit., p. 647.

tipo, ya que no constituye un riesgo jurídicamente desaprobado el cobro de los honorarios, pues debe favorecerse la asunción de la defensa ante la duda (In Dubio Pro Defensa), como actividad necesaria para el adecuado funcionamiento del Proceso Penal y para garantizar el derecho a la defensa técnica del imputado. En estos casos, la exclusión de la tipicidad procede ya con los criterios generales de la teoría del riesgo permitido y de la imputación objetiva. Es soportado socialmente el riesgo de cobrar con dinero de origen ilícito cuando con ello se favorece el ejercicio de determinados derechos fundamentales, y en ese caso queda excluida toda posible responsabilidad del abogado en cuanto no es posible apreciar infracción normativa alguna.(289)

Ahora bien, desde el punto de vista de la imputación objetiva, teoría que señala que es elemental reconocer que no puede considerarse que un comportamiento crea un riesgo jurídicamente relevante cuando la conducta se somete a los niveles de riesgo permitido(290). Así, la imputación objetiva desaparece, entre otras posibilidades, cuando el agente realiza un comportamiento permitido, tolerado, incluso fomentado por el ordenamiento, una conducta neutra. Esto es precisamente lo que ha acontecido en este caso, toda vez que mis patrocinadas han actuado dentro de los márgenes que impone nuestro ordenamiento para llevar a cabo la adquisición del inmueble ya mencionado.

En el caso que nos ocupa, rige, por lo tanto, una concreta ***prohibición de regreso***: el hecho no es objetivamente imputable a mis patrocinados ya que éstos realizaron una conducta neutral; su comportamiento no causó la comisión de injusto penal alguno. Efectivamente, Caro John considera que a la "prohibición de

---

(289) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; "*Blanqueo de Capitales y Retribución del Abogado. El pago de Honorarios con Cargo al Patrimonio Presuntamente Criminal*", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 20, febrero 2011, Lima, p. 137.

(290) PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, p. 86.

regreso le corresponde la explicación de quien, al administrar su ámbito de organización, ha obrado imputablemente mediante la realización de un riesgo no permitido (...) fija los límites generales entre el comportamiento imputable y no imputable"[291]. En esa perspectiva, García Cavero sostiene que "Una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no constituye una infracción al rol de ciudadano. El hecho que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación. Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso"[292].

De igual parecer es la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en la sentencia de 7 de marzo de 2001 que resuelve el R. N. N° 4166-99-Lima[293], *"tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que* ***quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro;*** *que, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que Villalobos Chumpitaz,* ***se limitó a desempeñar su rol*** *de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; que, de otro lado, se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción,* ***tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos***

[291] CARO JOHN, José Antonio; *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., pp. 78-79.

[292] GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho penal económico. Parte general.* Lima, 2003, p. 428.

[293] Publicada en: Revista Peruana de Jurisprudencia, N° 30, agosto del 2003.

desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el sólo conocimiento, no puede fundar la antijuricidad de su conducta; *que, dicho esto, concluimos afirmando que, si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar su rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma,* ***el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos en consecuencia ante un supuesto de atipicidad*** (...)".

Por lo que respecta a las conductas *standard,* los anteriores criterios llevan a limitar la idoneidad para realizar al tipo de lavado de activos a aquellas prestaciones de servicios que generan objetivamente un efecto de ocultación y, por tanto, consolidación de las ganancias del delito. En cambio, la tipicidad deberá negarse cuando el acto de consumo, aun suponiendo una transformación de los objetos que provienen de la infracción previa, no genere dicho efecto. En este último caso, la posibilidad de contar *ex ante* con estas conductas de transformación no afecta de forma relevante a los efectos de la amenaza penal, pues en nada ayudan a que el autor afiance la capacidad económica conseguida. El mismo tratamiento merece aquellos supuestos en que los actos de ocultación contribuyen de manera cuantitativamente insignificante a la consolidación de la riqueza alcanzada.[294]

---

[294] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón; "*Lavado de Activos y Negocios Standard con Especial Mención a los Abogados Como Potenciales Autores de un Delito de Lavado*"; en: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales; "*Homenaje a Claus Roxin*", 2011, p. 649.

XVIII. CONSECUENCIAS ACCESORIAS, PERSONAS JURÍDICAS Y EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1106 APLICADO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Quisiera hacer una reflexión final en este apartado: para hacer una regulación en el Decreto Legislativo N° 1106 si ya lo teníamos, como institución, desde el año 1991 en el Código Penal. ¿Acaso el legislador se desconocía de tal situación? Sin embargo, debemos señalar que una de las grandes novedades del citado Decreto Legislativo N° 1106 es precisamente en cuanto a las llamadas "Consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas" (artículo 8°), que está regulado de la siguiente manera:

> "Si los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:
>
> 1. Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias.
> 2. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
> 3. Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.
> 4. Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
> 5. Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
> 6. Disolución de la persona jurídica.
>
> Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años.
>
> El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas".

En cuanto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicadas a las personas jurídicas, podemos hacer la siguiente explicación: así, un sector minoritario de la doctrina sostiene que las consecuencias accesorias previstas para la persona moral constituyen penas en sentido estricto; son menos aún quienes sostienen que las consecuencias accesorias constituyen medidas de seguridad. Por último, la doctrina mayoritaria sostiene, estimo certeramente, que las consecuencias accesorias no pueden considerarse como penas o medidas de seguridad en tanto su fundamento se encuentra ajeno a la culpabilidad y la peligrosidad criminal del sujeto.

Es decir, conviene reconocer que es la *peligrosidad objetiva* de la persona jurídica y su estructura organizativa la que fundamenta materialmente la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Esto supone que las consecuencias descritas en el Decreto Legislativo 1106 y en el Código Penal se imponen cuando aquella constituye una suerte de *instrumento peligroso* al facilitar y encubrir, de *modo continuo y prolongado*, la realización de comportamientos delictivos.

Siguiendo la lógica del legislador nacional en relación a la producción de cambios y "re"-cambios en la Parte Especial, no sólo se reformulan los distintos delitos sino también se "repite" aquellas instituciones jurídicas que ya están estatuidas en la Parte General del Código Penal, como el caso de las consecuencias accesorias aplicadas a las propias personas jurídicas contenidas en el artículo 105° del Código Penal peruano.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.

- "Evolución de criminalización del lavado de activos en doctrina y práctica de Perú y Alemania", en: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima.

ALPACA PÉREZ, Alfredo

- "Algunos Argumentos a Favor de la Libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 21, marzo 2011, Lima.

AMORETTI PACHAS, Mario

- Violaciones al debido proceso penal; Lima, 2007.

ARBULU RAMIREZ, José Antonio

- Derecho Administrativo sancionador en la Prevención del lavado de Activos; Lima, 2015.

ASMAT COELLO, Diana Marisela

- "Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos"; Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

- Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, in Bacigalupo Zapater (ed.) Curso de Derecho penal económico (Marcial Pons, Madrid, 1998).

BAJO FERNANDEZ, Miguel – SUAREZ GONZÁLES, Carlos

- Manual de Derecho Penal. Delitos patrimoniales y económicos; Edit. Ceura, Madrid, 2 edición, 1993.

BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando

- "El tipo de lavados de activos como tipo penal subsiguiente en Estudios sobre el Delito de Lavado de Activos". Lima, Triskel Editores, 2014.
- Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio a la subsecuencia delictiva; Barcelona, Atelier, 2014.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto

- "La prueba indiciaria". En: AA.VV. La sentencia penal; Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.

BERNAL CAVERO, Jorge Antonio

- El lavado de activos en la Legislación Peruana; Lima, 2007.
- "Las Etapas del Proceso de Lavado de Activos", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 17, Noviembre 2010, Lima.

BLOSSIERS HUME, Juan José

- Lavado de Activos; Lima, 2004.

BLANCO CORDERO

- El delito de blanqueo de capitales; Aranzadi, Pamplona, 1997.

BRAMNONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto

- "Algunas precisiones referentes a la ley Penal contra el lavado de activos". Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Edit San Marcos. Lima 2003.

CARO CORIA, Dino Carlos

- Sobre el tipo básico de lavado de activos. En: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa" Director: Dino Carlos Caro Coria, Lima
- "Lavado de Activos provenientes del Delito Tributario"; disponible en: file:///C:/Users/PC-Principal/Desktop/lavado%20de%20activos/CARLOS%20CARO%20-%20LAVADO%20Y%20DELITO%20TRIBUTARIO.pdf

CARO CORIA, Carlos / ASMAT COELLO, Diana Marisela

- "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/c}-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/c}-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en: Coordinadores Manuel A. Abanto Vásquez José Antonio Caro John Luis Miguel Mayhua Quispe (Coordinadores); Imputación y Sistema Penal Libro Homenaje Al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas, Lima, 2012.

CARO JOHN, José Antonio

- "Abogados ante lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad", en: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima.

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

- Derecho procesal penal; Madrid: Dykinson, 2002

COZ RAMOS

- "Transacciones sospechosas y el delito de lavado de dinero", en: Themis, Segunda época. N° 35, 1997.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

- "Blanqueo de Capitales y Retribución del Abogado. El pago de Honorarios con Cargo al Patrimonio Presuntamente Criminal", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 20, febrero 2011, Lima.

CLIMENT DURÁN, Carlos
- La prueba penal. Tomo I; Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

CREUS, Carlos
- Derecho Penal. Parte Especial Tomo II; Buenos Aires, 1996.

DÍAZ CABELLO, Jorge Luis
- "El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos", en: Actualidad jurídica, tomo 174, Mayo 2008.
- "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español"; en: El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria (DIR. Andrés Martínez Arrieta).

DEL CARPIO DELGADO, Juana
- El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal; Valencia, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto
- Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III; Buenos Aires, 2000.

DURRIEU, Roberto
- El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo; Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.

FRISANCHO APARICIO, Manuel
- Tráfico de Drogas y Lavado de Activos; Lima 2006.

FLEITAS, Sandra
- "Individualización del Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Lavado de Activos". Ponencia realizada en el Universitario de Punta del Este, Sede Rivera.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, / DELGADO TOVAR, Walter
- Derecho Penal. Parte Especial. T. II. Lima, Jurista Editores, 2011.

GARCIA CAVERO, Percy

- Derecho Penal Económico. Parte Especial; Lima, 2007.
- El delito de lavado de activos; Lima, 2013.

GARCÍA PÉREZ, Octavio

- "El delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español", en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima.

GONZÁLES RUS, Juan José

- "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos societarios, receptación y blanqueo de capitales", en: COBO DEL ROSAL, Manuel. "Compendio de Derecho Penal Español". Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2000.

GOMEZ PAVÓN

- 'El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento' (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, N° 53, 1994).

HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando

- Lavado de Activos. Actualizado con el nuevo Código penal; Bogotá, 2002.
- "Lavado de activos: características generales y su tipificación penal en Colombia", en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima.

HINOSTROZA PARIACHI, César

- El delito de lavado de activos; Lima, 2009.

HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia

- "Reflexiones sobre la Autonomía del delito de lavado de activos", disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Delitos_empresariales_y_derecho_procesal/?p=43

JAUCHEN, Eduardo M.
- Tratado de la Prueba en Materia Penal. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2002.

LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luís
- "La Falta de Determinación del Delito Fuente en la Ley Contra el Lavado de Activos", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 30, diciembre 2011, Lima.

LAMAS PUCCIO, Luis
- Lavado de Activos y operaciones financieras sospechosas; Lima, 2016.

LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luís
- "La Falta de Determinación del Delito Fuente en la Ley contra el Lavado de Activos", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 30, diciembre 2011, Lima.

MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos
- Derecho Penal Económico. Parte General; Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

MAIER, Julio
- Derecho Procesal Argentino. Tomo I. Fundamentos; Buenos Aires: Editorial del Puerto S.R.L. 1996

MARTÍNEZ SILVA, Carlos
- Tratado de Pruebas Judiciales; Buenos Aires: Atalaya, 1947.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel
- La mínima actividad probatoria en el proceso penal; Barcelona: Bosch, 1997.

MITTERMAIER, Karl
- Tratado de la prueba en materia criminal; Buenos Aires: Hammurabi, 1979.

MOLINA FERNANDEZ, Fernando
- ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre el bien jurídico problemático y a la vez aproximación

a la "participación" en el delito. En Política criminal y blanqueo de capitales; Madrid: Marcial Pons, 2009.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel

- La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial; Pamplona: Ed. Aranzadi, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

- Derecho Penal Parte Especial; Valencia, 2001.

PARÉDES CASTAÑÓN, José Manuel

- El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas); Madrid, 1995.

PARIONA ARANA, Raúl

- "Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos", disponible en:

PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy

- La investigación del delito de lavado de activos; Lima, 2013.

PALMA HERRERA, José Manuel

- Los delitos de Blanqueo de Capitales (Edersa, Madrid, 2000).

PEREYRA, Nicolás

- "La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento", en: evistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereyra-La-responsabilidad-penal-del-Oficial-de-Cumplimiento.pdf (15-noviembre-2016)

PEÑA CABRERA, Raúl

- Tratado de Derecho Penal, tráfico de Drogas y Lavado de Dinero, tomo IV, Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto

- Lavado de activos y financiación del terrorismo, Lima, 2007.
- El Delito de Lavado de Dinero en el Perú, en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_63.pdf

PINTO, Ricardo; CHEVALIER, Ophelie

- "El delito de lavado de activos como delito autónomo: análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del delito de lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de la prueba indiciaria", disponible: http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ESP/GupoExpertos/documentos.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón

- "Lavado de Activos y Negocios Standard con Especial Mención a los Abogados Como Potenciales Autores de un Delito de Lavado"; en: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales; Homenaje a Claus Roxin. 2011.

RIVES SEVA, Antonio Pablo

- La Prueba en el Proceso Penal. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 99. DESIMONI, Luis María; La evidencia en materia criminal; Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

ROCHA ALVIRA, Antonio

- De la prueba en Derecho. Bogotá: Lerner, 1967.

ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio

- La prueba en el delito de lavado de activos. Lima, 2016.
- "Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado", Diálogo con la Jurisprudencia Nº 104, Mayo 2007

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson

- "Los delitos del lavado de activos en la legislación peruana", en: José URQUIZO OLAECHEA / Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores), Política Criminal y Dogmática penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales, Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César

- Derecho procesal penal. Tomo II. Lima: Grijley, 2003.

SALCEDO MACHADO, Pilar del Rocio

- "La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financieras en la comisión del tipo base de lavado de activos. Notas sobre la responsabilidad penal del Directorio y Gerencia General por el incumplimiento de los deberes de debida diligencia institucional", disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Tendencias actuales en prevencion y persecucion penal del lavado de activos y financiamiento del terrorismo/?p=13.

SERRA DOMÍGUEZ, Manuel

- Estudios de derecho procesal. Barcelona: Ariel, 1969.

SOBERON GARRIDO, Ricardo

- Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico. Lima, CAJ, 2000.

SOUTO, Miguel Abel

- El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editorial Bosch: Barcelona, 2005.

TIEDEMANN, Klaus

- "El concepto de delito económico" en Nuevo pensamiento Penal, año 4, N° 8, Buenos Aries, 1975

TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel

- "Análisis del Delito de Lavado de Activos en la Legislación Peruana", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 17. Noviembre 2010, Lima.
- "La investigación del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo", en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 21, marzo 2011, Lima.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco

- "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia". Revista Española de Derecho Constitucional. N° 20. Año 1987.

UGAZ, José

- Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El sistema Legal y su Impacto socioeconómico. Lima, CAJ, 2000.

VIDALES RODRIGUEZ, Caty

- Los delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el CP de 1995, Valencia, 1997.

WINTER ETCHEBERRY, Jaime

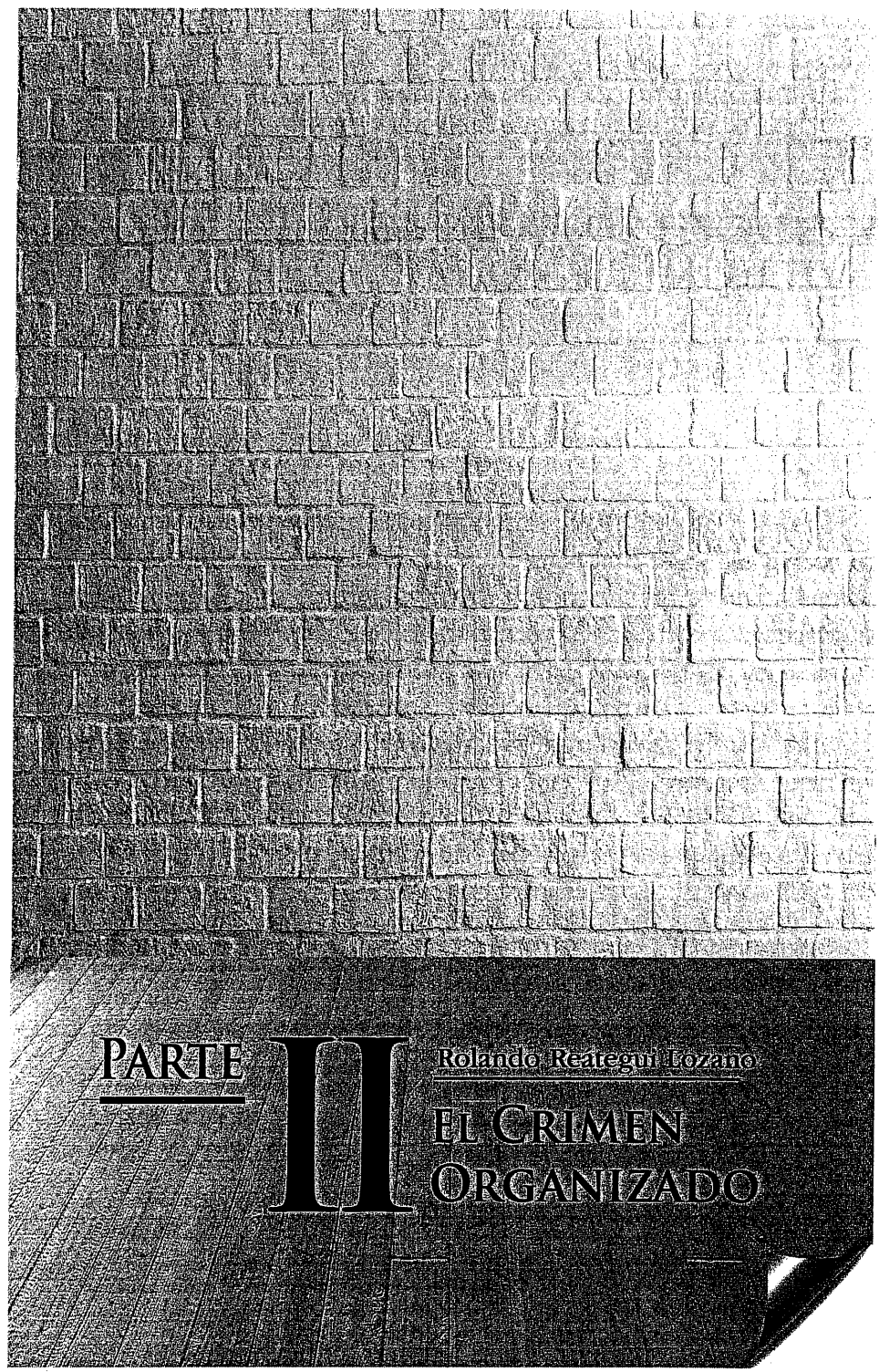
- "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino (Coordinadores) Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado, Lima.

ZARAGOZA AGUADO, Javier

- El Blanqueo de Bienes de origen criminal. Separata del curso Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales, CICAD – DEVIDA. Lima. Setiembre 2002.

ZARAGOZA AGUADO, J. A.

- 'El blanqueo de bienes de origen delictivo'. CeCPLA: Montevideo, 2003.



PARTE II

Rolando Reátegui Lozano

EL CRIMEN ORGANIZADO

LOS PARAÍSOS FISCALES Y LA EVASIÓN DE IMPUESTOS

INTRODUCCIÓN

Actualmente recibimos constantemente información relacionada con descubrimientos de cuentas millonarias de diversas personas, ubicadas en lejanos territorios cuyos nombres a veces nunca hemos escuchado o peor aún, no los podemos ubicar en los mapas[1]. A partir de entonces mucha gente ha escuchado hablar de los paraísos fiscales[2], especialmente desde que apareció la noticia en los medios internacionales y locales e involucraban a políticos y empresarios de todo el mundo –como los "panama papers"[3]-. Su nombre suele estar asociado a la corrupción o a la evasión fiscal, y normalmente son entendidos como instrumentos utilizados para bien ocultar ingresos

---

(1) Interesante trabajo de investigación realizado por Fernando David Bafumo, Antonella Castellino, Mariano Di Marco, Alejandro Fontana Mercado y Mauricio Tutera en la investigan la problemática, análisis y tratamiento de la Legislación Argentina en los últimos cinco años. Mendoza 2015.

(2) El término paraíso fiscal es una valoración técnico-política acuñada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) término que, aún siendo polémico, nos sirve para designar a los países y territorios con escasa o nula tributación para las operaciones financieras y que aparecen relacionados periódicamente con hechos delictivos y escándalos financieros, como los de Enron, Gescartera, Parmalat y muchos otros, que trascienden a los demás Estados, cuyas economías dañan facilitando la evasión fiscal y la delincuencia financiera de todo tipo globalizada. HDEZ VIGUERAS, J. El trasfondo de los Paraísos Fiscales. Justicia Económica Global. España. 2006.

(3) En Castellano "papeles de Panamá"

procedentes de actividades ilegales o bien ocultar ingresos que siendo legales deberían haber sido declarados ante el Estado. Esto es en parte gracias a los escándalos que día a día aparecen en los medios de comunicación, no solo a nivel mundial sino local[4].

La gran cantidad de casos de corrupción relacionados con la existencia de paraísos fiscales va en aumento y ponen en pie de guerra a nuestra sociedad, cansada de sufrir y ver cómo aquellos que tienen recursos para poder mejorar la situación prefieren no contribuir al bienestar social.

Además, la mayor parte de estos lugares se muestran reacios a entregar información acerca de los montos, orígenes, titularidad de las cuentas, entre otros datos, argumentando cierta liberalidad en el manejo de los ingresos, declarados o no, por las personas (físicas o jurídicas) que sean consideradas residentes en ellos[5].

Sin embargo, su extensión y trascendencia va mucho más allá de esta simple descripción. No en vano, y como veremos más adelante, los paraísos fiscales también agravan las crisis financieras y contribuyen a su gestación, son un canal que agudiza las desigualdades y la pobreza, permiten y protegen la delincuencia financiera y socavan las democracias al condicionar el comportamiento de los países en materia fiscal y de política económica.[6]

Queremos asimismo definir los paraísos fiscales con lo que es el blanqueo de capitales[7], ya que hemos podido apreciar que existen a

---

(4) GARZÓN ESPINOZA, Alberto. La problemática de los Paraisos Fiscales. Disponible en: http://economiacritica.net/web/index.php?option=com_content&task=view&id=196&Itemid=42 Consultado el 07/03/2017.

(5) Idem.

(6) GARZÓN ESPINOZA, Alberto. Paraísos Fiscales en la Globalización Financiera. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. 2011.

(7) El lavado o blanqueo de dinero no es más que reconducir el capital obtenido como consecuencia de actividades criminales al sistema económico legal, de modo que pueda incorporarse a cualquier tipo de negocio, como si se hubiese obtenido de forma lícita y tributariamente correcta. Disponible en: http://

veces confusiones terminológicas. En este párrafo vamos a dejar de lado el concepto de paraísos fiscales, que más adelante desarrollaremos ampliamente. Pero sí trataremos el blanqueo de capitales.

El blanqueo de capitales es a comienzos del siglo XXI uno de los fenómenos delictivos de mayor trascendencia económica, política y social en un número importante de países.[8] Esta incidencia tiene distinto impacto entre los países desarrollados o de primer orden económico y aquellos otros países en vías de desarrollo o de segundo nivel económico. La referencia a ambos grupos de países se debe a las distintas peculiaridades, causas y efectos que ocasionan en unos y otros el blanqueo de capitales. En el caso de los primeros, países desarrollados, el mismo crecimiento económico, tecnológico y social de estos países facilita los cauces y las posibilidades para que los capitales producto de una mayoría de delitos con una finalidad económica

---

www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344070087?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1992_1641.pdf&blobheadervalue2=1288777611167 Consultado el 05/05/2016. En idioma inglés se utiliza la expresión "money laundering"; "blanchiment" en francés; "blanchissage" en suizo; "geldwasche" en alemán; "reciclaggio" en italiano; "Hsi ch'ien" en Chino; "Shikin no sentaku" en japonés; "otmyvanige" en ruso; y "branqueamento" en portugués.

Traducciones de algunas de esas expresiones se han trasladado a los países de habla hispana que utilizan las siguientes expresiones: "Lavado de Dinero-Lavado de Activos-Blanqueo de Capitales-Blanqueo de Dinero- Legitimación de Capitales". En opinión de un autor "tres son las denominaciones acostumbradas en el plano internacional: "reciclaje", "blanqueo" y "lavado". La primera es traducción literal de riciclaggio y se estila en Italia y en la parte helvética de habla italiana. Respecto a la segunda, se utiliza en Bélgica y Francia (blanchitment), en Suiza francesa (blanchissage) así como en Portugal (branqueamento) y España. Por último, el término "lavado" es el más extendido y de él se sirven tanto los países anglófonos como Alemania, Austria y la Suiza de habla germánica, así como predomina, por proximidad geográfica a los EE.UU., en la mayor parte de los países sudamericanos".

(8) Se consideran países desarrollados aquellos que han logrado un alto grado de industrialización y que disfrutan de un alto estándar de vida, gracias a su riqueza y la tecnología; según Naciones Unidas, la mayoría de los países europeos, Norteamérica, Australia, Nueva Zelanda, Japón y Corea del Sur pueden ser considerados como países desarrollados.

o ánimo de lucro se integren en la economía legal, entendiendo por economía legal aquella cuyos flujos están controlados por los poderes públicos, o dicho de otro modo, capitales que aparecen en la contabilidad pública porque han pagado impuestos y por tanto obedecen a transacciones lícitas que permiten detentar unos títulos de propiedad (activos financieros, inmuebles, bienes de consumo) u otro tipo de contratos mercantiles.

El Informe del Comité Ruding[9] estableció tres zonas consideradas de baja tributación: los paraísos fiscales, los territorios de fiscalidad elevada pero que ofrecen ventajas a negocios extranjeros y territorios con servicios desarrollados. Todas ellas son zonas en donde se obtienen diversas ventajas fiscales principalmente relacionadas con los niveles de imposición.

En este ensayo hablaremos primeramente en forma resumida la historia de los paraísos fiscales; a continuación se sitúa en el marco político y económico estas actividades y su carácter social. Con este marco ya descrito desarrollaremos ampliamente a los llamados "paraísos fiscales", para luego terminar con algunas conclusiones y recomendaciones.

---

(9) "Rapport du Comité de Réflexion des Experts Indépendants sur la Fiscalité des Entreprises". Commission des Communautés Européennes.1991. Este informe es comúnmente denominado "Informe Ruding" en alusión al presidente del Comité de expertos encargado del estudio, Sr. Onno Ruding: "...para evaluar las repercusiones que sobre el mercado interior tiene la existencia de diferencias entre los Impuestos sobre Sociedades de los Estados miembros y, fundamentalmente, analizar la importancia de la fiscalidad para las decisiones empresariales respecto a la localización de la inversión, la atribución internacional de los beneficios entre las sociedades y la competitividad de las empresas, se creó en 1990 una Comisión de expertos independientes en imposición sobre las sociedades, presidida por Onno Ruding, que publicó sus conclusiones el 18 de marzo de 1992. En este sentido, el Informe Ruding sugiere las medidas que deben adoptares para suprimir los obstáculos fiscales que dificultan la realización del mercado interior." Malvárez Pascual, Luis Alberto, La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. El régimen general. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 1996, p. 27.

I. UN POCO DE HISTORIA

En un sentido amplio, podemos remontar el origen de paraísos fiscales a aquellos puertos que entre los siglos XV a XVIII ofrecieron hospitalidad a los piratas y corsarios para disfrutar del dinero que robaban y a la vez brindarles un lugar de residencia. Estos lugares fueron los primeros en acoger recursos de origen ilícito y permitir el provecho y uso de ellos. Se empieza con esto a dilucidar el hecho de cómo estos refugios han sido generalmente lugares poco desarrollados utilizados por los países industrializados para su provecho.

La evolución histórica de los paraísos fiscales continúa con los años y empieza a desarrollarse a partir de la segunda mitad del siglo XX. Es así que entre los años 1920-1930, en donde se empieza a gestar el concepto moderno de paraíso financiero. En aquel tiempo la principal finalidad de tales lugares era eximir las grandes riquezas de los impuestos. Este fenómeno se acrecentó con la crisis de 1929 y la posterior implantación de las teorías keynesianas en los países desarrollados, creándose una divergencia con las legislaciones de zonas de débil fiscalidad (Suiza, Luxemburgo, Mónaco). Su auge responde al desarrollo industrial y económico de los años de la posguerra así como al proceso de descolonización de algunas potencias europeas.[10] De esta forma, motivados por muy diversas circunstancias, algunos territorios diseñaron sistemas fiscales capaces de atraer el capital extranjero, utilizando para ello las más variadas estructuras jurídico-fiscales.[11]

---

[10] ARESPACOCHAGA, Joaquín. Planificación Fiscal Internacional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 441 y ss.

[11] Así, para alguna doctrina esta consideración, "tiene su origen en determinadas motivaciones: Suiza (el refugio fiscal moderno más viejo) se trata de una evolución histórica, primero como refugio de capital y luego de impuestos; para otros, esta consideración es sólo un negocio lucrativo (Liberia), mientras que para algunos es una razón de ser, (Bahamas e Islas Caimán). Badenes Pla, Nuria y otros, "Elusión fiscal internacional y tratamiento en la legislación española", Actualidad Financiera, Tomo II, 1994, p. 305.

Las razones y motivaciones de este proceso son muy variadas. Algunos territorios fundamentaron sus sistemas tributarios con base en el principio de territorialidad[12], como Costa Rica, Hong Kong o Panamá. Otros territorios, como la Isla de Man, Holanda, Luxemburgo o Suiza no han tenido mayores razones que la competencia fiscal (ver más adelante lista completa de los países considerados como paraísos fiscales). Incluso, en algunos pequeños Estados, entre los que destacan varias antiguas colonias de potencias mundiales, estas prácticas fiscales se constituyeron, desde su inicio, en "una actividad más" por medio de la cual obtener recursos.[13]

Los paraísos fiscales no son figuras estáticas o pétreas sino que han tenido un proceso de génesis y evolución en el tiempo. De ahí que la vieja e inicial concepción de paraíso fiscal, concebida como aquella isla paradisíaca o territorio privilegiado en donde la tributación

---

[12] Este principio se consagra en las legislaciones tras el triunfo de la Revolución Francesa, que conlleva a la aplicación de la Ley Penal en el territorio donde ejerce su soberanía, desde una perspectiva procesal la prevención general contribuye a que el individüo sea juzgado donde se cometió el delito, donde se pueden recoger mejor las pruebas resultando desde un punto de vista de política criminal,más eficaz la pena, es el resultado del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en el ámbito donde ejerce su soberanía. Lo trascendental de este principio es la soberanía, dependiendo su tratamiento de los sujetos activos o pasivos en la regulación del principio en la ley penal. Sin embargo, puede suceder que la acción y el resultado ocurran en territorios diferentes, un ejemplo en alta mar una colisión de dos naves de distintos pabellones ejemplo el caso Lotus un barco turco que fue abordado en alta mar por un buque francés, la solución se decide en la unidad que constituye la acción y el resultado y será competente para conocer y aplicar la ley,tanto los Tribunales del país donde se desplegó la acción,como donde se produjo el resultado, lo cual lleva a reconocer una jurisdicción concurrente. y evita las lagunas de punibilidad. DELGADO KNIGHT, Marla Iris. 2010. Disponible en: http://www.eumed.net/rev/cccss/10/midk.htm Consultado el 09/04/2016 En el Código Penal peruano indica que el Principio de territorialidad, se sustenta en el criterio de la soberanía del Estado y refiere que la ley penal es aplicable a los hechos punibles cometidos dentro del territorio del Estado, sin consideración de la nacionalidad del autor y los partícipes (artículo I ° del Código Penal- CP). Se entiende por territorio: el suelo, subsuelo, dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

[13] ARESPACOCHAGA, Joaquín, op. cit., pp. 442 y ss.

era absolutamente nula, está transformándose en territorios con leyes más rígidas y con la existencia de algunos controles, hace tan sólo unos años impensables. La causa de lo anterior no es otra que "el despertar" de los países industrializados para frenar y/o desincentivar la utilización de estos territorios, toda vez del daño que le causan a las economías de los países.(14)

Los paraísos fiscales(15) tuvieron entre finales de los años setenta y comienzos de los años ochenta su periodo de más acelerado desarrollo. Este crecimiento se ha venido desacelerando por diversos factores, dentro de los cuales se destaca el retorno a las formas tradicionales de inversiones financieras internacionales (la inversión directa).(16)

En los últimos años, sobre todo después de la crisis financiera mundial, hubo un avance en términos de criterios para la caracterización de los paraísos fiscales, principalmente por la acción de la

(14) Prueba de esta situación es la amplia lista de medidas anti-paraíso así como las recientes medidas políticas adoptadas por los países más industrializados del mundo (G-7) y los informes de la OCDE. Ver nota al pie de página N° 23 Esta situación fue señalada en el Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades en relación con la deslocalización de capitales, al afirmar que "la deslocalización de capitales por motivos fiscales determina graves perjuicios a las economías que la padecen, por lo que no es de extrañar el interés generalizado de los Estados afectados en adoptar las medidas adecuadas para evitarla." Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades, Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Mayo 1994, p. 106.

(15) El término "blanqueo de capitales" o "lavado de dinero", son neologismos sin arraigo jurídico en abundantes ordenamientos, aunque son comúnmente asumidos para designar las conductas que buscan incorporar al tráfico económico legal, los bienes o el dinero obtenidos ilegalmente, dando apariencia de legalidad al producto del delito. Concretamente, el Código Penal español (artículos 301 y ss.), habla de "adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito". Pérez, A.: Comentarios publicados en La Ley N° 5801.

(16) BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, Thomas y WILLIAMS, Phill. Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero. New York: Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). En la reunión de los miembros del G20 en abril del 2009, los países aceptaron los criterios de la OCDE para la transparencia y el intercambio de información tributaria. Como resultado, se firmaron más de 300 acuerdos de intercambio de información entre países que, según los criterios de OECD, necesitaban una mayor transparencia. En septiembre del 2009, a partir de la reunión de México, el Foro Global de Transparencia Fiscal e Intercambio de Información fue reestructurado y fortalecido y, en enero del 2010, llegó a 91 países miembros[17]. Ver Fig. 1.

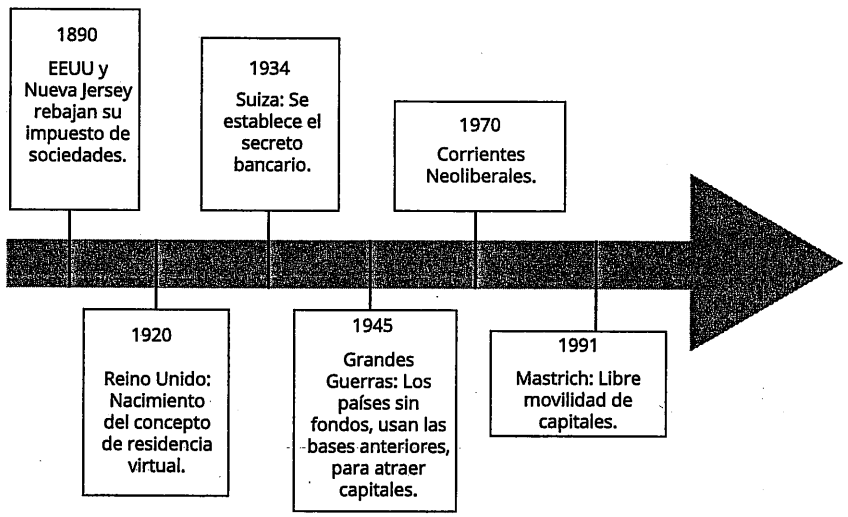


Fig. 1 Cronología histótica de los paraísos fiscales.

(17) Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes - A Background Information Brief – 19 de enero de 2010. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/26/28/44431965.pdf en: América Latina: paraíso fiscal de los rentistas. Un análisis crítico de los criterios de clasificación de paraísos fiscales. Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos – Latindadd Lima. 2011, p. 5.

II. EL NEOLIBERALISMO Y LOS PARAÍSOS FISCALES

Según la doctrina neoliberal, el refugio o paraíso fiscal sería aquel lugar idílico que protegería a las grandes fortunas de la voracidad de los Estados, de su complejidad burocrática, es decir, se contrapondría al "infierno fiscal" que les obliga a pagar numerosos y cuantiosos tributos y a presentar complicadas y áridas declaraciones de sus rentas y patrimonios, LACALLE (2013). Los paraísos fiscales no pueden jamás ser considerados como fenómenos aislados, por el contrario, son una consecuencia lógica de procesos históricos bien determinados. No puede entenderse el papel que juegan los paraísos fiscales en la economía contemporánea sin entender en primer lugar a las transformaciones que en la economía mundial han tenido lugar en las últimas décadas[18]. Dichas transformaciones no sólo han modificado la forma en la que se relacionan los sujetos económicos sino que también han dado lugar al nacimiento de nuevas formas de negocio y de nuevos productos financieros cuya existencia es pareja a la de los paraísos fiscales.

En esos territorios se practica todo tipo de actividades económicas que serían ilegales en otros países, captando y limpiando sumas millonarias de recursos, como los provenientes del comercio de armas, del narcotráfico y de otras actividades ilegales de otros países. Sirven asimismo para hacer circular capitales sin pagar los impuestos que deberían pagar en sus países de origen. Tráfico de armamentos, empresas de mercenarios, tráfico de drogas, prostitución internacional, corrupción, asaltos, secuestros, contrabando, evasión de impuestos, etc., son las fuentes que alimentan a esos Estados y a los mecanismos de blanqueamiento de dinero.

En los últimos años, el fenómeno de la colonización ha sido reemplazado por una moderna forma de dominación: el imperialismo, el cual es la "práctica de dominación empleada por las naciones o pueblos poderosos para ampliar y mantener su control o

[18] GARZÓN ESPINOZA, Alberto. Paraisos Fiscales en la Globalización Financiera. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. 2011, p. 141.

influencia sobre naciones o pueblos más débiles".[19] Se diferencia del colonialismo en que la dominación o sometimiento no necesariamente se ejercen de manera oficial, es decir que el territorio dominado no es anexado al territorio del dominante, ni pierde su soberanía. El grado de sometimiento que se logra con el imperialismo es tal, que muchos escritores lo han denominado el "neocolonialismo".

Es en este contexto en que puede comprenderse el fenómeno de los paraísos fiscales, pues estos territorios no son más que un "rezago del colonialismo", dado que persiste el ánimo de dominación, control y sometimiento por parte de los países industrializados, los gobiernos de estas potencias continúan manejando económica y políticamente a estos territorios, como ejemplo de ello tenemos que Francia controla, Mónaco y Andorra; Gran Bretaña: Irlanda, la isla de Man, Gibraltar; Estados Unidos, Bahamas, bermuda, etc. Las causas por las que las diferentes potencias han mantenido su control sobre los paraísos fiscales han variado según el periodo al que se haga referencia, pero en esencia siempre ha sido el ánimo de tales potencias de mantener bajo su control las ventajas financieras que ofrecen tales lugares.

El neoliberalismo se convirtió en dominante en las décadas posteriores, especialmente tras el ascenso al poder de gobiernos que, como el de Thatcher en Reino Unido y Reagan en Estados Unidos, se inspiraron en tales principios para su política económica. En este nuevo marco se produjo la expansión de los paraísos fiscales y la generalización de su uso, debido a que institucionalmente y de facto quedaron legalizados.[20]

---

[19] ENCICLOPEDIA MICROSOFT ENCARTA 2001. "Imperialismo." Microsoft Corporation. 1993-2000.

[20] GARZÓN ESPINOZA, Alberto. ob. cit., p. 143.

III. CONCEPTOS

Al empezar a analizar un tema es indispensable su definición etimológica, buscando una precisión de su significado para expresar correctamente lo que se quiere transmitir, con el objetivo de lograr una recepción adecuada por parte de los destinatarios de este trabajo. Por este motivo comenzamos con una serie de conceptos de distintos investigadores, institutos y organizaciones para luego reunir sus elementos tipificantes al solo efecto de determinar su esencia y comenzar más adelante con su desarrollo y exposición.

1. Los paraísos fiscales

En realidad no existe una definición única sobre el tema, pero podemos dar algunas ideas al respecto para poder entender lo que significa el término "paraíso fiscal". Aunque no haya una definición única del término paraíso fiscal, en el mundo financiero anglosajón las instituciones hacen referencia a los paraísos fiscales en consonancia a la terminología establecida por el Fondo Monetario Internacional (FMI), que son denominados en inglés como "Offshore Financial Centers" (OFC), que traducido al castellano sería "Centros Financieros Exteriores" (CFE), o también comúnmente denominados "Centros Financieros Offshore" (CFO).[21]

El término paraíso fiscal corresponde a una mala traducción de *Tax Haven*[22], término que proviene del derecho anglosajón. Sería más conveniente denominar dichos territorios como "refugios fiscales", ya que es esta la verdadera naturaleza de los mismos.

---

[21] PAREDES GÁRQUEZ Juan Diego, RODRIGUEZ FERNÁNDEZ José Miguel y de la CUESTA Marta. Los paraísos fiscales a discusión. XIV JORNADAS DE ECONOMÍA CRÍTICA. UNED y Universidad de Valladolid. 2014, p. 3.

[22] Tax Haven: es la traducción al inglés de "guarida fiscal". Últimamente, se utiliza muy a menudo en cualquier idioma para referirse a dichos territorios, por lo que podemos decir que se ha constituido como un anglicismo.

Es evidente que en primera instancia siempre se requiere la utilización de nuestro diccionario emblema concebido por la Real Academia Española (RAE, 2015), la cual enuncia que un paraíso fiscal es un "*...País o territorio donde la ausencia o parvedad (pequeñez) de impuestos y controles financieros aplicables a los extranjeros residentes constituye un eficaz incentivo para atraer capitales del exterior*". Uno de aquellos conceptos de los que todos saben su significado, pero que ninguno atina a su definición[23].

Continuando en esa misma dirección, entonces podemos definir el "paraíso fiscal" como un territorio de baja o nula imposición tributaria, es decir se exime del pago de impuestos a los inversores extranjeros que mantienen cuentas bancarias o constituyen sociedades en su territorio. Normalmente se han usado con la finalidad que contribuyentes de otros países inviertan en esos territorios y las utilidades que generen no paguen impuestos. Ahora también personas naturales o jurídicas debido a la situación cambiante de las políticas de sus países envían a estos paraísos fiscales, para evadir impuestos[24].

O como lo define VIGUERAS (2000), que "paraísos fiscales son todos los centros financieros que desarrollan una actividad desregulada, descontrolada y ajena a las regulaciones comunes a los demás países con los que se relacionan, por estar destinados de modo

---

[23] ROSEMBUJ, Tulio, "La competencia fiscal lesiva", Impuestos, N° 3, febrero 1999, p. 30. En términos similares: Leservoisier, Laurent, Les paradis fiscaux, Presses Universitaires de France, 1990, p. 7.

[24] Una investigación de la Red para la Justicia Fiscal (Tax Justice Network), un grupo activista internacional, ha calculado que U$21 billones es el dinero que estaría oculto en paraísos fiscales en el mundo. Asimismo se estima que las Islas Caimán, uno de los paraísos fiscales más activos del mundo, posee 80 000 empresas registradas y que a US$ 1.4 billones ascienden los activos de los bancos que operan en las Islas Caimán. Según Oxfam Internacional, existen 7.6 billones de dólares ocultos en estos territorios. Esa cantidad sería equivalente al PBI de Reino Unido y Alemania juntos y se estima que los países dejan de ingresar, vía impuestos, unos US$190 000 millones anuales en cuanto a ingresos fiscales se refiere. Según Oxfam, nueve de cada diez multinacionales tiene presencia en, al menos, un paraíso fiscal.

especial a las empresas o a los particulares no residentes, actividad incentivada por la escasa o nula tributación".

Pero HERNÁNDEZ VIGUERA (2005) hace un análisis del término más detallado al indicar que "los economistas ortodoxos hablan de países o territorios de baja tributación para quitarle importancia a la cosa. Otras veces se emplea la expresión neutra de «jurisdicción» para denominar simplemente la demarcación jurídica o ámbito territorial de la legislación, ya que en un mismo país pueden existir varias jurisdicciones. En ocasiones, la literatura comercial anglosajona y latinoamericana promociona «los paraísos fiscales» (en inglés, tax havens) como refugios de alta rentabilidad frente al Estado que se considera depredador de las fortunas individuales".

Adentrándose en una guía especialista en esta temática, paraisos-fiscales.info (2014) revela que un paraíso fiscal es aquel que exime del pago de impuestos a los inversores extranjeros que mantienen fondos en cuentas bancarias o constituyen sociedades en su territorio.

En definitiva, se denomina paraísos fiscales a ciertos países y territorios que han desarrollado una importante actividad financiera realizada por no residentes, atraídos por sus ventajas fiscales, legislativas y de funcionamiento para el negocio bancario y financiero. Por eso se les denomina en el lenguaje profesional "centros financieros extraterritoriales u offshore". Y pensamos que lo más apropiado sería denominarlos "paraísos fiscales offshore o extraterritoriales", porque los beneficios fiscales que ofrecen no son para sus habitantes.

Por último, un "paraíso fiscal" puede ser un país, un territorio, una determinada región o también una actividad económica que se busca privilegiar frente al resto, con la finalidad de captar fuertes inversiones, constituir sociedades, acoger personas físicas con grandes capitales, etc. Conforme se puede apreciar, el término "paraíso fiscal" admite múltiples posibilidades, por ello es recomendable utilizar el término "países o zonas de baja tributación". Como se ha podido apreciar, la mayoría de los autores identifican la utilización de

los paraísos fiscales con actividades de evasión y fraude fiscal. Otros, en cambio, consideran que tales territorios se relacionan más con actividades legítimas de planificación fiscal internacional.[25]

Es justamente por este doble pensamiento con respecto al tema de los paraísos fiscales, lo que nos demuestra por qué existen personas y gobiernos a favor de su creación, mientras que otros pugnan por combatirlos o imponen sanciones o mecanismos que traten de eliminar sus efectos. Debemos ser capaces de entender que "los paraísos fiscales son como los medicamentos. Con un tratamiento bien diagnosticado, estas recetas económicas proporcionan saludables ventajas tributarias. Pero un empleo incorrecto, o cualquier tipo de abuso, termina por provocar gravísimos trastornos con la Justicia".[26]

La falta de una definición concreta se debe a diversas razones. Por una parte, el concepto de paraíso fiscal se encuentra absorbido por el de competencia fiscal lesiva. Por otra parte, la extensión y el carácter esencial de la opacidad de las actividades realizadas en estos territorios hace difícil definir precisamente sus mecanismos y procedimientos de actuación, así como los sujetos que las llevan a cabo. Por último, la misma frontera entre lo que constituye una competencia fiscal lesiva o perjudicial y lo que sería una competencia sana suele ser fluida.[27]

En nuestra legislación esta se considera "país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la

---

[25] SERRANO ANTON, Ferrando. "Los Paraísos Fiscales y la Hacienda Pública Española". Artículo publicado en la página web: http://www.asegurado.com/quorum_2_paraisos_fiscales_hacienda.html Consultado el 06/04/2016.

[26] IRAZUSTA, María y LOZANO, Antonio. "Hacienda pone nuevas trabas a los paraísos fiscales". Artículo aparecido en SU DINERO, Semanario de Economía Familiar, Consumo y Empleo del Diario El Mundo de España. Nº 75 del 27.04.1997 y puede consultarse la página web: http//www2.el-mundo.es/su-dinero/noticias/act-75-1.html Consultado 06/04/2016.

[27] CALVO VÉRGEZ, J., "El intercambio de información fiscal en el ámbito del Derecho Internacional Tributario: algunas consideraciones", Nueva Fiscalidad, núm. 10, 2003.

Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

a) Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo. (Confidencialidad)

b) Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes. (Exclusivo).

c) Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio. (Restrictivo)

d) Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia." (Público)[28].

Se trata pues de territorios cuyas regulaciones, fundamentalmente fiscales y financieras, son establecidas con el fin de atraer dinero procedente del exterior que no tendrá como destino la actividad productiva del país receptor. Hablamos entonces de paraísos fiscales sólo para extranjeros, ya que para los residentes las regulaciones suelen ser mucho más estrictas. Es la razón por la que se habla también de sistemas duales: un sistema de juego muy flexible y laxo para los extranjeros que convive con un sistema fuertemente regulado y supervisado para los residentes.[29]

---

[28] Decreto Supremo Nº 045-2001-EF.

[29] GARZÓN ESPINOZA, Alberto. op. cit., p. 143.

En definitiva, se podría encontrar una cantidad excesiva y variada de conceptualizaciones, como pueden ser las que dan empresas auditoras de gran prestigio, doctrinarios y revistas especializadas. Sin embargo todos convergen hacia un mismo sentido.

Para terminar la revisión de definiciones, es oportuno realizar un repaso a la terminología usada. El Foro de Estabilidad Financiera (FSF, 2000), el FMI (IMF, 2000), ZOROMÉ (2007) y todas las definiciones contenidas en la obra de este autor, así como DARBAR et al. (2003) y ERRICO & MUSALEM (1999), emplean el concepto de CFO. Por el contrario, PALAN (2002,1998), la OCDE (OECD, 1998), MAINGOT (1995) y ROBERTS (1995) usan el término de paraíso fiscal. Para ambas palabras, las definiciones son similares, solo que las que emplean el concepto de paraíso fiscal son más claras y transparentes, revelan con mayor profundidad la actividad llevada a cabo en dichas jurisdicciones.

2. Criterios para caracterizar un paraíso fiscal

La OCDE clasifica los países en dos grupos[30], según el grado de intercambio de información tributaria establecido en acuerdos internacionales:

1. "Jurisdicciones que implementaron substancialmente el padrón tributario acordado internacionalmente" – Jurisdicciones que firmaron acuerdos de intercambio de información fiscal con al menos 12 países.
2. "Jurisdicciones que se comprometieron con el padrón tributario acordado internacionalmente pero aún no lo implementaron" - Jurisdicciones que no firmaron acuerdos de intercambio de información fiscal con por lo menos 12 países.

(30) "Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes" - A Background Information Brief – 19 de enero de 2010. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/26/28/44431965.pdf Citado en: América Latina: paraíso fiscal de los rentistas. Un análisis crítico de los criterios de clasificación de paraísos fiscales. Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos – Latindadd Lima. 2011, p. 6.

La Administración Tributaria Brasileña ("Receita Federal do Brasil"), por su parte, clasifica los países según la transparencia de las informaciones tributarias y el nivel de tributación, conforme a la Instrucción Normativa RFB nº 1.037, del 4 de junio de 2010[31]:

"Se consideran países o dependencias que no tributan la renta, o que la tributan a la alícuota inferior a 20%, o cuya legislación interna aún no permite acceso a informaciones relativas a la composición societaria de personas jurídicas o a su titularidad".

Por otro lado, Tax Justice Network (TJN) tiene una clasificación más profundizada y bien definida respecto a los paraísos fiscales[32]. "Se incluyen los países de la OCDE que ofrecen algunas facilidades de paraísos fiscales o servicios financieros offshore, incluso si ellos no representan la mayor parte de la economía. Esto significa que todas las jurisdicciones en la lista de paraísos fiscales de la OCDE están incluidas. Estos son los paraísos fiscales 'puros': el padrón de países-islas offshore que facilitan la evasión fiscal con tasas bajas y secreto bancario (SOMO, 2006)".

Además, se considera paraísos fiscales a los países de la OCDE con regímenes tributarios preferenciales nocivos. Para TJN, los países con una base económica más amplia tienen la gran responsabilidad de eliminar leyes que facilitan la evasión en otros países. TJN extendió su lista de paraísos fiscales, a partir de sugerencias de los socios de la red, haciendo una "prueba de reputación" en la que los creadores de la lista revisaron sitios web de planificación y legislación tributaria de los países.

---

(31) Disponible en www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2010/in10372010.htm Citado en: América Latina: paraíso fiscal de los rentistas. Un análisis crítico de los criterios de clasificación de paraísos fiscales. Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos – Latindadd Lima. 2011, p. 6.

(32) Identifying Tax Havens and Offshore Finance Centres, Disponible en: www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Identifying_Tax_Havens_Jul_07.pdf Citado en: América Latina: paraíso fiscal de los rentistas. Un análisis crítico de los criterios de clasificación de paraísos fiscales. Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos – Latindadd Lima. 2011, pp. 6 y 7.

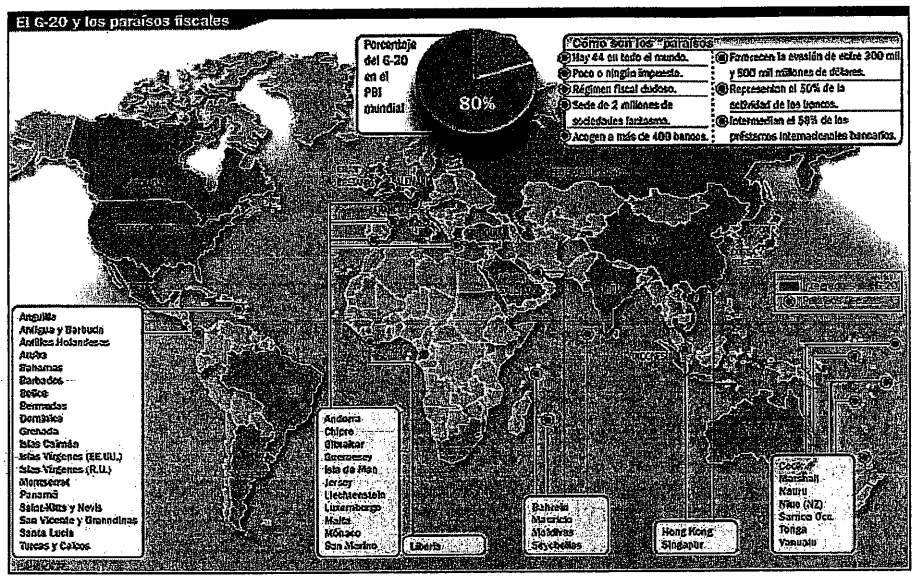


Fig. 2. Mapa actual de la ubicación de los paraísos fiscales alrededor del mundo.
Fuente: http://mamvas.blogspot.pe/2011/02/organizaciones-europeas-exigen-al-g-20.html Consultado el 05/05/2106

3. Facetas criminológicas del lavado de capitales

Sin lugar a dudas puede afirmarse que, de acuerdo a un conjunto de dimensiones, el problema del lavado de capitales presenta facetas criminológicas[33] que lo ubican como un flagelo de enorme gravedad:

- En primer lugar, es un problema grave tomando en consideración el impacto distorsionador que manifiesta en las economías mundiales.
- En segundo lugar, el lavado de dinero se expresa como un potenciador y estimulador de la delincuencia organizada.
- En tercer lugar, se nutre, en sistemas fuertemente globalizados, de las brechas que generan los diferentes niveles de control financiero que rigen las economías involucradas.
- En cuarto lugar, el fenómeno del lavado de dinero pone en evidencia las contradictorias valoraciones que surgen a menudo en

[33] En el texto: Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y procesales del Lavado de Activos, cuyos autores son: NORMA BAUTISTA, HEIROMY CASTRO MILANÉS, OLIVO RODRÍGUEZ HUERTAS, ALEJANDRO MOSCOSO SEGARRA y MAXIMILIANO RUSCONI. 2005. Santo Domingo.

países que, de modo a veces clandestino, observan a estos procesos como una alternativa de ingreso de capitales y de inyección económica a las alicaídas gestiones de los países subdesarrollados, lo que a veces genera visiones distintas en la relación Norte –Sur.

- En quinto lugar, existe una relación no lógica, sino empírica, entre el lavado de dinero y los niveles de transparencia en el ejercicio de la función pública.
- En sexto lugar, el agrandamiento del fenómeno criminal que describimos ha obligado a las economías nacionales a aumentar los niveles de injerencia y regulación, reduciendo el margen de discrecionalidad de la actividad privada, lo que constituía hasta hace poco tiempo una bandera indelegable del capitalismo bien entendido.

4. Mapa mundial de territorios de baja tributación

La presente lista de centros financieros *offshore* incluye tanto los países considerados oficialmente paraísos fiscales por la OCDE[34] [35], así como todas aquellas jurisdicciones o territorios que ofrezcan incentivos fiscales de naturaleza similar. También se recogen los Estados que por las características de su sistema legal o bancario están directamente relacionados con los negocios *offshore*. (Ver figuras 2 y 3).

---

[34] Disponible en: http://www.paraisos-fiscales.info/blog/87_lista-de-centros-financieros-offshore Consultado el 08/04/2016.

[35] La OCDE clasifica los países en dos grupos según el grado de intercambio de información tributaria establecido en acuerdos internacionales:

1. "Jurisdicciones que implementaron substancialmente el padrón tributario acordado internacionalmente" – Jurisdicciones que firmaron acuerdos de intercambio de información fiscal con al menos 12 países.
2. "Jurisdicciones que se comprometieron con el padrón tributario acordado internacionalmente pero aún no lo implementaron" - Jurisdicciones que no firmaron acuerdos de intercambio de información fiscal con por lo menos 12 países. "Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes" - A Background Information Brief – 19 de enero de 2010. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/26/28/44431965.pdf Consultado 10/04/2016.

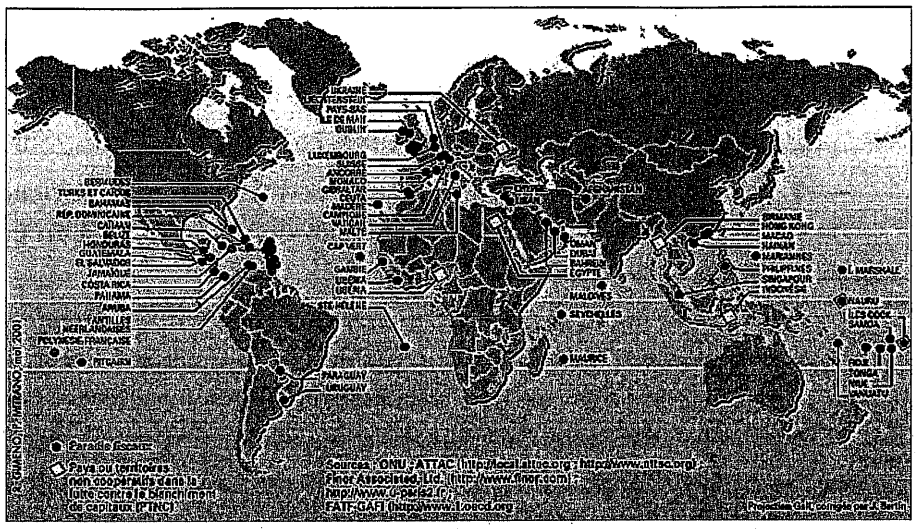


Fig. 3. Mapa del año 2011 de la ubicación de los paraísos fiscales alrededor del mundo.

Fuente: https://www.google.com.pe/search?q=Mapa+del+a%C3%B1o+2011+de+la+ubicaci%C3%B3n+de+los+para%C3%ADsos+fiscales+alrededor+del+mundo&rlz=1C1CHWL_esPE683PE683&espv=2&biw=931&bih=414&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwj70MeSscbMAhUKRSYKHfpuA4UQ_AUIBigB#imgrc=CUcVlakIjzs7yM%3A Consultado el 06/05/2016

La lista de centros financieros *offshore* es muy amplia y se extiende a lo largo y ancho de la geografía mundial, aunque el nivel de implicación legal y fiscal no es el mismo en todos los casos. Perú ha publicado su propia lista en la cual se consideran a 43 países, que no necesariamente coincide con la lista de la OCDE[36]. Esta es la lista de paraísos fiscales y territorios offshore en el mundo:

Tabla 1
Paraísos fiscales y territorios *offshore*

África y dependientes de gobiernos africanos	Ghana, Liberia, Macao, Nigeria, Somalia,
América y dependientes de gobiernos americanos	Antigua y Barbuda, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos, Islas Vírgenes de los Estados Unidos (EEUU), Guatemala, Nevis, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana, Saint Kitts, St. Vincent y Granadinas, Santa Lucía, Uruguay
Asia y dependientes de gobiernos asiáticos	Australia, Isla de Norfolk (AUS), Barhein, Filipinas, Hong Kong, Emiratos Árabes Unidos, Israel, Japón, Jordania Labuán (Malasia), Líbano, Niué, Nueva Zelanda, Omán, Samoa, Singapur

[36] Decreto Supremo N° 045-2001-EF. Anexo.

Tabla 1 Paraísos fiscales y territorios *offshore*	
Europa y dependientes de gobiernos europeos.	Andorra, Anjouán (Comores), Austria, Campione d'Italia, Chipre, Dinamarca, Gran Bretaña: Alderney (GB), Anguilla (GB), Bahamas (GB), Barbados (GB), Belize (GB), Bermudas (GB), Botswana (ex GB), Brunei (ex GB), Dominica (Commonwealth), Gibraltar (GB), Grenada (GB), Guernsey (GB), Islas Caimán (GB), Islas Cook (GB), Isla de Man (GB), Islas Mauricio (commonwealth), Islas Maldivas (ex GB, commonwealth), Islas Turcas y Caicos (GB), Islas Vírgenes Británicas (GB), Jamaica (GB, Jersey (GB), Malta (commonwealth), Montserrat (GB), Nauru (commonwealth), Reino Unido, Sark (GB), Hungría; Suiza; Irlanda; Islandia; Islas Marshall; Letonia; Liechtenstein; Luxemburgo; Mónaco (unión aduanera y fiscal con Francia, por tanto con la UE); Montenegro; Macedonia; Madeira (Portugal); Países Bajos: Antillas holandesas, Aruba (país autónomo dentro de los Países Bajos); República Turca de Chipre del Norte; San Marino; Seychelles.
Fuente: Elaboración propia	

5. ¿Por qué perviven los paraísos fiscales?

Para entender por qué perviven los conocidos paraísos fiscales, hemos de tener presente, ante todo, que como centros financieros para no residentes se apoyan en tres principios ya consolidados en el sistema financiero global, como son la libertad de movimientos de capitales (la libertad plena para los flujos internacionales de capitales está consolidada), la competencia fiscal (la competencia fiscal entre países, incluso dentro de la UE, se generalizó por esa liberalización de los movimientos de capitales) y la carencia de supervisión internacional de los mercados financieros (préstamos interbancarios, inversiones foráneas en bolsa, etc.) conduce de hecho a la opacidad de gran parte de los mercados financieros. Y en este terreno los conocidos como paraísos fiscales ofrecen otra ventaja competitiva, como es la opacidad de las operaciones y de la identidad efectiva de los dueños del dinero).[37]

Para realizar las triangulaciones se necesitan los siguientes elementos: 1. Empresa de Origen; 2. Empresa Offshore y 3. Empresa

[37] HDEZ VEGUERAS, Juan. Los paraísos fiscales, plataformas de los mercados financieros. Centro de Documentación Hegoa Boletín de recursos de información nº36. 2013, pp. 5 y ss.

Proveedora. Por ejemplo, una empresa que denominaremos con el nombre C (Proveedora), realiza una venta directa con una empresa denominada A (De origen). Si, por ejemplo, la ganancia declarada es de cinco mil dólares, por lo tanto el impuesto aplicable sería en base a dicha cantidad. Sin embargo, si la empresa B (Offshore) le compra el producto a la empresa C y a su vez se lo vende a la empresa A, si la ganancia declarada es de unos dos mil quinientos dólares o menos, ello minimiza sustancialmente la base imponible a la cual se le aplica el impuesto.

En los paraísos fiscales extraterritoriales encontramos una combinación de algunos de los rasgos típicos siguientes[38]:

- La carencia de impuestos sobre el beneficio empresarial, sobre las donaciones y las herencias.
- El secreto bancario, la existencia de cuentas anónimas y numeradas y la no-obligación para el banco de identificar y conocer al cliente.
- Las fuertes deficiencias en la supervisión y control bancario y sobre las transacciones financieras; como la disponibilidad de títulos de valores al portador no registrados o la no-obligatoriedad para los bancos de informar las autoridades sobre las transacciones dudosas, es decir la existencia de cuentas anónimas y numeradas y por otro lado la ausencia de control de las transacciones.
- La falta de información y de estadísticas completas sobre las operaciones financieras.
- La existencia de instrumentos monetarios "al portador".
- La ausencia o insuficiencia de organismos de control bancario.
- El volumen desproporcionado de operaciones financieras extranjeras, de no residentes, con relación a la economía local. En otras palabras, la presencia de zonas francas.

[38] HDEZ VEGUERAS, Juan. op. cit., p. 18.

- La existencia de cuentas bancarias en dólares.
- La ausencia de la obligación para el banquero de detectar e informar a las autoridades sobre las transacciones dudosas.
- La simplicidad de la formalización y registro de sociedades mercantiles y la falta de control sobre las sociedades filiales de grupos empresariales transnacionales.
- La ausencia de penalización o tolerancia en la práctica del blanqueo del dinero y otras deficiencias formativas; y
- La falta de colaboración con las autoridades fiscales y judiciales de los demás países.

Finalmente, los paraísos fiscales *offshore* surgieron en los años sesenta a partir del mercado de los eurodólares en Europa (resultado de la abundancia de dólares fuera de los EE.UU. por el gasto de las bases militares y las inversiones de las multinacionales) y luego de los petrodólares de los jeques árabes tras la tremenda subida de los precios del petróleo tras la primera crisis[39].

IV. MÉTODOS USADOS PARA LAS TRANSACCIONES ILEGALES

Existen diversos métodos que son más usados para las transacciones ilegales. A continuación se indican los más conocidos:

1. Centro offshore

Cuando se habla de centro offshore, este calificativo en inglés de offshore, significa literalmente "fuera de la costa" o "mar adentro". En la terminología financiera se traduce por "extraterritorial", porque se aplica a la actividad financiera de las personas o entidades no residentes en ese país o territorio, que por no residir allí se les conceden privilegios legales y se les exime del pago de impuestos.

[39] HDEZ VEGUERAS, Juan. op. cit., p. 23.

Los calificados como paraísos fiscales no lo son nunca para sus habitantes sino para quienes utilizan sus bancos o los servicios financieros establecidos para los no residentes, sean personas particulares o entidades.[40] Es decir, en el lenguaje financiero se utiliza el término *offshore*, metafóricamente, para describir cualquier actividad económica o inversión que se realiza fuera del propio país de residencia. Se puede tratar de productos muy variados: cuentas bancarias, pólizas de seguros, inversiones inmobiliarias, sociedades extranjeras, fondos de inversión, etc.[41]

La *offshore* es una entidad constituida y situada en un denominado paraíso fiscal, la cual se encuentra regulada por un régimen jurídico distinto, o sea "extraterritorial", respecto al domicilio de sus socios. Son personas jurídicas, susceptibles de tener y contar con un patrimonio propio, contraer derechos y obligaciones, con una organización funcional debidamente estructurada, constituidas legalmente conforme a las leyes de determinados países y cuyo objeto es el de desarrollar actividades comerciales en otros lugares fuera de sus fronteras, en los cuales son utilizadas (pero nunca en su país de origen o sea en el cual fueron constituidos).[42]

La expresión centro financiero extraterritorial u *offshore*, calificados como paraísos fiscales, designa aquellas jurisdicciones fiscales, o demarcaciones acotadas legalmente, que no requieren la residencia de los operadores financieros en el territorio y que, junto a otras características, configuran una zona privilegiada fiscalmente y opaca, que generalmente calificamos por la dimensión de paraíso fiscal, que se identifica con actividades de evasión y fraude fiscal y planificación fiscal internacional y con actividades ilícitas de blanqueo de capitales

---

(40) HDEZ VEGUERAS, Juan. El trasfondo de los paraísos fiscales. Colección Economía Actual. Editorial AKAL. 2005, p. 18.

(41) Offshore ¿qué significa?. Definición y análisis del término. Disponible en: http://www.paraisos-fiscales.info/blog/88_offshore consultado el 09/04/2016.

(42) BUESO DE LIGORRÍA, Claudia María, La importancia de los centros financieros offshore y la traducción jurada dentro del ámbito jurídico y del comercio internacional, p. 10.

y financiación del terrorismo. Aunque haya quienes los consideran una manifestación de la libertad de los mercados de capitales basados en los movimientos transnacionales, más bien son un ejemplo de competencia desleal que se mantiene porque beneficia a quienes detentan el poder financiero en el mundo.

Una sociedad *offshore* está registrada en un país en el que no realiza ninguna actividad económica. Los países en los que están radicadas suelen ser paraísos fiscales, para beneficiarse de las ventajas fiscales que éstos ofrecen. Las también denominadas empresas cascarón son compañías formadas cuya finalidad es aparentar que realizan operaciones en ese paraíso tributario, pero que en el fondo no actúan como tales.[43]

A grandes rasgos, tres son las principales ventajas que aportan estas sociedades: protección de activos, confidencialidad y privacidad, y ventajas fiscales. En términos puntuales, una *offshore* es una empresa en el extranjero. Por ejemplo: Un ciudadano peruano decide abrir una cuenta bancaria en el extranjero para realizar algunas inversiones. Si eligiera Panamá para este propósito, estaremos hablando de una cuenta bancaria *offshore*, y la inversión que realizará posteriormente será definitivamente de carácter extraterritorial. Su sola creación no es per se un delito, pero con frecuencia este tipo de empresas han sido utilizadas por organizaciones delictivas para esconder o lavar dinero, o para evadir el pago de tributos.

La triangulación comercial es una de las ventajas de constituir una entidad *offshore*. Esta se puede definir como la realización de transacciones comerciales mediante una empresa anónima que no tenga relación con la empresa del país de origen, a fin de disminuir las ganancias y aumentarle gastos de operación a la empresa de origen, para así deducirlos de los impuestos y tener un margen de

---

(43) Los tributos que pueden evitarse son el impuesto de sucesiones, el de patrimonio, los impuestos al consumo o el de la renta. Mientras que los costos se reducen a una cuota que oscila entre U$200 y U$600 al año, además de un costo de constitución que tampoco suele exceder de los US$ 1,000.

ganancia más amplio, ya que los propietarios de ambas empresas serán los mismos; sin embargo, esto no se reflejará en las certificaciones de propietarios de la compañía.[44]

2. Banca offshore

Cuando hablamos de banca *offshore* nos estamos refiriendo a un intermediario financiero constituido en un determinado paraíso fiscal o algún centro financiero internacional, el cual realiza de forma preponderante transacciones bancarias que se perfeccionan, consuman o producen sus efectos en el exterior entre quienes prestan sus capitales a otros prestatarios extranjeros.[45] El término banca *offshore* o extraterritorial se refiere a un tipo de entidades bancarias, normalmente situadas en paraísos fiscales, las cuales se encuentran reguladas por leyes especiales que les conceden una mayor libertad en sus operaciones, además de un tratamiento fiscal más favorable.[46]

Se trata de instituciones dirigidas al cien por cien a captar depósitos e inversiones de personas y empresas no residentes y a las que no tienen acceso los ciudadanos del propio país. La gran mayoría de bancos *offshore* que se establecen en los denominados paraísos fiscales son personas jurídicas, cuya nacionalidad es la del país que los acoge y se encuentran bajo el ordenamiento jurídico de éste. En muchas ocasiones se piensa que la banca *offshore* no cuenta con una legislación, pero la misma cuenta con un régimen legal que determina su ámbito de funcionalidad dentro del respectivo país en que

---

(44) Disponible en: http://www.polakconsult.com/español/inicio Consultado el 06/05/2016

(45) JIMÉNEZ MEJÍA, Javier Adolfo. La importancia de la función notarial en la operatividad y funcionamiento de las entidades fuera de plaza (*Offshore*) con sede en los denominados paraísos fiscales. Universidad de San Carlos de Guatemala de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, 2007, p. 30.

(46) BAFUMO Fernando David, Antonella Castellino, Di Marco Mariano, Fontana Alejandro Mercado Tutera Mauricio. PARAÍSOS FISCALES: PROBLEMÁTICA, ANÁLISIS Y TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. 2005, p. 12.

se constituye, en las cuales se determinan normas más favorables en aspectos financieros, fiscales, monetarios y cambiarios.[47]

Los titulares de las sociedades constituidas en los paraísos fiscales pueden abrir cuentas en cualquier parte del mundo, pero la posibilidad cierta de hacerlo en la misma jurisdicción, más aún si es un centro financiero importante, implica que la jurisdicción deba contar con legislación bancaria moderna, diversos servicios financieros y acceso a sistemas internacionales de crédito. Hay que destacar que no todas las entidades bancarias situadas en un paraíso fiscal son bancos *offshore*. También conviven con los mismos bancos normales u *onshore*, que prestan servicio a los residentes y que no están acogidos a la legislación específica antes mencionada.[48]

3. Las firmas maletín o firmas buzón

Son también llamadas "empresa fantasma" y tienen la apariencia externa de un negocio legítimo[49]. Pero es sólo una fachada. No hace nada, salvo manejar su propio capital, escondiendo quién es el dueño de los fondos. Su directiva suele estar conformada por abogados, contadores e incluso empleados de limpieza. El equipo sólo presta su firma y permite que sus nombres aparezcan los encabezados de los documentos. Cuando las autoridades intentan saber quién es realmente es el propietario de los fondos y quién los controla, la respuesta más común es que la directiva de la compañía lo hace. Pero no es más que una maniobra de encubrimiento. Alguien le paga a la firma para que oculte el dinero de la mirada de las autoridades o, en algunos casos, de sus ex esposas.

---

[47] JIMÉNEZ MEJÍA, Javier Adolfo. La importancia de la función notarial en la operatividad y funcionamiento de las entidades fuera de plaza (Offshore) con sede en los denominados paraísos fiscales. op. cit., p. 30.

[48] Riveiro, R. Paraísos fiscales. Aspectos tributarios y societarios. Buenos Aires: Integra-Internacional. 2001.

[49] BBC MUNDO. Panamá Papers: 6 formas en las que los ricos y poderosos esconden riquezas y evaden impuestos.2016. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160404_panama_papers_documentos_activos_escondidos_evasion_fiscal_ms Consultado el 06/06/2016.

4. Las acciones y bonos al portador

Las acciones y bonos al portador dan una capa extra de anonimato que permite mover fácilmente grandes cantidades de dinero de origen dudoso. Por ejemplo, uno de estos títulos por un valor de cinco libras esterlinas dice en el anverso: "Prometo pagar al portador, a requerimiento, la suma de cinco libras".

Esto significa que si uno tiene uno de estos papeles en su bolsillo, el dinero es de uno y lo puede gastar en lo que quiera. Pero los bonos y las acciones al portador usados para esconder dinero son por cifras mucho mayores y suelen guardarse en maletines o cajas de seguridad. Normalmente tienen un valor de unos US$14.000 y son muy útiles para aquellos que no quieren ser identificados como dueños de determinados fondos.

Si el título es guardado en la oficina de un abogado en Panamá, ¿cómo puede saberse a quién pertenece y siquiera si existe ese dinero? Esto explica por qué el gobierno de EE.UU. dejó de vender bonos al portador en 1982, pues eran muy fáciles de usar para actividades ilegales.

5. Los lavado de dinero

Desde el punto de vista etimológico, el concepto de *lavado de dinero* es el de "ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables"[50]. El lavado de dinero consiste en "limpiar" dinero sucio de modo que pueda ser usado sin despertar sospechas. Si eres un narcotraficante, un estafador o, digamos, un político corrupto, lo más probable es que tengas mucho efectivo y ninguna manera de gastarlo o esconderlo (para tiempos de necesidad) sin despertar sospechas. En concreto, el lavado de dinero consiste en la actividad por la cual una persona o una organización criminal procesa las ganancias financieras, resultado de actividades

[50] Figueroa Velázquez, Rogelio Miguel, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo F-L, IIJ-UNAM, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 862.

ilegales, para tratar de darles la apariencia de recursos obtenidos de actividades lícitas[51]. O, en otras palabras, el lavado o blanqueo de dinero no es más que reconducir el capital obtenido como consecuencia de actividades criminales al sistema económico legal, de modo que pueda incorporarse a cualquier tipo de negocio, como si se hubiese obtenido de forma lícita y tributariamente correcta.

Por eso, el dinero debe ser lavado para poder ser enviado a una firma dudosa en un centro financiero *offshore* o bien ser convertido en bonos al portador, propiedad de una empresa fantasma sobre la que nadie sabe. En el caso de un dictador, los fondos pueden lavarse para comprar un escondite en Londres o en el sur de Francia, o tal vez para pagar la escuela de los niños o financiar costosos viajes de compras a París.

6. La violación de sanciones

Una de las maneras de penalizar y tratar de limitar el poder de regímenes cuestionados son las sanciones internacionales. Estas pueden incluir restricciones a la importación de equipamiento militar y municiones, y prohibiciones a la exportación de petróleo y otros bienes. Pero también puede tratarse de penalidades contra personas: cerrar cuentas bancarias de dictadores, sus allegados, familiares y simpatizantes.

Actualmente el gobierno británico, por ejemplo, tiene vigentes miles de sanciones contra países, sus negocios, bancos y numerosos individuos. Sin embargo, cuanto más onerosas resulten ser las sanciones contra un régimen, más dinero se puede ganar rompiéndolas.

El negocio consiste en suministrar cuentas bancarias secretas a torturadores y responsables de masacres, proveer armamento a uno de los bandos de una guerra civil –o a ambos– o bien financiar las ambiciones nucleares de regímenes aislados internacionalmente.

---

(51) Córdova Gutiérrez, Alberto y Palencia Escalante, Carlos, El Lavado de Dinero: Distorsiones Económicas e Implicaciones Sociales, op. cit., p. 2.

Las ganancias son enormes, y desde luego, la existencia de numerosas cuentas secretas y empresas fantasma en algunas partes del mundo donde las autoridades se hacen de la vista gorda es crucial para que el quiebre de sanciones sea redituable y seguro.

V. CARACTERÍSTICAS GENERALES O COMUNES DE LOS PARAÍSOS FISCALES

A pesar de la falta de un concepto de paraíso fiscal, podemos concluir que existe una serie de elementos o características coincidentes en la mayoría de las definiciones encontradas. En general, los paraísos fiscales poseen una serie de características y condiciones particulares, de mayor o menor importancia, que lleva a enumerarlas como elementos tipificantes de cualquier jurisdicción que se pretenda autodenominar "paraíso fiscal". No se hallan presentes en la totalidad de las jurisdicciones de baja tributación, pero la observancia y cumplimiento de los puntos centrales, como ausencia de imposición y retención, secreto bancario e imposibilidad de intercambio de información, es lo que califica a un país como *offshore* por sobre otros. Según Alberto Garzón –ATTAC[52]-, los paraísos fiscales comparten unas características comunes:

1. Tienen "fiscalidad nula o reducida", que es el primer reclamo para atraer capitales. Los clientes de los paraísos fiscales buscan tributar menos que lo que tributarían en sus países de origen. Esta cuestión es la principal en el debate entre los defensores de los paraísos fiscales y los detractores. Así, no es necesario que exista una total falta de imposición para que un país sea considerado como un paraíso fiscal[53].

---

[52] La Asociación por la Tasación de las Transacciones financieras y por la Acción Ciudadana (ATTAC) es un movimiento internacional altermundialista que promueve el control democrático de los mercados financieros y las instituciones encargadas de su control mediante la reflexión política y la movilización social, y en particular promueve un impuesto a las transacciones financieras.

[53] GARCÍA PRATS, F. A., "Prevention of use and abuse of tax havens: exchange of information", Rivista di Diritto Tributario Internazionale (International Tax Law Review), núm. 2, 1999, p. 70.

De hecho, únicamente una pequeña minoría de estos no aplica ningún tipo de impuesto sobre la renta. Sin embargo, la mayoría dispone de un sistema fiscal complejo, cuya principal característica es que se dirige a minimizar la imposición sobre las actividades de los no residentes[54]. En los paraísos fiscales existen numerosas formas de minimizar el pago de impuestos que están amparadas por la ley, como; los cambios de residencia, las sociedades conductoras[55], la creación de holdings[56], testaferros[57], agentes o sociedades fiduciarias[58], entre otras.

2. Laxa normativa financiera, es decir, prácticamente está permitido hacer cualquier cosa, desde creación de empresas, hasta el secreto bancario. Este punto del secreto bancario es el límite que transformaría a un territorio de baja tributación en un paraíso fiscal. Esto implica que los bancos que allí operan no tienen por qué revelar el nombre de los dueños de las cuentas ni los activos de que disponen. Los paraísos fiscales ofrecen una particular protección a los no residentes respecto al escrutinio de las autoridades tributarias de su Estado de residencia, en la forma de una normativa interna que protege el secreto comercial o bancario y, por ende, supone la negativa del país a violar la

(54) CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., *Los paraísos fiscales,* op. cit., pag. 17.

(55) Se trata de sociedades que sirven de enlace o puente para llevar el beneficio generado en territorios de alta tributación a territorios de baja tributación.

(56) Es una compañía que tiene como objeto social, la adquisición de los paquetes accionarios de otras compañías, por lo menos el cincuenta por ciento de estos, y a través de esta propiedad, lograr llevar con un criterio unificado, el manejo y organización de las compañías de las cuales adquiriese las acciones. Llamado también Tenedora de Acciones.

(57) Se trata de una persona que presta de forma legal nombre e identidad, firma, o bien su personalidad física o jurídica, con el objeto de cubrir ante determinadas situaciones a la persona que representa.

(58) Pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, a las que un usuario cede sus bienes mediante un contrato fiduciario, para que esta los administre con una finalidad determinada.

confidencialidad del contribuyente conforme a un acuerdo internacional[59].

Así, una de las características esenciales de un paraíso fiscal son sus altos estándares de secreto financiero, bancario y comercial[60], de tal manera que sus instituciones financieras no proporcionan información sobre sus clientes, ya que generalmente se encuentran obligados por ley a no revelar, ni a su propio gobierno, el origen, naturaleza o nombre de estos, previendo en algunos casos sanciones de tipo penal[61]. Del mismo modo, los abogados, contables y otros profesionales están sometidos a un estricto control reglamentario sobre la confidencialidad de sus clientes y sus operaciones, aun si se han cometido violaciones legales en otros países[62].

3. Son sistemas con un sistema fiscal dual: mientras que los nacionales tienen que pagar impuestos, los no nacionales están prácticamente exentos. Esto es posible debido al tipo de territorio que, generalmente, se constituye como paraíso fiscal, enclaves con pocos habitantes, lo que suele producir una relación nada proporcionada entre el volumen de la economía real con el de la economía financiera. Alberto Garzón relata el caso de la isla de Sark[63], situada en el canal de la Mancha y bajo soberanía británica, "que en el

---

(59) GARCÍA PRATS, F. A. op. cit., p. 71.

(60) HINES, J. R., y RICE, E. M., "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business", The Quarterly Journal of Economics, vol. CIX, núm. 1, 1994, p. 175; ORLOV, M., "The Concept of Tax Haven: A Legal Analysis", op. cit., p. 101; SALTO VAN DER LAAT, D., "Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española", op. cit., pp. 55-56.

(61) GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., pp. 16-17.

(62) CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., Los paraísos fiscales, op. cit., p. 18.

(63) La isla de Sark es el último estado feudal de Europa, abolido el feudalismo en el año 2008.

año 2005 tenía 575 habitantes, 15.000 empresas y un solo residente era director de 2.400 empresas"[64].

4. Procedimiento laxo de inscripción de sociedades y rapidez en la creación de sociedades nuevas. En los paraísos fiscales las empresas disponen de gran margen de libertad en cuanto a la información que deben proporcionar para su constitución. En algunos casos existe la posibilidad de constituir sociedades con títulos al portador, que permiten mantener oculta la identidad de los accionistas. Asimismo, los paraísos fiscales pueden ofrecer la posibilidad de constituir una sociedad en tiempos reducidos (en algunos casos en 24 horas)[65]. Al respecto, ABERY destaca la importancia de este rasgo, que es la facilidad para el establecimiento de una residencia ficticia, ya que los paraísos fiscales funcionan como un punto que permite que las ganancias corporativas fluyan con una imposición mínima a través de él hacia otros países.

5. Tienen un autogobierno suficiente como para poder decidir su propia política fiscal, aunque muchos están protegidos y amparados por países desarrollados, como Gran Bretaña, Estados Unidos o la Unión Europea (UE).

6. Estabilidad económica y política. Algunos autores destacan la importancia de la estabilidad política y económica para que un país alcance la consideración de paraíso fiscal. Por una parte, la estabilidad política garantiza que no se llevarán a cabo futuras expropiaciones por parte del Estado, incluyendo reformas legislativas o mayores impuestos.

---

[64] GARZÓN ESPINOZA, Alberto. La problemática de los Paraísos Fiscales. op. cit., p. 142.

[65] CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., Los paraísos fiscales, op. cit., pp. 18-19; FERRE NAVARRETE, M., "Los paraísos fiscales y las medidas antiparaíso", op. cit., p. 1659; SALTO VAN DER LAAT, D., "Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española", op. cit., p. 55.

Por otra parte, ofrece ciertas garantías implícitas de que el Estado no gestionará la economía de tal forma que prevenga que los inversores extranjeros obtengan ingresos[66].

7. Sector financiero importante y desproporcionado. Por definición, se trata de sistemas donde el sector financiero se encuentra sobredimensionado en comparación con el resto de la economía del país y resulta de suma importancia para esta[67]. Esto se debe a que la mayoría de los paraísos fiscales fomentan las actividades bancarias extraterritoriales mediante la distinción entre actividades de residentes y no residentes, de tal manera que las de estos últimos serán gravadas de distinta forma, no están sujetas a requisitos sobre reservas, ni se sujetan a control de cambios.[68]

8. Apoyo de un gran centro financiero y una infraestructura desarrollada. En virtud de la función del paraíso fiscal como un sitio de tránsito de capitales, resulta una característica primordial una infraestructura de alto nivel vinculada a un centro financiero importante[69].

---

[66] DHARMAPALA, D., "Which countries become tax havens?", op. cit., p. 1064; DOGGART, C., "Tax havens and their uses", Special Report núm. 1191, The Economist Publications, London, 1990, pp. 1-2; MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", International Tax Review, vol. 27, núm. 10, 1999, p. 375; SALTO VAN DER LAAT, D., "Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española", op. cit., p. 57.

[67] EDWARDS, C. y MITCHELL, D. J., Global Tax Revolution. The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend it, op. cit., p. 160; GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., pp. 17-18.

[68] FERRE NAVARRETE, M., "Los paraísos fiscales y las medidas antiparaíso", op. cit., p. 1659; GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., pp. 17-18; MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", op. cit., pag. 368.

[69] CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., Los paraísos fiscales, op. cit., p. 19; GARCÍA PRATS, F.A., "Prevention of use and abuse of tax havens: exchange of information", op. cit., p. 72; GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., p. 19; HINES, J. R. y

9. Ausencia de control o control de cambios liberal. Muchos paraísos fiscales tienen un sistema de control de cambios doble, el cual distingue entre residentes y no residentes, y entre la moneda local y moneda extranjera. Generalmente los no residentes no se encuentran sujetos a control de cambios, salvo con respecto a la moneda local. Así, una sociedad constituida en un paraíso fiscal no estará sujeta a control de cambios en la medida en que lleve a cabo operaciones en moneda extranjera y fuera de dicha jurisdicción[70].

   Por lo demás, resulta necesario que un paraíso fiscal cuente con una moneda estable, ya que de lo contrario no será capaz de permitir la libre transferencia de ganancias y capitales en distintas monedas.[71]

10. Red de acuerdos bilaterales. Aquí las situaciones suelen ser extremas. Bien la existencia de tratados fiscales contribuye a que estos países sean atractivos para cierto tipo de operaciones. Por ejemplo, cuando permiten evitar la doble imposición en las filiales.[72] Bien, por el contrario, pueden poseer una escasa o nula red de convenios internacionales en materia fiscal, lo cual beneficia la protec-

---

RICE, E. M., "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business", op. cit., p. 175; MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", op. cit., pp. 373-374.

[70] GARCÍA PRATS, F.A., "Prevention of use and abuse of tax havens: exchange of information", op. cit., p. 72; GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., p. 19; ORLOV, M., "The Concept of Tax Haven: A Legal Analysis", op. cit., p. 101; SALTO VAN DER LAAT, D., "Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española", op. cit., p. 56.

[71] MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", op. cit., p. 374.

[72] CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., *Los paraísos fiscales*, op. cit., p. 19; GARCÍA PRATS, F. A., "Prevention of use and abuse of tax havens: exchange of information", op. cit., p. 72; GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., p. 20; MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", op. cit., p. 374.

ción de la confidencialidad y la ausencia del intercambio de información[73].

11. Características físicas del Estado. Generalmente, los paraísos fiscales son países pequeños o islas, y tienden a estar localizados en las proximidades de grandes exportadores de capital. Dicha característica geográfica, y su consecuente población más reducida, facilita la inclinación hacia una economía abierta.[74].

    Asimismo su tamaño implica que no necesitan reunir altas sumas de impuestos para garantizar los servicios públicos y el manejo del Estado, y la pérdida teórica de los impuestos se ve compensada por los beneficios derivados de la actividad económica atraída por los beneficios fiscales ofrecidos[75].

12. La promoción y publicidad del paraíso fiscal. En virtud de la importancia del sector financiero en la economía de estos países, estos buscan promover su posición como paraíso fiscal[76]. De este modo, resulta importante su buena imagen, esto es, que el territorio no se encuentre asociado a operaciones de corrupción o blanqueo de dinero[77].

---

[73] SALTO VAN DER LAAT, D., *Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas antiparaíso en la legislación española*, op. cit., p. 56.

[74] DHARMAPALA, D., "What problems and opportunities are created by tax havens?", op. cit., p. 663.

[75] GARCÍA PRATS, F. A., "Prevention of use and abuse of tax havens: exchange of information", op. cit., p. 71.

[76] GORDON, R. A., Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers – An Overview, op. cit., p. 19; MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", op. cit., p. 374; POOLE DERQUI, L., "La lucha internacional contra los paraísos fiscales", op. cit., p. 35. 316 CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., Los paraísos fiscales, op. cit., p. 19; HINES, J. R., y RICE, E. M., "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business", op. cit., p. 175.

[77] CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., Los paraísos fiscales, op. cit., p. 19; HINES, J. R., y RICE, E. M., "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business", op. cit., p. 175.

VI. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS PARAÍSOS FISCALES

Además de las características generales, los paraísos fiscales tienen unas características específicas que son precisamente las cuestiones que facilitan la existencia de delitos[78]. Esta serie de peculiaridades adicionales hacen que un país pase de ser considerado un simple territorio de baja tributación a un verdadero paraíso fiscal:[79]

a. Los datos personales de propietarios y accionistas de empresas no figuran en los registros públicos, o bien se permite el empleo de representantes formales (llamados *nominees*).

b. Existen estrictas normas de secreto bancario. Los datos de los titulares de las cuentas sólo se facilitan a las autoridades si existen evidencias de delitos graves como el terrorismo o el narcotráfico. El secreto bancario es absoluto o muy fuerte, y solo se suelen revelar estos datos ante una orden judicial o bien ante sospechas de casos de terrorismo y narcotráfico. Es una condición necesaria e indispensable para el surgimiento de un centro financiero *offshore*. Esta situación se resume en la siguiente frase: la negativa de los paraísos fiscales a colaborar con los demás Estados. Esta falta de colaboración impide el intercambio de información y, por ende, afecta la fiscalización de las rentas producidas por los residentes de otros Estados. Este comportamiento degenera en situaciones de complicidad entre algunos Estados y contribuyentes, mediante el otorgamiento de ventajas dirigidas hacia la promoción de algunos sistemas fiscales o ya bien, en el ocultamiento de

---

(78) ¿Qué es un Paraíso Fiscal? Un acercamiento básico a su estructura, paraísos-fiscales.info la guía de las inversiones offshore. Citado en el artículo: "Paraísos fiscales: La UE, el G-8 y el G-20 tienen como prioridad su erradicación" Disponible en: https://www.eii.uva.es/mitos/mitos/M11.pdf Consultado el 07/05/2016.

(79) ¿Qué es un Paraíso Fiscal?. Un Acercamiento Básico a su Estructura. Disponible en: http://www.paraisos-fiscales.info/blog/83_paraiso-fiscal Consultado el 09/04/2016.

rentas en perjuicio de un tercer Estado, produciendo elusión o evasión de Estado. El secreto bancario es una legislación que caracteriza a todos los paraísos fiscales y que obliga a los bancos y entidades financieras proteger la confidencialidad de la información de sus clientes. Esta ley hace referencia a todo tipo de datos personales y económicos, incluyendo depósitos, número de cuentas o transacciones, operaciones administrativas y tributarias.[80]

Según TORRES (2008), esta ventaja competitiva basada en la opacidad permite a las compañías:

1. Realizar operaciones de emisión de títulos de todo tipo que no serían permitidas en los países normales en los que actúan, normalmente para evadir requisitos legales de reservas.
2. Ocultar situaciones de endeudamiento o de dificultad, gracias al secreto garantizado, para permitir así que las cotizaciones de sus activos sean artificialmente más elevadas.

Pero el secretismo no se da solo desde el punto de vista financiero, también es importante el informativo. ALMIRÓN (2008) denuncia la exigua y arbitraria cobertura periodística dedicada a los paraísos fiscales, destacando que:

1. La escasa información disponible dedicada a ellos suele ser de corta extensión.
2. Se alude principalmente al fenómeno de la lucha contra ellos y no a las actividades que realizan.
3. Omite, salvo puntuales excepciones, la relación que mantienen los paraísos fiscales y las grandes empresas.

Esto se debe a que los grandes grupos de comunicación se han hecho dependientes financieramente del sector bancario

(80) BAFUMO Fernando David, CASTELLINO Antonella, Di MARCO Mariano, FONTANA MERCADO Alejandro y TUTERA Mauricio. Paraísos Fiscales: Problemática, Análisis y Tratamiento en la Legislación Argentina en los últimos 5 años. Trabajo de Investigación. Universidad Nacional de Cuyo. 2011, pp. 10 y ss.

a raíz de las grandes inversiones necesarias para financiar la renovación tecnológica de los medios de comunicación (ALMIRÓN, 2008).

c. No se firman tratados con otros países que conlleven intercambio de información bancaria o fiscal.
d. Se fomenta la estabilidad política y monetaria. ¿Quién invertiría en un lugar con continuos golpes de Estado, guerras o una inflación galopante?
e. Cuentan con una excelente oferta de servicios legales, contables y de asesoría fiscal.
f. Suelen disponer de buenas infraestructuras turísticas y de transporte.

Por último el uso de los paraísos fiscales corre fundamentalmente por parte de tres tipos de agentes diferentes: bancos, empresas transnacionales e individuos de grandes patrimonios. Si bien todos estos agentes se aprovechan de los paraísos fiscales en beneficio propio, sus fines concretos y sus mecanismos difieren de unos a otros. Hay que hacer notar que cuando hablamos de bancos nos estamos refiriendo a las entidades financieras en general y no sólo la banca comercial, y asimismo advertimos que a pesar de que también son empresas transnacionales los analizamos por separado por su papel específico en la gestión de los fondos de inversión colectiva.[81]

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS PARAÍSOS FISCALES

Dentro de las distintas categorizaciones de los paraísos fiscales, la más común es la que se basa en determinadas características de cada uno de los sistemas impositivos, con un resultado heterogéneo[82]:

---

[81] GARZÓN ESPINOZA, Alberto. La problemática de los Paraísos Fiscales. ob. cit. p. 145.

[82] AMBROSIANO, M. F. y CAROPPO, M. S., "Eliminating Harmful Tax Practices in Tax Havens: Defensive Measures by Major EU Countries and Tax Haven Reforms", Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne, vol. 53, núm. 3, 2005, p. 705; MOERMAN, S., "The Main Characteristics of Tax Havens", op. cit., p. 369.

- Paraísos clásicos (*zero havens*). Donde no se aplican impuestos sobre la renta y/o sobre el capital (Bahamas, Bermudas, Islas Caimán, Nauru, San Vicente y Mónaco respecto a personas físicas)[83].
  - Paraísos fiscales con impuesto sobre la renta con criterio territorial, esto es, donde no se someten a imposición los ingresos obtenidos en operaciones realizadas fuera del territorio (Costa Rica, Hong Kong, Liberia y Reino Unido respecto a sociedades no residentes).
  - Paraísos fiscales con tipos impositivos bajos, ya sea por su sistema fiscal, ya sea por la aplicación de tipos reducidos conforme a tratados fiscales (Liechtenstein, Suiza, Islas Vírgenes Británicas y Antillas holandesas).
  - Paraísos fiscales que ofrecen ventajas especiales a holdings o sociedades extraterritoriales u *offshore* (Luxemburgo, Holanda y Singapur).
- Paraísos fiscales que ofrecen exenciones fiscales a industrias creadas con el objetivo de realizar exportaciones (Irlanda).
- Paraísos fiscales que ofrecen otras ventajas a determinado tipo de sociedades (Antigua, Granada y Jamaica).

Por su parte, ORLOV (2004) hace referencia a una clasificación con base en el tipo de imposición objeto de privilegios fiscales, destacando que un paraíso fiscal puede caer en una sola o varias de las siguientes categorías[84]:

- Paraísos fiscales que ofrecen un refugio fiscal, completo o parcial, de la imposición sobre la renta. A su vez pueden distinguirse según:
  - Las modalidades de impuesto sobre la renta que se encuentran exentas, sean impuesto sobre la renta de las

[83] ORLOV analiza algunas características de los paraísos fiscales clásicos desde el punto de vista de su distribución geográfica y su desarrollo histórico. Vid. ORLOV, M., "The Concept of Tax Haven: A Legal Analysis", op. cit., pp. 97-101.

[84] ORLOV, M., "The Concept of Tax Haven: A Legal Analysis", International Tax Review, vol. 32, núm. 2, 2004, p. 100.

personas físicas, sobre sociedades o sobre ganancias de capital.

- Los medios a través de los cuales se otorga el beneficio fiscal; por ejemplo, mediante legislación que regula determinadas sociedades exentas, holdings u otras estructuras; o mediante disposiciones convencionales.
- El alcance del beneficio otorgado; por ejemplo, ausencia de impuesto sobre la renta, bajos tipos impositivos, o exenciones especiales para renta de fuente extranjera, determinado tipo de entidades o determinadas formas de actividades.

– Paraísos fiscales con respecto a impuestos de aduana.
– Paraísos fiscales con respecto a bienes inmuebles.
– Paraísos fiscales con regímenes privilegiados en la imposición de determinadas actividades; por ejemplo, sociedades de seguros.

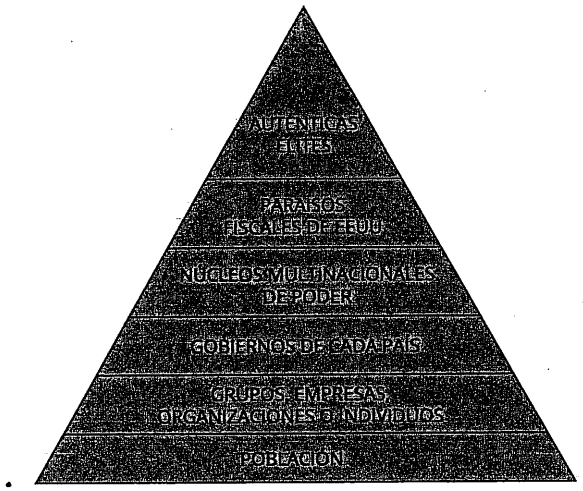
Así, CHAVAGNEUX y PALAN (2007) consideran que existen tres tipos de paraísos fiscales. El primero, las pequeñas economías insulares cuyos regímenes fiscales se han diseñado específicamente para atraer a la inversión extranjera. El segundo, determinados países con sistemas fiscales complejos y bien regulados, pero donde sin embargo algunos aspectos de su legislación tributaria los hacen muy atractivos para los inversores extranjeros, como Suiza y Luxemburgo. El tercero, algunos países que presentan numerosas características de un paraíso fiscal, si bien su calificación como tal puede ser problemática, como es el caso de Irlanda y Holanda, que encabezan los destinos de la inversión directa en el extranjero de las multinacionales de EE.UU.[85]

[85] CHAVAGNEUX, C. y PALAN, R., *Los paraísos fiscales*, Ed. El Viejo Topo, Barcelona, 2007, pp. 13-14. Del mismo modo, FERRE NAVARRETE distingue entre paraísos fiscales clásicos, es decir, países pequeños que ofrecen principalmente opacidad y baja fiscalidad, y países con una imposición normal o equiparable a la de países desarrollados que ofrecen regímenes fiscales ventajosos a los no residentes que operen en el exterior, caracterizándose por un sistema fiscal dual. FERRE NAVARRETE, M., "Los paraísos fiscales y

VII. ESTRATIFICACIÓN POR NIVELES DE INTERÉS Y POR OBJETIVOS

Este caso podría estar estratificado por niveles de interés y por objetivos finales de la siguiente manera:

a. En el nivel más bajo, tendríamos a la población, que responde de forma refleja a todas estas filtraciones con gran indignación, pidiendo que se haga justicia con los implicados, sin tener ni la más remota idea de la montaña de intereses que se ocultan tras todo el asunto (de hecho, la mayoría de gente ni tan solo quiere saberlo, porque prefiere vivir en la ilusión de que "se están destapando los chanchullos de los más poderosos".



Estratificación por niveles y objetivos.

b. En un nivel superior, tenemos a aquellos grupos, empresas, organizaciones o individuos con poder que compran la información filtrada en cada país, para atacar con ella a sus enemigos políticos, ideológicos, étnicos, religiosos, etc. En este caso tenemos a determinados poderes que utilizan la información filtrada de forma discrecional, obedeciendo a

---

las medidas antiparaíso", en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), Manual de Fiscalidad Internacional, vol. II, 3ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 2007, p. 1660.

sus intereses locales, sin que ello preocupe en demasía a los patrocinadores iniciales de la filtración, que observan estas pequeñas guerras locales como "conflictos indígenas".

c. Por encima de este nivel, tendríamos a los diferentes gobiernos de cada país, que ven en la filtración la oportunidad de perseguir la evasión fiscal a todos los niveles, para conseguir ingresos para el Estado en un momento de "vacas flacas" y justificar además un aumento de la presión y el control fiscal sobre todos los ciudadanos.

d. En el nivel superior al de los gobiernos, encontramos el objetivo de núcleos multinacionales de poder occidental, que pretenden perjudicar a determinadas figuras de alto nivel político teóricamente contrarias a sus intereses geoestratéticos, como por ejemplo, Vladimir Putin.

e. Aun por encima de ellos, está el interés de perseguir y acabar con los paraísos fiscales que hagan la competencia a los paraísos fiscales norteamericanos, para conseguir así que los evasores dejen de depositar sus capitales en ellos y se produzca un gran flujo de capitales fraudulentos hacia los paraísos fiscales de EE.UU., mucho más opacos y difíciles de controlar (de momento). En este nivel se encuentran altos poderes financieros como el que representa el clan Rothshcild[86] y las élites financieras norteamericanas, que luchan por conseguir que EE.UU. se convierta en el principal (y si puede ser único) paraíso fiscal del planeta.

f. Y por último, y como interés último a nivel más alto en toda esta compleja maniobra, tenemos el objetivo final de las auténticas élites: reconfigurar el mundo a nivel económico, po-

[86] La familia Rothschild (también conocida como los Rothschilds), es una dinastía de financieros y banqueros internacionales de origen judeo-alemán que realizó operaciones por toda Europa, y fueron declarados nobles por los gobiernos de Austria e Inglaterra. La familia Rothschild es desde el siglo XIX uno de los más influyentes linajes de banqueros y financieros de Europa. Disponible en: http://www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/esp_sociopol_rothschild15.htm Consultado el 03/05/2016.

lítico y social, para sentar las bases de un nuevo paradigma global, aquello que en determinados círculos alternativos se conoce como Nuevo Orden Mundial. A este nivel, la persecución de los paraísos fiscales tiene como objetivo final promover la creación de organismos globales que se encarguen de controlar el mundo como un todo, bajo el pretexto de luchar contra el "fraude fiscal global".

VIII. ¿CUÁNDO SE GENERAN DELITOS?

Indudablemente que existen muchos otros conceptos con respecto a la cuestión tributaría, pero lo que aquí profundizaremos es sobre los conceptos de elusión y evasión tributaria.

1. Elusión vs. Evasión tributaria[87]

Este es sin duda el uso más popularmente conocido de los paraísos fiscales, principalmente porque la nula o laxa fiscalidad para los no residentes constituye el primer criterio de identificación de este tipo de jurisdicciones.

El creciente desarrollo de la economía mundial y del comercio internacional hacen que el fenómeno de la elusión fiscal alcance límites internacionales. Como indica OXFAM (2000), a medida que el capital se hace más móvil, los gobiernos encuentran cada vez menos opciones a la hora de establecer impuestos. Además, la liberalización y globalización económicas han llevado a incrementar el número de países que compiten para atraer la inversión extranjera a través de la oferta de bajos tipos impositivos, lo que ha desembocado en una carrera hasta el fondo o *race to the bottom* en la que incluso se llegan a eliminar los impuestos.

Los partidarios de la competencia fiscal argumentan que fomenta la reducción y racionalización de los sistemas fiscales,

(87) Si bien en los medios de comunicación se habla de manera general de «evasión», el concepto más preciso es el de «incumplimiento tributario». Mientras que el cumplimiento tributario se define como «la declaración correcta de la obligación tributaria en el momento apropiado y de acuerdo a las regulaciones tributarias».

permitiendo a los sujetos de hechos imponibles elegir entre diferentes combinaciones de impuestos OXFAM (2000). Sin embargo, sus detractores argumentan que la competencia da lugar a la planificación fiscal. Como menciona el FEF (FSF, 2000), existe un gran número de planes y proyectos que, al amparo de la legalidad y basándose en la complejidad y la ambigüedad, permiten minimizar la carga fiscal de multinacionales y personas de gran riqueza a través de prácticas como la transferencia de precios.

Llegado a este punto, merece la pena detenerse un momento a pensar lo que es la competencia fiscal. VALLEJO (2005) diferencia entre competencia fiscal sana y perjudicial. La primera permite eliminar las ineficiencias y aumentar la neutralidad de los sistemas fiscales con el objeto de que la fiscalidad no se convierta en un obstáculo para el desarrollo económico, mientras que la segunda persigue atraer capitales o bases imponibles utilizando el elemento fiscal como ventaja comparativa.

Ha de tenerse en cuenta, como indica HUDSON (2000), que la legislación fiscal hace a los paraísos fiscales lugares con beneficios potenciales, mientras que las leyes de secreto los hacen ideales para la evasión o evitación fiscal, tanto el marco jurídico como el fiscal vigentes en esos países parecen indicar que la competencia fiscal ejercida es perjudicial.

No obstante, no todos lo paraísos fiscales participan de la misma manera en la evasión de impuestos. MALDONADO (2001) diferencia entre elusión y evasión fiscal. La primera supone la creación de regímenes fiscales preferenciales en perjuicio del interés fiscal de otras jurisdicciones, mientras la segunda supone la cooperación activa de una jurisdicción en la ocultación de la riqueza del no residente. De esta manera, todos los paraísos fiscales contribuyen a eludir los impuestos, pero no todos lo hacen en su evasión.

Sin embargo, puede que la flexibilidad fiscal también perjudique a los paraísos fiscales, pues MASCIANDARO (2005) reconoce la posibilidad de que la escasez de regulación puede ser tan poco atractiva para algunos inversores legales como la abundancia de ella.

En este contexto, las compañías realizan operaciones en los paraísos fiscales aprovechando las ventajas que ofrecen. Entre las prácticas más comunes está, por ejemplo, el ubicar en los paraísos fiscales los beneficios corporativos para no tener que pagar impuestos (TORRES, 2008) o el transferir y manipular las transacciones financieras entre filiales de una misma compañía con objeto de reducir la base imponible, práctica manifestada principalmente a través de la transferencia de precios OXFAM (2000).

A todo esto hay que añadir que, aunque la planificación fiscal es perfectamente legal, esto no implica que sea legítima desde el punto de vista moral OXFAM (2000). Y es que, como indica BRUNQUELL (2009), cada céntimo que un contribuyente no paga al evadir impuestos vía paraísos fiscales, es otro céntimo que un contribuyente honesto deberá pagar.

Esto tiene dos consecuencias: por un lado, se incrementa el tipo impositivo de los impuestos, pues habrá de recaudarse lo mismo, pero contribuyendo un menor número de personas; por otro, aumentan las desigualdades económicas, puesto que una parte de la población renuncia a parte de sus ingresos, mientras que otra lo retiene. Todo ello sin que los contribuyentes que evaden impuestos pierdan el acceso ni el derecho a los servicios que se mantienen con ellos: carreteras, seguridad, educación, etc.

Por tanto, los paraísos fiscales hacen que los contribuyentes honestos paguen la factura que deberían pagar las compañías y los contribuyentes más ricos, desapareciendo así el sistema contributivo solidario.

Es así que la evasión y elusión fiscal internacional siempre generaron una honda preocupación tanto de los países como de ciertas organizaciones internacionales. Dicha preocupación se ha acentuado en los últimos años en virtud del impresionante crecimiento que se observa en las transacciones financieras mundiales y en la concentración del comercio internacional.

La elusión se combate "...mediante un análisis económico de los hechos, el auditor puede llegar a desentrañar la verdadera naturaleza

de las operaciones realizadas por los agentes económicos, desconociendo la celebración de aquellos actos, contratos, etc. cuya aplicación resulta forzada. En estos casos, el mayor impuesto determinado por la administración debe ser pagado".[88] En cuanto al término evasión, podemos mencionar que dicha situación se presenta cuando determinados agentes buscan reducir –a como dé lugar– costos tributarios, utilizando para ello medios ilícitos y vedados por las leyes, tales como "... el contrabando, fraude (engaño), actividades informales (fabricación clandestina, comercialización clandestina), etc. Es muy difícil medir la magnitud del impacto negativo en la recaudación fiscal, pero es altamente probable que se trata de un problema de cuantía mayor".[89]

Al igual que sucede en los supuestos de elusión fiscal interna, el resultado de los mecanismos elusivos utilizados por los contribuyentes atenta contra el principio de justicia tributaria, pero con la variante de que el efecto no se dirige en un sólo sentido sino que afecta a varios sistemas tributarios. En otras palabras, si en la elusión fiscal interna se transgrede el principio de justicia tributaria y, en palabras del Tribunal Constitucional, lo que "unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o menos posibilidad de defraudar,"[90] en los supuestos de elusión fiscal internacional se afecta dicho principio pero no en relación con sujetos sino con las finanzas de los diferentes Estados, ya que lo no percibido por uno será un ingreso para otro. Prueba de ello es el reciente interés de las Administraciones Tributarias por la prevención y corrección de la elusión fiscal internacional debido al cuantioso perjuicio patrimonial que ella les causa[91].

---

[88] RUIZ DE CASTILLA Y PONCE DE LEON, Francisco. "Consideraciones de Política Fiscal sobre no pago de Impuestos". INFOTAX. Revista Virtual de Tributación. Año I, N° 1 Octubre del 2.000. Editada por la Asociación de Especialistas en Tributación - Universidad de Lima.

[89] RUIZ DE CASTILLA Y PONCE DE LEON, Francisco. ob. cit.

[90] STC N° 110/1984, de 26 de noviembre. Fundamento Jurídico 3°.

[91] PABLO ESCOBAR, Laura y VALIÑO CASTRO, Aurelia, "Medidas adoptadas por la comunidad en contra de la evasión y elusión fiscal internacional", Actualidad Financiera, N° 44, 1989, p. 2983.

Una diferencia evidente entre la elusión fiscal interna y la elusión fiscal internacional es el escenario en que se llevan a cabo. Mientras en la elusión fiscal interna se utilizan los medios jurídicos que la propia legislación nacional de un determinado territorio ofrece, en la elusión fiscal internacional se utiliza no sólo la normativa interna de un determinado territorio sino también la de otros, así como la normativa internacional, principalmente en relación con los convenios internacionales de doble imposición.(92)

Es por eso, que el primer concepto para interpretar es el de la elusión tributaria. La elusión, más allá de cualquier consideración moral, no es un delito: se define como dejar de pagar impuestos de manera permitida. El objetivo es reducir la carga tributaria de la empresa y maximizar las utilidades para los accionistas.

Conformar empresas *offshore* forma parte de una conducta de elusión tributaria. Un empresario puede conformar su empresa en un "paraíso fiscal", país con una baja o nula carga tributaria sobre sus rentas, pese a que sus operaciones y negocios se desarrollen en otro país. Dado que el empresario está cumpliendo con las normas del paraíso fiscal, la práctica per se no es ilegal.

Un uso típico de elusión, que no se califica como delito, se da cuando una empresa dueña de una marca en el Perú conforma otra empresa en un "paraíso fiscal" y le asigna su marca, luego, la empresa ubicada en el paraíso fiscal cede la marca a otras empresas que forman parte del grupo (bajo el modelo de franquicias, por ejemplo). La renta por esa cesión de la marca, al estar en un paraíso fiscal, no paga impuestos.

Pese ser legal, la elusión es igualmente una práctica que muchos países –sobre todo los miembros de la OCDE– y organizaciones internacionales combaten a nivel global. Y se vuelve un delito cuando las empresas *offshore* se utilizan para ocultar ingresos con el objetivo de no pagar impuestos, con lo cual se termina evadiendo impuestos o engañando al fisco (defraudación). Ello porque el paraíso fiscal

(92) SALTO van der LAAT, Diego. Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española. Crónica Tributaria Nº 93 2000, pp. 49-88.

no obliga al empresario a declarar los activos o rentas asignados a la empresa *offshore* en el país de origen de sus operaciones.

En concreto, la elusión fiscal se refiere a la práctica llevada a cabo por las empresas, mediante la cual, eligen los territorios donde pagan menos impuestos con el objetivo de reducir la carga total a la que está sometida la organización. La elusión fiscal consiste entonces en el aprovechamiento de los resquicios que ofrece la propia legalidad nacional e internacional para evitar al máximo el pago de impuestos y tributos. Esta práctica es legal, y pueden usarse para ello países con la consideración de paraísos fiscales, u otros países que reporten una pequeña bajada de la carga impositiva, aunque no tengan dicha consideración.

La evasión fiscal, por su parte, es una práctica ilegal que consiste en ocultar o no registrar los beneficios para evitar pagar los impuestos que los gravan. Evasión fiscal es sinónimo de fraude fiscal, y por tanto constituye una violación de la legalidad, y un impago de los impuestos establecidos por ésta. Ambas se integran en un concepto, anglosajón denominado como *tax noncompliance*[93], que se podría traducir como incumplimiento fiscal. En esta práctica los paraísos fiscales tienen una especial importancia, y suele estar relacionada con actividades ilegales.

La elusión y la evasión fiscal son en último término la finalidad para la que se usan los paraísos fiscales. Esto se debe, entre otras cosas, a la facilidad para hacer aparecer y desaparecer capitales mediante dichos territorios, debido a la opacidad de los mismos. Viene al hilo el blanqueo de capitales, un sistema mediante el cual se busca hacer legal el dinero procedente de actividades ilegales, es decir, está estrechamente relacionado con la evasión fiscal, ya que los beneficios proceden de actividades ilegales. En raros casos, el blanqueo tiene que ver con la elusión fiscal pues en esta, los beneficios proceden de actividades legales y reconocidas que buscan tributar lo menos posible.

---

(93) Este término también incluye fallos no intencionados a la hora de cumplir las obligaciones fiscales, ya sea por falta de información, malentendidos o errores de cálculo.

2. Otros delitos

Las empresas *offshore* también pueden ser utilizadas para otro tipo de delitos. En la historia reciente han ocurrido varios casos de estafa y de lavado de dinero. "El informe de los Panama Papers menciona el caso del robo de lingotes de oro en el aeropuerto de Londres [1983]. Ese oro fue derretido y vendido, y luego el dinero fue redistribuido a través de empresas *offshore* vinculadas a Mossack Fonseca", comenta José Ugaz, de Transparencia Internacional.

Un estudio de la OCDE, que analizó 427 casos de corrupción entre la administración pública y el sector privado desde 1999, muestra que en un 35% de las veces los sobornos fueron pagados a través de vehículos empresariales como empresas *offshore*. Estas son empresas que no tienen a sus verdaderos dueños al frente, y hay casos en que se lava dinero del terrorismo y de la corrupción. De ahí que la conformación de estas empresas, aunque no se trate de un acto delictivo per se, genera suficiente alarma para fiscalizar su uso.

IX. VOLÚMENES DE EVASIÓN Y FUGA DE CAPITALES

Los volúmenes de capital que mueven estos paraísos fiscales son inmensos, cantidades inabarcables para el común de los mortales: Liechtenstein, país de 35.000 habitantes, tiene radicadas 70.000 fundaciones y depósitos por 110.000 millones de euros; las Islas Caimán tienen 30.000 habitantes, 420 bancos, 70.000 sociedades y 420.000 millones de euros; las Islas Vírgenes, 22.000 habitantes y 500.000 empresas extranjeras; Gibraltar, 30.000 habitantes y 70.000 sociedades; Luxemburgo, 12.000 sociedades, 210 bancos y activos por 600.000 millones de euros. Según la OCDE, los paraísos fiscales tienen entre 5 y 7 billones de euros, aunque esta cifra es probablemente bastante mayor[94].

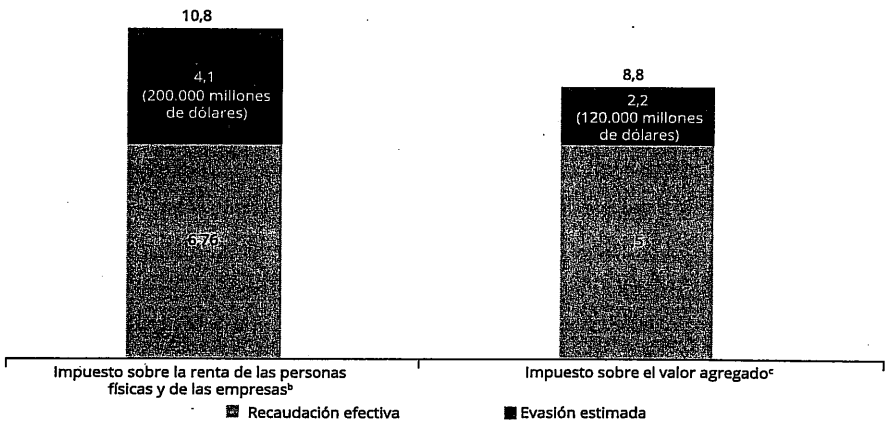
Los expertos estiman que se fugan anualmente USD 716 mil millones de los países en desarrollo, de los cuales USD 123 mil millones corresponden a los países de América Latina y el Caribe. Los flujos

(94) PELÁEZ MARTOS, José María. ¿Hasta cuándo los Paraísos Fiscales?. Disponible en: https://www.eii.uva.es/mitos/mitos/M11.pdf Consultado el 08/05/2016.

ilícitos de los países en desarrollo provienen de la corrupción gubernamental (5%), actividades criminales (31%) y flujos comerciales (64%). Esto significa que la principal forma de fuga ilícita de capitales de los países en desarrollo es el resultado de ilegalidades en el intercambio comercial, tales como la manipulación de los precios de transferencia, además de transacciones falseadas. Asimismo, los expertos también prueban que los cuatro principales bancos del Reino Unido tienen 23,3% de sus filiales en paraísos fiscales y que los 12 principales bancos estadounidenses tienen 1.109 filiales en esas jurisdicciones.(95)

De acuerdo con una investigación de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (Cepal), el 10% más rico de América Latina concentra ya el 71% de la riqueza, pero solo tributa el 5,4% de su renta.(96)

América Latina: recaudación y evasión estimada de impuestos, 2013[a]
(En porcentajes del PIB y dólares)



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

a Promedios ponderados.
b Estimación sobre la base de datos procedentes de la Argentina, el Brasil, Chile, Costa Rica, el Ecuador, El salvador, Guatemala, México y el Perú.
c Estimación sobre la base de datos procedentes de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), el Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, la República Dominicana, el Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá y el Uruguay.

(95) América Latina: paraíso fiscal de los rentistas. Un análisis crítico de los criterios de clasificación de paraísos fiscales. Auditoría Ciudadana de la Deuda. Latindadd. 2011.

(96) Disponible en: https://poder.pe/2016/04/07/01021-cepal-los-mas-ricos-en-peru-solo-tributan-el-5-de-su-renta/ Consultado el 28/04/2016.

La evasión del impuesto sobre la renta personal y corporativa y del impuesto sobre el valor agregado le costó a América Latina más de 320.000 millones de dólares (un 6,3% del PBI) en concepto de pérdidas de ingresos en 2013. En el mismo año, el promedio de los gastos de capital incurridos por los gobiernos centrales de la región fue de un 4,5% del PBI, es decir, el nivel más alto desde 1990. Por tanto, el costo de la evasión fiscal en América Latina es significativamente mayor que el total del gasto público de inversión de la región.[97] Todo esto pese a que, entre 2002 y 2015, las fortunas de los multimillonarios de América Latina crecieron en promedio un 21% anual, es decir, un aumento seis veces superior al del PBI de la región.

Toda esta riqueza –según la Cepal- en su mayoría se mantiene en el extranjero, en paraísos fiscales, lo que significa que una porción muy significativa de los beneficios del crecimiento de América Latina está siendo acaparada por un pequeño número de personas muy ricas, a costa de los pobres y de la clase media.

Varios estudios han demostrado que los países de América Latina pierden más del 50% de sus ingresos por impuestos sobre la renta de las personas físicas (un 32,6% en el Perú, un 36,3% en El Salvador, un 38,0% en México, un 46,0% en Chile, un 49,7% en la Argentina, un 58,1% en el Ecuador y un 69,9% en Guatemala). Por un lado, estos resultados reflejan el elevado nivel de informalidad que caracteriza a las economías de América Latina. Sin embargo, también pueden estar vinculados a un alto nivel de desconfianza en las instituciones gubernamentales y a la ausencia generalizada de una "cultura tributaria".[98]

En el caso del Perú se calculó el incumplimiento, por un lado, para los asalariados del sector informal y, por el otro, para el sector formal de la economía. De la sumatoria simple de los

---

[97] Ibídem.

[98] CEPAL. Tributación para un crecimiento inclusivo. LC/L.4159. Naciones Unidas. Oxfam. Santiago. 2016, p. 9.

valores calculados para cada grupo surgió que el nivel de evasión contributiva en pensiones y salud alcanzó en 2007 una tasa global del 45,8% de la recaudación teórica (levemente superior para el seguro de salud que las pensiones por vejez) –equivalente al 2,76% del PIB de ese año (un 1,63% en pensiones y un 1,13% en salud)–.[99] En comparación, en Estados Unidos la tasa efectiva para el 10% más rico es de 14,2% y en algunos países europeos incluso excede el 20%. En el caso del Perú, los que más tienen solo están dispuestos a pagar un poco más del 5% de sus ganancias como impuestos, detalla el documento "Tributación para un crecimiento inclusivo" de la Cepal.[100]

Los paraísos fiscales y los abusos en relación con los impuestos corporativos están destruyendo el contrato social entre el Gobierno y el ciudadano, al permitir que los que podrían aportar más a la sociedad no paguen los impuestos que les corresponden en justicia. El llamado escándalo de las cuentas secretas en Suiza o Swissleaks reveló 52.600 millones de dólares de fondos de residentes de América Latina en cuentas del banco HSBC en Suiza en 2006 y 2007, el equivalente a un 26% del total de la inversión pública en salud en toda la región.[101]

X. MEDIDAS PARA CONTRARRESTAR LA COMPETENCIA FISCAL LESIVA

A grandes rasgos, podemos encontrar dos tipos de reacción ante la competencia fiscal lesiva:

---

[99] CEPAL. Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2016. Las Finanzas Públicas ante el desafío de conciliar austeridad con crecimiento e igualdad, p. 82.

[100] CEPAL. Tributación para un crecimiento inclusivo. LC/L.4159. Naciones Unidas. Oxfam. Santiago.

[101] Ibídem, p. 14.

Tabla 2
Reacción ante la competencia fiscal lesiva y medidas alternativas

Estados introducen incentivos en sus sistemas fiscales.	Con objeto de evitar que sus contribuyentes emigren o desplacen su base fiscal a otras jurisdicciones.(1)
Implementar contramedidas que buscan neutralizar los efectos ventajosos que pueden obtener los contribuyentes mediante los regímenes preferentes de otros países(2).	a) La primera de ellas distingue las medidas dependiendo de la naturaleza de la disposición aplicada: a) aplicación de criterios internacionales sobre localización del impuesto, como las directrices sobre precios de transferencia de la OCDE.
	b) Medidas restitutivas, que buscan contrarrestar los efectos de la ley defraudada, como las normas sobre sociedades extranjeras controladas (Controlled Foreign Corporations, en adelante CFCs) o sobre subcapitalización.
	c) Medidas que buscan desincentivar la realización de ciertas operaciones, como la no deducibilidad de pagos a paraísos fiscales.
	d) Medidas represivas, que penalizan la realización de actividades con paraísos fiscales, por lo que originan un tratamiento fiscal específico.
	e) Medidas complementarias, que resultan necesarias para la aplicación correcta de otras medidas (judiciales, legislativas o convencionales), como el intercambio de información previsto en los CDIs.(3)

(1) LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., La competencia fiscal desleal en los Estados miembros de la Unión Europea, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 50
(2) SCHÖN, W., "Tax Competition in Europe – The National Perspective", European Taxation, vol. 42, núm. 12, 2002, pág. 496
(3) GARCÍA PRATS, F. A., "Prevention of use and abuse of tax havens: exchange of information", op. cit., págs.80-82.

XI. ¿CÓMO SE FISCALIZAN LAS EMPRESAS OFFSHORE?

Una cosa era tener empresas *offshore* el siglo pasado, cuando el riesgo de que se detecte su uso ilegítimo era ínfimo, y otra ahora, que el riesgo es mucho mayor. No sólo por las redes y los hackers, como en el caso de los *Panama Papers*, sino también por la potencia que tienen las administraciones tributarias de los gobiernos: hoy existen diversos convenios de intercambio de información financiera.

En base a la presión de varios Estados desarrollados, especialmente EE.UU., la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) estableció en el año 2000 un reporte denominado "Towards Global Tax Cooperation" en el que incluía una lista de 35 jurisdicciones que mantenían las características de paraísos

fiscales, procediendo a abrir un foro para colaborar en la transformación de sus legislaciones tributarias.[102]

Actualmente, países como Estados Unidos (sobre todo a partir de los ataques terroristas del 11 de setiembre del 2001) vienen impulsando la adopción de normas que obliguen a las instituciones financieras a identificar a los beneficiarios finales de cada cuenta bancaria (la llamada regulación FATCA). Es decir, en los países que adopten este tipo de regulación, una empresa ya no podría ser utilizada como intermediaria para encubrir una operación ilícita, ya que existiría un registro de quiénes son las personas naturales que se benefician en último grado de las operaciones de esa empresa.[103]

Lamentablemente, el ataque terrorista en Nueva York, el 11 de setiembre de 2001, generó un cambio en la exigencia de los países desarrollados que empezaron a interesarse más que en el tema tributario, en el problema de la insuficiente información y control financiero que había en los paraísos fiscales, territorios por los que habrían circulado los recursos que hicieron posible aquel acto demencial. A partir de ese momento, las principales acciones de cooperación internacional se estarían dando en los rubros de reestructuración financiera y control societario.[104]

En vista a esa situación, muchos Estados nacionales empezaron a establecer una normatividad anti-paraíso fiscal en el Impuesto a la Renta (IR). Para tal efecto, se estableció un listado taxativo que indica cuáles serían esos territorios, lo que sin duda significa una mayor seguridad para los deudores tributarios pero un problema para el propio Estado, pues necesariamente deberá plantear las actualizaciones correspondientes.

Frente a esa situación, otros Estados decidieron dictar una disposición normativa que estableciera los alcances de lo que se considera como paraíso fiscal y, a su vez, elaboraban una lista referencial.

---

[102] Apuntes Tributarios. Paraísos Fiscales. Vol. XIX, N° 225, Octubre 2006.

[103] Ibídem, p. 6.

[104] Ibídem, p. 6.

En cuanto a las reglas antielusivas, en el Perú se han contemplado las de subcapitalización (pero enfocadas en la vinculación), las de precios de transferencia, y las de prohibición de beneficios (no deducibilidad como gasto de los servicios realizados en torno a paraísos fiscales, imposibilidad de compensar pérdidas obtenidas en esos lugares y no disminución de la tasa del IR de no domiciliados por los intereses por préstamos a domiciliados). No se ha contemplado reglas sobre "cuarentena fiscal" (conforme a las cuales la jurisdicción del residente no otorga efectos inmediatos al cambio de domicilio, cuando dicho cambio se realiza hacia un paraíso fiscal), ni sobre "transparencia fiscal internacional" (cuando una jurisdicción desde la que se ejerce el control de una sociedad establecida en un paraíso fiscal puede determinar darle a dicha sociedad efectos de transparencia fiscal, de modo que los beneficios que obtenga dicha empresa sean gravados en esa jurisdicción).[105]

Esta información, además, sería compartida entre varios países a través de convenios. En ese sentido, los nuevos "paraísos fiscales" ya no son los lugares que ofrecen condiciones más flexibles y baratas para el pago de tributos, sino aquellos lugares que por alguna razón se nieguen a firmar convenios de intercambio de información financiera y regulación que obligue a tener identificados a los beneficiarios finales.

La ley peruana tiene una serie de normas que limitan o regulan sobre este tipo de operaciones. Por ejemplo, hay gastos que no se permiten deducir para efectos del Impuesto a la Renta si el proveedor viene de un paraíso tributario. Se aplica también lo que es el valor del mercado, es decir si alguien hace una operación con una empresa o un domiciliado en ese paraíso fiscal, o sea tiene que ser el mismo monto que tiene con un tercero para evitar que ese ahorro tributario tenga un fin ilícito. Las personas que residen en el país que es paraíso fiscal sí deben pagar impuestos mientras que las empresas extranjeras no. Esto es así siempre y cuando no realicen negocios dentro del propio paraíso fiscal. Los paraísos fiscales son perjudiciales porque

[105] Ibídem, p. 6.

minan las bases tributarias del Perú. Las empresas anidan y radican allí porque les brindan beneficios tributarios, opacidad y secreto.

En el caso de Perú, el Artículo 18 (h) de la Ley de Impuesto a la Renta[106] también garantiza la exención para "los intereses y ganancias de capital provenientes de bonos emitidos por la República del Perú":

"Art. 18° (...) Constituyen ingresos inafectos al impuesto: (...) h) Los intereses y ganancias de capital provenientes de bonos emitidos por la República del Perú (i) en el marco del Decreto Supremo núm. 007-2002-EF, (ii) bajo el programa de Creadores de Mercado o el mecanismo que lo sustituya, o (iii) en el mercado internacional a partir del año 2002; así como los intereses y ganancias de capital provenientes de obligaciones del Banco Central de Reserva del Perú, salvo los originados por los depósitos de encaje que realicen las instituciones de crédito...".

Otra puerta de evasión tributaria, es cuando no se especifica la dirección fiscal del contribuyente, tal como se puede apreciar en los artículos 12, 13 y 14 de la Ley del Código Tributario peruano.[107]

---

[106] Ley actualizada disponible en: www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capiv.htm

[107] Artículo 12°.- PRESUNCION DE DOMICILIO FISCAL DE PERSONAS NATURALES.
Cuando las personas naturales no fijen un domicilio fiscal, se presume como tal, sin admitir prueba en contrario, cualquiera de los siguientes lugares:
a) El de su residencia habitual, presumiéndose ésta cuando exista permanencia en un lugar mayor a seis (6) meses.
b) Aquel donde desarrolla sus actividades civiles o comerciales.
c) Aquél donde se encuentran los bienes relacionados con los hechos que generan las obligaciones tributarias.
En caso de existir más de un domicilio fiscal en el sentido de este artículo, el que elija la Administración Tributaria.
Artículo 13°.- PRESUNCION DE DOMICILIO FISCAL DE PERSONAS JURIDICAS.
Cuando las personas jurídicas no fijen un domicilio fiscal, se presume como tal, sin admitir prueba en contrario, cualquiera de los siguientes lugares:
a) Aquél donde se encuentra su dirección o administración efectiva.
b) Aquél donde se encuentra el centro principal de su actividad.
c) Aquél donde se encuentran los bienes relacionados con los hechos que generan las obligaciones tributarias.

A ello se suma que no se hace efectiva la presión tributaria peruana, ya que sigue siendo baja en comparación con otros países de la región. Por ejemplo, la presión tributaria en Brasil es de 29%, en Argentina de 23%, en Bolivia de 16.8% y en Chile de 18.7%. Si la nuestra es de 16%, entonces no cabe duda que las acciones que se realicen para reducir los niveles de evasión contribuirán significativamente a aumentar nuestra débil presión fiscal.

Valga la pena por último mencionar la diferencia entre el delito tributario y una infracción tributaria. Cuando se menciona el término "delito tributario" nos encontramos dentro del campo de lo que se denomina ilícito tributario. Para poder realizar una distinción entre lo que se entiende por infracción y lo que es delito tributario, tomaremos en cuenta los siguientes componentes: (i) gravedad del hecho ilícito; (ii) culpabilidad; (iii) interés protegido; (iv) naturaleza de la sanción; (v) entidad que sanciona y (vi) base legal que lo sustenta.

El texto del artículo 2° de la Ley Penal Tributaria regula las modalidades del delito de defraudación tributaria. Allí se determina que son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del artículo 41° del Código Penal:

---

d) El domicilio de su representante legal; entendiéndose como tal, su domicilio fiscal, o en su defecto cualquiera de los señalados en el Artículo 12º.

En caso de existir más de un domicilio fiscal en el sentido de este artículo, el que elija la Administración Tributaria.

Artículo 14º.- PRESUNCION DE DOMICILIO FISCAL DE DOMICILIADOS EN EL EXTRANJERO

Cuando las personas domiciliadas en el extranjero no fijen un domicilio fiscal, regirán las siguientes normas:

a) Si tienen establecimiento permanente en el país, se aplicarán a éste las disposiciones de los Artículos 12º y 13º.
b) En los demás casos, se presume como su domicilio, sin admitir prueba en contrario, el de su representante.

Artículo 15º.- PRESUNCION DE DOMICILIO FISCAL PARA ENTIDADES QUE CARECEN DE PERSONALIDAD JURIDICA

Cuando las entidades que carecen de personalidad jurídica no fijen domicilio fiscal, se presume como tal el de su representante, o alternativamente, a elección de la Administración Tributaria, el correspondiente a cualquiera de sus integrantes.

a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar.

   Según PAREDES CASTAÑEDA (2007), esta "primera modalidad prevé dos posibilidades: La ocultación de bienes, ingresos o rentas (activos) del contribuyente y la declaración de deudas inexistentes (pasivos), todo con la finalidad de disminuir la capacidad impositiva del contribuyente y como consecuencia reducir o anular el monto del impuesto a pagar"[108].

b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes.

"Este delito se configura cuando recaudado el impuesto mediante la retención o percepción, el agente no cumple con entregarlo al Estado, por tanto, el único requisito es el primer caso – retención– es que el dinero retenido haya sido efectivamente descontado, y, en el segundo, que se haya recibido"[109].

XII. REGULACIÓN DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Esta modalidad de delito se encuentra regulada en el Título I de la Ley Penal Tributaria, específicamente en el artículo 1° de la referida norma y es considerado, en términos del Derecho Penal como como el tipo base, ya que reúne los elementos de la descripción de la conducta que se pretende sancionar.

---

[108] PAREDES CASTAÑEDA, Enzo Paolo. Los Delitos tributarios en el Perú: Aspectos sustantivos y procesales. Editorial Cultural Cuzco. Lima, mayo del 2007, p. 45. Citado por MATTEUCCI, Mario Alva. ¿CUÁNDO SE CONFIGURA EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA?. Disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2012/01/02/cu-ndo-se-configura-el-delito-de-defraudaci-n-tributaria/ Consultado el 11/04/2016.

[109] Ibídem, p. 61.

Allí se indica que se considera como una conducta contraria a Ley lo siguiente:

"Artículo 1.- El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio[110], engaño[111], astucia[112], ardid[113] u otra forma fraudulenta[114], deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa.[115]".

Nótese que en el presente precepto normativo se hace mención a dos tipos de sanciones, una relacionada con la pena privativa de la libertad que estaría representada con el confinamiento de una persona en la cárcel; y la otra sanción que sería de tipo pecuniaria, como son los llamados días-multa.

Sobre esta última sanción debemos consultar lo que señala el texto del artículo 41° del Código Penal, el cual determina que la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.

---

(110) El ARTIFICIO es aquella deformación mañosa de la verdad con la única finalidad de hacer incurrir en un error de apreciación, ya sea a través de, ficciones, fingimientos, tretas, trampas, dobleces, disimulos o simulaciones.

(111) El ENGAÑO es entendido como la falta de verdad en aquello que se dice o se hace, con el único ánimo de poder perjudicar a otro, que sería el Estado. Esta conducta es siempre positiva porque se requiere una acción. Se observa entonces que es la mentira a sabiendas de que se dice una falsedad; no constituye en sí el error, sino que es faltar a la verdad.

(112) La ASTUCIA es la habilidad para engañar o lograr artificiosamente un fin.

(113) El ARDID es el artificio empleado para el logro de un fin.

(114) El vocablo Fraudulento alude a algo engañoso o falaz.

(115) El texto original de la norma en mención era el siguiente:
"Artículo 1.- El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años". Este artículo fue sustituido por la Décimo Primera Disposición Final de la Ley N° 27038, la cual fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-12-98.

El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

El texto del artículo 43° del Código Penal precisa que el importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

XIII. ALGUNAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se puede apreciar, el primer impacto del crimen organizado se encuentra en relación con el concepto de la soberanía del Estado, un concepto bastante antiguo que continúa dominando la esfera de las relaciones entre entidades estatales. Los Estados están separados por fronteras, que no sólo dividen el territorio sino también marcan diferentes sistemas legales, niveles diversos de desarrollo económico y distintas culturas políticas. En su contra se sitúan las organizaciones criminales que, por su propia naturaleza ilegal y transnacionalizada, no tienen en cuenta las soberanías estatales ni muestran respeto por las fronteras nacionales en términos de sus negocios ilícitos. Sus planes de expansión no se encardinan sobre la idea de jurisdicciones nacionales sino con la mente puesta en flujos de bienes y de personas capaces de incrementar los beneficios económicos o, en su defecto, los niveles de protección. Si piensan en fronteras estatales es siempre en términos de sistemas penales concretos con diferentes niveles de riesgo y mercados específicos con oportunidades para ganancias ilegales, en la difuminación de los rastros de actividades ilícitas mediante divisiones internacionales del trabajo.[116]

[116] RESA NESTARES, Carlos. Crimen Organizado Transnacional: Definición, causas y consecuencias. Recuperado de: https://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html el 28/11/2016.

Los paraísos fiscales no son un fenómeno reciente, pero como tantos otros instrumentos financieros han vivido una expansión desde los años ochenta y noventa. Esos años de expansión han sido posibles debido a las políticas económicas aplicadas por gobiernos de inspiración neoliberal, todo lo cual ha llevado a la economía mundial a una nueva configuración económica y financiera.

En un contexto tanto social como económico que tiene las puertas abiertas a la globalización, se produce una conexión directa entre países, es decir, lo que hace una parte puede afectar a otra de manera directa o indirecta, y viceversa. Considerando el comercio internacional como punto clave en la economía global actual, los paraísos fiscales han tomado fuerza y se han posicionado como jurisdicciones que ofrecen ventajas fiscales muy superiores al resto, una vía de escape para todos aquellos agentes económicos que buscan, de manera lícita o ilícita, conseguir el mayor beneficio posible, eliminando la variable del coste, impuestos a pagar.

Es así que la mundialización de las actividades delictivas ha planteado la necesidad de reforzar las formas de cooperación internacional. La investigación, persecución y represión del delito ya no pueden circunscribirse a las fronteras nacionales. Para mantener el mismo ritmo de las manifestaciones contemporáneas de la delincuencia, incluida la delincuencia organizada transnacional, la corrupción y el terrorismo, se necesitan mecanismos mejorados y eficientes.

Alrededor de la concepción de paraíso fiscal surge una gran controversia, como ya hemos podido ver, y esto se pone de manifiesto cuando tanto organismos como Estados no se ponen de acuerdo a la hora de etiquetar territorios que suponen grandes desviaciones de flujos de capital, lo que les da una ventaja que sin duda aprovechan. La labor de regulación que se debe llevar a cabo, con el fin de crear una red sólida que pueda controlar estos flujos, no es una tarea sencilla de abordar, por lo que podemos decir que la concepción de paraíso fiscal siempre dependerá del cristal con el que se mire, y este hecho es sin duda aprovechado por estas jurisdicciones.

La economía que estos enclaves generan supone un desgaste económico para el resto, pero este efecto es de mayor importancia en los países en vías de desarrollo, puesto que la necesidad de conseguir financiación para un crecimiento sostenible en el tiempo se hace inviable ante la masiva fuga de capitales. Estas jurisdicciones, además de restarle capacidad económica al resto de países hacen proliferar algunas otras actividades como la financiación del terrorismo o el blanqueo de capitales. En definitiva, amparan actividades ilícitas que deben ser suprimidas del sistema.

Las repercusiones de los paraísos fiscales solo son beneficiosas para las personas físicas o jurídicas establecidas en ellos, siendo nefastas para no sólo para los países en desarrollo, sino para los países desarrollados y su sociedad. Ante esta situación, las iniciativas internacionales se han mostrado ineficaces a la hora de atajar la situación, marcándose objetivos más bien poco ambiciosos.(117)

La elusión fiscal internacional consiste en evitar la aplicación de una o varias normas por medio de actos indirectos dirigidos a impedir la realización del hecho generador de la obligación tributaria en un determinado sistema fiscal menos favorable, produciendo dichas consecuencias en un sistema tributario más favorable para el contribuyente en relación con los objetivos patrimoniales de su actividad. Uno de los principales escenarios de elusión fiscal internacional son los paraísos fiscales.

Los contribuyentes utilizan los paraísos fiscales para escapar de la obligación personal de contribuir en sistemas de alta tributación. Su utilización podrá ser legítima o ilegítima. La historia de los paraísos fiscales es reciente pero, en razón de su dinamismo, su concepción inicial ha evolucionado.

No existe un concepto absoluto de "paraíso fiscal". No obstante, podemos definirlo como un territorio que posee un sistema fiscal

(117) PAREDES GÁZQUEZ Juan Diego, RODRIGUEZ FERNÁNDEZ José Miguel y de la CUESTA GONZÁLES Marta. op. cit., p. 77.

que ofrece una escasa o nula tributación, principalmente en relación con los impuestos directos y que facilita la elusión fiscal de contribuyentes pertenecientes a otras jurisdicciones.

Más que definir es mejor caracterizar. Las principales características de los paraísos fiscales son las siguientes[118]: a) son sistemas fiscales caracterizados por una baja o nula fiscalidad directa, b) poseen legislación mercantil y financiera flexible, c) ofrecen una amplia protección del secreto bancario y comercial, d) hay una ausencia de controles de cambio, e) poseen una nula o escasa red de convenios internacionales en materia fiscal, y f) poseen algunas características extrafiscales tales como estabilidad política, económica y social.

Las estructuras jurídicas más utilizadas por las empresas en la utilización de los paraísos fiscales son las sociedades base (sociedades constituidas en paraísos fiscales cuyo objetivo principal es el diferimiento de la obligación tributaria) y las sociedades instrumentales (sociedades que buscan eludir los impuestos en el país en el que las rentas se obtienen mediante la utilización directa e indirecta de los paraísos fiscales y de los convenios internacionales de doble imposición).

Tal como hemos mencionado detalladamente líneas arriba existen más de 100 países denominados paraísos fiscales.

La turbulencia económica y social demanda profundas y radicales reformas del Estado y de la economía, que no podrán realizarse sin contar con un amplio consenso político[119] y parlamentario para que nuestro país sea un país gobernable, próspero y encaminado hacia el Desarrollo Sostenible y Sustentable. Estas turbulencias, no solo suele estar pasando en nuestro país, también viene sucediendo en Brasil, Ecuador, Venezuela, entre otros.

---

[118] Interesante artículo de DIEGO SALTO VAN DER LAAT titulado Costa Rica: ¿Paraíso fiscal? Disponible en: http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/1999/julio/25/legales1.html Consultado el 07/03/2017.

[119] Un avance importante es el llamado "Acuerdo nacional", intento de las fuerzas políticas que han estado en ese momento representados en el parlamento nacional.

Dentro de los ajustes requeridos, es prioridad para nuestro país implementar una reforma tributaria que de cómo resultado un nuevo ordenamiento y que ello permita, además de generar recursos para estabilizar la economía, disponer de un sistema tributario justo y equitativo. Es decir, pagar más los que ganan más.

En cuanto a su relevancia general, el estudio realizado concluye que los paraísos fiscales no son un problema aislado o puntual. Ni siquiera puede decirse que sean un problema en sí mismo, sino más bien la consecuencia de una serie de problemas ligados a la propia lógica del sistema capitalista, a su evolución histórica, y sobre todo a los intereses del propio capital de maximizar sus ganancias a toda costa. La propia falta de concreción terminológica y las dificultades para el establecimiento de estándares reflejan la presión que ejerce dicho capital tanto en los gobiernos como en los organismos económicos internacionales a la hora de proteger sus "refugios de oro", además de acrecentar su disponibilidad, extendiendo sus prácticas.

Los paraísos fiscales tampoco pueden considerarse como "territorios aislados en islas lejanas gobernados por hombres con poca ética". Porque en primer lugar, se encuentran plenamente integrados en el sistema económico internacional, y muchos de ellos se encuentran en territorios continentales, poblados y con una gran actividad económica. En segundo lugar, un buen número de ellos dependen directa o indirectamente de la jurisdicción de algunos países desarrollados poderosos y muchos de ellos son países independientes "respetables" a ojos de Occidente y además, normalmente, gozan de una buena imagen internacional, sin olvidar que muchos de ellos se encuentran en la Unión Europea. En tercer lugar, muchas de sus prácticas se llevan a cabo en países con regímenes fiscales "normales", más o menos laxos, donde habitualmente se ofrecen ventajas fiscales o de otro tipo para los no residentes. Y en cuarto lugar, en la práctica, los paraísos fiscales suelen tener "las espaldas bien cubiertas" ante la presión social que puede surgir para su eliminación o su control. Además, los elevados volúmenes de capital que manejan,

tanto en términos absolutos como relativos, así como la procedencia de éstos, reflejan que su presencia y relevancia son considerables.

También es de señalar que dichas jurisdicciones nacen ya a finales del siglo XIX y se desarrollan ya antes de los años setenta, época en la que comienza el neoliberalismo. Por tanto, si bien es cierto, como ya se ha indicado previamente, que el neoliberalismo y sus medidas favorecen el auge de los paraísos fiscales, éstos no pueden asociarse sólo a dicha modalidad de gestión del capitalismo, sino a la propia lógica del sistema, dado que de hecho el mismo neoliberalismo no es sino fruto de la presión que ejerce el capital sobre el trabajo con el fin de ir minando las conquistas sociales históricas del movimiento obrero y de otros movimientos sociales, y los paraísos fiscales están plenamente integrados en esa orientación claramente clasista a favor de la gran burguesía internacional.

De este modo, se concluye que efectivamente los efectos de los paraísos fiscales en materia de desarrollo son perjudiciales en todos los ámbitos estudiados, con especial relevancia para los países subdesarrollados, y más aún para los sectores más vulnerables de la población. Por ello, puede decirse que los paraísos fiscales son uno de los obstáculos más importantes para el desarrollo de los países y de las poblaciones pobres del mundo en todas las áreas de la economía, de la política y de la sociedad, con unos efectos devastadores, mucho más amplios e intensos de lo que podría parecer a simple vista, no sólo por los elevados volúmenes de recursos que expolian, sino por su gran integración en la misma raíz del sistema económico internacional. Por ello, lejos de ser "puntos oscuros" a maquillar, constituyen realmente una las "joyas de la corona" del capitalismo, por los elevados beneficios que reportan a sus usuarios.

Por tanto, la única vía coherente de actuar es la lucha abnegada contra los paraísos fiscales, pero no desde un punto de vista superficial, es decir, que lleve a considerar los paraísos fiscales como el problema en sí. Tampoco se puede reclamar a aquellos agentes e instituciones que los defienden y que defienden y se benefician de ellos y de sus bases estructurales a que actúen en su contra, porque

eso significa la renuncia a llevar a cabo una lucha efectiva. Por el contrario, se concluye que se debe actuar desde un análisis amplio e integrado de todo aquello que genera, fomenta y presiona a favor de dichas jurisdicciones y planteando alternativas que modifiquen por completo las bases sobre las que los paraísos fiscales se sostienen, que no son otras que las proporcionadas por el sistema capitalista y todas las instituciones que lo apuntaban. Sólo eliminando la enfermedad, es decir, superando el capitalismo, se podrán eliminar sus síntomas, en este caso los paraísos fiscales, que suponen grandes obstáculos para el desarrollo y para la mejora de las condiciones de vida de los sectores populares y de los países empobrecidos[120].

Existen muchas iniciativas en la recaudación tributaria en la Región, y que a continuación indicamos los más importantes[121]:

Reforzar los acuerdos fiscales en la región para poner nuevamente en marcha un círculo virtuoso de mejores servicios públicos y una mayor disposición a pagar los impuestos. No se puede lograr la justicia social sin la justicia tributaria.

Llevar a cabo amplias reformas de los códigos tributarios para reequilibrar los impuestos directos e indirectos, trasladando la carga fiscal desde el trabajo y el consumo hacia el capital, la riqueza y los ingresos asociados, a través de impuestos como por ejemplo los que gravan las transacciones financieras, la riqueza, las herencias y las ganancias de capital. Todos los actores económicos deben aportar según su capacidad real. Los que tienen más (individuos adinerados y grandes empresas) deben pagar más.

---

[120] La CEPAL y OXFAM han publicado un interesante libro titulado "Tributación para un crecimiento inclusivo". Dicho documento fue preparado por Susana Ruiz Rodríguez, Responsable de Justicia Fiscal de Oxfam, Rosa Cañete Alonso, Coordinadora de la Campaña contra la Desigualdad en América Latina y el Caribe de Oxfam, Michael Hanni, Oficial de Asuntos Económicos, Ricardo Martner, Jefe de la Unidad de Asuntos Fiscales y Daniel Titelman, Director de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en la cual se analiza la Tributación en América Latina. 2016.

[121] Idem

Crear programas regionales integrados para abordar competencias tributarias dañinas que provocan una espiral improductiva. Es posible mejorar el entorno de inversión a través de medidas que no sean incentivos tributarios. Las decisiones deben estar precedidas por un análisis de costo-beneficio para medir el impacto social y es necesario contar con plena transparencia y rendición de cuentas en los presupuestos nacionales.

Concordamos con las propuestas de la CEPAL y OXFAM (2016)[122], que indica: otorgar prioridad a la erradicación de la evasión y la elusión de impuestos, a través del compromiso de lograr una reducción del 50% en un plazo de cinco años y una reducción del 75% en diez años.

Crear un plan de acción regional agresivo, que combine acciones coordinadas para dar cohesión a las leyes tributarias nacionales y una estrategia regional para combatir el uso de paraísos fiscales mediante una lista negra regional, con sanciones automáticas aplicadas a los países, corporaciones e individuos que hagan uso de los paraísos fiscales para reducir los impuestos que pagan. La evaluación, monitoreo e informes por pares constituirán elementos cruciales.

Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o con nombres manifiestamente ficticios: deberían estar obligadas (por leyes, reglamentos, acuerdos con las autoridades de supervisión o acuerdos de autorregulación entre las instituciones financieras) a identificar, sobre la base de un documento oficial o de otro documento de identificación fiable, a sus clientes ocasionales o habituales, y a registrar esa identificación cuando entablen relaciones de negocios o efectúen transacciones (en particular, la apertura de cuentas o libretas de ahorro, la realización de transacciones fiduciarias, el alquiler de cajas fuertes o la realización de transacciones de grandes cantidades de dinero en efectivo).

---

[122] Alan Emilio Matos Barzola hace un resumen de las propuestas de la CEPAL y OXFAM sobre "Tributación para un Crecimiento Inclusivo". Marzo 2016. Disponible en: https://alanemiliomatosbarzola.wordpress.com/tag/peru-2016/ Consultado el 07/03/2017.

Entendemos que los organismos internacionales –la OCDE, el FMI, el G20– a pesar del discurso de combate a los paraísos fiscales, mantienen una arquitectura financiera internacional favorable al sector financiero y desfavorable a los pueblos. El libre flujo de capitales y muchas de las exenciones al capital (financiero y productivo) fueron establecidas por medio de acuerdos con el FMI, en los cuales la deuda pública fue el instrumento de chantaje[123].

Por último en cuanto a los problemas que generan la existencia y proliferación de estos territorios con ventajas fiscales, se pueden resumir en cinco puntos clave:

- Roban impuestos a otros países, con lo que reducen su capacidad de financiación.
- Aumenta la desigualdad tanto local como mundial, ya que los Estados no pueden dedicar ese dinero a la protección de sus ciudadanos.
- Socavan las democracias, puesto que su capacidad de atracción de capitales les concede gran poder y obligan a los estados a plegarse y ceder ante la presión que ejercen.
- Contribuyen a generar y aumentar el efecto de la crisis.
- Dan cobijo a delincuentes, tanto financieros como de cuello blanco, terroristas o narcotraficantes.

La delincuencia organizada y las prácticas corruptas van de la mano: la corrupción facilita las actividades ilícitas y dificulta las intervenciones de los organismos encargados de hacer cumplir la ley. La lucha contra la corrupción es, por lo tanto, esencial para combatir la delincuencia organizada. Es más, se ha establecido un nexo entre la delincuencia organizada, la corrupción y el terrorismo. Algunos grupos terroristas, por ejemplo, han recurrido a la delincuencia organizada para financiar sus actividades[124].

---

[123] Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos - Latindadd. América Latina: paraíso fiscal de los rentistas. Un análisis crítico de los criterios de clasificación de paraísos fiscales. op. cit., p. 23.

[124] SALAZAR AREVALO, José Luis. Cooperación Internacional en la Lucha contra el crimen organizado. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2199/10.pdf Consultado el 07/03/2017.

Por consiguiente, la promulgación de una legislación apropiada, el fomento de la capacidad de hacer cumplir la ley y la promoción de la cooperación internacional para luchar contra las actividades de la delincuencia organizada y las prácticas corruptas conexas, también fortalecen la capacidad de combatir el crimen organizado trasnacional.

XIV. GLOSARIO

Aquí ofrecemos una selección de términos básicos para la comprensión crítica del mundo financiero que alimenta el fenómeno de los paraísos fiscales.[125]

ACTIVOS FINANCIEROS: Son acciones de empresa, cuentas remuneradas, bonos u obligaciones, fondos de inversión colectivos, derechos económicos sobre bienes, títulos de valores de naturaleza mobiliaria, depósitos bancarios, participaciones en fondos de inversión, contratos de futuro, opciones, derechos derivados de contratos de seguros, etc. Todos ellos pueden ser objeto del comercio financiero mundial.

APALANCAMIENTO (*leverage*): Es el endeudamiento excesivo, muy por encima del capital propio en un setenta u ochenta por ciento, permitido por la ausencia de limitaciones legales y facilitado por la abundancia crediticia, que incentiva las grandes operaciones para la adquisición de empresas, bancos y activos financieros en general. Es una de las causas de la crisis financiera y económica.

ARBITRAJE REGULATORIO (*regulatory arbitrage*): Es una práctica generada por la libertad de movimientos internacionales de capitales y las diferencias existentes entre legislaciones nacionales en materia fiscal y en supervisión, que busca contabilizar o articular las operaciones financieras aprovechando la mayores ventajas fiscales y menores controles que se ofrecen algunas jurisdicciones, como es el caso de los paraísos fiscales.

---

[125] HDEZ VIGUERAS Juan. AL RESCATE DE LOS PARAÍSOS FISCALES LA CORTINA DE HUMO DEL G-20. op. cit., p. 123.

ASSET-BACKED SECURITIES (ABS): Son títulos valores respaldados por activos como resultado del procedimiento llamado titulización. Según algunas fuentes, en 2007 superaban los 3,5 billones de dólares en los EE.UU. y los 650.000 millones en Europa. Estos títulos e instrumentos o vehículos de la especulación financiera reciben denominaciones diversas según las peculiaridades percibidas por los profesionales iniciados del sector. Así sucede con los Asset Backed Commercial Paper Conduit (ABCP), que a su vez pueden concentrarse en algún tipo concreto de inversión y recibir nombres distintos.

CONDUIT: Es una modalidad de entidades para gestionar valores respaldados por activos (ABS) que funcionan como vehículos (conductos) especiales establecidos por las entidades financieras para situar carteras de valores de riesgo fuera de balance. En Europa se denominan *conduits* a aquellos vehículos que compran activos titulizados con vencimiento a corto plazo, mientras que se suelen denominar *structured investment vehicles* (SIV) cuando adquieren activos titulizados con vencimiento a largo plazo. A su vez, las denominaciones indican el grado de apalancamiento y de riesgo.

COLLATERALIZED DEBT OBLIGATIONS (CDO): Son otra modalidad de títulos valores respaldados por activos (ABS) cuyo valor y pago se deriva de una cartera de activos subyacentes de renta fija, agrupados en diferentes clases según el riesgo previsto. La crisis ha demostrado que más que diversificar el riesgo, sirven para extenderlo.

CREDIT DEFAULT SWAPS (CDS): Es una modalidad de seguro contra el impago del tomador de un préstamo (prestatario) o del titular del bono, que como activo derivado de crédito resulta negociable en los mercados integrados mundialmente. En un principio era un razonable seguro del crédito otorgado, pero al titularizarse como derivado de crédito se convirtió en un instrumento de especulación en el casino mundial de los seguros de empresa. Como título, su valor depende del riesgo que se deriva del crédito subyacente. La crisis le ha convertido en un valor tóxico, sin mercado, que sigue estando en las carteras de todas las grandes compañías y de los bancos importantes.

DESREGULACIÓN FINANCIERA: Alude al hecho de la carencia de normas legales o a la no aplicación de las establecidas para el funcionamiento de los bancos y los mercados financieros. Es el resultado de decisiones políticas de finales de los años ochenta y noventa que suprimieron la intervención de las autoridades públicas, impulsando la liberalización de la banca y las finanzas de regulaciones y controles estatales sin que fueran reemplazadas por normas a escala internacional o en el ámbito de la Unión Europea, lo que generalizó la libertad de los movimientos internacionales de capitales. Esa libertad sin control político ha dado lugar a la denominada innovación financiera, a la aparición continua de nuevos productos financieros con raras denominaciones que ninguna autoridad pública controla realmente y que solamente los círculos profesionales implicados saben explicar, aunque gozan del respeto reverencial de autoridades, expertos oficiales y medios de comunicación, como se ha puesto de manifiesto en estos dos últimos años.

FINANCIARIZACION (de la economía): Es la expresión para identificar el desarrollo desmesurado del negocio puramente financiero, disociado de la economía productiva, con la que apenas guarda relación y que no atiende a la necesidad de medios de pago y de crédito requeridos por la economía sino al afán especulativo de bancos y demás operadores. Tiene su manifestación extrema en la centralidad de lo financiero en la vida económica, generando el endeudamiento de las familias, empresas y gobiernos por encima de su solvencia real. También se denomina FINANCIACIÓN DIRECTA porque gobiernos, bancos, empresas y particulares tienen que acudir directamente a las bolsas y mercados de capitales para rentabilizar su ahorro mediante la compra y venta de productos financieros y para la obtención de préstamos y financiación sin la intermediación de los bancos.

FINANZAS ESTRUCTURADAS (*Structured finance*): Es un término genérico que describe un sector de las finanzas creado para facilitar la difusión de los riesgos de la especulación financiera, empleando entidades legales y empresariales complejas a menudo

localizadas en países y territorios considerados paraísos fiscales, logrando así su exclusión de la contabilidad oficial. Esta dispersión de riesgos se lleva a cabo mediante la titulización de diferentes activos financieros (por ejemplo, hipotecas, cobros pendientes de tarjetas crédito, préstamos concedidos, etc.) y ofreciendo así nuevas fuentes de financiación del consumo. Estos mecanismos desregulados están en el origen de las burbujas de crédito en los años 2000 y de la crisis financiera que estalló en 2007.

HEDGE FUNDS: Son fondos de inversión colectiva denominados en español fondos de alto riesgo y también fondos de cobertura. Están destinados a la pura especulación en los mercados financieros mediante operaciones de alto riesgo de las que logran altas rentabilidades, generalmente gracias al apalancamiento; es decir, al endeudamiento muy por encima de sus recursos propios. Generalmente se rigen sólo por sus estatutos y suelen estar registrados en paraísos fiscales (la mayoría en las Islas Caimán), pero son admitidos en todas las bolsas y mercados del mundo. Recientemente, la Comisión Europea ha planteado su regulación.

SOCIEDAD OFFSHORE O EXTRATERRITORIAL: Es una sociedad mercantil instrumental que realiza operaciones comerciales internacionales fuera de la jurisdicción donde está registrado su domicilio (por lo general, un paraíso fiscal), pero aprovechando sus extenciones fiscales y la posibilidad de ocultar la verdadera identidad del dueño, sin ninguna actividad económica local. En la terminología de los organismos internacionales, se denominan International Business Corporation/Company (IBC).

SPECIAL PURPOSE VEHICLE (SPV): Es un instrumento con fines especiales como entidad legal, ordinariamente una sociedad mercantil limitada, creada para cumplir objetivos muy específicos y temporales en el negocio financiero. Otras denominaciones alternativas son Special Purpose Entitiy, Special Investment Vehicles y Structured Investment Vehicles. Ante todo, son mecanismos para llevar a cabo procesos de titulización con dispersión de los riesgos del negocio, mediante su domiciliación en jurisdicciones opacas que

permiten segregar esas operaciones de la contabilidad oficial del banco o entidad matriz.

SUBPRIME: Se refiere a la modalidad de créditos hipotecarios sin garantías (subprime mortgages credits) concedidos con altos intereses por los bancos de los EE.UU. a particulares de escasos recursos económicos propios y de dudosa solvencia para afrontar su amortización. Como esas deudas fueron titulizadas por los bancos y entidades hipotecarias, los impagos por enfermedad o desempleo del titular de la hipoteca, que eran la rentabilidad de esos valores subprimes, provocaron la congelación de sus transacciones, dado que estaban respaldados por esos créditos hipotecarios vendidos a cualquier entidad o particular del mundo, desencadenando primero incertidumbre, desconfianza y crisis financiera, y después económica. Son parte de los llamados activos tóxicos.

TITULIZACIÓN (Securitization): Es un procedimiento legal aplicado por bancos y entidades financieras para recaudar dinero fresco u obtener nueva financiación de los inversores mediante la conversión de una masa de activos financieros propios en títulos valores (ABS) negociables en los mercados. Cualquier activo financiero puede titulizarse mientras esté asociado a la generación de ingresos en efectivo. De este modo, los créditos hipotecarios, por ejemplo, concedidos por un banco, se convierten en títulos valores que se comercializan en las bolsas y demás mercados; y cuya venta permite a este banco obtener nuevos fondos para proseguir la concesión de préstamos a empresas y particulares, manteniendo bajas cifras de capital propio. La base del negocio está en los ingresos previstos por las amortizaciones del activo subyacente. Precisamente al fallar esos ingresos se produjo la restricción del crédito en los mercados interbancarios (*credit crunch*) que significó la congelación de operaciones financieras globales, dando lugar a situaciones de falta de liquidez y de insolvencia bancaria, con los consiguientes rescates con dinero público.

CRIMEN ORGANIZADO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA

INTRODUCCIÓN

La globalización está presente en la realidad cotidiana del actuar humano, en todos los aspectos, representando grandes oportunidades para hacer negocios lícitos, haciendo crecer las economías y las posibilidades de desarrollo para los ciudadanos y las naciones. Por otra parte, ha incrementado el intercambio de información, para acercar a los individuos, sus pueblos y sus organizaciones[126].

Sin embargo, estos avances tecnológicos también han tenido efectos negativos, incrementando la desigualdad en el acceso a los recursos económicos y permitiendo que grupos de delincuentes aprovechen esas oportunidades para cometer delitos transnacionales como el narcotráfico, el tráfico de personas, el lavado de dinero y el incremento de la corrupción. Como consecuencia, las organizaciones transnacionales delictivas son capaces de atentar contra las sociedades, su forma de gobierno y la seguridad de sus ciudadanos[127].

En este sentido, resulta particularmente ilustrativo lo que expone Ferrajoli para destacar el significado de la globalización y los cam-

---

[126] Interesante libro, *Fenomenología criminal y criminología comparada.* HERRERO HERRERO CÉSAR, la cual se desarrolla como ciencia y su contenido histórico, p. 91.

[127] BUSCAGLIA, Edgardo, GONZALES, Samuel, FUMARULO, Stefano y PRIETO César, han escrito un interesante artículo titulado: *Delincuencia organizada y terrorismo. Su combate a través de la Convención de Palermo.* Con respecto a los instrumentos internacionales contra el terrorismo manifiestan que desafortunadamente la implementación de las Convenciones de las Naciones Unidas sobre el tema del terrorismo no ha sido regular.

bios para entender la cuestión criminal[128]. En efecto, señala que la forma de criminalidad que constituye una amenaza más grave para los derechos, la democracia y la paz es la criminalidad del poder, la que se manifestaría de tres formas: la criminalidad organizada; la de los crímenes de los grandes grupos económicos, y la de los crímenes de los poderes públicos. Para Ferrajoli, no se trata de fenómenos que deban entenderse por separado ni tampoco son diversos entre sí, sino que pueden actuar todos coludidos; es decir, se puede estar ante poderes criminales, económicos y políticos[129]. La primera de estas formas, a saber, el crimen organizado ha ido adquiriendo un particular desarrollo, constituyendo hoy por hoy en uno de los sectores más florecientes y rentables de la economía internacional[130].

En lo que se refiere a las otras dos formas de criminalidad de poder, Ferrajoli afirma que la constituida por los grandes grupos económicos se manifiesta en la corrupción, apropiación de recursos naturales y devastación del medio ambiente[131]. Precisamente es en esta esfera donde se aprecian más nítidamente los efectos de la globalización, por la ausencia o vacío de Derecho público, que se manifiesta en el desarrollo de poderes desregulados que tienen como único propósito el beneficio y la autoacumulación.

En cuanto a la tercera expresión de criminalidad del poder, referida a la acción de los poderes públicos, se manifiesta, según Ferrajoli, en formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, poniendo de manifiesto una clara desviación de orden institucional. Se exterioriza a través de una evidente convivencia con los grupos económicos, pues estos últimos se valen del aparato público para la consecución de sus objetivos –una especie de apoderamiento privado de la cosa pública– [132].

---

[128] FERRAJOLI, Luigi (2009). *Criminalidad y globalización.* En Carbonell, Miguel/ Vásquez, Rodolfo (Comp.), Globalización y Derecho. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 147 y ss.

[129] FERRAJOLI (2009), p. 148.

[130] FERRAJOLI (2009), p. 148, destaca que en la criminalidad organizada se presenta una estratificación de clase, dado que la pequeña criminalidad es, a su vez, explotada por la gran criminalidad compuesta por grupos dirigentes.

[131] FERRAJOLI (2009), p. 149.

[132] FERRAJOLI (2009), pp. 149-150.

Es por ello que se habla de una captura del Estado, en el entendido de que individuos, empresas o grupos, al aprovecharse de sus contactos o asociaciones ilícitas, obtienen ganancias o facilitan actuaciones que a otros particulares no les serían permitidas. Tiene lugar una colusión particular entre lo público –ya sea funcionarios, legisladores o políticos– y los privados en que se definen políticas públicas, se obtienen ventajas contractuales, favoreciendo de este modo solo a unos pocos, alterando las reglas de igualdad entre quienes intervienen en una determina actividad[133].

I. CRIMEN ORGANIZADO

La criminalidad organizada[134] es quizás la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización. En ese sentido, Sánchez García de la Paz ha afirmado que el crimen organizado constituye uno de los fenómenos más característicos de

[133] Así lo exponen, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ OSSADÓN WIDOW, Magdalena (2008). *Delitos contra la función pública.* 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 58-59, quienes afirman que la corrupción pública modifica las reglas del juego, al dar lugar a una desigualdad oculta y mecanismos que son perversos para el desarrollo. En el caso italiano, esta captura se puede apreciar en los contratos que organizaciones mafiosas han celebrado con la administración pública para el tratamiento de los residuos tóxicos –la llamada Ecomafia–. Sobre el punto, Plantamura, Vito (2007). "Ecomafia, reatiassociativi e diritto penale dell'economia". Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, pp. 73 y ss.; Lo Monte, Elio (2003). "Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività". En Patalano, Vincenzo (ed.), Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale. Turín: Giappichelli, pp. 235 y ss.

[134] Denominada también crimen organizado. Sobre su definición no existe un consenso, tal como lo señalan diferentes autores. Los términos "crimen organizado", "delincuencia organizada" y "criminalidad organizada" son el mismo fenómeno visto por diferentes operadores del sistema penal. El término "delincuencia organizada" es una definición que proviene del derecho, "crimen organizado" es la traducción del inglés *organised crimen*, y la de "criminalidad organizada" es un término empleado en los ámbitos criminológicos. También las diferentes definiciones pueden venir dadas, porque el crimen organizado es un fenómeno dinámico con un funcionamiento empresarial que constantemente se adapta a las nuevas condiciones socioeconómicas, ver BLANCO, I. (1997). *Criminalidad Organizada y mercados ilegales.* Citado por MARTINEZ MARTINEZ José. Tesis doctoral: *Estrategias Multidisciplinarias para prevenir el crimen organizado.* Universidad de Barcelona. 2015. p. 11.

la criminalidad desde el último tercio del siglo XX y, según todos los indicios, va a ser igualmente dominante en el siglo XXI[135].

En dicho contexto, no se puede olvidar, como ya apuntó Gonzáles Rus, que el tratamiento penal de la criminalidad organizada ha despertado en los últimos tiempos un creciente interés por parte de la doctrina[136]. Con ello no se quiere decir que antes no existían crímenes asociados a organizaciones –basta tener presente el delito de asociación ilícita– sino más bien, que los nuevos tiempos favorecen su conformación[137].

Laura Zuñiga Rodríguez[138], indica que son tres las características para definir la criminalidad organizada: a) organización[139]; b) finalidad[140] y c) comisión de delitos graves[141]. Eso no quiere decir

---

(135) SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, I.: *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, edit. Dykinson, Madrid, 2009, p. 21.

(136) GONZÁLES, J.J.: *Asociación para delinquir y criminalidad organizada.* (Sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –Caso Filesa–), Actualidad Penal, núm. 27, 2000, p. 561. Citado por José María Suárez López. Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la delincuencia organizada. Universidad de Granada. 2012.

(137) CARNEVALI, Raúl. *La Criminalidad Organizada.* Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. Ius et Praxis, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 273-330 Universidad de Talca. Talca, Chile.

(138) Citado por ORÉ SOSA, Eduardo en: *Organización Criminal. A Propósito de la Ley 30077. Ley contra el crimen organizado.* Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf el 18/09/2016.

(139) La unión de dos o más sujetos para lograr una finalidad común, que no es otra que el fin de lucro, pero que necesariamente tiene que ser su obtención mediante la comisión de delitos graves. La organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización. La estructura denota la división de funciones dentro de la organización, que puede ser jerárquica u horizontal, pero que en todo caso determina un reparto de roles.

(140) Las organizaciones criminales buscan la obtención del mayor beneficio económico posible, aprovechando las altas ganancias que genera el tráfico ilícito, en relación con la mínima inversión.

(141) Desde un punto de vista sociológico, se trata del uso de la violencia, que desde el punto de vista jurídico adquiere relevancia penal por la tipificación de la misma como delitos graves.

que no pueden concurrir otras características como transnacionalidad, ánimo de poder, vinculación con el medio empresarial, dominio del mercado ilícito, entre otros, pero estas serían contingentes; en otras palabras, se pueden agregar o no a ese núcleo. Entonces, podemos apreciar que cuantas más características se consideran más compleja y con mayor criminógena será la organización.

En esa misma dirección, entonces podemos afirmar que de acuerdo al Congreso Internacional de Derecho Penal de Budapest, de 1999: *"El crimen organizado está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves como medio para conseguir beneficio y/o para obtener influencia política"*[142].

Ante ello, se encuentran como mínimo tres razones que explican por qué los organismos públicos y los expertos en el tema no se ponen de acuerdo respecto a la noción de delincuencia organizada. En primer lugar, algunas definiciones han sido formuladas como reflejo de casos concretos. Así, el crimen organizado en Italia, y en un principio también en Estados Unidos, sería asimilado al modelo de la mafia siciliana; en Colombia, a los cárteles de la droga; en Rusia, a las denominadas "mafias rusas", surgidas tras el derrumbe de la Unión Soviética, etc. En segundo lugar, no es fácil llegar a una definición que pueda aplicarse a la amplia gama de formas y propiedades características de las diversas organizaciones criminales. Y, por último, desde hace años existe una importante controversia sobre el rango de aplicabilidad más adecuado para el concepto de crimen organizado.Pero antes de entrar en el contexto de la definición, se debe matizar que en estas páginas se nombrarán de forma indistinta las expresiones *crimen organizado* y *delincuencia organizada*, ya que a ambas dicciones se las consideran sinónimas.[143]

---

[142] AIDP, Carta informativa, 1999/1, p. 117. Citado por Zuñiga, R. Laura en: *Criminalidad Organizada y Derecho Penal, dos conceptos de difícil conjunción.* Universidad de Salamanca. Recuperado de: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/sesion_1_criminalidad_organizada_y_derecho_penal_dos_conceptos_de_dificil_conjuncion.pdf El 13/09/2016.

[143] GARCÍA COLLANTES, Ángel. *Delimitación conceptual de la delincuencia Organizada.* 2014. Recuperado de: file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-DelimitacionConceptualDeLaDelincuenciaOrganizada-4750893.pdf el 13/09/2016.

Una de las afirmaciones que se pueden hace sobre el crimen organizado es que existe para hacer dinero, es en esencia una empresa económica, que normalmente se ha diversificado en lo local y en lo transnacional. El crimen organizado no tiene ideología ni principios políticos, lo que la diferencia de otras organizaciones, por ejemplo, las organizaciones terroristas, aunque unas y otras pueden compartir métodos y tácticas de violencia.[144] Cuando el crimen organizado entra en el ámbito político, por ejemplo como sucede en Rusia o Taiwán, lo hace con la exclusiva finalidad de favorecer aún más sus intereses. El crimen organizado por lo tanto medra y se sostiene a través de la oferta de servicios de los que existe una fuerte demanda pero que básicamente son ilegales o escasos, como ejemplo, algunos de los bienes ilícitos son, la adopción de bebés, las drogas, tráfico de animales y plantas exóticas, el tráfico de armas ilegales, tráfico de órganos humanos, el tráfico de niños y los objetos robados, y entre los servicios ilegales están el juego, el lavado de dinero y el sexo, la pornografía infantil.[145]

Por último, la mayoría de los autores identifican tres áreas como los principales objetos del impacto de la existencia de la criminalidad organizada: el sistema económico y financiero, el orden público y el sistema político[146].

II. ANTECEDENTES DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

La lucha frontal contra el crimen organizado[147] y los delitos de asociación para delinquir no es nuevo, ni es iniciativa de nuestros

---

[144] MURILLO ZAMORA, Carlos. *El crimen transnacional organizado como insurgencia no política: la experiencia Centroamérica.* Disponible en: http://www.redalyc.org/pdf/3596/359646673005.pdf Consultado el 07/03/2017.

[145] RIVERA CLAVARIA, Julio. El crimen organizado. Instituto de Estudios de Seguridad. Guatemala 2011.

[146] LAMPE, et al. (2006), pp. 36-37.

[147] La criminalidad es tan vieja como la historia de la humanidad, desde los contrabandistas y el negocio ilícito de la seguridad y protección en la antigua Roma, pasando por todo el entramado de las estructuras que florecieron con la piratería en el siglo XVII hasta llegar a los ciber delincuentes actuales y a un

legisladores. De esta manera, para comprender el delito de asociación para delinquir, es menester estudiar la delincuencia organizada desde sus bases legales, y así conocer su estructura jurídica pasando por los elementos que la componen. Tal como lo proponemos estudiar, ya lo hace un fenómeno complejo de aprehender en concepciones teóricas y, aún más, en leyes penales, porque es cambiante, proteico y adopta diversas manifestaciones. Como habrá podido deducir el lector, es que no existe un consenso común sobre lo que es la criminalidad organizada, y las representaciones sociales varían de un país a otro[148].

En el derecho romano, el hecho de pertenecer a asociaciones no autorizadas era castigado como *crimen extraordinarius* y si atentaba contra la cosa pública se consideraban como delito de lesa majestad[149].

El término crimen organizado comenzó a ser usado con cierta regularidad a partir de 1919, por una institución norteamericana llamada "La Comisión del Crimen de Chicago" ("The Chicago Crime Comission"), organización cívica formada principalmente por hombres de negocios, banqueros y abogados, creada con el fin de promover diversos cambios en el sistema penal de justicia.[150] Bajo el empleo del término crimen organizado, tal comisión no identificaba a organizaciones criminales, sino más bien relacionaba aquel fenómeno, de forma mucho más amplia, con una clase criminal que, estimaba, se

---

comercio global específico en el segmento de drogas de un valor aproximado de 500,000 millones de dólares al año. En RIVERA CLAVERÍA, Julio. *Crimen Organizado.* Instituto de Estudios de Seguridad. Guatemala, 2011.

[148] La criminalidad organizada planteada así, es que viene siendo abordada desde diferentes disciplinas como la antropología, psicología, económica, política, sociología, jurídica.

[149] GRISOLOÍA, Francisco. *El Delito de Asociación Ilícita.* Revista Chilena de Derecho, Vd. 31 N" 1, pp. 75-88 2004. Universidad de Chile. Recuperado de file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-ElDelitoDeAsociacionIlicita-2650462%20(1).desbloqueado.pdf

[150] MALAMUD HERRERA, Samuel. El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Enero-Abril. 2016. VOL. 7 N° 1.

encontraba compuesta por más de "10.000 profesionales del crimen" (en Chicago) quienes "percibirían el crimen como un negocio"[151].

Ya a partir de 1930, el concepto de crimen organizado comienza a ser empleado fuera de Chicago. Sumado a esto el término variaría notablemente, ya no se referiría de forma ambigua a una clase criminal, sino más bien a pandilleros y extorsionadores ("gangsters and racketters"), los cuales conformaban bandas, sindicatos y organizaciones criminales, siguiendo las órdenes de grandes jefes que operaban como poderosos líderes del crimen organizado.[152] De forma conjunta con este nuevo entendimiento, se produjo un giro decisivo: el crimen organizado dejó de ser percibido como el producto de condiciones que podían ser remediadas a través de reformas sociales o políticas. En lugar de aquello, para enfrentar tal amenaza, el énfasis se centró en una aplicación más vigorosa de la ley y del orden público[153].

Desde finales de la década de los treinta hasta los últimos años de 1940, el concepto de crimen organizado había desaparecido del debate público en Norteamérica. No sería sino hasta 1950 que retornaría a través de una investigación acerca del crimen organizado en ámbitos de comercio interestatal, llevada a cabo por un Comité especial del Senado estadounidense, la que por estar presidida por el senador *Estes Kefauver* pasó a denominarse el "*Comité Kefauver*". Tal comisión centró su atención en un grupo de figuras del bajo

---

[151] LAMPE (2001) p. 104. Como señala el autor, puede apreciarse que esta concepción dista mucho de la imagen de las "mafias globales" que hoy dominan la comprensión del crimen organizado. Citado por Samuel Malamud Herrera en su artículo: *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción.* Revista Chilena de Derecho y Ciencia política. Vol. 7, Nº 1. Universidad Central de Chile, 2106.

[152] LAMPE (2001), p. 105. Citado por Samuel Malamud Herrera en su artículo: *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción.* Revista Chilena de Derecho y Ciencia política. Vol. 7, Nº 1, Universidad Central de Chile, 2106.

[153] LAMPE (2001), p. 105. Citado por Samuel Malamud Herrera en su artículo: *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción.* Revista Chilena de Derecho y Ciencia política. Vol. 7, Nº 1, Universidad Central de Chile, 2106.

mundo, provenientes de Chicago y Nueva York, quienes eran sospechosas de controlar operaciones ilegales de juegos y apuestas, y a la vez de poseer considerable influencia sobre diversas autoridades municipales[154].

En fin, dicho comité concluyó que numerosos grupos criminales extendidos en el vasto territorio de EE.UU., se encontrarían unidos entre sí, de forma centralizada, por una "siniestra organización criminal conocida como Mafia".[155] [156]

Ahora bien, la existencia de una variada e inexacta gama de conceptos de crimen organizado, no ha impedido que distintas organizaciones inter y supranacionales y ciertos estados –estados centrales, naturalmente[157]- hayan presionado para que los estados latinoamericanos armonicen sus ordenamientos y adopten medidas legislativas que busquen prevenir y luchar contra el crimen organizado[158].

---

[154] LAMPE (2001), p. 105. Citado por Samuel Malamud Herrera en su artículo: *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción.* Revista Chilena de Derecho y Ciencia política. Vol. 7, Nº 1, Universidad Central de Chile, 2106.

[155] PAOLI (2002) p. 53; así también: LAMPE (2001) p. 105 Citado por Samuel Malamud Herrera en su artículo: *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción.* Revista Chilena de Derecho y Ciencia política. Vol. 7, Nº 1, Universidad Central de Chile, 2106.

[156] La Mafia existe desde hace cientos de años, donde se encuentra en primer lugar y sobre todo en la singular cultura de Sicilia, algunos sostienen que el sur de Italia, hogar de la Ndrangheta Calabresa, la Camorra Napolitana y la más reciente, la Sacra Corona Unita, también puede ostentar la condición de ser el origen de las asociaciones mafiosas. En RIVERA CLAVERÍA, Julio (...) pag. 4.

[157] En donde cabe un lugar destacado para los EE.UU, siendo la política criminal de tal nación la más influyente a escala planetaria, VOGEL (2005), pp. 117-118. Profundiza esto último: «Las influencias se producen en el plano político mediante contactos informales entre cuerpos de policía, organismos del gobierno y políticos, pero también a través de presión diplomática abierta, jurídicamente, a través de tratados internacionales que lleva la letra de los EE.UU., y últimamente por medio de resoluciones del Consejo de Seguridad impulsadas por los Estados Unidos», p. 118.

[158] MALAMUD HERRERA, Samuel. *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción.* Revista Chilena de Derecho y ciencia Política. Enero-Abril. 2016. Vol. 7, Nº 1.

En los últimos veinte años se vienen sucediendo una serie de instrumentos normativos internacionales que ponen de manifiesto la especial preocupación que existe sobre el tema[159]. En la esfera de las Naciones Unidas comenzó a tratarse este tema a través del llamado Plan Mundial de acción de Nápoles contra la delincuencia organizada transnacional de 1994, que luego fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de diciembre de 1994[160]. Más adelante, tras una serie de reuniones y seminarios internacionales se aprobó en 2000 la Convención de Palermo –lo mencionaremos más adelante– la que contiene importantes disposiciones. En efecto, amén de la definición de grupo organizado, se dispone, entre otras medidas, la responsabilidad de las personas jurídicas –art. 10– y el decomiso o confiscación –art. 12–.

Existe una evolución legislativa internacional sobre las asociaciones ilícitas o mafiosas y están contenidas, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la que la Convención define que el "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.[161]

---

[159] ZÚÑIGA, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, pp. 48 y ss.; Nunzi, "La convenzione", cit. nota n. 13, pp. 213 y ss.

[160] Ver En: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/769/54/PDF/N9576954.pdf?OpenElement [visitado el 12/06/2010]. Cfr. MICHELINI, Gualtiero; POLIMENI, Gioacchino, "*Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazione Unite contro il crimine organizzato transnazionale*", en Rosi, Elisabetta (Edit.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, Ipsoa*, Milán, 2007, pp. 8 y ss. Citado por CARVENALI, Raúl: La Criminalidad Organizada. Una aproximación al Derecho Penal Italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. Ius et Praxis, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 273-330 Universidad de Talca, Talca, Chile.

[161] En diciembre del 2000 las Naciones Unidad suscribe en Palermo (Italia) *La convención de las naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y su protocolos.*

Es necesario subrayar que esto fue posible como parte de un proceso de evolución de las legislaciones nacionales e internacionales de lucha contra la delincuencia organizada. Es así que en el aspecto internacional, pueden destacarse como momentos importantes de este proceso:

a) La elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1988, sus comentarios y regulación básica a través de leyes modelos.

b) La elaboración de normas regionales como la de la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante los trabajos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)[162], y

c) la normativa Europea de legislación contra drogas y delincuencia organizada,[163] así como la normativa internacional de lucha contra el lavado de dinero de la OECD a través del GAFI[164]. El momento conclusivo de esta evolución está representado por la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres protocolos[165].

---

[162] Convenio constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la producción, tráfico, consumo y uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas 1993; Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados (Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 13 de noviembre de 1997). Recuperado: http://www.oas.org

[163] El Tratado de Ámsterdam es el principal instrumento jurídico de la Unión Europea en la lucha contra la criminalidad organizada, y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999. http://europa.eu.int/eurlex/es/search/search_treaties.html.

[164] Las 40 recomendaciones para combatir el lavado de dinero, aprobadas en la cumbre del GAFI de febrero de 1990 en Paris, www.fatf.gafi.org

[165] Podemos decir que la Convención de Palermo contiene aproximadamente un 70% de los instrumentos contemplados en la Convención de Viena – cfr. GONZÁLES RUIZ, Fumarulo, Las Convenciones de Viena y de Palermo: derecho internacional penal en evolución, en preparación.

De forma más reciente, deben destacarse los acuerdos que en materia de combate contra el crimen organizado se han celebrado en torno a la Unión de Naciones Suramericanas, que ya se han plasmado en la creación de una "Red Sudamericana contra la Delincuencia Organizada Transnacional" y un "Consejo Sectorial permanente para la coordinación de acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional", dependiente de la UNASUR; que ya cuenta con una activa agenda y varias propuestas, entre las cuales destaca la creación de la "Corte Penal de UNASUR contra la Delincuencia Organizada Transnacional"[166].

En las legislaciones internas, destacan tres modelos de criminalización contra la delincuencia organizada: a) La Conspiracy Law del Common Law, b) La ley R.I.C.O. - Racketeer Influenced and Corrupted Organization de 1970 de los Estados Unidos de América[167]; c) el modelo de la Ley Rognoni La Torre de 1982 en Italia[168]. Otros modelos importantes de legislaciones contra la delincuencia organizada lo representan la legislación francesa[169]; asimismo, podemos ver que la legislación alemana prevé una pena no mayor de cinco años sustituible por multa para los que se asocien con fines ilícitos, sin agravantes para los jefes u organizadores[170]; la Ley

---

[166] Puede consultarse tal agenda y los acuerdos marcos en la siguiente dirección web: http://docs.unasursg.org/alfresco/faces/jsp/browse.jsp Recuperado: 14 de Septiembre de 2016.

[167] R.I.C.O. focaliza la acción penal en la denominada Empresa R.I.C.O. que es definida como "toda estructura y composición organizacional que se desenvuelve a través de actividades primarias delictivas vinculadas y vinculantes donde exista una alta probabilidad de continuidad futura de la actividad delictiva."

[168] Asociación tipo-mafia (ley n. 646/1982, 13 de septiembre de 1982) La asociación de 3 o más personas puede ser considerada como mafia. 1) Penaliza al promotor, líder u organizador, b) Aplica a la "camorra" y a otras asociaciones que utilizan la fuerza para intimidar y amenazar para ampliar la organización.

[169] El artículo 450. 1 del Código Penal de Francia, contiene el delito de association de malfaiteurs en donde sanciona independientemente de otros delitos cometidos la asociación con fines de delinquir con una pena de 10 años de prisión.

[170] Cfr. art 129. *Código Penal alemán.* Marcial Pons. Barcelona. 2000, p. 94.

Federal contra la Delincuencia Organizada de México de 1996[171] y la legislación colombiana en su artículo 186 de su Código Penal[172]. El Código Penal español prevé una pena de prisión de 1 a 3 años para los miembros de la asociación con fines delictivos y de 2 a 4 para los jefes de aquélla[173].

El Código Penal cubano, por su parte, prevé una pena de prisión de 1 a 3 años, sin agravantes para los jefes[174]. En cuanto al Brasil, la pena prevista para el tipo de delitos que nos ocupa es de 1 a 3 años de reclusión, sin agravantes para los jefes[175]. Por su lado, la legislación mexicana también tipifica el delito sin agravantes para los jefes y con una pena de 1 y 8 años de prisión (art. 164 Código Penal mexicano de 1995).

Todas las leyes contra la delincuencia organizada tienen por objeto sancionarla y para ello construyen tipos penales especiales y nuevos medios de prueba, así como nuevas formas de admisibilidad y de evaluación de la prueba. En este sentido, las leyes contra la delincuencia organizada representan un nuevo paradigma jurídico-

---

[171] La Ley Federal contra la Delincuencia organizada regula aspectos sustantivos, adjetivos, ejecutivos y orgánicos respecto a delincuencia organizada como una sola materia. El artículo 2 de esta ley manifiesta: "Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos ..., serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada". Algunos de estos delitos son el secuestro, la corrupción, el narcotráfico, lavado de dinero y el terrorismo.

[172] El artículo 186 del Código Penal, reformado bajo la Ley 589 de 2000, publicada en el Diario Oficial Nº 44.073 del 7 de julio de 2000. que dice: "Concierto para delinquir". Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

[173] Cfr. art. 517, *Comentarios al Código Nuevo Penal.* Aranzadi. Madrid. 1996. p. 2097.

[174] Cfr. Código Penal cubano, con instrucciones del Tribunal Supremo Popular. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales, 1998.

[175] Cfr. Art. 288 del Código Penal brasileño de 1984.

dogmático en la conceptualización de delincuencia organizada[176] y en las construcciones jurídicas de los tipos penales, de los instrumentos y de las reglas de interpretación de las pruebas.

Debe subrayarse que la Convención contiene una definición pragmática cuando en su artículo 2 define que "Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Por delito grave se entiende aquellos delitos que tienen una penalidad de 4 años o más de prisión.

De igual manera, en la Ley 646 de 1982 que incluyó por primera vez en el Código Penal italiano el delito de asociación criminal de tipo mafioso y la confiscación de sus bienes y el cual está vigente desde el cuatro de enero de 1982[177].

Ante ello, podemos plantearnos si la expresión organización criminal solo puede ser utilizada en un sentido estricto o si, por el contrario, también puede hacer referencia a otro tipo de agrupaciones como, por ejemplo, las bandas; de ser este el caso, se estaría aludiendo a la organización criminal en un sentido amplio[178].

---

[176] Cfr. LAMPE, Klaus Von, *Not process of enlightenment: the conceptual history of organized crime in Germany and the United States of America.* pp. 99 y ss. Forum. Volume 1, number 2 December 2001, United Nations New York, 2001.

[177] La Ley 646 italiana, caracteriza estas asociaciones delictivas de tipo mafioso, como creadas con fines de "conspiración para cometer delitos", lo cual crea una incertidumbre en la sociedad, afectando su libre desenvolvimiento en paz, por ello, es que se ubican dentro de los delitos contra el orden público. Estas asociaciones ilícitas, en la legislación penal italiana, son de tipo general o de tipo mafioso, contenidas en los artículos 416 y 416 bis del Código Penal italiano.

[178] ORE SOSA, Eduardo en su artículo Organización Criminal de la Ley 30077. Ley contra el Crimen Organizado hace una interesante profundización del concepto de crimen organizado. Disponible en: http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/organizacion_criminal_comentario_a_la_ley_30077.pdf. Consultado el 07/03/2017.

Cuando son concebidos como simples conciertos de personas para la perpetración de comportamientos delictivos, nos estamos refiriendo a los supuestos coautoría y coparticipación; resultan ajenos al concepto de organización criminal, sea esta entendida en un sentido amplio o restringido. Lo contrario supondría desconocer uno de los elementos más característicos de una organización criminal: su estructura organizativa. Ciertamente, la sola pluralidad de agentes, sin ese elemento configurador[179], no podría verse sujeto a todas las consecuencias dogmáticas (básicamente *sobrepunitivas*) que se destinan para aquel otro fenómeno criminal.

III. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL CRIMEN ORGANIZADO[180] [181][182]

Si bien la definición de crimen organizado nos ayuda a delimitar las fronteras conceptuales entre el crimen organizado y otros

---

[179] Con independencia de que incluso en el caso de los coautores sea siempre necesario un mínimo de coordinación, planificación u "organización"; lo que, sin embargo, no llega al punto de conformar una estructura estable y duradera encaminada a la comisión de eventos delictivos.

[180] El Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional de España ha elaborado un documento titulado *La Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, en que se detalla meridianamente la lucha frontal contra el crimen organizado en España y la Comunidad Europea. Documentos de Seguridad y Defensa Nº 48, 2012.

[181] De acuerdo con FINCKENAUER, las organizaciones criminales tienen, en mayor o menor grado, las siguientes características: 1. Complejidad. ¿Qué grado de planificación exigen los crímenes, cuánto duran las actuaciones criminales, cuánta destreza y cuántos conocimientos son necesarios para llevar a cabo los delitos?. 2. Estructura. ¿Existe una división del trabajo, con unas líneas de autoridad con unos roles de liderazgo claramente definidos? 3. Estabilidad. ¿Se mantiene la estructura criminal a lo largo del tiempo y a través de los diversos crímenes? 4. Autoidentificación. ¿Piensan los miembros que pertenecen a una organización definida? ¿Se pone énfasis, por ejemplo, en las actividades que vinculan al grupo, como el uso de colores, de un determinado tipo de ropa, un lenguaje, unos tatuajes, unos ritos de iniciación? 5. Autoridad derivada de la mala reputación. ¿Tiene la organización capacidad para obligar a otros, sean delincuentes o no, a hacer lo que ella quiera sin tener que recurrir a la violencia física? ¿Basta con la reputación para atemorizar e intimidar? Citado por RIVERA CLAVERÍA, Julio, (...), p. 5.

comportamientos criminales (terrorismo o bandas juveniles), a continuación abordaremos con mayor profundidad las características que conforman la identidad del crimen organizado para conseguir una mejor comprensión del fenómeno que estamos analizando:

---

(182) Algunos rasgos característicos del crimen organizado también son: a) Rebasa control gubernamental. Por su compleja organización y redes de articulación, se han expandido en gran parte del territorio nacional así como sus fronteras, y se han insertado en diversas instituciones del Estado, especialmente en aquellas que proveen servicios de seguridad o en las encargadas de impartir justicia; b) Estructura jerárquica. El crimen organizado en nuestro medio tiene una organización jerárquica (normalmente familiar) o de grandes relaciones de afinidad que le permite una estructura jerárquica sólida para planificar y definir sus objetivos basados en un sistema de tipo empresarial. c) Cohesión interna. Para lograr un mayor grado de cohesión interna en su organización, utilizan la amenaza y la violencia, pudiendo llegar, si el caso lo amerita, hasta el asesinato para lograr la lealtad de sus miembros a sus jefes. d) No es ideológico. Para alcanzar sus objetivos persiguen fines políticos; no buscan el poder político como tal sino incidir sobre el Estado. Lo que buscan es tener influencias que les permitan acceder a prebendas y negocios, así como gozar de un velo de impunidad para poder desarrollar sus actividades. Es la corrupción el elemento fundamental sobre el cual se sostienen para lograr coaptar a los funcionarios que más les convenga. e) Dimensión transnacional. El crimen organizado tiene alta capacidad de adaptación en el nuevo contexto mundial. La creación de múltiples redes y la operatividad de las mismas en redes criminales son resultado del fenómeno de la globalización económica, tecnológica y de comunicaciones, lo que les permite un manejo óptimo en el mundo para cometer diversas acciones ilícitas y a la vez fortalecer y expandir sus organizaciones criminales. f) Integral. El crimen organizado es integral; es decir, ha adquirido dimensiones globales (en lo geográfico), transnacionales (en lo étnico-cultural), multiformes (en las acuerdos que forja con sectores políticos y sociales) y pluriproductivo (en cuanto al abanico de productos que comercia). g) Aceptación. La aceptación y reconocimiento al crimen organizado, en el caso de la narcoactividad, por ejemplo, que recibe por parte de distintos segmentos de la población, está directamente relacionado a la solución de problemas de tipo político, social y económico de gran parte de la población en donde ellos han fincado sus bases criminales,. Por lo tanto, esto demuestra que el crimen organizado se ha ganado la simpatía y el apoyo de un segmento de la población que les ha permitido convertirse en actores sociales y gozar de la seguridad que les brinda el apoyo de esos grupos poblacionales.

1. *La existencia de una organización para acometer el negocio criminal* entendida como la ordenación formal de funciones y normas para la consecución en común de una actividad ilegal con una determinada finalidad.[183] [184]
2. *La provisión y suministro de servicios y bienes legales e ilegales.* Si bien la actividad principal de las organizaciones criminales consiste en la provisión y venta de bienes ilegales o restringidos con fines eminentemente lucrativos (tráfico de drogas, trata de personas, tráfico de inmigrantes, contrabando de todo tipo de productos ilegales, etc.); ello no es incompatible con la existencia de un alto porcentaje de beneficios ilegales que se obtienen por dichos grupos de la provisión de servicios o bienes ilegales cuando coexiste una

[183] En la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español se detallan tres modelos de organización respecto de estructuras criminales: en la sentencia del TS del 12 de enero de 1995 se aludió a un concepto restringido de organización para el cual se requería: a) existencia de una estructura jerárquica; b) fungibilidad de los miembros de la organización; y c) la existencia conocida de un centro de decisiones. Otra forma de organización –acremente criticada por la doctrina española– es el modelo de organización impropio en el cual la organización se asimila a la institución de la coautoría. Sentencia del TS del 1 de diciembre de 1992 y si se nota superada ya por la figura restringida de organización en el precedente primeramente citado. Una forma diferente de organización, con un sentido más político criminal, fue sostenido en las sentencias del Tribunal Supremo Español del 14 de febrero y del 3 de marzo de 1995 en las cuales se señalan como características de una organización criminal: a) la concurrencia de diversas personas reunidas con la finalidad de cometer delitos; b) necesidad de una organización y distribución de funciones; 3) jerarquización, aunque no es necesario el conocimiento de los ordenantes; 4) ser parte de la organización.

[184] Para lo cual, siguiendo a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, debe atenderse a la presencia de objetivos comunes; la división del trabajo; la estructura y permanencia; códigos de conducta comunes; un sistema de toma de decisiones; la relaciones entre los miembros y con el medio exterior; y la tendencia a la autoconservación, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, pp. 128-133. Citado por ORE SOSA, Eduardo. La Organización Criminal. Comentario a propósito de la Ley N° 30077. Ley contra el crimen organizado. 2014, p. 7.

demanda de la población y un vacío en la provisión estatal de dichos bienes o servicios (ejemplo: seguridad o protección) (Gambetta, 2003).

3. *La búsqueda de beneficio económico y el empleo del blanqueo de capitales.* La finalidad económica y la acumulación de riqueza a través del crimen organizado es una característica indiscutible que facilita la distinción de figuras afines como el terrorismo. Asimismo, el afán de lucro explica por qué el blanqueo de capitales es una actividad instrumental y necesaria para las organizaciones criminales como forma de enmascarar y reutilizar de forma legal los fondos ilegalmente obtenidos.
4. *Continuidad y tradición en el negocio.* Para que exista crimen organizado debe existir una vocación por parte de la organización de desarrollar el negocio ilegal, no siendo parte de esta categoría los grupos que esporádicamente planean acciones delictivas de forma ocasional y oportunista.
5. *Utilización de la violencia hacia el interior y el exterior de las organizaciones.* La violencia constituye un medio de desarrollo tradicional de los grupos criminales y su utilización tiene diversos objetivos atendiendo a las víctimas u objetivos a quienes va dirigida: cumple fines disciplinarios cuando se ejerce hacia miembros propios de las organizaciones; fines defensivos cuando se dirige a miembros de instituciones públicas, agentes de control o sujetos pertenecientes a otras organizaciones; y fines comerciales cuando los actos violentos constituyen acciones necesarias para el desarrollo del negocio ilegal.
6. *Utilización de formas de corrupción en el desarrollo del negocio criminal.* La corrupción es un medio frecuentemente utilizado por las organizaciones criminales como medio instrumental de desarrollo del negocio criminal. Empero, los actos de corrupción estarán directamente relacionados con el poder o capacidad de la organización y los espacios de vulnerabilidad existentes en el sistema institucional y político local de referencia.

7. *Confusión con empresas legales.* Otro medio de defensa y protección empleado por las organizaciones criminales es la utilización de empresas legales como pantalla y enmascaramiento de la actividad ilegal y con el objetivo de blanquear los fondos ilegales para su posterior utilización.

Asimismo, podemos mencionar desde una *perspectiva material,* la siguientes características del crimen organiado:[185]

(a) Una organización criminal con cúpula de mando. Como se expresó en cuanto a las actividades de una organización criminal, el crimen organizado como forma compleja no sólo requiere una organización, o por decirlo de otra manera, "cualquier organización", sino de una que refleja una especial estructura decisional, cual es la cúpula, órgano que desarrolla las actividades de dirección dentro del cartel criminal, dicha cúpula tiene como característica, el anonimato entre los restantes miembros de la organización criminal, y sólo es conocida por un número reducido[186].

(b) Jerarquía con modelo de estratificación. La estructura criminal requiere la determinación de una clara jerarquía dentro de la organización. Dicha jerarquía es diferente y responde a niveles complejos asimilados en su caso a las formas tradicionales de organización de las empresas, de las cuales se toman aspectos esenciales de su constitución, como lo son la organización funcional vinculada a estructuras jerárquicas[187],

---

[185] ESCOBAR, Carlos Francisco, ha publicado un interesante artículo titulado *La Criminalidad Organizada. Aspecto problemáticos de su significación en el ámbito del Derecho Penal en el caso de El Salvador.* En la cual se describe detalladamente las características desde lo material. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Nº 4, 2012.

[186] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura "Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal". 2002, op. cit., p. 54.

[187] El aspecto estructural de la organización para cierto sector de la doctrina es un elemento fundamental para la identidad del crimen organizado y para su diferenciación, el cual le aporta el carácter de una entidad independiente de

y la división de labores a partir de dicha estratificación, con lo que las actividades criminales quedan separadas en diferentes niveles[188].

(c) *Especialización criminal.* Un aspecto importante dentro de la realidad del verdadero crimen organizado, es el nivel de especialización que los integrantes de la organización adquieren en materia de los hechos criminales que se tienen como parte del llamado "cartel criminal". No se trata aquí de métodos improvisados, pues en estos niveles quienes forman parte de una estructura criminal de este rango, adquieren una verdadera profesionalización en el delito, inclusive a veces de manera sectorial, según el área en la cual se requieran de sus destrezas, habilidades y conocimientos. Ello es clave para el éxito de los hechos delictivos a ejecutar, y para hacerlo con un mayor grado de eficacia, es decir dejar la menor cantidad de evidencia respecto de los crímenes cometidos[189].

(d) *Finalidad permanente de delinquir.* La permanencia de la organización criminal es un aspecto importante para diferenciarla de los modelos de coautoría, pero además dicha permanencia tiene un aditivo, el cual se vincula al llamado programa criminal de la organización: la organización existe como tal para ejecutar determinados delitos y alcanzar fines específicos[190], no se trata de hechos delictivos azarosos, al

---

sus miembros, lo cual determinaría un aspecto fundamental del crimen organizacional, por lo que organización y estructura aquí aparecen como conceptos distintos, bellamente metaforizados. Ver ORSI Omar Gabriel "Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto", op, cit.m pp. 43 a 44.

[188] Ver CHOCLAN MONTALVO José Antonio *Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación.* op. cit., p. 245.

[189] Respecto de la profesionalización ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura *Redes Internacionales y Criminalidad.* op. cit., p. 54.

[190] En efecto, sobre el alcance de la permanencia y su actuación en las organizaciones criminales se ha dicho: "Lejos de agotarse en sí misma, la infracción penal, por grave que sea, es despojada de esa autonomía para pasar a ser un elemento más de un programa preestablecido que se prolonga indefinidamente en el tiempo.

contrario el cometimiento de las infracciones penales, es un aspecto fundamental, lo cual, ya se ha vinculado a la especialización[191], por ello tal permanencia sólo se explica, cuando se trata materialmente de una estructura de crimen organizado, a partir del diseño de la programática delictiva, la permanencia de la estructura criminal está vinculada a la ejecución de determinados delitos, con lo cual en materia de organizaciones criminales, es un parámetro que la diferencia de las asociaciones delictivas[192].

(e) *Objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política.* Aspecto esencial de la criminalidad organizada, al menos desde su perspectiva material, es la finalidad de lograr beneficios económicos: el verdadero crimen organizado responde a la dinámica de los fines lucrativos, sean estos estrictamente económicos o de ventajas materiales[193]. Precisamente el

---

En estas condiciones, el clan subordina todas y cada una de sus intervenciones a la unidad del fin general y global del sistema en su conjunto, objetivo último que podría quedar representado por el acaparamiento del poder real a través de la conquista del capital y del condicionamiento de los demás poderes" FABIÁN CAPARROS Eduardo "El delito de blanqueo de capitales". op. cit., p. 38.

[191] Sobre esas cuestiones vistas desde un enfoque más objetivo, VIRGOLINI Julio E. S., "Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción", op. cit., p. 192.

[192] El aspecto de la permanencia es de tal relevancia que el mismo es un elemento considerado dentro del marco de la definición que brinda la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional al expresar que por grupo delictivo organizado se entenderá: "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo...". Énfasis suplido.

[193] Obviamente, un aspecto tan trascendental como este no podía ser soslayado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por cuanto la finalidad de dicho instrumento es precisamente enfrentar de manera eficaz el crimen organizado, y si ello es así, no se puede soslayar la esencial finalidad económica que este persigue, para hacer más evidente ello, basta señalar algunas de las justificaciones de la Convención. "..." y recordar que en el contenido del precepto que define al grupo organizado se precisa que: "con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Las bastardillas no son del original.

cartel de delitos que se vincula a la criminalidad organizada, refleja este afán de amplio provecho económico –en ello no podemos ser ingenuos–. La finalidad del crimen organizado es obtener importantes ganancias de los actos criminales que ejecutan[194], a los cuales pueden asociarse otros tipos de crímenes, pero en su esencia el crimen organizado tiene una finalidad lucrativa, a tal grado que las ventajas económicas que se obtienen son reinvertidas en otras actividades criminales para obtener un mayor rendimiento[195]. Otro aspecto no menos importante es la vinculación de este tipo de criminalidad con las esferas de gobierno. Es por ello que a esta especialidad se la ha denominado *criminalidad de poder* y se refleja en toda la gama de delitos que tienen que ver con la corrupción en los sectores de los gobiernos, los fines de enriquecimiento y abuso en el ejercicio del poder aparecen entrelazados.

(f) *Utilización de una sofisticada logística.* Las organizaciones criminales que funcionan como estructuras complejas, también requieren del uso de instrumentos de vanguardia para garantizar el proceso delictivo. No es de extrañar que los adelantos tecnológicos, los mercados globales, las nuevas formas de comunicación sean aprovechadas por el crimen organizado para generar nuevas formas de delincuencia o para intervenir en los procesos del crimen con un mayor

---

[194] FOFFANI Luigi, *Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana.* op cit., p. 298.

[195] Haciendo notar este aspecto, FABIÁN CAPARRÓS J., en Criminalidad Organizada en "El Nuevo Código Penal". Primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca. Gutiérrez Francés/Sánchez López (Coordinadores). España. 1997, p. 176. También en este punto respecto de la criminalidad organizada en el Congreso Internacional de Derecho Penal que la AIDP celebró en Budapest se señaló como característica determinante –entre otras– del crimen organizado "la capacidad especial de transferencias de ganancias". Asociación Internacional de Derecho Penal. (AIDP) Carta Informativa. N° 2, 1999, p. 95.

nivel de efectividad[196]. La cuestión de apoyo logístico, cuando acontece en una organización criminal, no representa por regla general una mera cooperación, por cuanto estas actividades sectoriales son necesarias para el adecuado funcionamiento de la estructura criminal y responden a un nivel de planificación, en el cual las labores se encuentran perfectamente delimitadas, sin necesidad de que los integrantes las asuman todas.

(g) *Transnacionalidad directa o vínculos internacionales.* Otra característica fundamental del crimen organizado es su extensión transnacional[197], la misma que puede ser *intrínseca,* en el sentido que la organización criminal en su programa criminal tiene trazada una forma de criminalidad que se ejecuta en distintos países y que necesita de estructuras criminales necesariamente establecidas en otras latitudes para que la empresa criminal pueda funcionar adecuadamente. En otros casos, la transnacionalidad sólo se manifestará en relaciones ocasionales entre diversas estructuras del crimen organizado. En ambos casos, se trata de un carácter que trasciende del crimen local, lo cual no debe ser interpretado de manera rígida en el sentido que sólo es crimen organizado el que presenta la característica de transnacionalidad; esto último sólo demuestra mayor complejidad dentro de la estructura criminal, y un factor criminógeno mayor[198].

---

[196] Señala estos aspectos con cita de D. L. CARTER que indica la gradualidad del perfeccionamiento logístico en el sentido de emerges loosely-refines networks-refines estructures-more sophisticated operations-maduration of the enterprise IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global* en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica". op. cit.. p. 46.

[197] Particulariza sobre ese aspecto transnacional CHOCLAN MONTALVO José Antonio *Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación.* op. cit., p. 246.

[198] Precisamente reconociendo la extensión del crimen organizado tanto de manera transfronteriza como local ORSI Omar Gabriel "Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto". op. cit., p. 47.

(h) *Niveles de disciplina, fungibilidad de miembros inferiores y distribución de roles.* Este aspecto hace distintiva una organización criminal de lo que se denomina *criminalidad asociada*, es decir de las llamadas asociaciones criminales un aspecto medular del crimen organizado es su carácter disciplinar; en estos ámbitos, tiene relevancia el nivel de profesionalización y de especialidad alcanzado por la estructura criminal[199]. El carácter acentuado y jerárquico de la organización, determinan una cadena de mando que debe ser obedecida en cuanto a las directrices que emanan del centro de control de la organización, que como se expresó usualmente es cupular. Aspecto complementario de lo anterior es que los miembros de la organización son fungibles, la sustitución de ellos no representa problemas en el ámbito organizacional. Estos aspectos –a mi juicio – son los que permiten diferenciar con mayor nitidez una estructura de crimen organizado. En ella el intercambio de miembros, la obediencia y la distribución de roles aparece con mayor nitidez.[200]

(i) *Capacidad de corrupción y penetración y vinculación con centros de poder estatal.* Media una relación bastante estrecha entre la llamada criminalidad organizada y el denominado fenómeno del crimen del poder[201], es decir el crimen cometido desde la dimensión del ejercicio del poder político, a tal grado que se reconoce que la criminalidad mediante el ejercicio de potestades del Estado es una forma especial de constitución del crimen organizado[202], o al menos uno de

---

[199] Ciertamente esta cuestión se ha tratado particularmente y se presenta en algunos casos dado esa rigidez disciplinar más asimilada a un modelo de agrupación política más que económica Ibíd. p. 44.

[200] Algunos de estos aspectos se han puesto de relieve cuando sistemáticamente se ha reflexionado sobre el funcionamiento del crimen organizado. Ver Asociación Internacional de Derecho Penal. Carta Informativa N° 2, 1999, p. 91.

[201] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura *Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal.* 2002, op. cit., p. 56.

[202] Ver sobre ello CRUZ CASTRO. Fernando "Criminalidad Organizada". Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998, pp. 120 a 121.

sus efectos colaterales respecto del ejercicio del poder público[203], con lo cual el riesgo de afectación del Estado de derecho es de mayor entidad. Las relaciones actuales entre actividades de crimen organizado y actos de corrupción son manifiestas en la mayoría de países[204].

(j) *Sentido de pertenencia de los miembros a la organización.* Como no se trata de una participación en el sentido de codelincuencia, quien pertenece a una organización criminal en la configuración de crimen organizado, ha de tener sentido de pertenencia a la estructura criminal[205]. Ello significa, desde la perspectiva objetiva, que su contribución en la organización criminal no es ocasional sino que obedece a la estructura de funcionamiento de la misma, ora en cuanto a la realización de hechos delictivos en cualquiera de sus fases, ora en cuanto a aportes para el mantenimiento y funcionamiento de la estructura criminal.

Finalmente, cuando hablamos de crimen organizado nos estamos refiriendo a grupos socialmente organizados que desarrollan actividades ilícitas graves con ánimo de lucro, con gran potencial económico y utilizando para sus fines los circuitos comerciales, financieros y políticos. Los ejes que identifican al crimen organizado son: 1. Los delitos que desarrollan las organizaciones del crimen organizado (bienes y servicios ilegales); 2. El blanqueo de dinero fruto

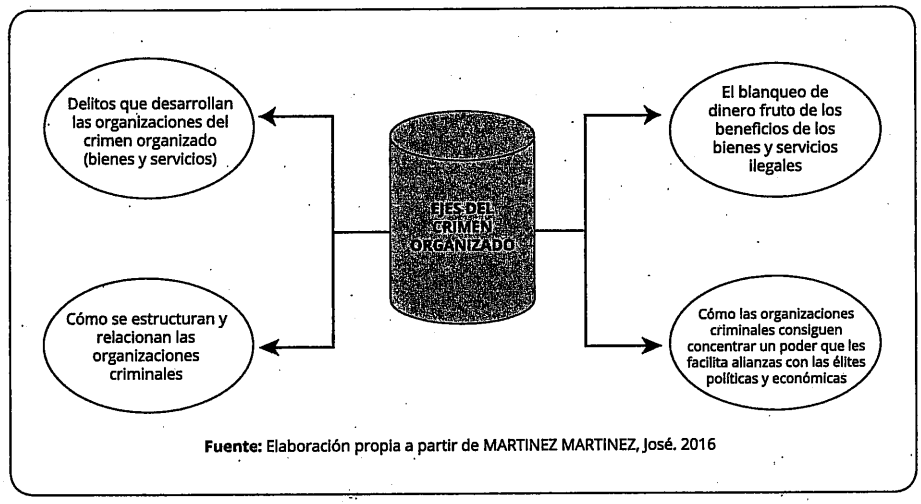
---

[203] Sobre ese aspecto LAMAS PUCCIO Luis. *Manifestaciones del Crimen Organizado,* en Revista de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XI. Número 39. Septiembre-Diciembre. 1989. Universidad Externado de Colombia. 1989, p. 158.

[204] RODRÍGUEZ GARCÍA Nicolás. *El control judicial efectivo de la corrupción. Un reto que no conoce fronteras,* en Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho", Nicolás Rodríguez García. Eduardo Fabián Caparrós. Luís Contreras Alfaro (Coordinadores), LexisNexis. Santiago de Chile. 2005, pp. 370 a 371.

[205] Haciendo énfasis en el aspecto organizacional y del rol social sobre la cuestión VIRGOLINI Julio E.S., *Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción.* op. cit., p. 194.

de los beneficios de los bienes y servicios ilegales[206]; 3. Cómo se estructuran y relacionan las organizaciones criminales[207] y 4. Cómo las organizaciones criminales consiguen concentrar su poder que les facilita alianzas con las élites políticas y económicas, Cuando la organización criminal consigue llegar a las élites políticas y económicas, corren el riesgo de corrupción sistémica en la sociedad.



Fuente: Elaboración propia a partir de MARTINEZ MARTINEZ, José. 2016

IV. SIGNIFICACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En nuestro país, la Ley contra el Crimen Organizado (Ley 30077) define lo que es el Crimen Organizado, que a la letra dice "en el Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal:

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por

[206] MANJON-CABEZA, A. La solución. Barcelona. Editorial Debate. 2012, p. 61.

[207] WEBER, M. *Sociología del poder.* Los tipos de dominación. Madrid. Alianza Editorial. 2007.

tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal".

Y los delitos que están comprendidos en esta Ley lo especifica el "Artículo 3. Delitos comprendidos:

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas ~~tipificadas en los artículos~~ 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificada en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificada en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.

12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303- B del Código Penal.
16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
19. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado".

En concreto, las manifestaciones del crimen organizado en el Perú de acuerdo a la Ley 30077, son: homicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, receptación, estafa, defraudación, pornografía infantil, usurpación, tenencia ilegal de armas, marcaje, tala ilegal, trata de personas, usurpación, otros.

La Ley 30077 define un fenómeno social, estableciendo presupuestos para su configuración. Incorpora recomendaciones internacionales (Convención de Palermo), establece un listado de delitos considerados como crimen organizado y brinda herramientas procesales "flexibles".

Los casos más emblemáticos de formas de criminalidad organizada en Perú es sin duda alguna la corrupción en todos los niveles. Tales como: Caso Fujimori-Montesinos, los casos regionales de Ancash, Ayacucho y Tumbes y municipales como alcalde de Chiclayo y recientemente del alcalde del distrito de Segunda Jerusalén, en la provincia de Rioja y del exalcalde del distrito de Tabalosos, provincia de Lamas, en la Región San Martín.

Tenemos que combatir la criminalidad organizada, desde el ámbito de la prevención, atacando a las organizaciones criminales antes de que estas comentan delitos. Resultaría efectiva, en tanto no espera la comisión de delitos sino que los previene combatiendo a la organización criminal desde su conformación.

Para combatir a las organizaciones criminales, el trabajo de inteligencia policial es la piedra angular o la base de esta estrategia de lucha contra la delincuencia organizada, y este se logra fundamentalmente al interior del proceso penal, en la etapa de investigación preliminar y preparatoria.

Esto, a su vez, genera un cambio o reconducción del trabajo de inteligencia de la PNP, el cual teiene como fin identificar a los miembros y la estructura de la organización criminal, más allá de perseguir los delitos que cometan.

Cuando el término organización criminal es utilizado en la configuración de algunas agravantes específicas (ubicadas en la Parte Especial del Código Penal), debe ser entendido en un sentido amplio, comprendiendo incluso algunas manifestaciones de la criminalidad de grupo más o menos –pero siempre– organizadas.

V. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

Aun cuando el delito de asociación ilícita, en su noción moderna, comienza a precisarse en los códigos penales decimonónicos, como el francés –art. 265 y ss.–, el toscano de 1854 –art. 207 y ss.20–, o el español de 1848/50 –art. 211 y ss.–, ya en el derecho romano se lo trataba. En efecto, con el nombre de conventículo se aludía a la comunidad de sujetos dirigida a atacar al príncipe o al Estado[208]. Con la bula del papa Sixto V –siglo XVI– se empleó dicha expresión para referirse a las bandas que atacaban a las personas y a la propiedad, en la medida que se asociaban con malos fines y con armas[209]. Fueron justamente, los prácticos italianos los que expandieron el concepto para referirse a aquellas agrupaciones armadas que cometían saqueos u otros delitos. No se pretende realizar un examen histórico de la figura, pero sí poner en evidencia que no se trata de un fenómeno reciente[210].

Por lo general, las asociaciones se constituyen bajo un objetivo lícito. Sin embargo, existen personas que se organizan y forman una asociación con el objetivo o propósito de delinquir; esto es, para cometer actividades que están penadas por la ley penal y proceden en contra de los Principios Constitucionales y vulnerando por lo tanto los derechos fundamentales de las personas, como por ejemplo: el narcotráfico, el lavado de dinero o activos, secuestro, homicidios, entre otras, y a esto se conoce como una asociación ilícita.

Para su definición recurrimos al significado gramatical o lingüístico del término y así entender por ella toda unión de varias

---

[208] CARRARA (1985), vol. VI, § 2094, 116. También se refería a las comunidades religiosas que se reunían para exponer sus propuestas religiosas.

[209] CARRARA (1985), vol. VI, § 2094, 116; Jiménez de Asúa, Luis (1970). *Tratado de Derecho penal. Tomo VII.* Buenos Aires: Losada, pp. 370-371.

[210] CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl hace un interesante análisis de la criminalidad, lo cual esta publicado en su artículo titulado "Hacia un Injusto Penal de la Criminalidad Organizada. Una propuesta a modo de Lege Ferenda. RDUCN vol.21 no.2 Coquimbo 2014. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200003. Consultado el 07/03/2017.

personas organizadas para la consecución de determinados fines (Muñoz Conde, 1976).

Sin embargo, cabe objetar que el Diccionario de la Lengua Española solo ofrece acepciones que son vagas en el sentido jurídico. Asociación -según el diccionario- es "acción de asociar o asociarse". Conjunto de los asociados para un mismo fin y persona jurídica por ellos formada. Asociar: "Dar por compañero a otra persona que le ayude en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo". "Juntar una cosa con otra, de suerte que se hermanen o concurran a un mismo fin". "Tomar un compañero que le ayude". "Juntarse, reunirse para algún fin". Como se puede apreciar, la lengua nos aporta un dato de extrema importancia como es la unidad de fines o de propósitos; pero el elemento gramatical es de por sí insuficiente para completar un concepto jurídico-penal de asociación.

La figura de la asociación ilícita en los últimos años, ha sido una figura a la que se ha recurrido a efectos de sancionar a ciertos grupos de personas, que agrupadas o asociadas bajo ciertas condiciones precisas, dan lugar al delito en comento. No obstante lo anterior, la tendencia de recurrir a esta figura presenta indicios, en muchos casos, de un intento por parte del Estado de aplicar figuras penales que adelanten la punibilidad del *Iter Críminis*, a instancias incluso previas a la efectiva afectación del bien jurídico tutelado por el tipo penal en cuestión.[211]

Francisco Grisolía[212] define la asociación ilícita como aquel "conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos". En cuanto al tipo objetivo, este autor considera que "la asociación ilícita descansa sobre la base de la existencia de una organización" y ésta se traba por "un vínculo de cierta permanencia y estabilidad", dependiendo

---

[211] ZIFFER Patricia S., *El Delito de Asociación ilícita*, 1° Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

[212] GRISOLÍA C. Francisco. *El Delito de Asociación Ilícita*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, N° 1, p. 76.

estos últimos elementos (permanencia y estabilidad) de la naturaleza de los planes delictivos[213]. Además, sería necesario un mínimo de cohesión dentro del grupo, sin que sea requisito el conocimiento personal de sus componentes o el trato directo entre ellos, ya que los acuerdos pueden ser alcanzados por medio de correspondencia, emisarios u otros medios de comunicación.

Por su parte, el profesor Sergio Politoff nos señala que la asociación ilícita es "una organización con cierta estructura jerárquica en los partícipes del delito con un carácter más permanente"[214]. Esta definición añade un requisito: que en la organización exista una determinada jerarquía.

Para Manuel Lujan Túpez (2013), el delito de asociación ilícita para delinquir es el acto ilícito de peligro abstracto, que comete quien forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos. Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación, a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad y c) número mínimo de personas– sin que se materialice sus planes delictivos.

En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

David Cienfuegos Salgado y Julio César Vázquez-Mellado García (2014), citan el artículo 164 del Código Penal Federal (México) que tipifica como asociación delictuosa a la asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir y la sanciona con

---

[213] El delito consiste, pues, en tomar parte o formar una asociación aunque requiera de cierta permanencia, concepto que dependerá de la naturaleza de los planes.

[214] POLITOFF Lifschitz, Sergio. *Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración*. Editorial Jurídica de Chile, p. 94.

una pena de prisión de cinco a diez años y de trescientos días multa. La asociación delictuosa no requiere que la reunión de personas sea para cometer un delito o delitos específicos, como sí sucede con la delincuencia organizada.

En el Código Penal argentino, el delito de asociación ilícita está regulado en el art. 210, el que expresa: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas, destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Creemos que cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina para la configuración del tipo penal debe analizarse en atención a la entidad que posee la organización, esto es, debe evaluarse de acuerdo al caso concreto lo que ésta necesita para llevar a cabo la realización de su propósito criminal. Así por ejemplo, no requiere la misma estructura jerárquica un cartel boliviano organizado para realizar envíos de droga a Europa utilizando para ello el territorio de terceros países que una asociación destinada a distribuir droga en una o más poblaciones de una pequeña ciudad de nuestro país.

VI. CARACTERÍSTICAS DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA[215]

Podemos afirmar que no existe un solo hecho delictuoso que no lesione al orden público, pues todos alteran la convivencia todos causan temor en la sociedad, aunque sean delitos en contra de personas determinadas o solo se dañen bienes particulares[216]. Los delitos tienen repercusión social, cualquiera que sea su gravedad subjetiva u objetiva.

---

[215] CASTEX, Francisco, hace un análisis de la asociación ilícita en el caso argentino. En dicho artículo realiza una interesante caracterización de esta asociación ilícita. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/asociacion-ilicita-y-principios-constitucionales-del-derecho-penal.pdf Recuperado el 05/09/2016.

[216] AGUIRRE LEÓN, Gabriela Alexandra. Análisis Jurídico del Delito de Asociación Ilícita en el Código Penal Ecuatoriano. Tesis previa a la obtención del título de Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de Justicia. Universidad de Cuenca. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. 2006. Cuenca.

El tipo de asociación ilícita es un delito permanente, es decir, el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él mismo, aunque, por ser un delito de organización, requiere algo más. De este modo, durante el tiempo que dure la asociación ilícita podrán cometerse delitos instantáneos enmarcados en la criminalidad extendida mientras subsista la organización. De este modo, existe un sustrato de ilicitud consistente en la organización, dentro del que se insertan momentos criminales, superpuestos y de carácter instantáneo (v.gr., homicidio) o permanente (v.gr., privación ilegítima de la libertad), que se ven indisolublemente vinculados entre sí, impidiendo la acumulación propia del concurso material. Esto genera la dificultad en la sucesión de hechos respecto del modo en que se debe proceder para abarcar las distintas lesiones normativas sin recortar el verdadero alcance que han tenido ni valorando en más de una oportunidad el delito permanente de base[217].

El delito de asociación ilícita está ubicado entre los delitos contra el "orden público". Según Soler, "no debe entenderse por orden público la definición técnica de esta noción, como conjunto de principios jurídicos políticos supremos que determinan una organización jurídica concreta, sino la tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil"[218].

Del mismo modo, Gómez[219], en relación a los delitos contra el orden público, sostiene que "son delitos que no recaen en ningún bien jurídico determinado, sino que se les reprime no porque lesionen ese irreal orden público al que hacen referencia, sino que al producir su efecto que es su alarma colectiva, atacan al derecho a la tranquilidad que todos los ciudadanos tienen".

---

[217] MOYANO Ilundain, Pablo Daniel. El anclaje de la asociación ilícita en los delitos objeto de la organización. 2012. Recuperado: https://es.scribd.com/doc/313710396/delitos-contra-la-propiedad-asociacion-ilicita-pdf Consultado el 05/09/2016.

[218] SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, t. IV. Buenos Aires. 1978, p. 589.

[219] GOMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal.* t. V. Buenos Aires. 1939, p. 195.

En esa misma dirección, Aguirre (2006) define que la "Asociación Ilícita comprende toda forma de participación en delitos no ejecutados, esta es una figura delictiva por el hecho de estar constituida en tal forma, este es un delito contra la seguridad pública por estar latente el acto delictivo".

Las características de toda asociación delictiva son las siguientes:

1. *Debe existir un acuerdo previo* o como también lo especifica Ziffer[220], "acuerdo entre varios para el logro de un fin". Éste se da cuando los sujetos interesados han manifestado. expresa o implícitamente, su voluntad de obrar concertadamente para cometer delitos, prestándose cooperación a tal efecto. El delito de asociación ilícita es independiente de la comisión o no de delitos, basta que se compruebe el acuerdo de voluntades entre sus integrantes.
2. *Se trata de un delito de preparación*, en tanto reprime actos que normalmente quedan impunes, por no constituir siquiera comienzo de ejecución de un hecho ilícito determinado. Por ello, una parte importante de la doctrina ha puesto en duda su constitucionalidad, en tanto resultaría una figura conculcatoria del principio de lesividad. Parte de la doctrina sostiene que no se trata de un adelantamiento de la punibilidad, sino de un supuesto de lesión de un bien anticipado[221].
3. *Número mínimo de participantes.*
4. *La asociación*, a su vez, debe tener como objeto la comisión de delitos dolosos probados mínimamente, no siendo suficientes las contravenciones ni las conductas antijurídicas que no configuran delitos.

---

[220] ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, 2005, p. 73.

[221] JAKOBS, Günther "señala que el comportamiento delictivo no puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, si bien puede ser posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico, fraccionándolo en diversos injustos parciales". Extraído en: "Criminalización en el estudio previo a la lesión de un bien jurídico". en *Estudios de derecho penal.* Trad. Peñaranda Ramos. Suárez González y Cancio Meliá. Civitas. Madrid, 1997. pp. 293-394.

5. *La asociación debe tener cierta permanencia.* este elemento se convierte en fundamental para distinguir a la sociedad de otros delitos con pluralidad de personas. y particularmente de la participación criminal, puesto que una cosa es la reunión de personas. organizada y estable para cometer delitos, y otra que un grupo se ponga de acuerdo, antes de ejecutar un delito en concreto para lograr mayor posibilidad de éxito comisito.
6. *El tipo subjetivo* de la figura requiere solamente el conocimiento de estar integrando un grupo formado al menos por otras dos personas, así como el objetivo delictivo de Ia asociación y la voluntad de contribuir a su accionar. No es necesario conocer la identidad de los otros integrantes. ni tampoco cuáles son los delitos concretamente planeados o cometidos.
7. *La comisión de un hecho punible objeto de la organización no pertenece al tipo.* Esto deriva, claramente del fin de protección de la norma, que adelanta la punibilidad a la etapa de la preparación, con consecuencias en las reglas del concurso. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que cuando alguno de los miembros de la asociación comete un delito, éste concurre materialmente con el de asociación ilícita.

VII. DIFERENCIAS CONCEPTUALES: CONSPIRACIÓN, RED CRIMINAL Y BANDAS[222]

Para clarificar los conceptos de estas expresiones, a continuación vamos a hacer una diferenciación entre la conspiración y la organización criminal:

[222] Para algunos autores españoles, la conspiración para delinquir y la asociación ilícita se diferencian en la mayor estabilidad de esta y en que la conspiración tiene por objeto un delito determinado y la asociación un número indeterminado de delitos. En suma, la conspiración depende del delito para el que se conspira, participa de su bien jurídico protegido, la pena está ligada a este delito y si pasa a su fase ejecutiva, la conspiración es absorbida por la tentativa o la consumación del delito para el que se conspiraba.

Conspiración para delinquir	Red criminal	Bandas
La conspiración depende del delito para el que se conspira, participa de su bien jurídico protegido, la pena está ligada a este delito y si pasa a su fase ejecutiva, la conspiración es absorbida por la tentativa o la consumación del delito para el que se conspiraba (MUÑOZ CONDE 1976 y PALITOFF, 1997), o como también lo definen MANZINI, Tratado, 1957; en el mismo sentido: SOLER, 1946: "La conspiración es una fase mínima del *iter crimines* que se construye sobre un delito determinado y es excepcionalmente sancionada por la ley"(*).	Amalgama de pequeños grupos de estructura débil, sin una dirección única ni una coordinación interna, y que incluso a veces combaten entre ellos por el control de un territorio o sector de actividad. Son por lo general de pequeño tamaño y flexibles(**). La Red Criminal es una organización flexible por excelencia. Desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables. Es la estructura criminal de diseño más complejo. Su tamaño y actividades son variables. Carecen de un nombre que las identifique, lo que resulta coherente con su naturaleza dinámica fluida y mutable(***).	Pluralidad de agentes. No tiene estructura definida. Son de menor envergadura. Carecen de roles establecidos y de procesos de planificación complejos. Brindan sus servicios a organizaciones de mayor jerarquía. Actividad delictiva ocasional y casi en la mayoría de casos su constitución es espontánea(****). Banda es una asociación delictiva (o ilícita) de mínima entidad funcional que comete delitos. Los integrantes de la banda, a diferencia de los de la asociación ilícita, actúan, ejecutan actos delictivos a nombre o en calidad de miembros de la misma. La banda posee por definición un nivel de estructura y sofisticación menor a la de una asociación ilícita en estricto".(*****)

(*) GRISOLÍA, Francisco. *El delito de asociación ilícita. Revista chilena de derecho.* Vd. 31 N° 1, pp. 75-88 [2004]

(**) SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2005) p. 60.

(***) En nuestro país la Procuraduría Ad Hoc para delitos contra la Administración Pública ha sostenido de manera reiterada que durante la década pasada se estructuró una amplia red criminal que operó con grupos enquistados en las principales instancias del poder político, de las instituciones castrenses, de las instituciones del Sistema de Justicia y en algunos medios de comunicación. Esta fuente ha afirmado también que en esta red criminal fungía como individuo clave el ex funcionario de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres, quien ya ha sido objeto de varias condenas judiciales y se encuentra aún sometido a otros procesos penales.

(****) En estos se pueden considerar por ejemplo a los cogoteros.

(*****) Cfr. Fidel S. Rojas Vargas. *Estudios de Derecho Penal.* p.344 y ss

VIII. DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y OTRAS FIGURAS PENALES

1. Conspiración para delinquir

Entre los presupuestos necesarios para considerar que efectivamente estamos ante un caso de conspiración encontramos el *concierto de voluntades*. Este requisito apunta a la idea de que, dos o más personas de manera común acuerdan cometer un delito. El delito de conspiración corresponde a los denominados actos preparatorios, los cuales están definidos como aquellos "mediante los cuales el de-

lincuente dispone los medios o las circunstancias apropiados para cometer su delito, pero que jurídicamente no alcanzan a constituir actos de ejecución"[223]. Según Campos "la conspiración requiere la existencia de un concierto para el delito, en forma de pacto o convenio expreso (...), que suponga firme coincidencia de voluntades para realizar un delito determinado."[224]

Un segundo presupuesto de la conspiración es la resolución de coejecutar el delito, lo cual se refiere a que quienes participan de la conspiración acuerdan cometer, de manera equivalente en cuanto a sus roles, el crimen o simple delito. En este sentido "no sería bastante que, conforme al plan, uno de los concertados vaya a limitar su actuación a meros actos subordinados, de simple complicidad o encubrimiento."[225] POLITOFF agrega que "la división del trabajo no supone, empero, necesariamente, que ambos conspiradores vayan a actuar de manera simultánea."[226] Finalmente, un último requisito es que el hecho punible a que se refiere el concierto de voluntades ha de ser un crimen o simple delito y no a la comisión de faltas.

Ahora bien, el delito de asociación ilícita, a diferencia de la conspiración, supone permanencia y mayor estabilidad, pues trasciende a un delito en particular.

En cuanto al factor organización y existencia de estructuras jerarquizadas, la conspiración no requiere de una organización ni de una estructura jerarquizada con carácter permanente, sino que sólo un acuerdo serio de voluntades respecto de uno o más ilícitos determinados entre individuos de un mismo rango[227].

---

[223] NOVOA, Eduardo.1961. Algunas consideraciones acerca de la tentativa. Revista de Ciencias Penales, N° 1, T. XX, enero- julio, p. 7.

[224] CAMPOS, Juan Carlos. 1997. Represión penal del terrorismo. Una visión Jurisprudencial. Valencia. Editorial General del Derecho. pág 178.

[225] POLITOFF. 1999. Op. cit. p. 90.

[226] Ibídem.

[227] FERNANDEZ ROJAS, Natalia Ivalú y PAVEZ CONTRERAS, Karina Javiera. Análisis Jurisprudencial y Doctrinal del delito de Asociación ilícita en el

Tal como se señaló, la conspiración es un acto preparatorio del delito, el cual, por regla general, no es sancionada por nuestro derecho con excepción de los casos que expresamente señala la ley. Mientras que la asociación ilícita, al ser un delito de mera actividad, se sanciona por el solo hecho de organizarse.

El dolo es otro elemento diferenciador. El dolo de quien conspira existe en relación al ilícito que proponía cometer, en cambio el dolo de quien forma parte de la asociación ilícita versa sobre el asociarse, sabiendo que esa organización existe para la comisión de delitos. Así lo ha señalado la jurisprudencia de nuestros tribunales, que al respecto indica.

"La asociación ilícita exige dolo directo. La existencia del dolo importa el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal. Por su parte, el elemento volitivo consiste en querer asociarse de manera organizada y, lo que es más importante, adherir al propósito criminal común."(228)

Finalmente, en cuanto a la estabilidad en el tiempo, Oneca, Antón señala que "la diferencia entre la conspiración y la asociación ilícita que tenga por objeto cometer un delito [...] ha de verse en la mayor estabilidad de la segunda, así como también en que la primera tiene un objeto criminal concreto, mientras el de la asociación es impreciso en cuanto al número de delitos"(229).

2. Codelincuencia

La codelincuencia o coparticipación criminal tiene que ver con la idea de que dos o más sujetos se agrupen para la comisión de un delito determinado. GUERRA define la codelincuencia o concurso de delincuentes como "la reunión de varias personas naturales que

---

Código Penal y en Leyes Especiales. Tesis para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2015. Santiago de Chile.

(228) C. Suprema. 23 noviembre 2012. LP. N° CL/JUR/3285/2012.

(229) ANTÓN, José. Derecho Penal. T. 1, Parte General. Madrid. Vol I. 1949, p. 404.

da por resultado, uno o varios delitos, existiendo acuerdo de voluntades entre estas personas."[230]

Al igual que en la conspiración, la estabilidad o permanencia en el tiempo vuelve a ser un factor diferenciador. En el delito de asociación ilícita, los miembros manifiestan su deseo de permanecer a una asociación para que perdure en el tiempo y mediante la cual pretenden cometer varios delitos que no están determinados en cuanto a tiempo, lugar y modo.

Lo mismo ocurre con el elemento de la organización: en la coparticipación existe una organización puntual a la hora de la comisión del delito, a diferencia de la asociación ilícita que tiene un marcado carácter organizado, con roles y tareas definidas y que se mantienen de forma permanente en el tiempo.

3. Criminalidad organizada

En este mismo sentido, RODRIGUEZ señala que "el concepto de criminalidad organizada es mucho más restrictivo que asociación ilícita. La organización criminal requiere que se persiga la comisión de delitos graves y además que se persiga la obtención de un beneficio económico, de un lucro o bien de obtener poder."[231]

"Ambas figuras son coincidentes en el acuerdo previo para la comisión de ilícitos y la permanencia en el actuar; sin embargo, también dicho acuerdo resulta diverso tanto en su intensidad como en su temporalidad, traducido en diferencias cuantitativas y cualitativas, como sea, la peligrosidad en su actuación y la dispar afectación de los pertinentes bienes jurídicos."[232]

---

[230] GUERRA Abraham. 1985. *El delito de asociaciones ilícitas en el Código Penal Chileno y en la legislación complementaria.* Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 4.

[231] RODRÍGUEZ, Aníbal. 2014. Algunas visiones del derecho penal hoy. Santiago. Ediciones Universidad Santo Tomás. p. 88.

[232] OVALLE, Marcelo. 2012. La agravante de agrupación o reunión de delincuentes para el tráfico ilícito de drogas del artículo 19 letra a) de la ley 20.000. Tesis

El crimen organizado tiene expreso carácter transnacional, no referido a un ámbito local o restringido. Esa es otra marcada diferencia con respecto al delito de asociación ilícita, que no requiere de esta estructura más compleja que involucre a varios estados; más bien, tiene un carácter territorial o sectorial. En este sentido, la estructura de la asociación ilícita tiene un nivel inferior, es de menor intensidad.

Además, la criminalidad organizada requiere que se persiga la obtención de un beneficio económico o lucro, elemento que no es mencionado en el tipo penal del delito de asociación ilícita. Incluso puede existir una asociación ilícita cuyos fines no sean económicos, tal como es una asociación terrorista.

El crimen organizado tiene una estructura similar a la de una empresa de carácter comercial, dividida en secciones, en funciones y tareas, con un centro de poder que toma las decisiones con alta influencia tanto en el ámbito económico como en el político de un Estado.

En consecuencia, se trata de figuras distintas: la criminalidad organizada tiene una mayor complejidad que la asociación ilícita por todo lo expuesto. Sin embargo, la asociación ilícita puede ser entendida como una herramienta para perseguir la criminalidad organizada: "La figura de la asociación ilícita resulta ser hoy en día la figura penal que la generalidad de los estados por antonomasia utilizan para la lucha del crimen organizado especialmente creada para el efecto o empleada como herramienta legal preexistente que sirva para dicho fin."(233)

---

para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de postgrado, p. 20.

(233) OVALLE, Marcelo. 2012. op. cit., p. 16.

IX. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PERUANO

Al revisar el Código Penal Santa – Cruz publicado en 1862, en el Capítulo IV De las circunstancias que agravan o disminuyen las culpas o delitos se puede apreciar en el "Art. 14. En todo delito o culpa se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en los casos respectivos, las siguientes: (....)

Quinta: El mayor número de personas que concurran al delito."

Asimismo, en el Capítulo VI dice el "Art. 234. Si alguno de los delitos, expresados en los artículos precedentes de este capítulo fuere cometido por una reunión de personas que llegando a cuatro no pasen de cuarenta, i que cuatro o más hayan usado de armas de fuego, acero o hierro, se les impondrá a todos los reos de la reunión indistintamente una mitad más de las penas respectivas que en dichos artículos se prescriben. Pero si fueren de otra clase de armas de que hubieren usado, se aplicarán a todas las penas de dichos artículos en el aumento de una cuarta parte; i en ambos casos a las cabezas, directores i promotores de la reunión se les aumentará además una mitad del total de la pena que les corresponda. Si no se hubiere hecho uso de armas por cuatro, o más individuos, los cabezas, directores o promotores sufrirán una mitad más de las penas señaladas respectivamente en dichos artículos, aplicándose las que estos prescriben a todos los demás reos sin distinción alguna".

En el Capítulo VII De las Cuadrillas de Malhechores, indica en el "Art. 237. Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente; pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas, o contra las propiedades, sean públicas o particulares".

En el "Art. 238. Los autores, jefes, directores o promotores de alguna de estas cuadrillas, aunque no lleguen a cometer otro delito serán castigados con la pena de uno a tres años de obras públicas. Los demás a sabiendas y voluntariamente tomaren partido en la cuadrilla, sufrirán una reclusión de igual tiempo. Estas penas se impondrán

siempre a los malhechores de la cuadrilla sin perjuicio de que unos y otros sean castigados además con las respectivas a cualquiera otro delito que cometieren; excepto cuando la ley imponga a este delito un aumento determinado de pena, por razón de la cuadrilla, en cuyo caso no se aplicará la disposición del presente artículo".

Y por último, en el "Art. 239. Si pasaren de cuarenta individuos los que compongan la cuadrilla o cuadrillas, que obren de común acuerdo serán castigados con las penas prescritas en el capítulo 2° de este título y con la distinción que en él se establece".

Asimismo, en este mismo Código Penal de 1862 en la parte dedicada a la Tentativa y Confabulación, en lo referente a los supuestos de tentativa, podemos apreciar el uso de la denominación de confabulación, desarrollado en el artículo 3°:

> (...) Hay confabulación, cuando algunas personas se conciertan para cometer el delito, celebrando con tal fin dos o más reuniones.
>
> "Art. 4°. Merecen pena, á más del delito consumado, el frustrado y la tentativa.
>
> La merecen también los actos preparatorios, cuando media la confabulación".

En lo referente a los Delitos contra la Propiedad, en el "Art. 327. Serán castigados con penitenciaria en primer grado:

> (...)
>
> 3° El que se hubiere asociado a tres o más personas para cometer el robo".
>
> En lo que se refiere a Pandilla de Malhechores, el "Art. 332. El Jefe de una pandilla de tres o más malhechores, con quienes hubiere perpetrado el robo, será castigado con uno o dos términos más de la pena señalada para los autores".

En concordancia con el artículo 2 del mismo texto penal, el legislador se apoyó en el principio de responsabilidad criminal por

toda acción u omisión penada, reputándola en todo caso voluntaria y maliciosa para distribuir la responsabilidad entre los que se asocian a la perpetración de delitos.

Téngase en cuenta además, que la ley fija en tres el número mínimo de personas que conforman una pandilla. Esta condición se aplicaba, también, al artículo 337 que describe la conducta de usurpación cuando se comete en cuadrilla.

Y finalmente en el "Art.333. El socio habitual de una pandilla de malhechores, será considerado como co-delincuente de estos en todo atentado que cometan, á no ser que pruebe no haber tenido participación alguna en el delito".

En el Código Penal de 1924 en lo que se refiere a la Banda en el delito de Robo, tipifica en su Art. 237° (tipo base) y 238° del CP (Agravantes), entre una de ellas se señala, que el delincuente cometa el hecho en calidad de afiliado a una banda.

En el Art. 51° CP, estableció como circunstancia agravante genérica, la actuación en pluralidad de agentes.

TITULO XII Participación Criminal, cuando el delito aparece como obra de más de un agente; es decir, se sanciona la peligrosidad derivada de la concurrencia de varios agentes, que en ciertos casos señala un grado de inminencia y gravedad excepcionales del peligro social.

De igual manera ya en el Código Penal de 1991 en lo referente a asociación Ilícita nace con la denominación de Agrupación Ilícita. Este Código Penal regulaba en su origen con diversas denominaciones (muy similares) a lo que podemos entender como "Organización Criminal", así tenemos:

- Agrupación Criminal (Art. 152° inc. 8 CP). Secuestro.
- Organización Criminal o Banda (Art. 179° inc. 7 CP). Favorecimiento a la Prostitución.
- Asociación Delictiva (Art. 257°-A inc. 1 CP). Delitos Monetarios – Agravantes.

- Organización Delictiva (Art. 272° CP segundo párrafo literal "c" CP): Comercio Clandestino.
- Organización Ilícita (Art. 318°-A Literal "b" CP): Tráfico de Órganos.

En el Nuevo Código Penal, indica el "Artículo 317.- Asociación ilícita:

> "El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
>
> Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 319, 325 al 333; 346 al 350 o la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin.
>
> La Ley N° 30077 promulgada el 20 de agosto de 2013, en su Primera Disposición Modificatoria, establece que todos los supuestos antes mencionados cambien su denominación a organización criminal, lo que demuestra que, para el legislador, todas esas modalidades son comprendidas por el concepto de organización criminal.
>
> Contrastando con lo previsto en el Art. 317° CP, queda claro que el delito de asociación ilícita regula lo que el legislador ha reconocido como organización criminal, aunque persisten diferencias con la organización criminal aplicable a la Ley de Crimen Organizado, en virtud a la cantidad de sus integrantes y a la gravedad o amplitud de sus efectos.

> Es importante asimismo indicar que la Corte Suprema de Justicia peruana en el Acuerdo Plenario Nº 4-2006/CJ-116, indica que el delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317º del Código Penal. Dice la citada disposición: "El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...".(234)

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas- sin que se materialicen sus planes delictivos (235). En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuyan al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está

---

(234) También está indicado en el EXP. Nº 4118-2004-HC/T, numerales del 20 al 22.

(235) Corte Suprema de Justicia. Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitorias. Acuerdo Plenario Nº 4-2006/CJ-116 Concordancia jurisprudencial. Art. 116º TUO LOPJ.

ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

X. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y EL CRIMEN ORGANIZADO

El estudio dogmático según Miguel Ángel GUTIERREZ (2011)[236], se refiere a la caracterización de los elementos de un "delito", entendiendo por éste una conducta antijurídica típica o específica, culpable y punible. Es importante llevarlo a cabo porque el derecho penal se basa en el binomio delito/pena, en el cual ésta es la consecuencia legítima de aquél. Hay que recordar también que en esta materia sólo puede aplicarse una pena a una conducta cuando coincide exactamente con el tipo penal o descripción legal del delito, quedando prohibida la analogía, la irretroactividad, y otros, además de que la sujeción a un proceso penal está resguardada constitucionalmente por las garantías individuales con sus respectivas subgarantías, como las de seguridad jurídica, legalidad, igualdad, audiencia y otras más.

Antes de iniciar un estudio dogmático debe considerarse que el delito se comete en un ámbito espacial o territorio con jurisdicción, en un ámbito temporal (los delitos sólo se juzgan con las leyes vigentes en el momento de su comisión) y en el ámbito personal (nadie es inmune a las disposiciones de la ley, y cada quien es responsable sólo de su propia conducta).

Los elementos del delito son la tipicidad, la anti-juridicidad y la culpabilidad (hay otras teorías que, en forma un tanto redundante, incluyen siete elementos: conducta, tipicidad, anti-juridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas y punibilidad). Si

---

[236] Interesante Blogspot de del Estudio MAG Jurídico en la cual GUTIERREZ, Miguel Ángel, hace una interesante descripción de los elementos para el estudio de la dogmática jurídica. http://magjuridico.blogspot.pe/search/label/Estudio%20dogm%C3%A1tico%20de%20los%20delitos recuperado el 17/09/2016.

falta alguno de estos elementos, no hay delito. Los delitos solamente pueden ser de dos tipos: dolosos (cuando se hacen intencionalmente) o culposos (cuando no se hacen a propósito). No hay delito cuando alguien es obligado a cometer un acto punible por causas extrañas a su voluntad.

Pueden realizarse por acción o por omisión[237] (cuando se deja de hacer algo que debería hacerse). El delito es instantáneo si se consuma en un solo momento, es continuado cuando hay repetición de la conducta y permanente cuando la consumación se prolonga.

En un hecho delictivo puede haber concurrencia o concurso de delitos. Hay concurso real cuando se cometen varios delitos en actos distintos; hay concurso ideal cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales: esto es importante en términos de la punibilidad o el tipo de pena/sanción aplicable al delito en cuestión.

En este punto del análisis es importante mencionar que los códigos penales suelen proporcionar definiciones precisas de lo que constituye cada delito, o al menos una que pueda deducirse del contenido del artículo. Por ejemplo, el Nuevo Código Penal Peruano (NCPP) dice en su artículo 106 que "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años", o en su artículo "Artículo 307-D.- Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa. El que obstaculiza o impide la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa relacionada con la minería ilegal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años. Conocer la definición legal del delito es básico para su estudio dogmático.

La atribuibilidad se refiere a quién comete el delito, es decir, la autoría. Sólo se puede atribuir un delito a una persona imputable, aquella que pudo comprender que su conducta era indebida y a la

[237] Quien tiene el deber jurídico de actuar para no delinquir puede ser instigado o ayudado a no hacerlo.

que podía exigírsele otra conducta, que tenía capacidad de juicio, que era mayor de edad, etc. Un loco es inimputable, al igual que un niño.

Debido a que cada delito sólo puede ser castigado por una ley exactamente aplicable, es necesario que existan los presupuestos del delito; es decir, la ley propiamente dicha que prevé una conducta delictiva, los sujetos que se requieren para que esa conducta tenga lugar (como mínimo suelen ser un activo o agente y un pasivo o víctima) y los objetos. El objeto material es la persona sobre quien recae el daño, y el objeto jurídico es el bien jurídico tutelado por la ley. Por ejemplo, en el caso del homicidio, solamente las personas físicas pueden ser sujeto y objeto; el objeto material es la persona a quien se ha privado de la vida, mientras que el bien jurídico tutelado es la vida humana. En el delito de rebelión, los sujetos activos son los no militares que se alcen en armas, el sujeto pasivo es el Estado, el bien jurídico tutelado es la seguridad del Estado, etc.

La conducta (típica) o el verbo núcleo del tipo es la descripción de la acción en que consiste realmente el delito, aunque el verbo solo rara vez alcanza para describir la conducta. En el caso del homicidio, el verbo núcleo es «privar de la vida a otro»; en el caso del delito de rebelión, es «alzamiento en armas»; en el robo, es "el que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años" (Art. 188 NCPP); en el fraude; "Artículo 198. Administración fraudulenta: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros (...)".

Los elementos normativos forman parte del tipo penal, pero requieren una valoración jurídica y/o cultural. Por ejemplo, si se dice que "comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento (...)", hay que comprobar

si la cosa en cuestión fue sustraída, si realmente ese bien lo sustrajo alguien que no es el propietario o el tenedor legítimo de la cosa, etc.

Los elementos subjetivos específicos del delito son las situaciones psíquicas del sujeto activo al realizar la conducta, es decir, el propósito, ánimo o tendencia, aunque con frecuencia sólo se pueden presumir, no se pueden demostrar absolutamente.

Los elementos objetivos son las circunstancias o requisitos que deben reunirse para que una acción sea considerada delito, y equivalen a la anti-juridicidad o al daño material o a un interés jurídico. Para que haya homicidio, por ejemplo, debe haber privación de la vida; para que haya robo, debe haber apoderamiento sin derecho de una cosa ajena.

El nexo causal es la vinculación entre la conducta y el resultado, o causa-consecuencia. El resultado de la conducta 'disparar un arma' puede ser 'privar de la vida'. En el delito de encubrimiento, la conducta 'obstaculizar la investigación' tiene como resultado que 'se afecta la administración de justicia'.

El medio comisivo es la forma en la que se comete el delito. Por ejemplo, en el caso del encubrimiento consiste en «encubrir teniendo conocimiento del delito»; en el delito de falsedad de declaraciones ante una autoridad, es «hacer una declaración faltando a la verdad»; en el delito de pornografía infantil, es «producir imágenes con representaciones de exhibicionismo sexual con menores (...), realizar materialmente las tomas, (etc.)». A menudo esta descripción coincide con la conducta núcleo del tipo.

El resultado de un delito es formal cuando contraviene una disposición legal, y es material cuando además tiene consecuencias en la realidad. Por ejemplo, el delito de inseminación artificial no consentida es formal cuando se lleva a cabo, pero es material cuando se produce un embarazo no deseado. El resultado del homicidio es material.

Por otra parte, en cuanto a determinar si el tipo penal establece circunstancias de tiempo, modo, lugar, a menudo se encuentran de hecho circunstancias específicas en los casos en particular, las mismas

que también pueden desprenderse de la descripción de cada tipo penal, señaladas como atenuantes y agravantes. Estas condiciones del caso particular, empero, deben ser consideradas obligadamente por el juzgador. Compárense, por ejemplo, las condiciones del robo en despoblado, del abigeato, si hubo escalamiento o allanamiento, y el robo famélico; o si el homicidio fue imprudencial, se cometió con agravantes o en legítima defensa, casos en los que no se pueden excluir las discutidas circunstancias.

Finalmente, vale señalar que todo lo anterior conduce al concepto de cuerpo del delito, que se define como «el conjunto de elementos que figuran en la descripción legal del hecho» (y que poco o casi nada tiene que ver con el cuerpo de evidencia que existe en el derecho de origen británico): se toman en cuenta, pues, los elementos del tipo penal, los componentes de la descripción contenida en el Código Penal o normas especiales. La ley suele exigir pruebas específicas para la comprobación del cuerpo de algunos delitos. Para probar el cuerpo del delito es necesario demostrar la existencia de todos sus elementos; si esto no ocurre, no se habrá acreditado al cuerpo del delito ni será jurídicamente posible que el Ministerio Público promueva el proceso penal: del cuerpo del delito, entonces, depende el procesamiento o la exoneración de una persona, su reclusión o su libertad, en muchos casos[238].

Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación.[239]

---

[238] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*. Recuperado de: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FCP_MA_13093.pdf el 17/09/2016.

[239] ¿Cómo Imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delíto en el Ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? Es el artículo de Francisco Muñoz Conde. Catedrático de Derecho penal, Universidad "Pablo de Olavide". Sevilla. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_42.pdf. Consultado el 07/2017.

La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina, por lo menos en lo que se refiere a los delitos dolosos comisivos, la teoría del dominio del hecho, según la cual puede añadirse o no; y el autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor(240).

Esta distinción es puramente conceptual y no impide que, desde el punto de vista de la gravedad de la pena, también el partícipe pueda ser condenado con la misma pena que el autor en sentido estricto. Pero la más importante consecuencia de la distinción dogmática entre autor y partícipe es que la punibilidad del partícipe, aunque sea la misma que la del autor, depende o es accesoria de la del autor, que es la figura en torno a la cual gira la configuración del tipo delictivo. Las ventajas de este sistema se ven con especial claridad en la distribución de responsabilidad que hay que hacer en los delitos especiales propios cuando en su realización interviene alguien que no tiene las cualidades exigidas en el tipo delictivo en cuestión para ser considerado autor en sentido estricto de dicho delito.

(240) Doctrina dominante por todos véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 4Q ed., Valencia 2000, p. 496.

DE LA SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST A LA SOCIETAS DELINQUERE POTEST EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

INTRODUCCIÓN

Históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente o sancionada, en tanto en cuanto no puede cometer delitos por sí misma. Este principio está reflejado en la expresión latina: "*societas delinquere non potest*". Este principio se sigue manteniendo en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, si bien en algunos ha comenzado a aparecer la posibilidad de que una persona jurídica cometa un delito. En esos casos, la pena se ajusta al tipo de sanción que la persona jurídica puede cumplir, normalmente pecuniaria, aunque también puede consistir en privación de derechos, e incluso, con medidas de seguridad, que consisten en la posibilidad de que el Estado intervenga a la asociación o sociedad, liquide los bienes y con ellos pague los daños causados por la persona física que haya cometido algún delito; sin embargo, esto implica una sanción trascendente, ya que se afectan los derechos de los demás socios o asociados que no tienen una relación directa con el hecho ilícito.

Se puede decir que el viejo aforismo latino pertenece a la historia del derecho prácticamente en la totalidad de los países de la Unión Europea. Si atendemos a la cronología de las reformas que han ido introduciendo la responsabilidad colectiva, observamos que ha bastado una década para superar el principio que pertenecía al núcleo duro de la convicciones penales del viejo continente. Los

ordenamientos jurídicos europeos presionados por el proceso de armonización internacional del derecho penal se han visto obligados a abandonarlo poco a poco.

Hoy en día los grupos criminales utilizan frecuentemente las personas jurídicas como medios para desarrollar sus actividades ilícitas, motivo por el cual se abre paso en Europa el principio contrario al tradicional antes expresado. Aun así se plantean dudas sobre las sanciones a aplicar y acerca de los criterios de imputación. Al respecto han surgido diversas teorías: como las que justifican su incriminación para evitar que los fines societarios se consigan mediante la comisión de delitos o que la falta de control posibilite la vulneración de la ley penal por las personas que gobiernan las personas jurídicas o por los individuos a través de los cuales las entidades actúan.

En los últimos años, la comunidad internacional ha mostrado una creciente conciencia de la gravedad de la corrupción[241] y la creciente criminalidad económica y organizada, urbanística y ambiental lo cual ha propiciado, de nuevo, la discusión acerca de si las personas jurídicas pueden ser también sancionadas penalmente. La literatura académica se ha enriquecido con estudios, análisis y publicaciones, que han sacado y destacado algunas conclusiones básicas y comunes.

Debemos tener en cuenta que la corrupción es polifacética y afecta a todas las sociedades, independientemente de su nivel de

[241] El concepto de corrupción, entendido como abuso de poder en el sector público en beneficio particular o privado, sea directo o indirecto, con incumplimiento de normas jurídicas, aunque también es cada vez más importante en la actualidad el concepto de corrupción en el sector privado. BACIGALUPO Silvina y LIZCANO, Jesús. *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción.* Colección de Esudios 1. 2013. p.12. Por otro lado, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa en su artículo titulado *Estudio sobre los Delitos de Cohecho de Funcionarios Públicos Comunitarios, Extranjeros y de Organizaciones Internacionales en el Derecho Penal alemán*, indica que la corrupción, entendida comúnmente como el uso desviado del poder público para la obtención de un beneficio privado, ha sido una práctica constante a lo largo de la historia. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, p. 2.

desarrollo o la complejidad de su organización. Los efectos de la corrupción varían, así como también sus manifestaciones. Si bien las causas subyacentes pueden ir desde cuestiones sociales hasta institucionales, una conclusión clara es que la corrupción exacerba otros problemas, desbarata los esfuerzos en pro del desarrollo y echa por tierra los esfuerzos por crear, consolidar o seguir desarrollando instituciones democráticas. Otro elemento clave del fenómeno es su complejidad progresivamente creciente a medida que aumentan los intereses en juego.

En primer lugar, el fenómeno ya no está confinado a las fronteras nacionales y, en segundo lugar, aunque lo estuviera, los niveles de tolerancia en todo el mundo, tanto de parte de los líderes políticos como de la población en general, están disminuyendo rápidamente. A esta tolerancia cada vez menor se suman los firmes e insistentes llamamientos a la acción contra este fenómeno a todos los niveles. En respuesta a esos llamamientos, la comunidad internacional ha comenzado a celebrar negociaciones y a desarrollar diversos instrumentos jurídicos internacionales dentro de las diferentes organizaciones, como el Consejo de Europa, la Unión Europea (UE), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

No cabe ninguna duda de que uno de los grandes males globales del siglo XXI es, sin duda, la corrupción[242], no sólo como práctica

[242] KAUFMANN Daniel, director de programas globales y gobernabilidad del Banco Mundial, expresó su preocupación por las corporaciones multinacionales que, influenciadas por el sector privado local, funcionan de forma diferente en Latinoamérica de lo que lo hacen en los países miembros de la OCDE. Manifiesta que está surgiendo una tendencia preocupante que muestra una falta de mejoramiento de la eficacia gubernamental, de la calidad reguladora, de normas y prácticas que rigen la función gubernamental, la responsabilidad social, el Estado de derecho y el control de la corrupción. "La captura de la élite" por grupos de interés y la compra de influencia son prácticas muy extendidas, y son el resultado de la interacción entre las élites financieras y políticas. DESHAZO, Peter. Esfuerzos Contra la Corrupción en América Latina. Lecciones Aprendidas. Documentos de Política sobre las Américas Volumen XVIII, Estudio 2. 2007.

que pone en riesgo la convivencia en las sociedades que buscan estar soportadas sobre los principios de justicia e igualdad, sino porque también pone en riesgo el desarrollo sostenible de las mismas, así como el disfrute de los derechos humanos de las personas que las conforman.(243)

Con la globalización(244) de los mercados estas organizaciones tienen una mayor gama de opciones para intentar invertir y limpiar así sus ganancias.(245) Por lo tanto, la corrupción(246) es un fenómeno global que, históricamente, ha alcanzado un alto arraigo en las diferentes culturas de todo el mundo.

Una vez más, es la más terrible amenaza para el desarrollo equitativo y estable de nuestros pueblos mediante la alteración de los patrones de convivencia social. En los últimos años la corrupción ha asumido diferentes formas y, con la globalización, se ha convertido en un serio problema para la comunidad internacional. Sus consecuencias son de todos conocidas: afecta a toda la sociedad, socava el imperio de la ley, hace que las personas pierdan confianza en sus

(243) Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. *La Responsabilidad Social Corporativa en las memorias anuales de las empresas* IBEX 35. Análisis jurídico. 2005. Tercera Edición. p. 8.

(244) La globalización se comprende como el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, dándoles con esto un carácter global.

(245) SUBERO ISA Jorge A. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos.* 1ra. Edición. 2005, p. 9.

(246) La corrupción adquiere, desde hace algún tiempo, dimensiones inusitadas. Constituye un crimen internacional y es fuente de preocupación mundial por estar presente en todos los países. El Director de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC), Yuri Fedotov, informó en julio del 2012, que el crimen organizado –del que la corrupción es parte esencial– mueve 870.000 millones de dólares americanos, el 3,6% del Producto Bruto Interno Internacional. Los negocios criminales y sus ganancias constituyen una de las veinte economías principales del mundo, y su presencia es un gran impedimento para los Objetivos del Milenio del 2015, respecto a mejorar la salud y reducir la pobreza entre los más pobres. SAN MARTIN CASTRO, César E. I Congreso Bienal sobre Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica. 2013, p. 4.

gobiernos e instituciones, disminuye las inversiones y retarda el crecimiento económico, desestimula la inversión extranjera, y desvía los fondos públicos en detrimento del bienestar de los ciudadanos. Todos nosotros hemos sufrido y sufrimos sus efectos.[247]

Hay en la realidad del país unas organizaciones criminales que tienen varias décadas de existencia. La delincuencia organizada o criminalidad organizada no es precisamente un fenómeno delincuencial nuevo en nuestro país[248]. La corrupción no es un fenómeno nuevo; está ampliamente difundida en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales; y por lo tanto los países comparten una responsabilidad en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Por lo tanto, la corrupción es como una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad.

Como dijimos líneas arriba, la corrupcion socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países –grandes y pequeños, ricos y pobres–, pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo.

---

[247] Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. *Acción Mundial contra la Corrupción.* RUSSIÁN Clodosbaldo. *Medidas de prevención de la corrupción: la función de los sectores privado y público.* 2005.

[248] "Este tipo de delincuencia fue designada con la palabra 'organizada', ya que se refiere a la 'asociación' a la 'sociedad', a la 'corporación', al 'grupo', al 'sindicato', a la 'liga', al 'gremio', a la 'coalición', en sí a la 'unión', como forma de conjuntar esfuerzos en grupo; y con el empleo de la violencia, soborno, intimidación, y fuerza, los delincuentes llevaban a cabo sus actividades ilegales". Procuraduría General de la República, Delincuencia Organizada, México, julio 2012. TORRES-VÁSQUEZ, Henry. Delincuencia Transnacional Organizada en Colombia. Universidad de La Sabana. En Díkaion 22-1 (2013), pp. 109-130.

La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.[249]

Durante los últimos veinte años el comercio internacional ha venido acompañado de una corrupción sin precedentes[250], lo que incluso ha sido denominado como la "gran corrupción"[251]; tal es así que se calcula que alrededor de un billón y medio de dólares circulan anualmente en el mundo como producto de la corrupción, lo que representa una cifra alrededor del 5% del Producto Bruto Interno del planeta. Asimismo la cifra anual de la corrupción es equivalente a un impuesto del 20% para los inversionistas.[252] Ante estas circunstancias, la lucha internacional contra la corrupción adquiere una importancia tal que las Naciones Unidas han declarado el nueve de diciembre de cada año el "Día Internacional Anti-corrupción".[253]

La corrupción, tanto dentro del sector público y privado como entre ellos, se ha convertido en uno de los problemas principales que afectan a las empresas de todo el mundo.[254] La inclusión reciente de

---

[249] Naciones Unidas. Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción. Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2004, p. 3.

[250] El Secretario General Kofi Annan de la Organización de la Naciones Unidas (ONU) ha manifestado durante la Inauguración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que "la corrupción es un flagelo insidioso que empobrece a muchos países, y nos afecta a todos." ONU. Acción mundial contra la Corrupción. Los documentos de Mérida. 2005. p. 1.

[251] MALEM, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, GEDISA, 2000, p. 39.

[252] Diario El Mundo, jueves 11 de diciembre de 2003, p. 11.

[253] Véase al respecto: http://www.fightcorruption.org y http://www.worldbankorg/wbi/governance/data.html

[254] A modo de colofón, sirva como otro ejemplo más de la complejidad del fenómeno objeto de reflexión, la operación Ballena Blanca, desarrollada en España el 10 de marzo de 2005. Cerca de tres centenares de policías intervinieron

un principio anticorrupción en el Pacto Mundial de la ONU, que han aprobado más de 3.800 miembros, señala la importancia creciente del sector privado en la lucha mundial contra la corrupción. Para hacerse una idea del alcance de la corrupción, basta mencionar que, según el Instituto del Banco Mundial, más de 1 billón de dólares (1.000 millones USD) se entrega en sobornos anualmente[255].

La delincuencia organizada transnacional[256] es un gran negocio. En 2009 se estimó que generaba 870 miles de millones por año, lo que equivale al 1,5% del PIB mundial[257]. Es más de seis veces de la cantidad de asistencia oficial para el desarrollo correspondiente a

---

en el operativo. Supuso la desarticulación de la mayor red de blanqueo de dinero proveniente de actividades relacionadas con el crimen organizado conocida hasta el momento en España. La investigación, que dio comienzo en Marbella en 2003, se saldó con un número total de cuarenta y un detenidos, entre ellos se vieron implicados tres notarios y siete abogados de prestigio. Entre los arrestados había ciudadanos franceses, marroquíes, rusos, ucranianos y finlandeses, además de españoles. La magnitud de las cifras hablan por sí mismas: fueron bloqueadas cientos de cuentas corrientes por un importe total que superaban los 32 millones de euros. La policía se incautó de 251 inmuebles en la Costa del Sol, entre ellos dos urbanizaciones enteras, además de un yate, cuarenta y un coches de lujo y dos aviones. El valor de lo incautado ascendía a 250 millones de euros. El dinero que se calcula había movido esta red en los últimos años superaba, según las estimaciones, los 600 millones de euros. SANSÓ-RUBERT D. La Internacionalización de la Delincuencia Organizada: Análisis del Fenómeno. Universidad de Santiago de Compostela. 2005. p 12. Recuperado de: https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72532/UNISCI9Sanso.pdf consultado el 01/12/2016

[255] ONUD. *Prevención de la corrupción para fomentar el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.* Volumen I. Viena. 1998.

[256] Son múltiples los términos empleados como sinónimos: "delincuencia organizada transnacional", "delincuencia internacional organizada", "delincuencia mundial organizada", "delincuencia multinacional", todas expresan la naturaleza organizada de los grupos que la componen, así como el contexto internacional de sus actividades. Véase Lupsha, P. A.: "Transnational Organized Crime", Transnational Organized Crime, nº 1 (1996), pp. 21-22.

[257] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Estimación de las corrientes financieras ilícitas provenientes del tráfico de drogas y otros delitos organizados transnacionales: informe de investigación (Viena, octubre de 2011). Figura en www.unodc.org/documents/data and analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

ese año, y equivale a casi el 7% de las exportaciones mundiales de mercancías. La delincuencia organizada transnacional no se queda estancada; antes bien, es una industria siempre cambiante que se adapta a los mercados y crea nuevas formas de delincuencia. En resumen, es un negocio ilícito que trasciende las fronteras culturales, sociales, lingüísticas y geográficas y que no conoce fronteras ni reglas.

Vista de esta manera, en consecuencia se debe entender la corrupción como un problema global, que afecta y perjudica bienes globales, relacionados con el desarrollo de las sociedades, los derechos humanos de los individuos[258], el medio ambiente, la democracia, la justicia y la paz; como tal, los organismos internacionales no sólo han recogido la preocupación de las sociedades y sus estados, sino que en la última década han generado normativas y herramientas internacionales con el fin de poder combatirla de manera eficaz.

La corrupción no sólo es perjudicial para las instituciones democráticas y para el buen gobierno de la empresa, sino que también pone en peligro los esfuerzos consagrados para paliar la pobreza. Concretamente, las desviaciones de fondos derivadas de la corrupción socavan las medidas adoptadas por los ciudadanos para mejorar su bienestar económico, social y medioambiental, y las empresas tienen un importante papel que desempeñar en la lucha contra las prácticas corruptoras.

---

[258] La Alta Comisionada de la Organización de las Naciones Unidas para los DD. HH., Navi Pillay, a la par que: i) afirmó que la corrupción es un enorme obstáculo para el goce de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el derecho al desarrollo, ya que viola el principio fundamental de transparencia y rendición de cuentas; ii) informó que la cantidad de dinero robado cada año por la corrupción es ochenta veces más de lo que hace falta para alimentar a la gente que pasa hambre en el mundo; que los sobornos encarecen hasta en un 40% el costo total de los proyectos para abastecer de agua potable y saneamiento a la población mundial; que entre el 2000 y 2009 los países en desarrollo perdieron 8,44 billones de dólares en los flujos financieros ilícitos, diez veces más que la ayuda extranjera que reciben.

A pesar del amplio reconocimiento, tanto de los gobiernos como de la opinión pública, de que la lucha contra la corrupción tiene que ser abordada como un tema de corresponsabilidad entre todos los actores de la sociedad, el énfasis de la lucha contra la corrupción de las últimas décadas ha cambiado sólo lentamente para complementar las iniciativas dirigidas a fortalecer y hacer más responsables las instituciones del Estado con iniciativas dirigidas al sector privado. En este sentido las normas internacionales para la responsabilidad de las personas jurídicas en actos de corrupción constituyen un avance importante, ya que van más allá de la responsabilidad individual de empleados y/o directivos de las empresas por actos de corrupción al atribuir una responsabilidad legal a la empresa como sujeto de derecho.[259]

I. ANTECEDENTES

Para combatir la corrupción originada por las transacciones económicas internacionales se pueden tomar medidas de derecho nacional y de derecho internacional público. Dentro de las normas internaciones destacan la *Foreign Corupt Practice Act* de los Estados Unidos de 1977. La ONU, desde 1975 —Resolución 3514 del 15 de diciembre—, mostró su preocupación por ciertas prácticas corruptas llevadas a cabo por empresas transnacionales y ha venido llevando a cabo una intensa labor legislativa en distintos foros y con distintos mecanismos.[260]

Las Naciones Unidas ha considerado de vital importancia tomar cartas en la lucha internacional contra la corrupción. Por lo mismo, en diversas resoluciones de la Asamblea General se han preparado distintos documentos para definir objetivos y políticas de la lucha en contra de la corrupción. Destacan la resolución A/RES/51/59,

---

[259] Resumen Informativo del Encuentro Regional sobre Sector Privado y la Lucha contra la Corrupción – 7-8 de marzo 2013, Bogotá, Colombia. p. 3.

[260] Véase al respecto: Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Instrumentos jurídicos internacionales, recomendaciones y otros documentos existentes que tratan de la corrupción, E/CN.15/2001/3.

"Medidas contra la corrupción", del 28 de enero de 1997; la resolución A/51/601, "Declaración de Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales" del 21 de febrero de 1997; A/RES/54/128, "Medidas contra la corrupción" del 28 de enero de 2000. Sin embargo, para emprender una lucha efectiva en el ámbito internacional en contra de la corrupción se requerían compromisos internacionales entre los Estados.

El Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)[261] [262] ha sido firmado por 34 países y entró en vigor el 15 de febrero de 1999. Este convenio, así como la Recomendación revisada de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y la Recomendación de 1996 sobre el carácter fiscalmente deducible de los pagos ilícitos realizados a agentes públicos extranjeros, son los instrumentos esenciales que permiten a los miembros del Grupo anticorrupción colaborar en la lucha contra el pago de comisiones destinadas a obtener o mantener un negocio internacional. Estos tres instrumentos combaten las

[261] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Fundada en 1961. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Indican que Trabajan para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Además miden la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizan y comparan datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijan estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.

[262] Firmada el 17 de diciembre de 1997. Aprobada por el Senado el 22 de abril de 1999. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1999. En vigor a partir del 26 de julio de 1999. Estados parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, República Checa, Finlandia, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Corea, República Eslovaca, Holanda, Nueva Zelanda, México, Noruega, Polonia, Portugal, España, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos de América.

operaciones de corrupción desde el lado de la oferta. Su objetivo es eliminar la "oferta" de pagos ilícitos a agentes públicos extranjeros, siendo competente cada país sobre las actividades de sus empresas y los actos cometidos en su territorio.(263)

El cohecho de servidores públicos extranjeros es un delito en la mayoría de los países. La convención de la OCDE representa así un importante paso en los esfuerzos internacionales centrados en penalizar el cohecho y reducir la corrupción creciente en las economías mundiales. Tiene el objetivo de frenar el uso del cohecho con el propósito de obtener transacciones comerciales internacionales y fortalecer los esfuerzos nacionales en la lucha anticorrupción, dirigidos a elevar los estándares de gobernabilidad y aumentar la participación de la sociedad civil. La convención obliga a los países signatarios a adoptar una legislación nacional que convierta en un delito el cohecho de funcionarios públicos extranjeros y provee una definición amplia de lo que es un funcionario público(264), la cual

(263) Disponible en: http://www.poderciudadano.org/up_downloads/temas/59_4.pdf consultado el 28/03/2016

(264) El Art. 4º de la Ley 28175 - Ley Marco del Empleo Público establece la siguiente clasificación: 1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria (Presidente, Congresistas, alcaldes, etc.) b) De nombramiento y remoción regulados (Jefes de reguladores por ejemplo) c) De libre nombramiento y remoción (típico caso de ministros de Estado). Mientras que para la Convención significa "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción define como funcionario público a: Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el

podría abarcar a todas las personas que ejercen una función pública. Requiere que el cohecho de los servidores públicos extranjeros sea castigado con sanciones penales disuasorias, proporcionadas y efectivas, que sean comparables a aquellas aplicables a sus propios funcionarios públicos.

La OCDE al igual que otras instituciones de la comunidad internacional se viene ocupando desde hace algunos años del combate a la corrupción, en el entendido que el mismo tiene graves consecuencias en el desarrollo de las economías. Esto debido a que el fenómeno va adquiriendo características globalizadoras que hacen que los instrumentos estrictamente nacionales resulten insuficientes para su combate. En especial, la corrupción ligada a la actividad de las empresas trasnacionales ha sido objeto de regulación por parte de la Organización. La empresa, especialmente la empresa multinacional(265), como principal agente de la globalización es el operador más importante en las prácticas privadas de corrupción trasnacional. Relocalización de utilidades, prácticas contables que permiten sistemas de doble conta-

---

derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

(265) Las empresas multinacionales o empresas transnacionales son aquellas que no solo están establecidas en su país de origen, sino que también se constituyen en otros países para realizar sus actividades mercantiles tanto de venta y compra como de producción en los países donde se han establecido. Las multinacionales están en capacidad de expandir la producción y otras operaciones alrededor del mundo, así como de movilizar plantas industriales de un país a otro. Disponible en: http://eco.unne.edu.ar/economia/catedras/micro1/2013/U4_Teoria_complemento.pdf o como lo indica de LEÓN LAZARO, Guillermo: La caracterización de una empresa multinacional es tener como ámbito de actuación el escenario global, independientemente de su tamaño (ya sea por efectivos personales o facturación), sector económico o actividad. Disponible en: file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-LasEmpresasMultinacionalesYLaEconomiaMundial-2916301%20(1).pdf Consultado el 18/04/2016.

bilidad internacional, sobornos a funcionarios públicos de países que cuentan con sistemas de seguridad social limitados con el propósito de ganar licitaciones públicas, y en general, la utilización de sistemas jurídicos nacionales favorables, son algunas de las prácticas menos graves en que suelen incurrir estas empresas, pues se presentan casos en donde las empresas trasnacionales hacen alianzas con el crimen organizado para blanquear sus fondos y transferirlos de un país a otro.

Así también el Banco Europeo de Inversiones (BEI) en su política Antifraude[266] reza uno de sus principios que "garantizarán el mantenimiento del máximo nivel de integridad y de eficacia en el ejercicio del conjunto de actividades del BEI. El BEI no tolerará ninguna práctica prohibida en el ejercicio de sus actividades"[267] y no

[266] El BEI no tolerará "prácticas prohibidas" (como corrupción, fraude, colusión, coerción, obstrucción, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo) en el marco de sus actividades y operaciones.

[267] Primer principio básico del BEI es que los miembros de los órganos rectores y del personal del BEI, los terceros, contrapartes y socios relacionados con los proyectos del BEI. Esta política se aplica a todas las actividades del BEI, incluidos los proyectos financiados por el BEI que utilizan recursos de terceros y servicios contratados por cuenta propia del Banco. Se aplica a las personas y entidades siguientes: a. los miembros del Consejo de Administración y del Comité de Dirección, los agentes y consultores del BEI, independientemente del cargo que ocupen, del grado o de los años de servicio (denominados en lo sucesivo "miembros de los órganos rectores y del personal del BEI"); b. prestatarios, promotores, contratistas, subcontratistas, consultores, proveedores, beneficiarios (según el caso) y, en general, las personas o entidades que participen en las actividades financiadas por el BEI (denominadas en lo sucesivo "terceros asociados a los proyectos"); c. consultores, proveedores, proveedores de servicios y otras personas o entidades a las que haya recurrido el BEI por cuenta propia; y d. todas las contrapartes y otras partes interesadas mediante las que el BEI lleva a cabo sus actividades de empréstito o tesorería (en lo sucesivo, las partes mencionadas en los puntos c. y d. se agrupan bajo la denominación "otras contrapartes y socios del BEI") garantizarán el mantenimiento del máximo nivel de integridad y de eficacia en el ejercicio del conjunto de actividades del BEI. El BEI no tolerará ninguna práctica prohibida en el ejercicio de sus actividades. BEI. Política de Prevención y Disuasión de prácticas prohibidas dentro de las actividades del Banco Europeo de Inversiones (Política Antifraude del BEI"). Disponible en: http://www.eib.org/attachments/strategies/anti_fraud_policy_20130917_es.pdf consultado el 28/03/2016.

solamente eso, sino que en su segundo principio indica que "Cualquier práctica prohibida que se produzca deberá comunicarse inmediatamente y será objeto de una investigación minuciosa y justa; los infractores serán sancionados de acuerdo con las políticas y los procedimientos vigentes y se tomarán las medidas legales oportunas para recuperar los fondos utilizados indebidamente."[268]

Del mismo modo, el Grupo del Banco Mundial apoya la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, y en su estrategia para intensificar la gobernanza y la lucha contra la corrupción establecida el 6 de septiembre de 2006 propone, entre otras cosas, ayudar a incrementar la capacidad de los países de rastrear, embargar y decomisar el producto derivado de conductas corruptas, también mediante la prestación de asistencia técnica para la recuperación de activos.[269]

Por lo que se refiere a la Secretaría del Commonwealth, aprobó en la cumbre de Abuja en diciembre del 2003 la Declaración de Aso Rock sobre el Desarrollo y la Democracia: Alianza para la Paz y la

---

[268] El segundo principio básico del BEI dice: (i) Cualquier práctica prohibida que se produzca deberá comunicarse inmediatamente y será objeto de una investigación minuciosa y justa; los infractores serán sancionados de acuerdo con las políticas y los procedimientos vigentes y se tomarán las medidas legales oportunas para recuperar los fondos utilizados indebidamente. (ii) La Inspección General del Banco, realizará investigaciones sobre las denuncias de presuntas prácticas prohibidas a través de su División Investigación de Fraudes. (iii) La División Investigación de Fraudes del BEI trabajará en estrecha colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). BEI. Política de Prevención y Disuasión de prácticas prohibidas dentro de las actividades del Banco Europeo de Inversiones (Política Antifraude del BEI"). Disponible en: http://www.eib.org/attachments/strategies/anti_fraud_policy_20130917_es.pdf consultado el 28/03/2016.

[269] Ampliamente el documento Examen de los medios y arbitrios para alcanzar los objetivos de la Conferencia de los Estados Parte de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 y 4 a 7 del artículo 63 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Primer período de sesiones Ammán, 10 a 14 de diciembre de 2006 Tema 2 del programa provisional. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. CAC/COSP/2006/6. 16 de noviembre de 2006. pp. 5-6, N° 17 CEART PROYECT. Libro Blanco de mejores prácticas sobre recuperación de activos. 2009.

Prosperidad. En ella los jefes de gobierno de los países del Commonwealth[270] (Mancomunidad de las Naciones) se comprometieron a cooperar y asistirse al máximo para recuperar los activos de origen ilícito y restituirlos a sus países de origen. Para ello se creó el Grupo de Trabajo sobre Repatriación de Activos (reunido por primera vez en Londres en junio de 2004), al que corresponde examinar la cuestión de la recuperación de activos de origen ilícito y su restitución a los países de origen, poniendo especial atención en maximizar la cooperación y asistencia entre los gobiernos, y preparar un informe con recomendaciones concretas para la promoción de un trabajo eficaz en esta materia.

En Europa se firma el 27 de enero de 1999 el Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, auspiciada por el Consejo de Europa, y el 4 de noviembre de ese mismo año el Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa. Asimismo, el Consejo de la Unión Europea había aprobado el 26 de julio de 1995 el Convenio establecido sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

En América existe la Convención Interamericana contra la Corrupción, la misma que fue aprobada en una Conferencia Interamericana Extraordinaria y abierta a la firma en Caracas el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde el 6 de marzo de 1997.

Los asuntos principales a tomar en cuenta para un sistema sancionador de responsabilidad empresarial para los casos de corrupción que fueron resaltados por la OCDE, organización intergubernamental con más experiencia en la materia hasta la fecha, incluyen los siguientes aspectos:[271]

---

[270] Los países miembros de la Mancomunidad de Naciones pertenecen a los cinco continentes. En 2013 son en total 53 países y están distribuidos de la siguiente manera: 3 en Europa, 13 en América, 11 en Oceanía, 8 en Asia y 18 en África.

[271] Resumen Informativo del Encuentro Regional sobre Sector Privado y la Lucha contra la Corrupción – 7-8 de marzo 2013, Bogotá, Colombia, pp. 3 y 4.

- Estándares comunes para la responsabilidad de personas jurídicas: los Estados deben establecer, de acuerdo a su ordenamiento legal y contexto nacional, la responsabilidad de personas jurídicas para actos de corrupción y sobornos transnacionales. Dicha responsabilidad jurídica puede ser de carácter penal, civil o administrativa. La responsabilidad jurídica no debería estar limitada a casos en los cuales las personas naturales que cometieron el acto de corrupción están siendo investigadas o han sido sancionadas. Las personas jurídicas responsables de actos de corrupción deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas de carácter penal o no-penal, incluyendo sanciones monetarias. Sanciones: Las sanciones que un sistema sancionador efectivo de responsabilidad empresarial para los casos de corrupción debe considerar incluir: sanciones monetarias; la confiscación del soborno y de las ganancias asociadas; pérdida de beneficios tributarios; monitoreo corporativo; inhabilidad para la contratación con el Estado (*debarment*); suspensión de licencias y permisos de operación; disolución de la empresa.
- Consideraciones prácticas: La responsabilidad jurídica de las empresas debe estar separada de la responsabilidad jurídica de la(s) persona(s) natural(es) asociada(s) al acto de corrupción. El diseño de un sistema sancionador debe ser flexible, pero la responsabilidad de las personas jurídicas debe aplicarse frente a las siguientes condiciones: si un directivo de la empresa ofrece, promete o entrega un soborno; si un directivo instruye a un empleado de menor rango a pagar sobornos; y si un directivo omite prevenir que un empleado de menor rango pague sobornos. Además, las empresas no deben poder evadir la responsabilidad jurídica al usar intermediarios, incluyendo personas legales relacionadas.
- Consideraciones adicionales: La responsabilidad de personas jurídicas debería incluir empresas estatales y organizaciones sin ánimo de lucro. Los Estados tienen que definir si la responsabilidad de personas jurídicas se aplica a todos los

actos penales o a actos específicos solamente, es decir todos los actos penales sancionados en el Código Penal o solo actos de corrupción y soborno, contabilidad fraudulenta, lavado de dinero, malversación de fondos.

En cuanto a la jurisdicción aplicada para las personas jurídicas, es preciso definir si se aplica la jurisdicción nacional o territorial. Es crucial asegurar que la responsabilidad de personas jurídicas se extiende a los actos de corrupción cometidos por las sucursales y/o intermediarios de las respectivas empresas. Finalmente, el sistema sancionador debe permitir la defensa legítima de las empresas acusadas y prever factores mitigantes.

II. EL COHECHO

El cohecho[272] y la corrupción dañan las instituciones democráticas y son perjudiciales para la gobernanza de las empresas. Desalientan la inversión y distorsionan las condiciones internacionales de competencia. En particular, el desvío de fondos a través de prácticas corruptas socava los esfuerzos realizados por los ciudadanos para alcanzar niveles más altos de bienestar económico, social y ambiental, y dificulta los esfuerzos para reducir la pobreza. Las empresas tienen un papel importante que desempeñar en la lucha contra estas prácticas.[273]

El pago por cohecho en las transacciones comerciales internacionales origina serias preocupaciones políticas y morales y conlleva un gran costo económico, limitando el desarrollo del comercio in-

[272] Existen tantas definiciones diferentes de corrupción como formas diversas de corrupción. El cohecho es una forma específica de corrupción que puede ser definida como la entrega voluntaria de algo de valor para influir la actuación del trabajo de un funcionario ya sea para hacer algo impropio o por no hacer algo que deberían hacer dentro del marco de sus atribuciones. OCDE. Manual de la OCDE para Inspectores Fiscales sobre la detección de Cohecho. Centro de Política de Administración Tributaria. p. 7.

[273] Disponible en: OECD (2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en consultado el 27/03/2016 p. 43.

ternacional y de la inversión, al aumentar el costo de las transacciones y distorsionar las condiciones de competencia. En este sentido, las normas internacionales para la responsabilidad de las personas jurídicas en actos de corrupción constituyen un avance importante, ya que van más allá de la responsabilidad individual de empleados y/o directivos de las empresas por actos de corrupción al atribuir una responsabilidad legal a la empresa como sujeto de derecho.

III. CRIMEN ORGANIZADO[274]

El crimen organizado ha existido desde que existen las leyes. Siempre ha habido personas y grupos que, quebrantando el ordenamiento jurídico, social y moral de las sociedades, han tratado de sacar provecho de lo prohibido en cierto momento y lugar de la historia. Sin importar el país ni su nivel de desarrollo, el dinero obtenido de estos actos ilícitos es insertado a la economía legal.

Por lo general, en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo existen dos modos de regular el crimen organizado. Por una parte, están aquellos que condenan las actividades ilícitas que realizan estos grupos de manera individualizada, ya sea el tráfico de drogas, la extorsión o el blanqueo de capitales. Así ocurre en el caso español. Pero, por otra, existen otros códigos penales que condenan o agravan la pena por su comisión, por la propia pertenencia a los grupos criminales independientemente de los delitos cometidos. Para que exista este tipo de pena es necesario que el ordenamiento legal defina qué tipo de relaciones entre las personas deben existir para caer en esta figura delictiva. Los códigos penales optan por dos formas de llevar a cabo esta definición. Pueden, en primer lugar, describir en detalle las actividades que pueden realizar los grupos criminales para otorgarles carta de naturaleza criminal. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de California, en los Estados Unidos, en el que se define éste de la siguiente manera:

---

[274] RESA NESTARES, Carlos. CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: DEFINICIÓN, CAUSAS Y CONSECUENCIAS. Recuperado de: https://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html el 28/11/2016.

Crimen organizado consiste en dos o más personas que, con un propósito de continuidad, se involucran en una o más de las siguientes actividades: (a) la oferta de bienes ilegales y servicios, por ejemplo, el vicio, la usura, etcétera, y (b) delitos de predación, por ejemplo, el robo, el atraco, etcétera. Diversos tipos específicos de actividad criminal se sitúan dentro de la definición de crimen organizado. Estos tipos pueden ser agrupados en cinco categorías generales: (1) Mafia: actividades criminales organizadas. (2) Operaciones viciosas: negocio continuado de suministrar bienes y servicios ilegales, por ejemplo, drogas, prostitución, usura, juego. (3) Bandas de asaltantes-vendedores de artículos robados: grupos que se organizan y se involucran continuadamente en un tipo concreto de robo como proyectos de fraude, documentos fraudulentos, robos con allanamiento de morada, robo de coches y secuestros de camiones y adquisición de bienes robados. (4) Pandillas: grupos que hacen causa común para involucrarse en actos ilegales. (5) Terroristas: grupos de individuos que se combinan para cometer actos criminales espectaculares como el asesinato o el secuestro de personas prominentes para erosionar la confianza del público en el gobierno establecido por razones políticas o para vengar por algún agravio.

Otros textos legales son menos restrictivos en cuanto a las actividades y definen crimen organizado con respecto al funcionamiento del grupo delictivo. De manera minimalista lo hace el Código Penal del estado de Misisipí, en los Estados Unidos, determinando que el crimen organizado consiste de "dos o más personas que conspiran constante y conjuntamente para cometer delitos para obtener beneficios". La legislación canadiense explica qué es crimen organizado por referencia a otros ámbitos de su misma legislación: "Se refiere a cualquier grupo, asociación u organismo compuesto por cinco o más personas, ya esté formal o informalmente integrado, (a) que tenga como una de sus actividades primarias la comisión de un delito tipificado cuya pena máxima sea la prisión por cinco o más años, y (b) cualquiera o todos sus miembros estén o hayan estado

implicados en la comisión de una serie de estos delitos dentro de los cinco años precedentes. Más compleja, y de mayor difusión, es la definición del Código Penal alemán al respecto:

> *Crimen organizado es la violación planificada de la ley al objeto de adquirir beneficios económicos o poder, cuyos delitos son independientemente o en su conjunto de especial gravedad y se llevan a cabo por más de dos participantes que cooperan en el marco de una división laboral por un periodo de tipo prolongado o indeterminado utilizando (a) estructuras comerciales o paracomerciales, o (b) violencia o otros medios de intimidación, o (c) influencia en la política, en los medios de comunicación, en la administración pública, en el sistema de justicia y en la economía legítima.*

Si en otros aspectos es difícil alcanzar acuerdos dentro de las Naciones Unidas, el crimen organizado ha sido una fuerza motriz de primera importancia para fomentar la colaboración internacional en otros ámbitos. La definición que realizan está mucho más cerca del máximo común múltiplo que de las dificultades que suelen generarse para alcanzar acuerdos acerca de la extensión del fenómeno. Crimen organizado es, según esta definición,

> *las actividades colectivas de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permitan a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto al servicio de la actividad delictiva como con fines de infiltrarse en la economía legítima, en particular por medio de: (a) el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1998; (b) la trata de personas, tal como se define en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949; (c) la falsificación de dinero, tal como se define en el Convenio internacional para la represión*

de la falsificación de moneda de 1929; (d) El tráfico ilícito o el robo de objetos culturales, tal como se definen en la Convención sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia e [sic] propiedad ilícita de bienes culturales de 1970 y la Convención sobre bienes culturales robados o ilegalmente exportados de 1995 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; (e) el robo de material nuclear, su uso indebido o la amenaza de uso indebido en perjuicio de la población, tal como se define en la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980; (f) los actos terroristas; (g) el tráfico ilícito o el robo de armas y materiales o dispositivos explosivos; (h) el tráfico ilícito o el robo de vehículos automotores; e (i) la corrupción de funcionarios públicos.

Este tipo de definiciones presenta algunas características fundamentales. En primer lugar, éstas tienden a sobreestimar aquellas características específicas que el crimen organizado presenta en los países sobre los que se va a aplicar la norma. Fruto de ello es la extrema diversidad de estas definiciones, variando enormemente de un país a otro conforme a las diferentes formas que adquieren tales organizaciones en sus ámbitos estatales, lo cual hace difícil extraer un conjunto de elementos comunes que superen las estrechas fronteras nacionales. Debido a esta diversidad, en algunas legislaciones, o en meras propuestas de descripción, se incluye como crimen organizado el delito de terrorismo. Sin embargo, incluir la violencia inducida políticamente como una de las formas de crimen organizado hace inaprehensible la definición y el análisis. En segundo lugar, estas definiciones pueden tener una cierta operatividad para dictar condenas o absoluciones con respecto a la norma, pero es difícilmente aplicable al estudio riguroso del crimen organizado. Como escribe Levi en tono irónico, según estas definiciones,

Crimen organizado puede ser desde un grupo importante de mafiosos italianos hasta una camarilla de tres ladrones con

> *un negocio de limpiacristales en el que uno se dedica a escoger posibles objetivos, otro a robar en los domicilios bajo amenazas y el tercero que actúa como blanqueador de capitales, y que además demandan a todos los periódicos que sugieren que su negocio es de dudosa reputación.*

Para que exista un caso de crimen organizado deben aunarse ciertos aspectos tanto del grupo involucrado como de las actividades delictivas a las que se dedican. Entre los primeros destaca el hecho de que se reúna un grupo notable de personas al objeto de cometer de manera constante y permanente actos que son catalogados como delitos en la jurisdicción en la que actúan o allí en donde tengas su base. Galvanizando este conjunto de individuos debe existir una estructura jerárquica, una división de tareas, grados de especialización y ciertas reglas (un sistema de premios y castigos) que rigen el comportamiento de la organización y son impuestas de manera coactiva. Pero si bien una multiplicidad de grupos, como las pandillas juveniles, cumplen estas características en niveles notables, lo que es específico del crimen organizado es su capacidad para protegerse de manera eficaz frente a quienes reten su capacidad de acción, ya sea desde grupos criminales rivales o desde el Estado. Esta protección se obtiene, por una parte, a través de la utilización de la violencia o la amenaza creíble de usarla, la intimidación y, por otra, por la corrupción de funcionarios públicos. Pero si bien la violencia es una característica común a otros tipos de delito,

> *lo que diferencia la violencia asociada con el crimen organizado es que es estructurada y directa; y su objetivo no es facilitar la transferencia de recursos en un determinado momento, sino ampliar la posición del grupo de crimen organizado en un mercado concreto. Si la violencia permite al crimen organizado eliminar competidores, la corrupción asimismo le concede la posibilidad de evitar el aparato legislativo, comprando inmunidad y/o dirigiendo la agencias de seguridad contra la competencia.*

Otro grupo de aspectos relacionados con el tipo de delitos cometidos diferencian al crimen organizado de otros tipos de criminales organizados de manera más o menos laxa. Por una parte, para que exista un fenómeno de crimen organizado el tipo de delitos cometidos deben tener fuertes repercusiones sociales, ya sea en términos de la violencia con que se ejecuta, por las pérdidas económicas que comporta o por cualquier otra característica que genere ansiedad o indignación entre la ciudadanía en general. Por otra parte, como señala Friedman para el caso del tráfico de drogas y la necesidad de informantes,

> *en delitos como el robo y el asesinato no se necesitan informantes porque las víctimas de estos crímenes tienen un fuerte incentivo para informar sobre el crimen. En el comercio de drogas, el delito consiste en una transacción entre un comprador y un vendedor que actúan de buen grado. Ninguno tiene incentivos para informar sobre la violación de la ley. Por el contrario, ambos están interesados en que no se informe sobre el delito.*

	CRIMEN ORGANIZADO	OTRO TIPO DE CRIMEN
Transacción	Producción y distribución de nuevos bienes y servicios	Redistribución de la riqueza existente
Relaciones	Intercambio multilateral	Transferencia bilateral
Intercambio	Consensual	Involuntario
Victimas	¿Sociedad?	Individuos o Empresa
Moralidad	Ambigua	No ambigua
Política Pública	¿Criminalizar la asociación? ¿Interceptar los activos?	Castigar al criminal Restaurar la propiedad

Fuente: R. Thomas Naylor, "Mafias, myths, and markets: on the theory of enterprise crime", Transnational Organized Crime, vol. 3, núm. 3 (Otoño de 1997), pág. 4.

Naylor sostiene además que hay cuatro características que definen a la organización criminal transnacional: estructura, violencia, ganancia y penetración. Primero, la organización requiere que opere bajo una estructura bien establecida preparada para el desarrollo de la producción y el mercadeo y que requiere reglas, miembros, espa-

cio territorial y autoridad jerárquica. Segundo, el uso de la violencia es un medio o método mediante el cual se mantiene el monopolio del poder así como se ejercita la forma de cuidar los bienes. Tercero, el crimen transnacional organizado requiere de tener un alto margen de ganancia para compensar los riesgos de negocios ilícitos y violentos. Finalmente, y muy importante, Naylor sostiene que la organización debe tener una capacidad de penetrar la economía legal para proteger las actividades ilícitas y otros negocios.

Jurídicamente el código penal define lo que es el crimen organizado[275]. Se entiende por este término a colectividades socialmente organizadas que desarrollan actividades delictivas con fines de lucro, se diferencia de la delincuencia común debido a una serie de procesos de evolución y perfeccionamiento, más aun con el advenimiento de la sociedad de la información. Varios son los factores que nos indican que estamos frente al crimen organizado, como que:

1. Su accionar rebasa los controles gubernamentales.
2. Establecen líneas muy complejas de operaciones, basadas en un sistema tipo empresarial.
3. Se manejan por códigos y conductas muy rígidas.
4. Persiguen por medio de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder económico, social.
5. En algunos casos buscan también manipular desde fuera el control político, comprando conciencias.
6. Una fuerte especialización en ámbitos específicos como el tráfico de drogas, armas, secuestros o blanqueo de dinero.
7. Hoy cuentan con un sofisticado manejo de información ilegal.

[275] CONDORI, David, recuperado de http://tareafacilcom.blogspot.pe/2016/07/monografia-criminalidad-y-control-social.html consultado el 28/11/2016.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL CRIMEN ORGANIZADO[276]

El consenso entre los autores que han tratado de definir el crimen organizado establece las siguientes características como distintivas del crimen organizado (Albanese, 2000):

- Organización de forma continuada.
- Organización que opera racionalmente en pro de beneficios.
- Uso de la fuerza y/o amenaza.
- Necesidad de corrupción para mantener la inmunidad ante la ley.

Estas características son recogidas por la ONU en su artículo 2° de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos definiendo:

a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

c) Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada (ONU 2004).

---

[276] Citado por SERRANO Jiménez. Crimen Organizado: Una aproximación al fenómeno. Gac. int. cienc. forense ISSN 2174-9019 N° 14. Enero-Marzo, 2015. Recuperado de: http://www.uv.es/gicf/4A3_Jimenez_GICF_14.pdf Consultado el 30/11/16.

Juan Gabriel Tokatlian identifica distintas fases en la evolución y el ejercicio del poder del crimen organizado, basándose en el esquema de Stier y Richards (1987)[277]:

1. Fase predatoria inicial, que se caracteriza por la afirmación del grupo criminal en un territorio, mediante el empleo de la violencia (Clarín 2001)[278]. En esta fase, de acuerdo a la tipología de Lupsha detallada en Transnational organized crime & International security. Business as usual? de Berdal y Serrano, "(...) la relación del crimen con el amplio sistema político y económico está caracterizada por la vulnerabilidad inicial del aparato que aplica la ley. La violencia criminal es sobre todo defensiva en naturaleza"[279] (Berdal y Serrano 2002, pág. 21).
2. Fase Parasitaria, en la cual su influencia en la política mediante hechos corruptos es indudable[280]. Según lo expresa la obra de Berdal y Serrano, "En la segunda fase las actividades criminales se expanden, se infiltran y manipulan el sistema político, y caen en relaciones cercanas con el sistema político y económico" (Berdal y Serrano 2002, pág. 21)[281].
3. Fase Simbiótica, en la que el grupo criminal se convierte en un completo dependiente del aparato político, que facilita su desarrollo.[282] (Clarín, 2001) Tal es el caso de Colom-

---

[277] STIER, Edwin H., RICHARDS, Peter R. Strategic Decision Making in Organized Crime Control : The Need for a Broadened Perspective, en Herbert Edelhertz (ed.), Major Issues in Organized Crime Control, Departamento de Justicia de Estados Unidos, Washington.

[278] CLARIN. El crimen organizado crece, cambia y se perfecciona, Abril. 2001. (http://www.clarin.com/diario/2001/04/10/o-02304.htm)

[279] BERDAL, Mats y SERRANO, Mónica. "Transnational organized crime & International security. Business as usual?", 2002. Estados Unidos.

[280] CLARIN. El crimen organizado crece, cambia y se perfecciona, 2001. Abril. (http://www.clarin.com/diario/2001/04/10/o-02304.htm)

[281] BERDAL, Mats y SERRANO, Mónica. 2002. "Transnational organized crime & International security. Business as usual?", Estados Unidos.

[282] Clarín. El crimen organizado crece, cambia y se perfecciona, 2001. (http://www.clarin.com/diario/2001/04/10/o-02304.htm)

bia; así lo afirman Juan Gabriel Tokatlian y Raúl Alfonsín: "En Colombia parece perfilarse gradualmente, y con posibilidades de consolidación, lo que se ha descripto como la fase simbiótica del desarrollo de la criminalidad organizada" (Tokatlian y Alfonsín, 2000, pág. 89).[283]

V. EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN NO DEBEN EXISTIR LÍMITES ENTRE LOS PAÍSES

Las convenciones internacionales contra la corrupción proveen el marco legal internacional sobre la base que los Estados Parte deben definir un sistema adecuado para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, tomando en cuenta el respectivo sistema y marco legal nacional. La Convención Anticohecho de la OCDE, que entró en vigor el 9 de diciembre 1999 y que abarca a 40 Estados Parte incluyendo Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, estipula en su Artículo 2 y en la Recomendación del 2009 los estándares para la responsabilidad de personas jurídicas.

La CNUCC[284], que entró en vigor el 14 de diciembre de 2006, define los requerimientos en esta materia en su Artículo 26. Por otro lado, la CICC[285], que es anterior a las otras convenciones al haber entrado en vigor el 6 de marzo de 1997, no define estándares explícitos para la responsabilidad jurídica de las empresas, pero sí exige en su Artículo VIII que los Estados Parte sancionen por actos de corrupción tanto a los nacionales residentes, como a las empresas que tengan domicilio en su territorio.

Los mecanismos de seguimiento de las tres convenciones permiten la revisión entre pares, con insumos de la sociedad civil, del nivel de cumplimiento de los Estados Parte con dichas

---

[283] TOKATLIAN, Juan Gabriel y ALFONSÍN, Raúl. *Globalización, narcotráfico y violencia: siete ensayos sobre Colombia*, 2000. Editorial Norma.

[284] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

[285] Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).

provisiones, tanto en términos legales como en la práctica. Hasta la fecha, solo 6 de los 34 Estados Parte de la CICC aún no han ratificado la CNUCC, mientras que 5 Estados Parte de la CICC son también miembros de la Convención Anticohecho de la OCDE, tal como se mencionó arriba. En otras palabras, existe una sólida base de estándares legales vinculantes internacionales para promover la responsabilidad de personas jurídicas en actos de corrupción en América Latina y el Caribe.[286] A modo de ilustración de cómo se traduce la teoría en práctica, la OCDE tiene registro de sanciones criminales a 90 personas jurídicas en 14 Estados Parte de la Convención Anticohecho con cargos por sobornos transnacionales, mientras que otras 55 personas jurídicas han sido sujetas a sanciones administrativas o civiles por soborno transnacional. La multa monetaria más alta en un caso específico fue de mil quinientos millones de euros.[287]

Finalmente cabe mencionar que varios países en América Latina y el Caribe han establecido sistemas para sancionar personas jurídicas involucradas en casos de corrupción o están en proceso de hacerlo, procesos que en muchos casos han sido motivados por cumplir con las convenciones anticorrupción, en particular con la Convención Anticohecho de la OCDE (p.e. Argentina, Brasil, Chile, México y recientemente Colombia). Estos países cuentan no solamente con experiencias valiosas en términos de elaborar la legislación sino también en relación a los procesos legislativos, las negociaciones políticas con los distintos actores de la sociedad (especialmente del sector privado), y en el manejo y la superación de resistencias políticas. Los países de la región que quieren establecer prontamente un sistema para sancionar personas jurídicas en casos de corrupción podrían aprender también en este sentido de sus pares.

---

[286] Resumen Informativo del Encuentro Regional sobre Sector Privado y la Lucha contra la Corrupción – 7-8 de marzo 2013, Bogotá, Colombia, p. 3.

[287] Ibídem, p. 4.

VI. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE ÉTICA CORPORATIVA E INSTRUMENTOS[288]

A la par de los esfuerzos para hacer las empresas jurídicamente responsables de actos de corrupción tal como se explicó arriba, es preciso asegurar que las empresas sepan cómo pueden prevenir la corrupción y qué se les exige al respecto en términos de estándares mínimos y/o comunes. Esto cobra tanta más importancia en un contexto en el cual internacionalmente se persiguen esfuerzos para generar condiciones iguales para todas las empresas (*"levelling the playing field"*) y en el cual hay mayor énfasis en sancionar sobornos transnacionales. Cabe resaltar que según la información de la OCDE, hasta la fecha 90 empresas y 210 individuos en 14 Estados Parte de la Convención Anticohecho han sido sancionados por sobornos transnacionales. Adicionalmente, hay 300 investigaciones en 26 países en curso. Los estándares internacionales de ética corporativa tienen distintas fuentes, algunas de carácter voluntario como parte de un compromiso de auto-regulación empresarial (ver ejemplo de la Cámara de Comercio Internacional), otras emanando del seno de organizaciones inter-gubernamentales (ver ejemplo de la OCDE) y otras como parte de iniciativas *multi-stakeholder* como la *Extractive Industry Transparency Initiative* (EITI). Dichos stándares son:

— Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés): ha sido la primera organización empresarial internacional en preparar y lanzar reglas anticorrupción (1979) revisadas en 1996, 2005 y 2011. Las reglas anticorrupción de la ICC son un mecanismo de autorregulación y si adoptadas de manera voluntaria, las reglas pueden asegurar su cumplimiento con las obligaciones legales. El mecanismo consiste en tres partes: i) el contenido de las reglas; ii) el diseño de políticas corporativas para implementar las reglas; y iii) sugerencias para una política anticorrupción efectiva.

[288] Ibídem, pp. 9-10.

En cuanto a las reglas del ICC, el artículo 1 establece las prácticas prohibidas (cohecho; extorsión; tráfico de influencias; lavado de dinero); el artículo 2 establece quiénes son terceros y cuáles son sus responsabilidades; el artículo 3 establece los compromisos que las empresas deben acordar con terceros; el artículo 4 estipula las reglas respecto a contribuciones a asociaciones políticas, donaciones y patrocinios; mientras que el artículo 5 regula el manejo de regalos y hospitalidad; el articulo 6 los pagos de facilitación; el artículo 7 los conflictos de intereses; el artículo 8 aspectos relativos a la gestión de los recursos humanos; el artículo 9 hace lo mismo respecto las finanzas y la contabilidad; y finalmente el artículo 10 provee los principales elementos para un programa de cumplimiento (anticorrupción). Es importante mencionar que el éxito de las Reglas de la ICC depende principalmente de la "actitud tomada por la alta dirección" para su implementación. La ICC resalta como ventajas de estas reglas el hecho que son elaboradas por una organización empresarial con la participación activa de las empresas miembro (sin importar la industria), basadas en las preocupaciones internacionales y mejores prácticas. Además, son gratuitas lo cual permite a las pequeñas y medianas empresas beneficiarse.

- OCDE - Guías de buenas prácticas para el control interno, ética y cumplimiento (2010): estas guías para programas sólidos de cumplimiento son las primeras desarrolladas y adoptadas por gobiernos a nivel internacional. Las guías están basadas sobre el principio que no hay recetas únicas ("***no one-sizefits-all***") y que cada empresa es distinta y tiene, por lo tanto, distintas necesidades de cumplimiento.

  Están diseñadas para ser flexibles y adaptables a empresas de distintos tamaños y además subrayan los elementos fundamentales para cualquier programa de cumplimiento efectivo, a saber: la necesidad de contar con una política clara y visible de cumplimiento que prohíba sobornos y otros actos de corrupción explícitamente; políticas y medidas para

áreas específicas de riesgos aplicables a todos los niveles de la empresa, sus sucursales e intermediarios, políticas e instrucciones claras para asegurar la debida diligencia; y procedimientos claros y transparentes para la gestión financiera y contabilidad.

Para que dichas medidas no se queden en el papel se requiere un fuerte y visible liderazgo al más alto nivel directivo (*tone from the top*), comunicación y capacitación permanente, la aplicación de medidas disciplinarias internas, canales y procedimientos claros y seguros para las denuncias internas, igual que monitoreo y evaluación.

– Requisitos para una sólida implementación de los principios internacionales anticorrupción: la experiencia internacional con el diseño y la implementación de programas de cumplimientos ha permitido identificar tres áreas clave para garantizar la efectividad de dichos programas en la práctica: en primer lugar se requiere de un fuerte respaldo por parte del Management, de tal manera los principios anticorrupción empresariales deben ser adoptados oficialmente por las autoridades más altas de la empresa (director ejecutivo, junta directiva, etc.). Se requiere de un compromiso serio, más que formal el cual debería incluir un Oficial de Ética/Responsabilidad independiente con rango de un puesto directivo, recursos humanos y materiales específicos para esta área, y canales formales y seguros de alerta. En segundo lugar, los principios y mecanismos deben ser públicos y accesibles a todas las partes interesadas (a través de página web, informes anuales de responsabilidad, entre otros). En segundo lugar, los principios deben ser adaptados al contexto y la naturaleza específica de cada empresa, lo cual incluye integración de los principios en las normas corporativas (políticas, procedimientos, y procesos y prácticas). Igualmente, los principios tienen que ser adaptados al sector económico de actividad de la empresa en cuestión (el sector minero es distinto del sector farmacéutico, por ejemplo), igual que al mercado y

contexto específico de cada país de operaciones. En tercer lugar, para ser efectivos y creíbles, los programas de cumplimiento requieren de evaluaciones independientes. De tal forma se deben considerar evaluaciones del desempeño por terceros que sean independientes, especializadas y permitan emitir una mirada exterior/objetiva. Además, es importante contar con evaluaciones de las operaciones, y no sólo de informes de gestión, las cuales se deberían hacer de manera regular y continua para evaluar la evolución de normas, de riesgos y de las respuestas.

VII. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA LA PENALIDAD A PERSONAS JURÍDICAS

A lo largo de los últimos años, el escenario en el que deben probar su validez y eficacia los elementos e instrumentos del Derecho penal ha cambiado ostensiblemente. Si hasta la fecha parecía bastar con el modelo de responsabilidad penal individual, con la irrupción de la gran empresa se haya hecho necesario encontrar nuevos modelos de imputación de responsabilidades que tengan en cuenta la mayor complejidad en el proceso de adopción y ejecución de decisiones colectivas, así como el efecto criminógeno que su existencia puede tener.

En términos generales, puede afirmarse que ha quedado atrás la idea (vinculada a la tradición jurídica continental y expresada bajo el aforismo "***societas delinquere non potest***"[289]) de que las personas jurídicas habrían de quedar completamente fuera del ámbito de influencia del Derecho penal. La cuestión, hoy por hoy, no es ya si puede o no reaccionarse sancionando a una persona jurídica en el

[289] El principio *Societas delinquere non potest*, acuñado por el Derecho romano, fue el lema del Derecho penal tradicional dirigido por la imputación individual de la culpabilidad. Esto significa que las penas presuponen una culpabilidad y un comportamiento imputable a una persona individual. Cuando se niega el carácter de penas a las sanciones impuestas a las personas jurídicas es cuando decimos que rige el principio societas delinquere non potest.

seno de la cual se ha cometido un delito, sino cómo articular la respuesta sancionatoria.(290)

Nadie duda de que existen importantes diferencias entre la criminalidad individual y la que se produce en el marco de una colectividad organizada. Pero incluso dentro de esta última, debe diferenciarse la criminalidad surgida de la empresa de aquella que, desarrollándose en ese mismo marco, no representa la voluntad colectiva sino la de los concretos sujetos que puntualmente puedan reunirse con un fin delictivo. Sólo en este último caso los instrumentos del Derecho penal clásico mantienen plena vigencia, mientras que en el primero es donde se han presentado los mayores retos para el Derecho penal.(291)

Según HIRSCH(292), este es un problema teórico prelegal, un problema que va más allá del Derecho y que incumbe igualmente a filósofos, sociólogos y teólogos, puesto que el Derecho versa sobre un «quid» preexistente, sobre una realidad sociológica. Lo que son realidades puramente sociales son también realidades para el Derecho. Y está claro que realidades tan rigurosas como asociaciones, fundaciones o empresas son algo más que una mera ficción. No se trata, por tanto, de situar el problema, que lo está suficientemente, sino de perfilar su vigencia normativa en nuestra realidad social y económica actual.(293)

La promulgación y aplicación de leyes sobre la responsabilidad de las personas jurídicas siguen planteando a los Estados signatarios de

---

(290) ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra. 2006.

(291) SALVO ILABEL, Nelly. Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno. Tesis doctoral Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. 2014.

(292) HIRSCH, H.J.: La cuestión de la responsabilidad penal, ob. cit., p. 1103.

(293) RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo» RDCP, núm. 1/1991, pp. 327-348.

las convenciones internacionales contra la corrupción[294] uno de los mayores escollos en el intento de establecer un marco jurídico eficaz para la prevención y sanción de la corrupción. La naciente jurisprudencia en materia de corrupción transfronteriza indica que los entes jurídicos, como por ejemplo las sociedades filiales, son con frecuencia utilizados como vehículos para el soborno. También es habitual el uso de complicados marcos financieros y de refinadas técnicas contables con el fin de ocultar las transacciones ilegales. Del mismo modo, las intrincadas estructuras societarias, las operaciones comerciales descentralizadas de alcance global y la multiplicidad de niveles del poder decisorio de gestión hacen que resulte difícil atribuir a una o varias personas en concreto la responsabilidad de las irregularidades.

Sin embargo, el establecimiento de un régimen eficaz de responsabilidad corporativa es una premisa indispensable de la lucha contra la corrupción. La posibilidad de hacer responsables a las empresas (y no sólo a los individuos) transmite un claro mensaje en el sentido de que la corrupción no forma parte integrante de la práctica de los negocios.

Desde el punto de vista de algunos autores[295], se le entiende desde dos puntos de vista: *formalmente,* como un centro unitario, ideal de referencia de imputación de deberes y derechos, mediante la abstracción de una pluralidad de personas a una unidad ideal de referencia normativa; *normativamente,* se trata únicamente de un centro de imputación de normas con existencia dentro del marco legal.

---

[294] Por ejemplo el art. VIII (Soborno transnacional) de la Convención interamericana contra la Corrupción (CIACC; 1997), el art. 2 (Responsabilidad de las personas jurídicas) de la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (ABC; 1999) y el art. 26 (Responsabilidad de las personas jurídicas) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, 2003).

[295] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Derecho de las personas" Exposición de motivos y comentarios al libro primero de Código Civil peruano. Editorial GRIJLEY. Octava edición. Lima 2001 pp. 181-182. Citado por Nelly Castro Olaechea en su artículo: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS p. 2.

La doctrina tradicional niega la posibilidad de esta responsabilidad dado que la persona jurídica no tiene *capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva.* Por tanto, y para este sector, no es posible concebir a la persona jurídica como sujeto activo del delito debido a que ese ente colectivo no puede realizar una acción penalmente relevante (no puede matar, ni violar, etc.) y no puede, por tanto, ser declarada culpable ni tampoco se le puede imponer una pena.[296]

Con independencia de los posicionamientos doctrinales en torno a la culpabilidad, es mayoritariamente coincidente la exigencia de que ésta, en general, requiere de dos elementos[297]: primero, que el *sujeto activo* haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho y, segundo, que el *sujeto* tenga capacidad no solo para comprenderlo sino para ordenar su actuación en torno a ese conocimiento. Faltando el último de estos elementos, debemos considerar la *inimputabilidad del sujeto activo.* Como consecuencia directa del principio de culpabilidad, surge el principio de la *personalidad de la pena,* a cuyo tenor el individuo solo responderá por los actos propios (principio del hecho) y nunca por los de un tercero.

De esta forma, tan solo la persona física, en cuanto único sujeto con plena capacidad intelectiva y volitiva, puede diseñar y ejecutar la conducta cuyo reproche se materializa mediante la imposición de una pena individual. O dicho de otro modo, solo la persona física puede modificar la decisión de ejecutar (activa u omisivamente) una conducta típica (en los delitos dolosos) o prever según la norma de cuidado interna el resultado imprudente que se puede derivar de su conducta no diligente.[298]

---

[296] POLAINO NAVARRETE, M. Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas), 2009.

[297] PÉREZ ARIAS, Jacinto. Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas. UNIVERSIDAD DE MURCIA DEPARTAMENTO DE HISTORIA JURÍDICA Y DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 2013.

[298] Ibídem, p. 17.

Como acertadamente lo señala DÍEZ RIPOLLÉS (2012)[299], *la argumentación político-criminal adolece de incongruencias significativas, pues sorprendentemente, el merecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no ocupa el centro de la discusión. Si así fuera, sigue indicando el autor, se estaría intensamente debatiendo sobre una sustancial correspondencia valorativa entre el comportamiento de las personas físicas y el de las personas jurídicas.*

En relación a la admisibilidad de la imputabilidad de las personas jurídicas han existido en el Derecho comparado diversas posiciones doctrinales, que podemos agrupar básicamente en tres corrientes:

TEORÍA	FUNDAMENTACIÓN
Teoría de la ficción (SAVIGNY[1]):	Propugna que los entes colectivos no pueden ser sujetos activos de delitos, ya que solo en la persona natural se da la unidad de conciencia y voluntad, la cual es un atributo de la condición humana, que no concurre en los entes colectivos (ficción jurídica creada por el ser humano).
Teoría de la voluntad legal (MICHOUD, entre otros):	Según la cual los entes colectivos solo pueden ser sujetos activos de contravenciones o faltas de carácter civil. Coincide con la teoría de la ficción al sostener que a la persona jurídica le falta la voluntad natural, pero supone una superación de esta al propugnar que precisamente por tal falta de voluntad natural la ley ha de asignarle una voluntad (voluntad legal). Y en base a dicha voluntad originada por la norma puede imputárseles la comisión de contravenciones de carácter civil o administrativo, más nunca de ilícitos penales ya los entes colectivos son abstracciones (no ficciones) y no pueden cometer delitos propiamente dichos como lo haría una persona natural.
Teoría de la voluntad real (BESELLER, WEISKE, DERNBURG, BIERKE):	Los entes colectivos sí pueden ser sujetos activos de delitos. Se puede sintetizar esta corriente doctrinal en la idea de que el concepto de persona es identificable no con el de hombre sino con el de sujeto de derechos, lo cual implica que haya sujetos de derecho diferentes a la persona natural.

[1] Planteada en su obra –Tratado de Derecho Romano–, publicada en 1840.

[299] Diez Ripollés, JL. La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Regulación española. Indret, Revista para el análisis del Derecho. ISSN 1698-739X. Barcelona, 2012.

A partir de estas premisas se ha sostenido que no debería admitirse la punición de los entes colectivos, principalmente porque: 1) no realizan una acción penalmente relevante; 2) por la imposibilidad de realizar el juicio de atribución subjetiva o de culpabilidad; y, 3) ante la imposibilidad de aplicar a las personas jurídicas las penas previstas para las personas naturales[300]. Se han planteado otros argumentos menos decisivos como la violación del principio de personalidad de las penas, porque se pueden ver afectadas personas inocentes, así como problemas vinculados a la capacidad de pena[301].

Excedería del objetivo del presente libro hacer una relación prolija de los aspectos esenciales por los que han discurrido los debates doctrinales, no solo en Derecho penal, en torno a la persona jurídica. Sin embargo, es preciso mencionar la importantísima opinión de FERRARA (1923). Este autor, partiendo de la concepción de SAVIGNY (2004)[302], señalaba que la personalidad jurídica es un producto del ordenamiento jurídico, y surge por el reconocimiento del derecho objetivo.[303] Por tanto, es el ordenamiento jurídico el que es soberano para dotar de personalidad jurídica a quién considere oportuno y, en consecuencia, no puede buscarse un derecho natural –previo al propio ordenamiento– para encontrar la preexistencia de personalidad.[304]

---

[300] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ. *Sobre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.* En: Thémis 35/1997, p. 130. Citado por: CARO CORIA, Dino Carlos en: La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano. pp. 419 y ss.

[301] FEIJÓO. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* op. cit., p. 238. Citado por: CARO CORIA, Dino Carlos en: La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano. pp. 419 y ss.

[302] SAVIGNY, M. F. C de; DURÁN Y BAS, Manuel (pról.). *Sistema del Derecho Romano Actual,* Reimp. de la edición. de Madrid, Centro editorial de Góngora. Analecta Editorial ANALECTA. 2004.

[303] FERRARA, F. *Teoría delle persone giuridiche,* UTET, primera edición, Torino, 1923

[304] Ejemplo de ello es el reconocimiento de personalidad, en el derecho romano, a Dioses (como a Apolo y Júpiter) o a Incitatur, caballo de Calígula.

Queda claro que la tendencia actual se inclina a optar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando en cuenta aspectos sustanciales tales como la idoneidad de la sanción a fin de eliminar a cabalidad las ventajas obtenidas por el ente corporativo, la adecuación de la sanción a la capacidad de producción de la persona jurídica y la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el castigo a imponer y la trascendencia y dañosidad del evento punible; en dicha secuencia, nuestra posición apunta a sustentar un modelo paralelo de imputación basado en argumentos tales como admitir que muchos delitos se cometen por directivas o política de la organización, no siendo viable en tales casos, la imputación a personas individuales.(305)

Asimismo, podemos indicar que la criminalidad organizada y la criminalidad de empresa(306), como vasos comunicantes, son uno de los mayores retos del Derecho penal(307). Dicho de otro modo, el papel cada vez más importante desempeñado por la persona jurídica en la sociedad moderna, vinculado de modo decisivo al fenómeno de la criminalidad económica, se convierte en el caldo de cultivo que explica las dificultades de individualización de la responsabilidad penal en el interior de las complejas estructuras de poder que caracterizan el entramado organizativo de las modernas personas jurídicas(308).

(305) SUSANA LOPEZ WONG, Rosario. Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?

(306) Con el concepto de "criminalidad de la empresa" se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.

(307) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Navarra 2009, 90. Citado por SÁNCHEZ BERNAL Javier en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad de Salamanca, 2012.

(308) RIBAS, Ramón, entiende que son principalmente exigencias de carácter preventivo las que explican la necesidad de extender la autoría delictiva a las personas jurídicas. en E. Ramón Ribas, La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa, Estudios de Derecho

La solución, para ciertos autores, consiste en prever la responsabilidad criminal del ente jurídico de forma acumulada a la de la persona física. Este argumento concluye que esto no vulnera el principio de *ne bis in ídem*, puesto que la persona jurídica es considerada como sujeto diferenciado de Derecho(309). El conflicto, por tanto, entre las libertades económico-empresariales y la protección de los derechos individuales se configurará como el fundamento principal en favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas(310).

Actualmente, para configurar la responsabilidad penal de la persona jurídica (como responsabilidad derivada del hecho de otro) se parte de las teorías formuladas por la doctrina anglosajona y norteamericana a partir del siglo XIX. Diversas propuestas dogmáticas se han elaborado, desde quienes plantean la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea modificando el concepto tradicional del delito hacia un injusto basado en la propia culpabilidad de la empresa, o quienes fijan la responsabilidad del ente moral a través del injusto de resultado cometido por una persona natural; hasta quienes rotundamente niegan la responsabilidad penal de la empresa sobre la base del aforismo *"Societas Delinquere Non Potest"*.(311) A continuación presentamos, en forma resumida, los tres modelos con sus fortalezas y objeciones respectivas:

---

penal y Criminología, Comares, Granada, 2009, 2. Citado por SÁNCHEZ BERNAL Javier, en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad de Salamanca, 2012.

(309) CARBONELL MATEU, J. C. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010", en Cuadernos de Política Criminal, Segunda época, Dykinson, 101 (2010), 9-11. Citado por SÁNCHEZ BERNAL Javier en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad de Salamanca, 2012.

(310) REGIS PRADO, L. "La cuestión de la responsabilidad penal...", 273-274. Citado por SÁNCHEZ BERNAL Javier en: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad de Salamanca, 2012.

(311) SOTA SÁNCHEZ, Percy André. Breves reflexiones sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano.

MODELOS	FORTALEZAS	OBJECIONES
Modelo Puro de Transferencia de responsabilidad o Vicarial[1] (Origen Anglosajon).	Se recibe en el derecho de los Torts en el siglo XIX, abriéndose la posibilidad de hacer responder a las corporaciones, también, por delitos de acción, pero sólo para los llamados delitos de strict liability (responsabilidad objetiva), no para delitos con una dimensión moral que requieren de una mala intención criminal[2] (BERNARDO DEL ROSAL). Ejemplos judiciales de este modelo de atribución de responsabilidad a las corporaciones las encontramos en, Inglaterra, caso Queen v. Great North of England Railway (1846) o en, Estados Unidos, el caso State v. Morris & Essex Railroad Co.[3] (1852). Se sustentan en la atribución del injusto realizado por el órgano o representante. [4] Se imputa a la persona ideal transfiriéndole las conductas realizadas por un agente suyo que ha obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de favorecerla.[5] En virtud del cual se transfiere a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado (Reino Unido y Francia). Consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado. Es el modelo más clásico que puede encontrarse en el Reino Unido, en Francia y también en el español.	Respecto del modelo de transferencia (en todas sus versiones, es decir, pura, de identificación y vicaria estricta) la responsabilidad de la persona jurídica nace a la postre de un hecho ajeno y, por tanto, vulnerando los principios esenciales de culpabilidad propios del Derecho Penal, pues la previsibilidad y evitabilidad del hecho criminal no puede ser analizado y controlado por una entelequia, sino por las personas concretas que actúan por su cuenta. La única salvedad la representaría el modelo vicarial en el presunto provecho que la conducta criminal originaría para la persona jurídica. Esta transferencia no puede alcanzar lo subjetivo, pues lo interno del órgano no se puede transferir a la persona jurídica. En consecuencia, este modelo de atribución se sustentaría, en el fondo, en una pura responsabilidad objetiva de la persona jurídica, lo que difícilmente resulta compatible con una imputación penal regida por el principio de culpabilidad por el hecho propio
Modelo de Identificación o Alter Ego. (surgida siglo XX)	Evoluciones experimentadas: a.Concibe a la sociedad como un sujeto dominado y gestionado por sus directivos, a los que se les tilda de ser la mente y la voluntad de la corporación (la acción del directivo es la acción de la corporación). Concretamente por la opinión vertida por el VIZCONDE HALDANE al decir, como recuerda BERNARDO DEL ROSAL, que si bien una corporación es una abstracción, que no tiene mente propia como no tiene cuerpo propio,... su activa y directiva voluntad debe, consecuentemente, ser buscada en la persona de alguien que, para determinados propósitos, puede ser llamado agente, pero que es en realidad la mente directiva y	Esta versión de responsabilidad solo permitía imputar a la corporación por aquellas acciones de sus representantes (cerebro) pero no por las de sus empleados (sus manos). Respecto de la modalidad de la identificación resulta imposible su aplicación a grandes corporaciones, debido a la división de funciones, además de no permitir la responsabilidad corporativa por la conducta individual fraudulenta de un solo directivos). Respecto de la modalidad de responsabilidad vicaria, la no culpabilidad del empleado determinaría para la corporación una responsabilidad sin culpa y, en todo caso, estaríamos ante una verdadera responsabilidad por hecho ajeno.

MODELOS	FORTALEZAS	OBJECIONES
Modelo de Identificación o Alter Ego. (surgida siglo XX)	la voluntad de la corporación; el verdadero ego y centro de personalidad de la corporación.[6] caso Lennard's Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd. (1915). b.Llamada RESPONSABILIDAD VICARIA ESTRICTA. Bajo este modelo se permite sostener la responsabilidad corporativa no solo por los hechos cometidos por sus representantes legales sino por sus empleados, siempre que éstos hubieran actuado en el ámbito de la autoridad y suponga un provecho para la corporación. La responsabilidad seguiría siendo de los representantes legales por no haber efectuado un control de sus empleados. Exige para la imputación que el comportamiento haya sido cometido por un superior, y no por cualquier agente de la entidad. De este modo, se conforman con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho delictivo, o incluso, basta con que la infracción haya sido realizada como consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control. Este sistema es acogido por las decisiones marco de la Unión Europea.	
Modelo del Hecho propio.	La responsabilidad de la persona jurídica no es resultado de una transferencia por la responsabilidad de la persona física, sino de su propia realidad como estructura organizada independiente de las personas que la hacen actuar y que pueden incluso cambiar sin que ello afecte a la propia naturaleza de la corporación (lo que recuerda la concepción de la persona jurídica de Gierke). El defecto de organización social se erige en causa de imputación, partiendo de que muchas omisiones en el control no pueden ser atribuidas a los directivos o representantes, que a veces nada pueden cambiar, sino a la propia realidad de la persona jurídica. Para el sociólogo CHARLES PERROW el alto grado de especialización interna de los sujetos que forman las corporaciones permite un alto control de la actividad y, por tanto, una reducción	Para poder imputar una responsabilidad penal a la persona jurídica se debe analizar la relación de causalidad entre la organización y los daños producidos, de forma que solo cuando se evidencia un defecto sistémico. En la organización puede hablarse propiamente de la responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio. Esta sería la tesis mantenida por TIEDEMANN (1996)[8] que considera que este defecto de organización se erige en el específico concepto de culpabilidad de la persona jurídica. Supone una artificiosa teoría jurídica que atenta, entre otros, contra el principio de imputabilidad, entendida esta, en palabras de COBO DEL ROSAL (2005)[9], como la capacidad de comprender y valorar la licitud del hecho y de actuar según esa apreciación. Ningún acto o efecto de una persona jurídica puede valorarse con

MODELOS	FORTALEZAS	OBJECIONES
Modelo del Hecho propio.	patente de la incertidumbre de los procesos empresariales. En su versión más extendida parte de la transferencia de responsabilidad, como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendido a la culpabilidad de empresa (Estados Unidos[7]). En este país la doctrina del –respondeat superior– estima que la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa y con el fin de beneficiarla. Busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia corporación. El CP de Austria y Suiza adoptan este modelo.	abstracción del poder de control de los sujetos responsables. Además, el diseño del debido control así como su incumplimiento –como fundamento de imputación- solo puede ser analizado desde un punto de vista de conducta humana.

(1) Teoría de la identificación: cuando actúa la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, entonces también lo está cometiendo la empresa misma. Este modelo de imputación implica la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno frente a la propia persona jurídica (responsabilidad objetiva).

(2) DEL ROASL BLASCO, B. Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona.

(3) En ambas resoluciones se excluía la responsabilidad de la corporación si existía una previa mala intención criminal de la persona física que resultaba verdadero autor del delito.

(4) Con independencia de los cuestionamientos generales al modelo de atribución del hecho ajeno, existen ciertos aspectos discutidos en su propia configuración que determinan el alcance de este modelo. En primer lugar, resulta necesario precisar cuándo se entiende que el agente actúa propiamente como órgano o representante de la persona jurídica. Es posible manejar al respecto fundamentalmente dos interpretaciones: la teoría de la función y la teoría del interés. Conforme a la primera, los representantes u órganos de administración de una persona jurídica solamente actúan como tales si se mueven en el marco de las facultades de representación o administración conferidas, mientras que la segunda teoría sostiene que el representante u órgano de administración sólo actuará como tal si se mueve en el círculo de tareas derivado de su relación de representación, pero siempre en interés de su representada. En segundo lugar, deben determinarse las exigencias que debe reunir el hecho de conexión del órgano o representante para dar pie a una responsabilidad penal de la persona jurídica. En este punto se discute, por ejemplo, si basta con la realización de un injusto penal por parte del representante o si es necesario también que éste haya actuado culpablemente. Además de la discusión sobre la calidad del hecho de conexión, se suscitan también aspectos de orden procesal, en el sentido de si el hecho de conexión requiere de una individualización y efectiva condena del representante o basta simplemente con tener por acreditado que algún miembro ha cometido un delito en el marco de las actividades de la persona jurídica.

(5) Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego: "Responsabilidad y castigo de las personas jurídicas. Tendencias actuales del Derecho penal comparado en torno a la autorregulación empresarial", en AAVV: Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, pp. 643 y 645 (énfasis eliminado).

(6) DEL ROSAL, Bernardo. Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal. Enfoque XXI, Barcelona.

(7) La doctrina del –respondeat superior– estima que la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa y con el fin de beneficiarla.

(8) KLAUS TIEDEMANN: La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996, página 97.

(9) COBO DEL ROSAL en Instituciones de Derecho Penal Español, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2005.

Pero los que cuestionan la responsabilidad penal de las personas jurídicas se basan en la acción y culpabilidad. En el cuadro que se indica a continuación se muestra un breve resumen de los argumentos restrictivos y los argumentos permitidos.

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	ARGUMENTOS RESTRICTIVOS	ARGUMENTOS PERMITIDOS
ACCIÓN	No son capaces de acción. O sea, carece de capacidad de acción, punto de partida de toda reacción punitiva estatal, pues la acción (u omisión) tiene su origen en la voluntad humana. La falta de voluntad independiente de las personas jurídicas, ya que la voluntad debe provenir de personas humanas. La capacidad de acción, entendida como acción final dirigida por la voluntad humana, se establece la imposibilidad de considerar a la persona jurídica como sujeto de Derecho Penal, éstas carecen de toda capacidad natural de acción, ya que todas las acciones relacionadas con las personas jurídicas son realizadas por personas físicas que en su calidad de miembros integran los órganos de la misma.(1) Para LACRUZ BERDEJO a las personas jurídicas les faltan la conciencia y la voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres. En igual sentido, MUÑOZ CONDE sostiene que desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales. También para BAJO FERNANDEZ, para quien tal y como se concibe penalmente la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena.	Se equipara la actuación criminal del órgano representante de la empresa, siempre una persona física, con la de la empresa(3). Esta construcción teórica recibe el nombre de doctrina de la identificación. La doctrina de la identificación justifica el castigo de la empresa por la actuación de sus empleados. Tiedemann sostiene que las personas jurídicas, al igual que las físicas, son también destinatarias directas de las normas de conducta, es decir mandatos y prohibiciones y que el derecho positivo parte de ello. Las personas jurídicas tienen capacidad de acción y, por ello, pueden ser destinatarias de las normas de conducta, y si el legislador dirige las normas a las personas jurídicas es porque ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, es decir, pueden producir acciones u omisiones(4). Para Gunther Jackobs(5) las actuaciones de las personas jurídicas con arreglo a los estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica. Concluye diciendo que tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas en la persona física y en la jurídica. Lo importante no es la acción penalmente relevante, sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos)(6). De tal modo, apuesta por la construcción de un sistema de imputación propio para la persona jurídica sustentado exclusivamente en las categorías de injusto y culpabilidad(7).

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	ARGUMENTOS RESTRICTIVOS	ARGUMENTOS PERMITIDOS
ACCIÓN	La persona jurídica carece de la aptitud interna necesaria para formar una «voluntad propia)) al margen de la voluntad expresada por sus integrantes. El ente colectivo no puede exteriorizar la voluntad social construida sobre el conjunto de voluntades individuales, sino a través de los actos de los propios componentes de la agrupación. A su vez, si se toma en cuenta el concepto social de acción tampoco se arribaría a resultados satisfactorios por situarse en el plano extrajurídico. De ese modo, las personas jurídicas no podrían ser objeto de la norma de determinación sino sólo de la norma de valoración.[2]	Ante un caso de acción por medio de otro, condicionado por la estructura de la corporación, pues según la teoría orgánica de la persona jurídica, la relación existente entre el ente colectivo y la persona física hace posible adscribir al primero las consecuencias de las conductas de sus órganos[8]. Además, la capacidad de acción de estos entes colectivos, en contra de lo que se afirma en Derecho penal, está ampliamente reconocida en otros ámbitos: en el derecho civil, mercantil o administrativo, en los que también se lesionan normas ético-sociales[9]. Si las personas jurídicas son destinatarias de deberes jurídicos no sólo pueden cumplirlos, sino que también pueden infringirlos[10]. Si pueden comprar, vender, contratar, arrendar, asumir responsabilidades, pueden hacerlo también fraudulentamente[11], afirmándose, así, la capacidad de acción de las personas jurídicas[12].
CULPABILIDAD[13]	A Tiedemann se le critica fundamentalmente porque propone un criterio de culpabilidad por hecho ajeno. También se torna importante aludir a la distinción entre el injusto (conducta típica y antijurídica) y la culpabilidad pues primordialmente se hace necesario analizar la responsabilidad del sujeto o mejor dicho, si éste debe responder por lo injusto. Así apreciamos que la culpabilidad reúne a un conjunto de aspectos de la responsabilidad del sujeto activo tales como: a.Capacidad de Culpabilidad.- En otras palabras, la imputabilidad, que puede ser excluida por razones tales como la minoría de edad, la enfermedad mental, la idiotez, la grave alteración de la conciencia, etc. b.Conocimiento de la prohibición.- Es el conocimiento real de la ilicitud o como mínimo, haber tenido la posibilidad de conocerla. c.Exigibilidad.- Se da acerca de la exigencia de un comportamiento arreglado a Derecho.	La persona jurídica responde por un hecho propio, o sea, por un hecho que también es suyo, al igual que sucede, por ejemplo, en el supuesto del coautor o del autor mediato, a quien se le imputa hechos no realizados por él mismo sino por otro coautor o por el instrumento. El defecto de la organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, sería el hecho fundamentador de la culpabilidad de la propia persona jurídica. Para NIETO, "el aspecto más revelador para asentar el grado de culpabilidad de la empresa es precisamente el nivel jerárquico del infractor. Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respetan la ley que para los empleados"[20]. Schünemann, ha planteado la renuncia al principio de culpabilidad

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	ARGUMENTOS RESTRICTIVOS	ARGUMENTOS PERMITIDOS
CULPABILIDAD[13]	Resulta incompatible con la persona jurídica el concepto normativo de culpabilidad, debido a que no es posible aplicar a una persona sin emociones como es la persona jurídica un juicio de reproche que se hace a una persona que pudiendo y debiendo comportarse conforme a Derecho decide libremente adoptar una conducta antijurídica.[14] La culpabilidad de la persona jurídica solamente puede alcanzarse mediante un concepto de culpabilidad analógico.[15] Tampoco la concepción de la culpabilidad, asentada en la necesidad de pena, ofrece una explicación satisfactoria para atribuir responsabilidad a dichas personas en términos de motivación normativa.[16] Afirma que "no hay pena sin dolo o imprudencia", recogiendo el principio de culpabilidad. Si para imponer una pena a las personas físicas no basta con la culpabilidad de su representante legal, tampoco resulta suficiente para imponer las penas a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa. De ahí que resulte imprescindible consignar la culpabilidad de la propia persona jurídica. Las distintas formas de culpabilidad de empresa se pueden reducir en la fórmula de defecto de organización permanente. El primer elemento es la idea de culpabilidad de empresa como defecto de organización en la dirección empresarial. En realidad lo que se trata es que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que éstos se cometan permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño. El segundo eje fundamental para entender la culpabilidad de empresa es su distinta estructura temporal.	en la atribución de responsabilidad penal a las personas morales, sobre la base de un «estado de necesidad de bienes jurídicos)), o sea un «estado de necesidad de prevención en el marco de una empresa que no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural y de que un fallo de organización de la empresa ha facilitado», lo que a su juicio no atenta contra un Derecho penal respetuoso del Estado de Derecho[21] Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido, desde una perspectiva constitucional, la opción de imputar la culpa de una persona física a una persona jurídica[22], mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea propone admitir una culpa propia de la empresa, determinada según criterios y estándares conocidos en el Derecho civil y administrativo. En los sistemas que admiten el societas delinquere potest, se entiende que las infracciones a favor de la agrupación se originan en la «falta de organización y que esta deficiencia determina la responsabilidad penal», lo que permite contar con un concepto de culpabilidad colectiva. La culpabilidad de la persona jurídica se determina a partir de la culpabilidad del órgano que ejecutó la acción, se trata de la acción del órgano como hecho de conexión. Además de la constatación de dicha culpabilidad, es preciso que el hecho delictivo pudiese ser evitado por la persona jurídica. Como consecuencia final, la persona jurídica tiene una «responsabilidad colectiva» por el hecho, al margen de la responsabilidad del órgano que actuó y sin que ello viole el ne bis in ídem.[23] Es que la sanción a la persona jurídica afecta a los socios inocentes, lo que atentaría al principio de culpabilidad o de personalidad de las penas. Esta objeción se puede

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	ARGUMENTOS RESTRICTIVOS	ARGUMENTOS PERMITIDOS
CULPABILIDAD[13]	Solo existe culpabilidad de empresa si el comportamiento delictivo individual pone de relieve un defecto de organización permanente. Comportamientos individuales aislados, sin conexión con defectos de organización estables o estructurales no dan lugar a responsabilidad.[17] La persona colectiva le falta, en todo caso, la capacidad para actuar culpablemente.[18] Se conculcaría el principio de culpabilidad al imponer sanciones penales, las llamadas «consecuencias accesorias» a quien no es responsable penal (la persona jurídica), imponiéndole el juez, por los delitos cometidos en el ámbito de su actividad, consecuencias que pudiesen suponer una limitación en sus derechos patrimoniales, o de otra índole[19].	rebatir. Primero porque todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes, y segundo, porqué la pérdida patrimonial que experimenta el socio es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión. De hecho los socios podrían plantearse ejercer acciones de responsabilidad social contra los administradores, como es frecuente en Estados Unidos. Que afecta al sistema más extendido de imputación, a tenor del cual la culpabilidad de la persona física del agente se transfiere a la persona jurídica, se salva constitucionalmente considerando que esta transferencia de culpabilidad se trata de una genuina responsabilidad objetiva. El modelo de culpabilidad de empresa, busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia corporación (Austria y Suiza). Los planteamientos más modernos respecto a la culpabilidad de las personas jurídicas se refleja en la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Uno de los mayores indicadores de una cultura empresarial de cumplimiento se contiene en los "programas de cumplimiento de las empresas".

(1) BACIGALUPO S. Op. cit, pp. 129-130.

(2) Gracia Martín. «La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: ADPCP 1993, pp. 603-604.

(3) TIEDEMANN, Klaus. Ob. Cit. p. 102 "Si la persona jurídica puede celebrar contratos p. ej. De compraventa es ella quien está sujeta a obligaciones originadas por esos contratos y es ella quien puede violar esas obligaciones. Esto quiere decir que la persona jurídica puede actuar de manera antijurídica"..."Las acciones de las personas naturales que actúen para la empresa deben ser consideradas como las de la empresa". Al respecto también escribe Luis Miguel Reyna Alfaro en revista Peruana de Derecho de la Empresa p. 85. Citado por CASTRO OLAECHEA, Nelly en su artículo: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

(4) TIEDEMANN, Klaus. Ob. Cit. p. 103 "...no es casualidad que en el mundo anglosajón se haya comenzado a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las asociaciones en el campo de los delitos de omisión y los delitos imprudentes porque aquí no cuenta, o no cuenta totalmente, la acción física sino lo que importa es la violación de las medidas y expectativas normativas para imputar un resultado nocivo a una persona natural".

(5) JAKOBS, Günther. "Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad" recopilación del profesor Jacobo López Barja de Quiroga. Editorial THOMSON-CIVITAS. Primera edición. Madrid 2004. p. 131 "La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización; correspondiéndose con esto, las expectativas de los demás no van dirigidas a que un Hombre capaz de organizar va a hacer o no, algo determinado, sino a que una Persona debe comportarse de una determinada manera. Conciso y breve: Nadie responde en su condición de Hombre, sino todos en la de Personas".

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	ARGUMENTOS RESTRICTIVOS	ARGUMENTOS PERMITIDOS

(6) Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, op. cit., p. 228.
(7) Ibid., pp. 231 SS.
(8) FIANDACA/MUSCO: DP PG, reed.,1994, p. 131.
(9) WIESENER, A.: Die strafrechtliche Verantwortlichkeir von Vertretern und Organen, 1971, p. 20 y ss., 24 y ss.HIRSCH, J.H.: La cuestión de la responsabilidad penal..., ob. cit., pp. 1105-1108.
(10) HIRSCH, J.H.: La cuestión de la responsabilidad penal..., ob. cit., pp. 1105-1108.
(11) VON LISZT/ SCHMIDT: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1932, p. 156, n. 4: si la persona colectiva es capaz de acción en el Derecho civil, también lo puede ser en el Derecho penal: «wer Verträge schliessen kann, der kann auch betrügerische oder wucherische Verträge schliessen», cit. por CASTRO E SOUSA, ob. cit., p. 113 y por HIRSCH, ob. cit., p. 1108, n. 33.
(12) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», en CPC, núm. 53, 1994; HIRSCH, J.H.: ob. cit., pp. 1105-1108.
(13) Existen tres corrientes diferentes a la hora de entender la culpabilidad de empresa: La primera consiste en asociar la culpabilidad de empresa a una deficiente cultura corporativa. La forma más clásica de entender la culpabilidad de empresa es concebirla como un defecto de organización. Este defecto puede consistir en una suerte de responsabilidad imprudente de la empresa. Lo que se le reprocha a la empresa es el haber generado una lesión de bienes jurídicos (la muerte de un trabajador, la contaminación ambiental, etc.) por no haber organizado correctamente sus procesos de producción. También el defecto de organización se asocia a la ausencia de un responsable individual, es una responsabilidad subsidiara de la empresa que deriva de la no identificación o inexistencia de un responsable individual. Además, se puede apreciar la falta de organización en no haber puesto todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida. Lo que constituye construir el defecto de organización en relación tanto a comportamientos dolosos como imprudentes de los empleados de la entidad. La segunda corriente atribuye la culpabilidad de la empresa a la mala conducción de la empresa, por su carácter, esto es, un caso de derecho penal de autor. Este derecho penal de autor empresarial sería constitucionalmente admisible. Pues mientras que el Estado carece de legitimidad para señalar a los individuos cómo tienen que conformar su carácter, sí que puede exigir que las corporaciones adopten determinadas forma de organización de forma permanente. La tercera corriente es que la que se puede nominar "culpabilidad reactiva" que atiende al comportamiento post-delictivo. No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos coopera con la autoridad competente, pone en marcha una investigación interna, repara voluntariamente a la víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse. MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. La responsabilidad de las personas jurídicas. Revista Internauta de Pràctica Jurídica Núm. 26, año 2011, pp. 61-78. Universitat de València (Estudi General). 2010.
(14) REYES ALVARADO, Y. "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas". Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo Nº 25 Bogotá, Legis, 2008. p. 45.
(15) En la medida que la culpabilidad jurídico-penal se estructura en la individualidad y socialidad de la persona natural, resulta necesario encontrar los equivalentes funcionales de estos aspectos en la persona jurídica. Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, puede llegarse a la conclusión de que el ente colectivo llega a alcanzar una individualidad cuando su complejidad organizativa permite una autorreferencialidad importante de la propia persona jurídica y el desarrollo de intereses societarios ajenos a los de sus órganos, representantes y socios. Por eso, resulta una posición sumamente interesante, en esta línea, la vinculación de la categoría de la imputabilidad penal en el caso de las personas jurídicas a la complejidad organizativa.
(16) Meini Méndez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima 1999, p. 119.
(17) MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. La responsabilidad de las personas jurídicas. Revista Internauta de Pràctica Jurídica Núm. 26, año 2011, pp. 61-78. Universitat de València (Estudi General). 2010.
(18) Así RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad penal...», ob. cit., pp. 6, 8.
(19) CUADROS RUIZ, M.ª Ángeles. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un paso hacia adelante .....¿Un paso hacia atrás? REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 12. ABRIL 2007 p. 126
(20) NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Resumen de la monografía "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo". Iustel. Madrid. 2008 p. 13
(21) Schünemann. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: Hacia un DP económico europeo. Madrid 1995, pp. 588-589.
(22) Schünemann. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: Hacia un DP económico europeo. Madrid 1995, pp. 588-589.
(23) Hirsch. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, cit., p. 1108ss. Citado por CUADROS RUIZ, M.ª Ángeles. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un paso hacia adelante .....¿Un paso hacia atrás? REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 12. ABRIL 2007 p. 126.

De los argumentos anteriormente expuestos, respecto de la capacidad de acción y capacidad de culpabilidad, parece abrirse una puerta a favor del "societas delinquere potest". Sin embargo, la falta de receptividad a la pena, es decir, de sentir los contenidos de retribución, expiación, intimidación o reeducación[312] que, por esencia, está orientada sólo a la persona de carne y hueso, es el otro argumento que se ha esgrimido para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Existen connotados profesionales del derecho que han venido reclamando el reconocimiento de responsabilidad penal a los entes colectivos. El máximo exponente de tal corriente ha sido ZUGALDÍA ESPINAR, quien ha afirmado que la Sociedad Anónima es un magnífico medio para lavarse las manos. Si las cosas van mal, acháquenselas a la corporación y, como *societas delinquere non potest* el Ministerio Punitivo del Estado no encuentra una percha en la que colgar el sombrero de la responsabilidad. Dentro de esta línea de admisibilidad de la imputabilidad de los entes colectivos, podemos destacar igualmente a SILVINA BACIGALUPO, quien propugna una reformulación del concepto de derecho en el Derecho penal para incorporar a la persona jurídica *como sujeto* responsable penalmente. Sujeto no es el que produce el resultado, sino aquél que sea competente, es decir, quien tenga el *deber de*.

---

[312] Art. 25.2 de la Constitución española: «las penas privativas de libertad... deben orientarse hacia la reeducación y reinserción social». El art. 27.3 de la Constitución italiana de 1948: «las penas deben tender a la reeducación del condenado» utiliza el término pena sin referirse a ninguna de sus modalidades en concreto. La orientación programática a la resocialización como fin del sistema penitenciario ha provocado un amplio debate. El constituyente español se ha referido expresamente a la pena privativa de libertad aunque interpretaciones doctrinales se hayan referido a todo tipo de penas. Vid. ampliamente GRACIA MARTÍN, L.: Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 2006. Citado por CUADROS RUIZ, M.ª Ángeles. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un paso hacia adelante .....¿Un paso hacia atrás? REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. Nº 12. ABRIL 2007 p. 126.

Tal y como dice ROXIN: "Las sanciones contra los entes colectivos ya existen actualmente en algunos países y en las formas más variadas. Pero ellas son ajenas al espíritu del Derecho penal tal como ha sido desarrollado en la tradición europea. Pues la pena siempre se recondujo a la culpabilidad individual de una sola persona. Societas delinquere non potest: éste era el principio rector de un Derecho penal que se mueve de la responsabilidad por el resultado en la Edad Media hacia la imputación individual. Por el contrario, en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en empresas grandes y poderosas; pero también la comercialización de los más variados productos dañinos para la salud será siempre un gran problema del Derecho penal. No pueden afrontarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa penando a una sola persona que puede fácilmente ser reemplazada. En cambio, las sanciones vinculadas a un fracaso de organización pueden ser muy efectivas preventivamente"[313].

Es decir, aunque la persona individual sea el sujeto principal del Derecho penal, ésta no puede asumir los retos que supone la criminalidad organizada, sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico. En este ámbito, además si a ello se une la globalización económica, las sociedades mercantiles poseen un papel fundamental, de manera que el castigo de dichas sociedades (y no solo de las personas físicas que delinquen en el seno de las mismas) previene a la sociedad de actos que suponen para la misma un grave perjuicio[314].

---

[313] ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; et al. "Derecho Penal...". Op. cit., pag. 947. Citado por Sara MORENO ARÍAS, Sara. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid, 2015.

[314] Ibídem.

Por otro lado, según TIEDEMANN: "Una economía de mercado presupone, esencialmente, una actividad empresarial. A ello corresponde la expresión criminológica corporate crime: consiguientemente, el Derecho penal económico también se puede comprometer en gran medida como Derecho penal de la empresa. Y el Derecho penal de la empresa conduce a la exigencia de castigar no solo a las personas naturales que actúan delictivamente dentro de la empresa, sino a la empresa misma como persona jurídica.

VIII. MODELOS LEGISLATIVOS IDEALES DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Sintéticamente, se conocen dos grandes modelos legislativos. Por una parte, un modelo de responsabilidad ***derivada***, conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural[315] en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral.[316] Por la otra,

---

[315] Sin que esto implique, sin embargo, que la persona natural quede liberada de responsabilidad, como debería ser si se aplicara coherentemente la idea de representación que subyace al modelo. Por esta razón se evita aquí hablar de "transferencia" o "transposición" de responsabilidad, como a veces se hace, giros que pueden sugerir ese efecto que es ajeno al modelo. Tampoco se emplea la habitual expresión "modelo de imputación", porque en rigor todo modelo de responsabilidad es un modelo de imputación. De hecho, durante la tramitación legislativa en Chile ambas expresiones se usaron siempre como sinónimas.

[316] Este es el caso de la larga tradición anglosajona, caracterizada por una fuerte tendencia a la responsabilidad objetiva, en cuanto, por lo general, dadas las mayores o menores exigencias previstas para la conducta del sujeto individual, se impone sin más responsabilidad a la persona jurídica, cualesquiera que hayan sido las medidas adoptadas por ésta para evitar la comisión del delito. En el caso inglés esto ocurre a través de la llamada "teoría de la identificación" (al respecto GOBERT, James; PUNCH, Maurice, Rethinking corporate crime, London: Butterworths, 2003, pp. 59 y ss.), en tanto que en el caso estadounidense, en lo que se da en llamar modelo vicarial (vicarious liability), se da tanto a través de la doctrina del common law del respondeat superior (responsabilidad del superior) como de la influencia más reciente del, algo más restrictivo, highmanagerial test previsto en la sección 2.07 del Código Penal Modelo (al respecto GOBERT / PUNCH, Rethinking, en esta misma

un modelo de responsabilidad autónoma u originaria, de acuerdo con el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural.(317)

---

nota, pp. 55 y ss.; STRADER, J. Kelly, Understanding white collar crime, Newark etc.: LexisNexis, 2002, pp. 15 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Corporate Criminal Liability", en: GARCÍA CAVERO [Coordinador], Responsabilidad penal, cit. nota nº 25, pp. 277-327, passim). Una síntesis de ambas tradiciones desde perspectiva continental en NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal, cit. Nota nº 26, pp. 88 y ss. En el derecho continental responde a estas características, por ejemplo, la regulación del derecho francés (art. 121-2 CP), al respecto LARGUIER, Jean; CONTE, Philippe, Droit pénal des affaires, 11e édition, Paris: Armand Colin, 2004, pp. 40 y ss. Citado por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. 2010.

(317) Si bien en doctrina se han formulado algunas propuestas estrictas de autorresponsabilidad esto es, que al menos en alguna hipótesis prescinden totalmente de factores de conexión con un hecho individual (véase, por ejemplo, HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, cit. nota nº 33, p. 316 [versión en castellano en NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal, cit. nota nº 26, p. 136; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, "El nuevo art. 31.2", cit. nota nº 3, p. 302), el modelo prácticamente no ha conocido consagración legislativa. Se suele mencionar como excepción la responsabilidad imprudente de las entidades en el Código Penal Federal de Australia de 1995 (Criminal Code Act, vigente desde 2000; el texto se encuentra disponible en: http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/1B4A2DD73EF9A4BBCA2576040024B600/$file/CriminalCode1995_WD02.pdf [visitado el 12.03.2010]), cuya sección 12.4 (2) dispone que cuando el elemento de culpabilidad no se da en ninguno de los empleados, agentes u oficiales, puede darse en la corporación si la conducta de ésta, vista como un todo, es negligente, agregando luego, en la sección 12.4 (3), criterios de negligencia asociados a defectos de organización. Cabe destacar, sin embargo, que en lo que respecta a la realización del tipo objetivo (comisión del "elemento físico"), conforme a la sección 12.2, la atribución del mismo a la corporación parece suponer en todo caso que sea realizado por un empleado, agente u oficial dentro del marco de su empleo o dentro de su autoridad actual o aparente. Algo similar rige en el Reino Unido para el nuevo "homicidio corporativo" regulado por la Corporate manslaughter and corporate homicide Act 2007 (disponible en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070019_en_1 [visitado el 03.07.2010]), que si bien representa el abandono de la tradicional teoría de la identificación y ya no exige responsabilidad de ninguna persona natural, sino un grave incumplimiento

Se suele hablar también de un modelo mixto, que en rigor no es más que una variante más o menos morigerada de las consagraciones históricas emblemáticas del modelo de responsabilidad derivada, en el sentido de no satisfacerse –al contrario de dichos casos emblemáticos, de marcada tendencia hacia la responsabilidad objetiva– con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural responsable y exigir, en cambio, algún tipo de "aporte" propiamente organizacional al delito. En la medida, sin embargo, en que la responsabilidad de la persona natural siga siendo presupuesto de la persona jurídica, se tratará sin duda de una responsabilidad derivada.(318)

El hecho es que, sea por la vía de una culpabilidad penal de las personas jurídicas o por la vía de otros criterios de fundamentación, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha comenzado su marcha triunfal en la legislación penal de diversos países de tradición europeo-continental. Sin embargo, debe reconocerse que esta nueva configuración de los criterios de imputación penal no se ha debido a las exigencias de una dogmática convencida en la capacidad delictiva de las personas jurídicas, sino que se ha dado a raíz de la política unificadora de los mercados y la economía.(319)

---

de deberes de cuidado propios de la organización (sección 1 [1] y [4] [b]), sigue exigiendo expresamente para la condena que un elemento esencial de ese incumplimiento sea, en línea con la tradición, la forma en que el ente ha sido organizado y administrado por su "senior management" (sección 1 [3] y [4] [c]), con lo cual sólo representa una variante atenuada de responsabilidad derivada. Citado por HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, 2010.

(318) Sólo tiene sentido hablar de un "modelo mixto" – aunque en todo caso de un modo equívoco - en casos de convivencia de ambos modelos en un mismo ordenamiento, lo que, como se tratará de demostrar, no ocurre en el derecho chileno. Citado por: HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, 2010.

(319) GARCÍA CAVERO, Percy. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012.

Vistas las principales corrientes doctrinales, por lo que se refiere a la perspectiva del derecho comparado de nuestro entorno, se observa que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene una asentada tradición en los Derechos de corte anglosajón. En cuanto al derecho europeo continental, el abanico de posiciones es variado: va desde los países que prevén sanciones propias del Derecho penal (Holanda, Francia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Belgica y Suiza), los países que optan por sanciones administrativas (Alemania, Italia y Portugal) y, finalmente, los países que optan por sanciones de naturaleza discutida pero en todo caso no pertenecientes al núcleo del Derecho penal, calificadas como "accesorias" (Suecia) o que bien optan por sanciones quasipenales (Polonia e Italia).[320]

IX. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO EUROPEO

El Comité de Ministros del Consejo de Europa propuso en la Recomendación nº R (88) 18, de 20 de octubre, que se reconozca la responsabilidad de la persona jurídica y se prevean sanciones penales a las empresas si así lo exigen: a) la naturaleza de la infracción, b) la gravedad de la infracción, c) el efecto para la sociedad y d) la necesidad preventiva.

De los países europeos, solamente Bélgica e Italia niegan la responsabilidad de las personas jurídicas, si bien últimamente parece que empiezan a admitir algunas excepciones.

Los países en los que no existe el límite constitucional de la culpabilidad (Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda e Inglaterra) no existe más problema para la responsabilidad de las personas jurídicas que el establecer la clase de sanciones y la vinculación exigible entre la persona jurídica.

---

[320] ESTEPA DOMÍNGUEZ, Francisco. La Responsabilidad Penal en la Persona Jurídica. Universidad Internacional de Andalucía. 2012 pp. 7 y ss.

En el nuevo Código Penal francés de 1992 se reconoce expresamente la capacidad penal de las personas jurídicas (arts. 121-2, 131-37 a 131-39 y 132-12 a 132-15).

> **Art. 121-2.** "Las personas jurídicas, exceptuando el Estado, son penalmente responsables de las infracciones cometidas por sí mismas, por sus órganos o representantes,...".
> [...]. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos".

Por su parte Alemania, España y Portugal imponen constitucionalmente el límite de la culpabilidad para la responsabilidad penal. En los tres países se reconoce una responsabilidad directa de la persona jurídica, al margen del Derecho penal (en otros sectores del ordenamiento jurídico) y se regula la llamada actuación en nombre de otro.

El derecho alemán vigente no admite la punibilidad de las personas jurídicas ni de las asociaciones sin personalidad. Pese a ello, hay desde hace tiempo penas administrativas contra los colectivos, como la multa administrativa (Geldbusse) del § 30 de la OWiG. En el §14 StGB se regula de un modo similar al Derecho español, el actuar por otro, estableciendo la responsabilidad penal (personal) de los representantes y encargados de una persona jurídica.

X. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS EN LOS CÓDIGOS PENALES DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA[321]

En América Latina se ha avanzado mucho en los últimos años en el desarrollo de políticas, programas e instituciones dedicadas a enfrentar la corrupción. Sin restar importancia a estos esfuerzos, y

[321] Traducción no oficial de los extractos de la legislación pertinente. Información extraída de las evaluaciones por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el Cohecho; informes de Tercera Ronda del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) de la OEA y la Biblioteca Legal TRACK de la Oficina de las

admitiendo que existen importantes diferencias entre los países, la corrupción continúa siendo uno de los principales desafíos a los que se enfrentan las democracias de la región. Su persistencia afecta de manera negativa al crecimiento económico, a su sostenibilidad y a su carácter inclusivo, y erosiona la confianza ciudadana en el funcionamiento de la democracia y en sus instituciones.

La presente compilación contiene las normas internacionales que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de corrupción, con ejemplos de leyes nacionales destinadas a responsabilizar a sociedades por delitos de corrupción en un contexto administrativo, civil o penal. Los extractos legislativos han sido tomados de las evaluaciones realizados por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho (WGB), el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) y la Biblioteca Legal TRACK de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Sin embargo, la inclusión de los extractos legislativos en la presente compilación no debe interpretarse como un refrendo de su eficacia. La presente compilación se destina meramente a servir como referencia a los países deseosos de modificar por vez primera su actual marco legislativo de responsabilidad corporativa (administrativa, civil o penal), entendiéndose que los marcos de responsabilidad societaria han de venir imperativamente adaptados a las características concretas del sistema jurídico considerado.[322]

Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (http://www.track.unodc.org/LegalLibrary). Los países que aún no han introducido la responsabilidad corporativa para los delitos de corrupción son: Antigua y Barbuda; Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guyana, Haití, Honduras, Paraguay, Saint Kitts y Nevis, San Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Énfasis añadido.

[322] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf. Consultado el 14/04/2016.

ARGENTINA

El libro II del Código Penal argentino, trata el cohecho en el Título XI (delitos contra la Administración Pública) en su capítulo VI (cohecho y tráfico de influencias) artículos 256 a 259. El 10 de diciembre de 2003 fue promulgada la Ley N° 25.825, que modificó todo este capítulo, incluyendo su título.

El artículo 256 pena con reclusión o prisión que va de 1 a 6 años y la accesoria de inhabilitación especial de carácter perpetuo, al funcionario público que, actuando por sí mismo o utilizando una tercera persona, reciba dinero o cualquier otra dádiva, o aceptare promesas para hacer algo, no hacerlo o retardar hacer alguna cosa, referida a sus funciones.

El artículo 256 bis impone la misma penalidad para el caso de quien aceptare o pidiere lo mismo del artículo anterior, por sí o por otro, pero para hacer valer su influencia en forma indebida frente a un funcionario público, para que éste realice los mismos actos mencionados en el artículo anterior. La pena se agrava en su máximo a 12 años de prisión o reclusión si esa influencia se ejerce ante un Juez o un Magistrado del Ministerio Público para que dicte, retrase, o no dicte, dictámenes, resoluciones o fallos que le competan. El artículo 257 condena a los Magistrados Judiciales o del Ministerio Público que recibieran las dádivas o promesas con 4 a 12 años de prisión o reclusión, e inhabilitación perpetua especial.

Pena de prisión de 1 a 6 años es la que establece el artículo 258 para aquel que ofreciera u otorgara, directa o indirectamente, dádivas de las que se trata en los artículos 256 y 256 bis primer párrafo. Si es para obtener las conductas mencionadas con respecto a Jueces y funcionarios del Ministerio Público en el segundo párrafo del artículo 256 bis y en el 257, la pena se eleva entre 2 y 6 años. Si quien ofrece o da la dádiva es un funcionario público, se le agrega inhabilitación especial. Se trata en este caso del cohecho activo, que para configurarse no necesita que sea aceptada la dádiva por el funcionario público.

La ley 25.825 sustituyó el artículo 258 bis del código penal. A partir de esta fecha, se extiende el delito de cohecho a los casos en que se involucre a funcionarios extranjeros u organismos internacionales, en temas relacionados a una transacción de tipo económica, financiera o mercantil.

El artículo 259 reprime con prisión de 1 mes a 2 años, con la accesoria de inhabilitación absoluta de 1 a 6 años, al funcionario público que recibiere dádivas, en virtud de su oficio, durante el ejercicio del cargo. Al que ofreciere la dádiva le corresponde prisión de 1 mes a 1 año.

En el mes de febrero del 2008, el ex presidente argentino Fernando De la Rúa fue procesado por cohecho activo, en el caso de soborno por la aprobación de la ley laboral, que se produjo en el Senado nacional.

BELIZE

Ley para la Prevención de la Corrupción de 2007,

Sección 22:

(1) Una persona que, por sí sola o conjuntamente con cualquier otra persona o por medio de un agente, efectúa o intenta efectuar cualquiera de las acciones especificadas en la Parte 1 del Tercer Anexo, estará cometiendo un acto de corrupción;

(2) Cualquier persona que cometa un acto de corrupción estará cometiendo un delito y se sujetará:

(a) en procedimiento sumario:

(i) de tratarse de una primera ofensa, a una multa no menor de diez mil dólares; y

(ii) en segunda ofensa o subsecuentes, a una multa no menor de veinte mil dólares o a pena de privación de la libertad durante un período no superior a dos años o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad;

(b) en caso de condena por resolución acusatoria:

(i) de tratarse de una primera ofensa, a una multa de no más de veinticinco mil dólares o a pena de privación de la libertad por un período de no más de dos años, o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad; y

(ii) en segunda ofensa o subsecuentes, a una multa no menor de cincuenta mil dólares o a pena de privación de la libertad durante un período no superior a tres años o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad.

Sección 1(e) del Tercer Anexo: una persona comete un acto de corrupción si: "Siendo persona física o moral, en conjunto o individualmente, club, sociedad, u otro ente de una o más personas, ofrece u otorga, directa o indirectamente, a una persona que esté desempeñando funciones públicas en un país extranjero, cualquier artículo, monto pecuniario u otro beneficio, como obsequio, favor, promesa o ventaja en relación con cualquier transacción económica o comercial para que dicha persona efectúe o se abstenga de efectuar una acción en el desempeño de sus funciones públicas."

BRASIL

La recién promulgada Ley Núm. 12846/13 (la "Ley Anticorrupción"), prevé la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la comisión de actos, tanto domésticos como extranjeros, que se cometan en contra de la administración pública. El propósito de la ley es hacer responsables a las empresas que financien prácticas de corrupción. Dicha ley fue la primera en prever la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo para denunciar irregularidades, y fomentó la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta dentro de la persona jurídica, como factores a tener en cuenta en los propósitos de responsabilidad empresarial.

La ley no define específicamente los mecanismos que las personas jurídicas deben adoptar con el fin de implementar una práctica ética y prevenir la comisión de delitos. Lo que sí contempla es que la

adopción de procedimientos con estos propósitos debe verse reflejada en el diseño de eventuales sanciones.

CANADÁ

Codigo Penal (R.S.C., 1985, c. C-46)

Otros delitos – Organizaciones

Sección 22.2. Con respecto a un delito que requiere que el fiscal pruebe una culpa –además de la negligencia– la organización forma parte de un delito si, con la intención al menos parcial de beneficiar a la organización, uno de los altos funcionarios de la organización:

(a) actuando dentro del ámbito de sus facultades, es parte del delito;

(b) encontrándose en el estado mental requerido para ser parte del delito y actuando dentro del ámbito de sus facultades, dirija la labor de otros representantes de la organización de tal manera que cometan un acto u omisión de los especificados en el delito; o

(c) sabiendo que un representante de la organización es o está por ser parte del delito, no adopte todas las medidas razonables para impedir que sea parte del delito.

COLOMBIA

En la legislación colombiana fue previsto como delito el soborno transnacional en el artículo 433 del Código Penal [Artículo 433. Soborno transnacional. (Modificado por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011). El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes][323] (Ley 599 de 2000),

[323] Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrati-

en cumplimiento del compromiso asumido por Colombia al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Posteriormente, la norma fue modificada por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011 para ajustarla a los preceptos de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Ley 1474 de 2011

Artículo 34 – Medidas Contra Personas Jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público.

---

vo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Código de Procedimiento Penal

Artículo 91 – Suspensión y Cancelación de la Personería Jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

CHILE

Ley Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Artículo 1° - Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la Ley N° 19.913, en el artículo 8° de la Ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas. En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Artículo 2° - Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.
    a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un li-

quidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención. La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos. El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de él o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no

haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

TÍTULO II. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1.- De las penas en general

Artículo 8°.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

   Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.

Artículo 9°.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica. La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regu-

le, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley N° 18.046. Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez. Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

Artículo 10.- Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

1) Prohibición perpetúa de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:
   a) En su grado mínimo: de dos a tres años.
   b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
   c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

EL SALVADOR

Código Penal

Artículo 38. El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el Art. 118 de este Código.

ESTADOS UNIDOS

Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, 1977

Sección 78dd-1 [Sección 30A de la Ley de Valores y Bolsa de 1934].

Prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de los emisores:

a) Prohibición. Será ilícito que cualquier emisor que tenga una clase de valores registrados conforme a la sección 78l del presente título o que deba presentar informes en virtud de la sección 78°(d) del presente título, o que cualquier funcionario, director, empleado o agente de dicho emisor, o cualquier accionista de dicho emisor que actúe en su nombre, utilice el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal en forma corrupta a fin de promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor a:

1) cualquier funcionario extranjero con el fin de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a que realice u omita algún acto en infracción de su deber legítimo, o iii) obtener alguna ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener algún negocio para alguna persona, o con ella, o para encaminar algún negocio hacia alguna persona;

2) cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato a un cargo político extranjero con el propósito de:

A) i) influir sobre cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato que actúe a título oficial;

ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a realizar u omitir un acto en infracción del deber legítimo de dicho partido, funcionario o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o

B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener negocios para una persona o con ella, o encaminar negocios hacia ella; o

3) cualquier persona, a sabiendas que todo el dinero o parte del mismo o artículo de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido, o a cualquier candidato a un cargo político extranjero, con el propósito de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato; (ii) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a realizar u omitir cualquier acto en infracción de los deberes legítimos de dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato; o (iii) obtener alguna ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a utilizar su influencia ante un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener negocios para una persona o con ella, o encaminar negocios hacia ella.

b) Jurisdicción alternativa

1) También será ilícito que un emisor constituido en virtud de las leyes de los Estados Unidos, o de un estado, territorio,

posesión o Estado asociado de los Estados Unidos, o de una subdivisión política de los mismos y que tiene una clase de valores registrados conforme a la sección 12 del presente título, o que debe presentar informes en virtud de la sección 15 d) del presente título, o que cualquier persona de los Estados Unidos que sea funcionario, director, empleado o agente de dicho emisor o accionista del mismo que actúe en nombre de dicho emisor, realice en forma corrupta cualquier acto fuera de los Estados Unidos en apoyo de una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero, u oferta, donación, promesa de donar o autorización de dar algo de valor a cualquiera de las personas o entidades según lo estipulado en los párrafos 1), 2) y 3) de esta subsección a) de esta sección para los fines expuestos en la misma, independientemente de si dicho emisor o dicho funcionario, director, empleado, agente o accionista hace uso de la correspondencia y otros medios o instrumentos de comercio interestatal en apoyo de dicha oferta, donación, pago, promesa o autorización.

2) Según se emplea en esta subsección, la expresión "persona de los Estados Unidos" significa un nacional de los Estados Unidos (como se define en la sección 101 de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (Sección 1101, Título 8, Código de los EE. UU.) o cualquier empresa, sociedad, asociación, sociedad anónima, fondo de inversiones, organización no constituida o sociedad unipersonal constituida en virtud de las leyes de los Estados Unidos o de un estado, territorio, posesión o Estado asociado de los Estados Unidos, o de una subdivisión política de los mismos.

Sección 78dd-2. Prácticas comerciales extranjeras prohibidas para empresas nacionales:

a) Prohibición. Será ilícito que cualquier empresa nacional, que no sea un emisor que está sujeto a la sección 78dd-1 del presente título, o que todo funcionario, director, empleado o agente de dicha

empresa nacional o accionista de la misma que actúe en nombre de dicha empresa nacional, utilice en forma corrupta la correspondencia u otros medios o instrumentos de comercio interestatal para fomentar una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero, ofrecimiento donación, promesa de donación o autorización de dar cualquier cosa de valor a:

1) cualquier funcionario extranjero para fines de:
   A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a realizar u omitir cualquier acto en infracción de su deber legítimo de funcionario, o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o
   B) inducir a dicho funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumento del mismo con el fin de afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha empresa nacional a obtener o retener negocios para cualquier persona o con ella, o encaminar negocios a la misma;
2) cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo o cualquier candidato a un puesto político extranjero con el objeto de:
   A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a realizar u omitir un acto en infracción de su deber legítimo de funcionario de dicho partido, funcionario o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o
   B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a influir en un gobierno extranjero o instrumento del mismo a afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha empresa nacional a obtener o retener negocios para cualquier persona o con ella, o encaminar negocios a la misma;

3) cualquier persona, a sabiendas de que todo ese dinero o cosa de valor, o parte del mismo, se ofrecerá, dará o prometerá, directa o indirectamente a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo, o a cualquier candidato a cargo político extranjero, para fines de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato a realizar u omitir un acto en infracción de su deber legítimo de funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato a influir en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha empresa nacional a obtener o retener negocios para cualquier persona o con ella, o encaminar negocios a la misma.

b) Sanciones

1) A) Toda empresa nacional que no sea una persona natural y que infrinja la subsección a) o i) de esta sección será multada con un máximo de $2.000.000.

B) Toda empresa nacional que no sea una persona natural y que infrinja la subsección a) o i) de esta sección estará sujeta a una sanción civil de un máximo de $10.000, la cual será impuesta mediante una acción entablada por el Secretario de Justicia.

c) Definiciones

Para los fines de esta sección:

1) El término "empresa nacional " significa:

A) cualquier persona que sea ciudadano, nacional o residente de los Estados Unidos; y B) cualquier empresa, sociedad,

asociación, sociedad anónima, fondo de fideicomiso, organización no constituida o sociedad unipersonal que tiene su lugar principal de negocios en los Estados Unidos, o que está constituido en virtud de las leyes de los Estados Unidos o de un territorio, posesión o estado asociado de los Estados Unidos.

d) Jurisdicción alternativa

1) También será ilícito que una persona de los Estados Unidos realice en forma corrupta cualquier acto fuera de los Estados Unidos en apoyo de una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero, u oferta, donación, promesa de donar o autorización de dar algo de valor a cualquiera de las personas o entidades según los estipulado en los párrafos 1), 2) y 3) de la subsección a), para los fines expuestos en la misma, independientemente de si dicha persona de los Estados Unidos hace uso de la correspondencia y otros medios o instrumentos de comercio interestatal en apoyo de dicha oferta, donación, pago, promesa o autorización.

2) Según se emplea en esta subsección, el término "persona de los Estados Unidos" significa un nacional de los Estados Unidos (como se define en la sección 101 de la Ley de Inmigración y Nacionalidad ([Sección 1101, Título 8, Código de los EE. UU.]) o cualquier empresa, sociedad, asociación, sociedad anónima, fondo de inversiones, organización no constituida o sociedad unipersonal constituida en virtud de las leyes de los Estados Unidos o de un estado, territorio, posesión o Estado asociado de los Estados Unidos, o de una subdivisión política de los mismos.

Sección 78dd-3. Prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de personas que no sean los emisores o las empresas nacionales.

a) Prohibición. Será ilícito que cualquier persona que no sea un emisor que esté sujeta a la sección 30A de la Ley de Bolsa de Valores de 1934 o una empresa nacional, según se define en la sección 104 de esta Ley, o que cualquier funcionario, director,

empleado o agente de dicha persona, o cualquier accionista de dicha persona que actúe en nombre de dicha persona, mientras se encuentre en el territorio de los Estados Unidos, utilice el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal en forma corrupta o realice algún otro acto para promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor a:

1) cualquier funcionario extranjero con el fin de:
   A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a que realice u omita algún acto en infracción de su deber legítimo de, o iii) obtener alguna ventaja indebida; o
   B) inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en con un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a dicha persona a obtener o retener algún negocio para alguna persona, o con ella, o para encaminar algún negocio hacia alguna persona;
2) cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato a un cargo político extranjero con el propósito de:
   A) i) influir sobre cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a realizar u omitir un acto en infracción del deber legítimo de dicho partido, funcionario o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o
   B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha persona a

obtener o retener negocios para una persona o con ella, o encaminar negocios hacia ella.

3) cualquier persona, a sabiendas de que todo el dinero o parte del mismo o artículo de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido, o a cualquier candidato a un cargo político extranjero, con el propósito de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a realizar u omitir cualquier acto en infracción de los deberes legítimos de dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato; o iii) obtener alguna ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a utilizar su influencia ante un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener negocios para una persona o con ella, o encaminar negocios hacia ella.

b) Sanciones

1) A) Toda persona jurídica que infrinja la subsección a) de esta sección será multada con un máximo de $2.000.000.

B) Toda persona jurídica que infrinja la subsección a) de esta sección estará sujeta a una pena civil de un máximo de $10.000, la cual será impuesta mediante una acción entablada por el Secretario de Justicia.

2) A) Toda persona natural que infrinja intencionalmente la subsección a) de esta sección recibirá una multa de un máximo de $100.000 o pena de prisión máxima de cinco años, o ambas.

B) Toda persona natural que infrinja la subsección a) de esta sección estará sujeta a una pena civil máxima de $10.000, la cual será impuesta mediante una acción entablada por el Secretario de Justicia.

3) Cuando se imponga una multa en virtud del párrafo 2) a cualquier funcionario, director, empleado, agente o accionista de una persona, dicha multa no podrá ser pagada, directa o indirectamente, por dicha persona.

c) Definiciones

Para los fines de esta sección:

1) El término "persona", cuando se refiere a un delincuente, significa cualquier persona natural que no sea un nacional de los Estados Unidos (según se define en la sección 1101, Título 8, Código de los EE. UU.) o cualquier empresa, sociedad, asociación, sociedad anónima, fondo de inversiones, organización no constituida o sociedad unipersonal que está constituida en virtud de las leyes de una nación extranjera o una subdivisión política de la misma.

GUATEMALA

Código Penal

Artículo 38. En lo relativo a personas jurídicas, se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales.

Artículo 442bis. Cohecho Activo Transnacional. Cualquier persona sujeta a la jurisdicción guatemalteca que ofrezca dádiva o presente, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole, directa o indirectamente a funcionario público de otro Estado u organización internacional, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en la ejecución de sus funciones para obtener

o retener un negocio u otra ventaja indebida de naturaleza económica o comercial, será sancionada con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de cincuenta mil (Q 50,000.00) a quinientos mil (Q 500,000.00) quetzales.

Cualquier persona natural que ayude, colabore, animare, alentare, instigue, promueva o conspire en la comisión de los actos descritos en el párrafo anterior de manera indirecta y que se determine que es cómplice de los actos señalados, será sancionada con la pena señalada en el mismo rebajada en una tercera parte.

Si una persona jurídica participa en las actividades descritas en el primer párrafo, a través de las personas mencionadas en el artículo 38 del Código Penal, buscando beneficio para esa persona jurídica, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica una multa de cien mil quetzales (Q 100,000.00) a setecientos cincuenta mil quetzales (Q 750,000.00) o el doble del beneficio obtenido, la que sea mayor, en caso de reincidencia se ordenara la cancelación definitiva de la patente de comercio de esa persona jurídica.

Las personas que de buena fe denuncien los actos mencionados en este artículo, serán protegidas por las autoridades correspondientes, de conformidad con la legislación vigente.

JAMAICA

Ley de Prevención de la Corrupción.

Sección 14(4). Cualquier ciudadano o residente de Jamaica o cualquier corporación, en conjunto o independientemente, cualquier club, sociedad u otro ente de una o más personas que ofrezca u otorgue directa o indirectamente, a una persona que esté cumpliendo una función pública en un estado extranjero, cualquier artículo o dinero u otro beneficio en forma de obsequio, favor, promesa o ventaja en relación con cualquier transacción económica o comercial por la realización u omisión de cualquier acto por dicha persona en el desempeño de las funciones públicas de dicha persona, estará cometiendo un acto de corrupción.

Sección 14(9). Cuando un ciudadano de Jamaica comete en otro país un acto de corrupción de los especificados en las subsecciones (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), u (8), se verá sujeto a proceso y juicio por dicho acto como si lo hubiera cometido en Jamaica.

Sección 15(1). Cualquier persona que cometa un acto de corrupción estará cometiendo un delito y se sujetará:

(a) por procedimiento sumario en la corte de un Magistrado Residente:

(i) de tratarse de una primera ofensa, a una multa de no más de un millón de dólares o a pena de privación de la libertad por un período de no más de dos años, o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad; y

(ii) en segunda ofensa o subsecuentes, a una multa de no más de tres millones de dólares o a pena de privación de la libertad por un período de no más de tres años, o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad;

(b) en caso de condena en una Corte de Circuito:

(i) de tratarse de una primera ofensa, a una multa de no más de cinco millones de dólares o a pena de privación de la libertad por un período de no más de cinco años, o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad; y

(ii) en segunda ofensa o subsecuentes, a una multa de no más de diez millones de dólares o a pena de privación de la libertad por un período de no más de diez años, o tanto a la multa como a la pena de privación de la libertad.

MÉXICO

Código Penal Federal

Artículo 11. Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa

un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas

Capítulo Primero: Disposiciones Generales

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y de interés general y tiene por objeto:

I. Establecer las responsabilidades y sanciones que deban imponerse a las personas físicas y morales, de nacionalidad mexicana y extranjeras, por las infracciones en que incurran con motivo de su participación en las contrataciones públicas de carácter federal previstas en esta Ley, así como aquéllas que deban imponerse a las personas físicas y morales de nacionalidad mexicana, por las infracciones en que incurran en las transacciones comerciales internacionales previstas en esta Ley, y

II. Regular el procedimiento para determinar las responsabilidades y aplicar sanciones, y

III. Establecer las autoridades federales competentes para interpretar y aplicar esta Ley.

Artículo 2. Son sujetos de la presente Ley:

I. Las personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que participen en las contrataciones públicas de carácter federal, en su calidad de interesados, licitantes, invitados, proveedores, adjudicados, contratistas, permisionarios, concesionarios o análogos;

II. Las personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que en su calidad de accionistas, socios, asociados, representantes, mandantes o mandatarios, apodera-

dos, comisionistas, agentes, gestores, asesores, consultores, subcontratistas, empleados o que con cualquier otro carácter intervengan en las contrataciones públicas materia de la presente Ley a nombre, por cuenta o en interés de las personas a que se refiere la fracción anterior;

III. Las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana que participen, de manera directa o indirecta, en el desarrollo de transacciones comerciales internacionales en los términos previstos en la presente Ley, y

IV. Los servidores públicos que participen, directa o indirectamente, en las contrataciones públicas de carácter federal, quienes estarán sujetos a responsabilidad en términos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

I. Autoridades competentes: La Secretaría, los titulares de los Órganos Internos de Control y los titulares de sus respectivas áreas de quejas y de responsabilidades, así como los órganos que al efecto determinen las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las Juntas de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, los tribunales agrarios, el Instituto Federal Electoral, la Auditoría Superior de la Federación, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el Banco de México y demás órganos públicos, en los términos establecidos en los artículos 4 y 5 de la presente Ley;

II. Compra Net: El sistema electrónico de información pública gubernamental a que se refieren la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.

III. Contrataciones públicas de carácter federal: Los procedimientos de contratación, sus actos previos, y aquéllos que deriven de la celebración, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma, que lleven a cabo las instituciones públicas contratantes a que se refiere la fracción VIII de este artículo, en términos de los ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas y con independencia del régimen especial de contratación o del esquema que se utilice para su realización. Se considerarán incluidos los actos y procedimientos relativos a concurso o convocatoria o licitación pública para el otorgamiento de permisos y concesiones de carácter federal o su prórroga, así como cualquier otra autorización o trámite relacionados con las contrataciones públicas;

IV. Convenciones internacionales para la prevención y el combate a la corrupción: La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y las demás que en términos de las disposiciones jurídicas aplicables sean suscritas por el Estado Mexicano en la materia;

V. Dependencias: Las secretarías de Estado y sus órganos desconcentrados, así como la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y las unidades administrativas de la Presidencia de la República;

VI. Entidades: Los organismos públicos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que tengan el carácter de entidad paraestatal a que se refieren los artículos 3o, 45, 46 y 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal;

VII. Fideicomisos públicos no paraestatales: Los fideicomisos públicos constituidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada o de alguna entidad de la Administración Pública Paraestatal en términos de las disposiciones legales y administrativas aplicables, y que no son considerados entidades paraestatales;

VIII. Instituciones públicas contratantes: Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; los fideicomisos públicos no paraestatales, los mandatos y contratos análogos; la Procuraduría; las entidades federativas y los municipios, incluidos los entes públicos de unas y otros, así como los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, que realicen contrataciones públicas con cargo total o parcial a fondos federales, en términos de las disposiciones jurídicas aplicables, y las áreas u órganos competentes de las autoridades que refieren las fracciones II a XI del artículo 4 de esta Ley, encargadas de las contrataciones públicas de carácter federal;

IX. Intermediario: Las personas a que se refiere la fracción II del artículo 2 de esta Ley;

X. Mandatos y contratos análogos: Los mandatos y contratos análogos celebrados por las dependencias, entidades y, en su caso, la Procuraduría, en términos de las disposiciones legales y administrativas aplicables y que involucren recursos públicos federales;

XI. Ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas: La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Petróleos Mexicanos y demás ordenamientos jurídicos que establezcan un régimen, esquema o mecanismo especial de contratación pública;

XII. Órganos Internos de Control: Los órganos internos de control en las dependencias y entidades, así como de la Procuraduría;

XIII. Procuraduría: La Procuraduría General de la República;

XIV. Secretaría: La Secretaría de la Función Pública;

XV. Servidor público extranjero: Toda persona que ostente u ocupe un empleo, cargo o comisión público considerado así por la ley extranjera respectiva, en los órganos legislativo, ejecutivo o judicial de un Estado extranjero, incluyendo las agencias o empresas públicas, en cualquier orden o nivel de gobierno, así como en cualquier organismo u organización pública internacionales, y

XVI. Transacciones comerciales internacionales: Los actos y procedimientos relacionados con la contratación, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios de cualquier naturaleza, obra pública y servicios relacionados con la misma; los actos y procedimientos relativos al otorgamiento y prórroga de permisos o concesiones, así como cualquier otra autorización o trámite relacionados con dichas transacciones, que lleve a cabo cualquier organismo u organización públicos de un Estado extranjero o que involucre la participación de un servidor público extranjero y en cuyo desarrollo participen, de manera directa o indirecta, personas físicas o morales de nacionalidad mexicana.

Capítulo Segundo: De las Infracciones

Artículo 8. Cualquiera de los sujetos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 2 de esta Ley, incurrirá en responsabilidad cuando en las contrataciones públicas de carácter federal, directa o indirectamente, realice alguna o algunas de las infracciones siguientes:

I. Prometa, ofrezca o entregue dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor pú-

blico, con el propósito de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o recepción del dinero o de la dádiva o del resultado obtenido.

Se incurrirá asimismo en responsabilidad, cuando la promesa u ofrecimiento de dinero o cualquier dádiva se haga a un tercero, que de cualquier forma intervenga en el diseño o elaboración de la convocatoria de licitación pública o de cualquier otro acto relacionado con el procedimiento de contratación pública de carácter federal;

II. Ejecute con uno o más sujetos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, acciones que impliquen o tengan por objeto o efecto obtener un beneficio o ventaja indebida en las contrataciones públicas de carácter federal;

III. Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto participar en contrataciones públicas de carácter federal, no obstante que por disposición de ley o resolución administrativa se encuentre impedido para ello;

IV. Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto evadir los requisitos o reglas establecidos en las contrataciones públicas de carácter federal o simule el cumplimiento de éstos;

V. Intervenga en nombre propio pero en interés de otra u otras personas que se encuentren impedidas para participar en contrataciones públicas de carácter federal, con la finalidad de que ésta o éstas últimas obtengan, total o parcialmente, los beneficios derivados de la contratación;

VI. Obligue sin tener derecho a ello, a un servidor público a dar, suscribir, otorgar, destruir o entregar un documento o algún bien, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja o beneficio;

VII. Promueva o use su influencia, poder económico o político, reales o ficticios, sobre cualquier servidor público, con el propósito de obtener para sí o un tercero un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación del servidor o

de los servidores públicos o del resultado obtenido, y VIII. Presente documentación o información falsa o alterada con el propósito de lograr un beneficio o ventaja.

Cuando la infracción se hubiere realizado a través de algún intermediario con el propósito de que la persona física o moral a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley obtenga algún beneficio o ventaja en la contratación pública de que se trate, ambos serán sancionados previo procedimiento administrativo sancionador que se sustancie en términos de esta Ley.

Artículo 9. Incurrirán en responsabilidad los sujetos señalados en la fracción III del artículo 2 de esta Ley, cuando en alguna transacción comercial internacional, por sí o a través de un tercero, prometan, ofrezcan o entreguen dinero o cualquier otra dádiva indebida, a un servidor público extranjero o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público extranjero, con la finalidad de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o del resultado obtenido.

Cuando además del Estado mexicano otro o más Estados extranjeros tengan jurisdicción sobre la infracción a que hace referencia el presente artículo, las autoridades competentes de dichos Estados, a solicitud de una de ellas, deberán realizar consultas para coordinar las acciones y medidas para perseguirla y sancionarla.

Capítulo Quinto: De las Sanciones Administrativas

Artículo 27. Las sanciones administrativas que deban imponerse por la comisión de las infracciones a que se refieren los artículos 8 y 9 de la presente Ley, consistirán en:

II. Cuando se trate de personas morales:

a) Multa equivalente a la cantidad de diez mil hasta dos millones de veces el salario mínimo diario general vigente para el Distrito Federal.

Tratándose de permisos, concesiones, autorizaciones o trámites relacionados con contrataciones públicas federales o transacciones comerciales internacionales, la multa máxima prevista en el párrafo anterior podrá incrementarse hasta en un cincuenta por ciento, cuando existan elementos objetivos para determinar por parte de la autoridad competente que el beneficio obtenido por el infractor fue superior a la multa máxima.

Para el caso de contrataciones públicas federales realizadas, en términos de los ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas, si la multa máxima prevista en el primer párrafo de este inciso resulta menor al treinta por ciento del monto del contrato, se impondrá una multa de entre el treinta y hasta el treinta y cinco por ciento del monto del contrato si este último le fue adjudicado al infractor, y b) Inhabilitación para participar en contrataciones públicas de carácter federal por un periodo que no será menor de 3 meses ni mayor de 10 años.

Las multas que se determinen en términos de esta Ley, tendrán el carácter de créditos fiscales y se fijarán en cantidad líquida, sujetándose al procedimiento administrativo de ejecución que establece la legislación aplicable.

Tratándose de la infracción prevista en la fracción II del artículo 8 de esta Ley, sólo resultará aplicable la sanción de inhabilitación, sin perjuicio de lo que establezcan otras disposiciones aplicables.

El plazo de la sanción de inhabilitación se computará a partir del día siguiente a aquél en que la autoridad competente publique la resolución respectiva en el Diario Oficial de la Federación, salvo que la inhabilitación derive de la participación del infractor en contrataciones públicas de carácter federal cuyos actos deben difundirse en CompraNet en términos de las disposiciones aplicables, en cuyo caso dicho plazo se contará a partir de la fecha de su difusión en ese sistema.

Cuando en términos de lo previsto por esta Ley, se impongan a una misma persona dos o más inhabilitaciones en diversas con-

trataciones públicas de carácter federal, dichas inhabilitaciones se aplicarán en forma sucesiva, de manera tal que una vez que se agote el plazo de la primera, comenzará la aplicación de la segunda inhabilitación y así sucesivamente. La misma regla se aplicará tratándose de transacciones comerciales internacionales.

En ningún caso podrá decretarse la suspensión de la inhabilitación, aun cuando el infractor opte por el juicio contencioso administrativo contra el acto de autoridad que la ordene o ejecute.

Artículo 28. Para la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta Ley se tomarán en cuenta los elementos que a continuación se señalan:

I. La gravedad de la infracción en que se incurra;

II. Las circunstancias económicas del infractor.

Para efectos de lo previsto en esta fracción, se podrá considerar la información de los contratos que el infractor tenga celebrados y estén registrados en CompraNet, o bien, si no se contara con esa información, se podrá considerar el monto del contrato, permiso, concesión o transacción comercial que dé origen al procedimiento administrativo sancionador de que se trate;

III. Los antecedentes del infractor, incluido su comportamiento en contrataciones públicas de carácter federal previas o, en su caso, en transacciones comerciales internacionales;

IV. El grado de participación del infractor;

V. Los medios de ejecución;

VI. La reincidencia en la comisión de las infracciones previstas en esta Ley, y

VII. El monto del beneficio, lucro, o del daño o perjuicio derivado de la infracción, cuando éstos se hubieren causado.

Para los efectos de la presente Ley, se considerará reincidente al infractor que habiendo sido declarado responsable de la comisión

de alguna de las infracciones a que se refiere esta Ley, incurra nuevamente en una o varias de ellas, dentro de un lapso de diez años contados a partir de que surta efectos la notificación de la primera sanción.

Artículo 29. Las facultades de las autoridades competentes para imponer las sanciones administrativas previstas en esta Ley prescribirán en un plazo de diez años, contados a partir del día siguiente de aquél en que se hubieren cometido las infracciones o a partir del momento en que hubieren cesado, si fueren de carácter continuo.

Para los efectos del presente artículo, la prescripción se interrumpe con la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador o con la impugnación de la resolución respectiva por el infractor.

Artículo 30. Las dependencias y entidades, así como la Procuraduría no podrán otorgar a las personas que hubieren sido sancionadas en términos de esta Ley, durante el plazo en que éstas se encuentren inhabilitadas, subsidios, donativos y otros beneficios previstos en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público y en los demás ordenamientos aplicables.

NICARAGUA

Código Penal

Artículo 113. Consecuencias accesorias que recaen sobre la persona jurídica cuando el hecho delictivo se cometa en el ámbito de una persona jurídica o en beneficio de ella, el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente y cuando en el caso concreto resulten necesarias, una o varias de las siguientes consecuencias accesorias:

a) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años;

b) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años;

c) Disolución de la sociedad, asociación o fundación;

d) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años;

e) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

La clausura temporal prevista en el literal b) y la suspensión señalada en el literal d) del párrafo anterior, podrán ser acordadas por el Juez también durante la tramitación de la causa. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas en su imposición y cumplimiento a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

PANAMÁ

Código Penal

Artículo 51. Cuando una persona jurídica sea usada o creada para cometer delito, siempre que sea beneficiada por él, se le aplicará cualesquiera de las siguientes sanciones:

1. Cancelación o suspensión de la licencia o registro por un término no superior a cinco años.
2. Multa no inferior a cinco mil balboas (B/.5,000.00) ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial.
3. Pérdida total o parcial de los beneficios fiscales.

4. Inhabilitación para contratar con el Estado, directa o indirectamente, por un término no superior a cinco años, la cual será impuesta junto con cualquiera de las anteriores.
5. Disolución de la sociedad.

REPÚBLICA DOMINICANA

Ley 448-06, Soborno en el Comercio y la Inversión

Artículo 4. Toda persona, ya sea física o jurídica, sujeta a la jurisdicción de la República Dominicana, que ofrezca, prometa u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa, o ventaja, para dicho funcionario u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones oficiales, en asuntos que afecten el comercio o inversión internacional, se considerará reo de soborno transnacional.

Artículo 6. En los casos en que el sobornante, según los artículos 3 y 4 de la presente ley, sea una persona jurídica, será condenado por un período de dos (2) a cinco (5) años al cierre o intervención y a una multa del duplo de las recompensas ofrecidas, prometidas u otorgadas, sin que, en ningún caso, pueda esa multa ser inferior a setenta y cinco salarios mínimos.

Párrafo I.- Adicionalmente a la multa a que se condene al sobornante según este artículo, el representante legal de dicha persona jurídica quedará sujeto a las sanciones establecidas en el artículo 5 de la presente ley.

Párrafo II.- En los casos de reincidencia se condenará al cierre o intervención por un período de cinco (5), a diez (10) años, o al cierre definitivo, y a una multa de cuatro veces las recompensas ofrecidas, prometidas u otorgadas, sin que la misma pueda ser inferior a cien (100) salarios mínimos.

XI. AVANCES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA EN LA LUCHA CONTRA EL COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

La corrupción no es un mal reciente, sino de larga data en el Perú[324]. Sin embargo, con el shock producido por los "vladivideos" pasó a formar parte de la agenda de discusión prioritaria de la opinión pública. Este interés público ha hecho que se haya acrecentado la necesidad por determinar sus causas y consecuencias, así como por formular e implementar medidas de prevención y de represión. Sin embargo, se echa en falta un enfoque sistemático.

A pesar de ello, la inclusión de los artículos 313 C- y 401 ya es un avance en la lucha contra la corrupción. Como se puede apreciar una vez más, estos artículos tienen su origen en razones de aproximación a los sistemas penales de los Estados de la Unión Europea, en los cuales desde hace tiempo se ha asumido la transformación que ha sufrido el crimen en nuestras sociedades, en cuanto superación de la idea del delito como acto individual y reconocimiento de que el mismo muchas veces es un acto complejo, en el que intervienen

---

(324) QUIROZ, Alfonso W. Historia de la corrupción en el Perú. Traducción de Javier Flores Espinoza. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal, 2013, 615 pp. Historia de la corrupción en el Perú ha sido un libro deliberadamente póstumo. Enfermo de cáncer y acosado por amenazas judiciales de personajes nombrados en la versión en inglés de este libro (Corrupt Circles: A History of Unbounded Graft in Peru, 2008) el autor prefirió que la versión castellana apareciese solo después de su muerte, la que ocurrió en los primeros días del año 2013. Alfonso Quiroz Norris fue uno de los más destacados historiadores económicos de América Latina. Durante las décadas de 1990 y 2000 se mantuvo muy activo en congresos, publicaciones y seminarios académicos sobre temas referentes especialmente a las finanzas públicas y las relaciones internacionales entre los siglos XVIII y mediados del XX. Nació y se educó en Lima, donde cursó la licenciatura en Historia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En los años 80, luego de presentar una brillante tesis sobre la consolidación de la deuda interna en la época del guano en el Perú, se marchó a los Estados Unidos, donde hizo sus estudios de posgrado en la Universidad de Columbia, en Nueva York, bajo la dirección de Herbert Klein. En esta ciudad finalmente se quedaría a trabajar, en una de sus más importantes universidades.

agrupaciones de personas organizadas en estructuras regularmente complejas, con lineamientos de división del trabajo y en cuyo seno se concentran grandes dosis de poder.

El sistema jurídico del Perú es de tradición jurídica romana-continental. La Convención forma parte del derecho nacional. Durante el año de 2011 se adoptaron dos textos de reforma, modificando el Código Penal respecto de los delitos contra la administración pública. Primero, el 9 de junio de 2011 se adoptó la Ley 29703. Los artículos 384 y 401 de esta ley fueron impugnados por el Fiscal de la Nación, por contravenir, entre otros, a los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La demanda ha sido declarada fundada parcialmente por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 3 de mayo del 2012.(325)

Segundo, el 21 de julio 2011 se publicó la Ley 29758. Esta ley reemplazó algunas modificaciones consecutivas, la ley aplicable es el Código Penal modificado por Ley 29703, con relación a los artículos 376 y 393-A, y con relación a los artículos 384, 387, 388, 400, 401 y 426, el Código Penal modificado por la Ley 29758.(326)

El Código de Procedimientos Penales de 1940 fue reemplazado en el 2004 por el nuevo Código Procesal Penal, que marca la transición del sistema inquisitorio a un sistema acusatorio. El sistema de implementación es progresivo a nivel geográfico. Sin embargo, con relación a delitos cometidos por funcionarios públicos, la Ley 29648 del 01/01/2011 establece la aplicación inmediata del Nuevo Código Procesal Penal a nivel nacional.

El Código Penal del Perú contempla la figura del cohecho activo transnacional en su artículo 397 - A. El tipo penal cubre beneficios para terceros, sin embargo, no cubre explícitamente los que redunden en el provecho de "otra entidad". El Perú ha adoptado el

(325) CAC/COSP/IRG/2013/CRP.10 Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resumen: Perú.

(326) Ibídem y p. 2 y ss.

tipo penal del "cohecho pasivo internacional" mediante la Ley Nº 29703, en el artículo 393-A. Esta disposición no cubre los beneficios para terceros. Además, solamente penaliza dicha conducta en los casos en que se cometió "para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales", mientras en la Convención no figura tal elemento limitativo.

El Código Penal peruano no contempla el tráfico de influencias activo[327]. El tráfico de influencias pasivo se encuentra regulado en el artículo 400. Aquí, el elemento "en forma directa o indirecta" no se encuentra explícitamente regulado; además dicha norma solamente se aplica cuando un funcionario público concretamente haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer "un caso judicial o administrativo", mientras en la Convención no figura tal elemento limitativo.

Sobre el soborno en el sector privado, el Código Penal peruano establece la figura del "Fraude en la administración de personas jurídicas" en el artículo 198, el cual no recoge todos los elementos previstos en la Convención.

Por otro lado, los delitos de blanqueo se encuentran regulados en el Decreto Legislativo 1106, de Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado (publicado el 19.04.12). Dicho decreto legislativo contiene todos los elementos de las conductas de conversión y transfe-

(327) En el nuevo Código Penal está indicado el tráfico de influencias en el artículo 400. "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa", mas no así el tráfico de influencias activo.

rencia de bienes (en su artículo 1), ocultación o disimulación (en su artículo 2), y la participación en dichas conductas (artículos 1 y 2, en combinación con el Código Penal). La asociación y confabulación no quedan tipificadas. Con respecto a la adquisición, posesión o utilización de bienes, el artículo 2 del decreto legislativo requiere que el agente actúe "con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso", mientras la Convención no contiene tal elemento limitativo.

El Perú acepta todos los delitos contra la administración pública como delitos determinantes del blanqueo del producto del delito. Los delitos determinantes pueden cometerse dentro y fuera de la jurisdicción del Perú, aunque todavía no existe jurisprudencia al respecto. El Perú penaliza el llamado auto-lavado. El Código Penal del Perú contempla el encubrimiento en su artículo 405. La excusa absolutoria de relaciones estrechas no está prevista en la Convención.

La malversación y el peculado se encuentran tipificados en el Código Penal en los artículos 387 a 389. En este caso la legislación cubre la mayoría de los elementos contenidos en la Convención, incluyendo los beneficios para terceras personas. Si bien al decirse "persona" podrían considerarse incluidas tanto las personas naturales como las personas jurídicas, no se incluyen de manera expresa. He aquí la cuestión.

El abuso de funciones queda regulado en los artículos 376 y 376-A. Otros tipos relevantes están contenidos en los artículos 382-384. El artículo 401° del Código Penal peruano penaliza el enriquecimiento ilícito. Con relación a la malversación o peculado en el sector privado, el Perú sanciona en el artículo 190 el delito de apropiación ilícita común.

Las consecuencias accesorias están reguladas en el artículo 105 del CP (cierre de establecimiento, suspensión de actividades, prohibición de actividades, disolución y liquidación). Se parte de la idea de que las personas jurídicas no actúan de manera penalmente responsable, por lo que siempre son instrumentos que son utilizados por las personas físicas. Por lo tanto, estas medidas no sancionan por el delito cometido,

sino que apuntan a eliminar la prognosis criminal (la peligrosidad objetiva de la organización para ser utilizada en nuevos ilícitos penales). Este entendimiento tiene las siguientes limitaciones: a) Es necesario siempre que se condene a una persona natural para imponer una consecuencia accesoria; b) Si no hay prognosis, no hay fundamento para imponer una consecuencia accesoria (enfoque prospectivo).

Pese a existir una regulación sustantiva (art. 105 del CP), una regulación procesal (art. 90-93 del CPP) y un Acuerdo Plenario que establece las pautas procesales y materiales de su aplicación (AP 7-2009), es patente la falta de aplicación de las consecuencias accesorias a personas jurídicas. Las principales razones de esta situación deficitaria son:

- No hay una perspectiva corporativa en las investigaciones fiscales: solamente se ve a los individuos, no a las personas jurídicas. Esto hace que no se pida su constitución en parte pasiva (art. 90 del CPP) y que tampoco se puedan aplicar cautelarmente (art. 313 del CPP).
- Probatoriamente no se trabaja en acreditar la base fáctica para imponer una consecuencia accesoria a la persona jurídica (peligrosidad objetiva).
- No se manejan solventemente los presupuestos materiales para su imposición: hecho principal, prognosis criminal y proporcionalidad.

Pero a pesar de lo que acabamos de indicar, la intervención de personas jurídicas en prácticas corruptas es cada vez mayor en nuestro país y son múltiples los ámbitos en los que se dan estas prácticas corruptas: a) Otorgamiento de buena pro en licitaciones; b) Obtención de autorizaciones administrativas; c) Labores de supervisión o control administrativo; d) Procedimientos administrativos y judiciales.

El Perú ha pedido su incorporación a la OCDE y se nos ha recomendado incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales. La OCDE ha precisado que si el Perú quiere ingresar a formar parte de este organismo, tiene que cumplir en modificar

artículos del Código Penal. Así lo indica el Director para Asuntos Legales de la OCDE Nicola Benucci al precisar enfáticamente que "el proceso de incorporación a la OCDE exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Uno de esos requisitos para ser parte de la OCDE es ser parte de la Convención Antisoborno".[328]

La Modificación de la Ley N° 30424[329] aprobada en el Congreso, es un gran paso en la justicia peruana, pero además, como se puede apreciar con esto se abandona –de un modo radical y, en buena medida, sorpresivo– el dogma tradicional *societas delinquere non potest*, lo que en concreto sólo puede explicarse por el afán de

---

[328] Comisión de Justicia y Derechos Humanos. Periodo Anual de Sesiones 2015-2016. Proyecto de Ley N° 4054/2014-PE.

[329] El 1° de abril de 2016 se aprobó la Ley de Cohecho Activo Transnacional (la llamaremos la Ley Anticorrupción Peruana) y deseamos conocer cuáles son las implicancias de esta nueva ley para las compañías. Los que están obligados a cumplir con esta ley son las personas jurídicas de derecho privado, sociedades mixtas y empresas del Estado peruano. Las empresas deben observar con especial atención esta ley. El delito que sanciona esta ley es el de cohecho activo transnacional, que está tipificado en el artículo 397°-A del Código Penal, y consiste en ofrecer, prometer o entregar a un funcionario público de un Estado extranjero o funcionario de un organismo internacional público algún donativo o ventaja, con el propósito de obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales. A diferencia de la FCPA (Ley Antisoborno de USA) o la UKBA (Ley Antisoborno Inglesa), la ley aplica a los casos en los que el soborno al funcionario público (de un Estado extranjero u organismo internacional) ha sido realizado en territorio peruano o el pago del soborno está destinado a obtener o retener negocios en Perú. Las sanciones que existen para este delito son: 1. Multas hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener. 2. Cuando no es posible cuantificar el beneficio obtenido o esperado, se establecen criterios basados en los ingresos anuales, clasificados por tramos expresados en la unidad impositiva tributaria, en soles: Ingresos anuales menores a S/592,500: multa entre S/39,500 y S/197,500. Ingresos anuales menores a S/6,715,000: multa entre S/197,500 y S/987,500. Ingresos anuales mayores a S/6,715,000: multa entre S/987,500 y S/1,975,000. 3. Suspensión de actividades por un plazo no mayor de 2 años / suspensión para contratar con el Estado por 5 años o definitiva. 4. Cancelación de licencias, concesiones o derechos y autorizaciones. 5. Clausura de locales hasta por 5 años o definitiva. 6. Disolución de la empresa. Se pueden evitar dichas sanciones si adopta un Modelo de Prevención de este delito. Consiste el Modelo de Prevención en implementar: 1. La designación de un Auditor Interno de Prevención de Actos de Corrupción, independiente de la Gerencia.

cumplir oportunamente con las exigencias de las que dependía la incorporación de Perú a la OCDE, en particular de las contenidas en la Convención de dicho organismo en materia de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, del 21 de noviembre de 1997.

Porque, en efecto, atendido el conocido desinterés del legislador peruano por atacar la criminalidad de empresa, la postura poco entusiasta y más bien renuente del conjunto de la doctrina nacional hacia la punibilidad de las personas jurídicas y la escasez previa de iniciativas legislativas en ese sentido, sin el factor externo hubiera sido apenas imaginable un giro tan radical.

Finalmente, podemos indicar que aunque se ha avanzado mucho en el campo de la "responsabilidad penal de las personas jurídicas", si se mira bien, los argumentos tradicionales en contra de esta "responsabilidad penal" no han podido ser desvirtuados desde la perspectiva de la dogmática penal; y ello por una sencilla razón: no solamente la "capacidad de culpabilidad" sino incluso todas las categorías penales han sido construidas por y para la actividad individual. No es raro, entonces, que el fenómeno de la "criminalidad empresarial" no armonice con ellas(330). Pero tampoco se trata de hacer que las categorías (y las leyes penales) armonicen, sea como fuere, con un fenómeno de naturaleza distinta. Es cierto que en la actualidad, prácticamente ya no hay discusión sobre la necesidad y posibilidad de hacer responder a la persona jurídica por los delitos cometidos a través de ella. En esto

---

2. Establecer el proceso que usará este Auditor Interno de Prevención para ejecutar el proceso de prevención (Manual de Prevención). 3. Mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención (Programa de Cumplimiento Anticorrupción). 4. Contar con un Sistema de denuncias, protección de denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención (Línea Ética).

(330) JAKOBS, "Punibilidad.. : p. 86, 92; Silva Sánchez, "La responsabilidad penal..:; pp. 147 y s., 1 50; Abanto Vásquez, "Derecho penal económico. Consideraciones.. :; c. más refs. p. 1 SS. Citado por. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica de las Personas Jurídicas: ¿Un Problema del Derecho Penal? Derecho & Sociedad 35. pp. 191 y ss.

se ha producido un cambio sustancial en la discusión doctrinaria, la cual antes, mayoritariamente, negaba todo tipo de responsabilidad de la empresa, dejando que tal responsabilidad solamente se produjera para las personas individuales que actuaran por la empresa(331). Actualmente, las diferencias sólo se presentan a la hora de proponer la forma como debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro del Derecho penal (p. ej. como una "coautoría" tal como ha propuesto Tiedemann, como autoría de los superiores jerárquicos mediante "aparatos organizados de poder'; como "consecuencias accesorias'; etc.) o fuera de él (en el Derecho administrativo, en el civil o en un Derecho sancionador ad-hoc de las personas jurídicas)(332). Un importante sector de penalistas sigue avalando la "solución penal": introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea expresamente a través de una reforma penal, sea a través de una (re-) interpretación de la base legal existente(333).

---

(331) Entre otros argumentos, se afirmaba que se castigaría con ello a "inocentes" (los accionistas o socios de las empresas) o que habría "doble sanción"; constata este cambio Silva Sánchez, c. más refs., la responsabilidad penal..., p. 148 y s. Pero ahora ha quedado claro que no puede haber una doble sanción pues se trata de personas distintas: la persona jurídica, por un lado, la persona individual por el otro; ver Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT; p. 122, n. marg. 245; Silva Sánchez, Ibídem, pp. 158 y s. Citado por. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ¿Un Problema del Derecho Penal? Derecho & Sociedad 35, pp. 191 y ss.

(332) Ver un resumen de todas estas tendencias en Roxin, Strafrecht. AT; tomo 1, p. 264, n. marg. 63. Citado por. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ¿Un Problema del Derecho Penal?. Derecho & Sociedad 35. pp. 191 y ss.

(333) Así, entre otros, Tiedemann, c. más refs. "Wirtschaftsstrafrecht AT", p. 121. n. marg. 243; Silva Sánchez, "La responsabilidad penal.."; p. 147 y s. Achenbach resalta el vacío ("solución asimétrica") de la regulación vigente (solamente existe una "multa administrativa" contra la persona jurídica en caso de la comisión de delitos); ver "Zur aktuellen Lage...", p. 572. Consultar también últimamente la evaluación de Hartan, pp. 228 y ss., 252 y s. Desde la perspectiva funcionalista, últimamente Gómez-Jara, desde un normativismo más apegado a Luhmann, considera a la empresa como "sistema autopoiético" y como "persona activa de Derecho penal'; ver en "Grundlagen..."; p. 306 y ss. Citado por. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ¿Un Problema del Derecho Penal?. Derecho & Sociedad 35. pp. 191 y ss.

Otro sector, que se acerca más a la solución realista del problema propugna la solución extrapenal, pero en el Derecho administrativo (o contravencional), basándose en la responsabilidad de la empresa por "defecto de la organización":

Y es que los conceptos penales de "pena" y "culpabilidad" están tradicionalmente e indisolublemente ligados a los individuos. Pero tampoco la solución administrativo-sancionadora convence debido a su déficit preventivo-general: a las multas contravencionales, por carecer de un fuerte "reproche social" les falta fuerza motivadora (o si se quiere: "intimidadora"). Por ello, no parece descabellado postular por una nueva vía: un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, o sea un Derecho sancionador de las empresas(334) que eluda el problema terminológico, por un lado, pero que también sea suficientemente preventivo, por otro lado. Solamente esta alternativa superaría las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la "responsabilidad jurídica" de la persona jurídica dentro del Derecho penal. Una responsabilidad propia y autónoma de ésta no tiene por qué basarse en la "culpabilidad" en el sentido penal tradicional, ni tiene por qué llamarse "pena" (con todo lo que esto presupone) a la medida que se le imponga; pero tampoco tiene por qué recurrirse a los mismos principios que en el Derecho penal tradicional. La base teórica está en plena construcción a través de los conocimientos sociológicos aportados por las teorías de la organización y que algunos penalistas han incluido en sus modelos (penales) de responsabilidad de los entes colectivos. Por cierto que el carácter preventivo de esta nueva área estaría todavía por demostrar.

(334) Ver c. más refs. Cramer/Heine, en Schonke/Schroder, vor § 25, n. marg. 125 y ss., p. 523 y s.; en similar sentido Gómez-Jara, "Responsabilidad penal..."; pp. 150 y ss., y "Grundla- gen..."; pp. 306 y s., 31 y ss.; Abanto Vásquez, "Derecho penal económico. Consideraciones..:; c. más refs., p. 162, y últimamente en "Hacia un nuevo Derecho..."; pp. 3 y ss., 17 y ss. Ver más refs. en Abanto Vásquez, "La responsabilidad penal de los entes colectivos..." en la nota 222. Citado por. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ¿Un Problema del Derecho Penal? Derecho & Sociedad 35, pp. 191 y ss.

Esto dependerá, sin duda, de la manera cómo se configure esta nueva área jurídica, de su ejecución, de su aceptación social, etc.

Por tanto, se considera que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y la sanción penal de las mismas es una exigencia de las actuales necesidades de la política criminal y que, en la medida en que ello sea incompatible con las categorías dogmáticas tradicionales, lo que procede, entonces, es la revisión de éstas, de modo que pueda darse entrada en nuestro Derecho penal a la punibilidad de las personas jurídicas.

Dicho esto, se hace totalmente necesario e inexcusable la regulación de dichas relaciones jurídicas que mantienen estas personalidades en el tráfico jurídico porque, de lo contrario, la sociedad se vería gravemente perjudicada al quedar impunes una serie de conductas que no tiene encaje en los tipos penales recogidos hasta la fecha. Las realidades y necesidades sociales varían con el tiempo siendo necesario que el Derecho se adapte a la nueva realidad social de momento. En este sentido, el Derecho penal quiere asumir los retos que se le interpongan en el futuro, los cuales son la represión de la criminalidad de los poderosos, que es una criminalidad económica organizada en la que la persona física como tal adopta un papel secundario, pasando a un primer plano la persona jurídica[335].

Parece ser lo más indicado la elaboración de una teoría jurídica del delito perteneciente a la persona jurídica y diversa a la teoría jurídica del delito de la persona física, señalando en qué casos es lícito imputar responsabilidad penal a una persona jurídica. En definitiva, es necesario formular una teoría jurídica del delito específica de las personas jurídicas y permitir así la adaptación al mundo actual[336].

---

[335] ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; et al. "Derecho Penal...", op. cit., p. 949. Citado por Sara MORENO ARÍAS, Sara. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid, 2015.

[336] ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; et al., "Derecho Penal...", op. cit., p. 951.

Es allí también donde hoy en día, el enfoque político-criminal tiende a sostener que los entes colectivos pueden delinquir (y ser sancionados por ello), y que la pretensión de satisfacer las necesidades político-sociales de prevención general con la mera punición de las personas físicas que cometen ilícitos en el marco de la gestión de la persona jurídica debe ser rechazada. Ello así, en el entendimiento de que la tesis contraria no toma en cuenta la complejidad de las nuevas organizaciones empresarias, que favorecen la despersonalización de las decisiones y la intervención fragmentada de varios agentes, generando, asimismo, límites insuperables para detectar al sujeto responsable del ilícito.

XII. ALGUNAS CONCLUSIONES

La denominada delincuencia organizada transnacional está integrada por un grupo de individuos que ostentan la calificación de delincuentes debido a que son ejecutores de varios delitos en diferentes países. El espacio geográfico de este tipo de delincuencia se ha dinamizado en gran medida debido a la globalización, a la par que se han ido organizando, creando y consolidando muchas estructuras criminales transnacionales.

El vacío de poder político e ideológico y una historia previa de crimen organizado que ha proporcionado el capital humano y las redes sociales necesarias, junto con una creciente pauperización del bienestar de la población, ha formado un excelente espacio para la recreación; la implantación y la expansión de grandes grupos de crimen organizado.

Hoy La delincuencia organizada transnacional es una realidad incuestionable. Representa sin tapujos, una amenaza directa y seria contra la seguridad, tanto interior como exterior.

El término criminalidad va asociado al conjunto de características que hacen que una acción sea criminal. Por ejemplo, si un individuo cargaba de antemano un arma porque sabía que la iba a usar para matar a la persona con la que se iba a encontrar y de hecho lo

asesina, cuando llegue el momento del juicio y se pruebe tal cuestión, no quedarán dudas acerca de la criminalidad del hecho.

El crimen organizado es un fenómeno complejo y con dificultades para su estudio, lo cual no ha impedido que cada vez más aparezcan estudios científicos que traten de arrojar luz y aportar conocimiento en este ámbito. Esta proliferación se deben principalmente al auge que este tipo de criminalidad posee en las últimas décadas y al convencimiento de que, solo conociendo el problema en todas sus dimensiones, se pueden obtener soluciones válidas y eficaces. No obstante, queda aún mucho por conocer e investigar.

En la actualidad la delincuencia organizada plantea una amenaza directa para la seguridad y la estabilidad nacional e internacional, constituyendo un ataque frontal contra las autoridades políticas y legislativas que plantean soluciones a los estados, trastornando y comprometiendo a las instituciones sociales y económicas y causando una pérdida de fe; en los procesos democráticos.

El crimen organizado afecta de manera esencial el entorno social y físico de las democracias, distorsionando ante los ciudadanos las líneas que separan lo legal de lo ilegal, generando deslealtades al Estado y provocando cambios en la opinión pública que afectan negativamente el funcionamiento del sistema.

El desbordamiento de la capacidad de las fuerzas de seguridad y del aparato judicial para llevar a cabo una tarea eficiente, por una parte provoca en los ciudadanos un sentimiento de indefensión a la luz de los delitos que afectan su propia seguridad y, por otra, retrasa la aplicación efectiva de la justicia y eterniza la resolución de todos los conflictos generados en el normal funcionamiento de una sociedad democrática.

Si se quiere eliminar o al menos evitar la proliferación de organizaciones criminales con características de organización internacional, es obligado diseñar unas políticas públicas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional. En el mismo sentido, es necesario tener unos métodos de acción que logren minimizar el

efecto perverso de la criminalidad organizada en buena parte de la sociedad.

No es posible considerar que la criminalidad organizada pueda mantenerse bajo control sin un apoyo abierto y decidido por parte de la sociedad civil. Basar exclusivamente la respuesta a la criminalidad organizada en medidas policiales no es realista si las administraciones nacionales y europeas pretenden ser eficaces. No debe olvidarse que la criminalidad organizada existe y se desarrolla debido a la existencia de razones objetivas, vinculadas principalmente al vacío de poder en un determinado espacio social y político.

Los fundamentos de la respuesta tienen que basarse en la recreación de una actitud crítica fundamentada sobre un pacto de mutua confianza entre la administración pública y la sociedad civil, que padece intensamente la presencia de dichos criminales.

Aunque la prevención contribuye a detener o reducir la delincuencia, estas acciones no necesariamente indican un freno a la delincuencia organizada. Es obvio que, para ser efectiva, una política contra ese delito necesita no solamente medidas de cooperación permanente y estructurada, sino la puesta en marcha de un arsenal de medidas que cuenten con el apoyo internacional.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Gabriela A.

- *Análisis Jurídico del Delito de Asociación Ilícita en el Código Penal Ecuatoriano.* Universidad de Cuenca. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Cuenca, Ecuador.

ALBANESE, J. S.

- Predicting the incidence of organized crime. In J. S. Albanese (Ed.), *Contemporary issues in organized crime,* pp. 35-60, Monsey, NY: Willow Tree, 1995.
- The Causes *of Organized* Crime: Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or *Do Criminal Opp*ortunities Create New Offenders? *Journal of Contemporary Criminal Justice* 16 (4), pp. 409-423, 2000.

ALMIRÓN, N.

- *Paraísos fiscales y medios de comunicación: todo es negociable menos los negocios. Temas para el debate 158,* pp. 25-28, 2008.

AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda

- *Derecho Penal.* Tercera edición. Oxford, México, 2009.

ANARTE BORRALLO, E.

- Conjeturas sobre la criminalidad organizada, en FERRE OLIVE, J.C./ANARTE BORRALLO, E. (eds.) Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, pp. 13 ss., Univ. de Huelva, 1999.

ARESPACOCHAGA, Joaquín

- *Planificación Fiscal Internacional,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

BACIGALUPO, Silvina

- *Análisis comparado sobre las obligaciones derivadas de los convenios internacionales contra la corrupción. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas. Delitos relacionados con la corrupción.* EUROSOCIAL II, España, 2013.
- Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal, en *RDPCrim. Nº 1 (extraordinario),* UNED, 2ª época, marzo, 2000.
- Las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal. (Insuficiencia del "levantamiento del velo"), en *El levantamiento del velo, Boletín del ICAM, Núm. 22,* 3ª época, septiembre, 2002.
- *Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Instrumentos jurídicos internacionales, recomendaciones y otros documentos existentes que tratan de la corrupción,* E/CN.15/2007/3.
- *Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Instrumentos jurídicos internacionales, recomendaciones y otros documentos existentes que tratan de la corrupción,* E/CN.15/2001/3.
- *Diario El Mundo,* jueves 11 de diciembre de 2003.

BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, Thomas y WILLIAMS, Phill. BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, Thomas y WILLIAMS, Phill

- *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero.* New York: Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, 1998.

BRUNNQUELL, F.

- *Paraísos fiscales: La gran evasión.* Documentos TV, La 2 de TVE. Producción CAPA con la participación de FRANCE 2, Francia, 31 de Marzo, 2009.

BUESO DE LIGORRÍA, Claudia María

- *La importancia de los centros financieros offshore y de la traducción jurada, dentro del ámbito jurídico y del comercio internacional,* Editorial Gora, Guatemala, C.A., 2004.

BUSTAMANTE, Ricardo

- *Crimen Organizado. Ensayo,* 2007.

CABALLERO FUENTES, César

- *Derecho procesal penal.* Instituto de Ciencias Forenses y Periciales del Estado de Puebla, México, 2002.

CALVO VÉRGEZ, J.

- *El intercambio de información fiscal en el ámbito del Derecho Internacional Tributario: algunas consieraciones,* Nueva Fiscalidad, núm. 10, 2003.

CEPAL *(Comisión Económica para América Latina y El Caribe)*

- *Tributación para un crecimiento inclusivo.* LC/L.4159. Naciones Unidas, Oxfam, Santiago, 2016.
- *Estudio Económico de América Latina y El Caribe, 2015* (LC/G.2645-P), Santiago, 2015.
- *Panorama Fiscal de América Latina: reformas tributarias y renovación del pacto fiscal* (LC/L.3580), Santiago, 2013.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio

- *La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal.* Dykinson, Madrid, 2000.
- Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial.* Madrid, 2001.

CIENFUEGOS SALGADO, D. y VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA, J.

- *Vocabulario Judicial.* Instituto de la Judicatura Federal – Escuela Judicial, México, 2014.

CÓDIGO PENAL Santa-Cruz. 1862. Cochabamba.

CÓRDOVA GUTIÉRREZ, Alberto y PALENCIA ESCALANTE, Carlos

- *El Lavado de Dinero: Distorsiones Económicas e Implicaciones Sociales.* Instituto de Investigación Económica y Social Lucas Alamán, A.C., Primera Edición, México, 2001.

DARBAR, S.M., Johnston, R.B. and Zephirin, M.G.

- *Assessing Offshore. Filling a gap in global surveillance.* Finance & Development, pp. 32-35, setiembre, 2003.

DENCKER, Friedrich

- Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal. Traducción de Laura Elbert y Fabricio Guariglia, en *Nueva Doctrina Penal.* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

ERRICO, L. & MUSALEM, A.

- *Offshore Banking: An Analysis of Micro and Macro Prudential Issues.* IMF WP/99/5, 1999.

ESCARIO, José Luis

- *Paraísos fiscales: Los agujeros negros de la economía globalizada,* Ed. La Catarata, 2011.

FABIÁN CAPARROS, Eduardo

- *El delito de blanqueo de capitales.* Colet. Madrid, 1998.

FABIÁN CAPARRÓS, J.

- Criminalidad Organizada en *El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación.* Universidad de Salamanca. Gutiérrez Francés/Sánchez López (Coordinadores). España, 1997.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos

- "Derecho de las personas" Exposición de motivos y comentarios al libro primero de Código Civil peruano. Octava edición. Editorial GRIJLEY, Lima, 2001.

FERRAJOLI, Luigi

- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Traducción de Andrés Ibáñez, Perfecto, et al., Trotta, Madrid, 1995.

- "Criminalidad y globalización". En Carbonell, M*iguel/ Vásquez, Rodolfo (Comp.), Globaliza*ción y Derecho. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009.

FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio Miguel

- *Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo F-L*, IIJ-UNAM, Editorial Porrúa, México, 2002.

FINCKENAUER, James

- *Mafia y Crimen Organizado.* 1ª. Edición, Ediciones Península, Barcelona, 2010.

FOFFANI, Luigi

- Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana. Traducción de María José Pifarré de Moner en *Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Año 1. Número 1. 2001.* Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2001.

FSF. Report of the Working Group on Offshore Centres. FSF, 5 April 2000.

GARZÓN ESPINOZA, Alberto.

- *Paraísos Fiscales en la Globalización Financiera.* Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2011.

GONZALES RUÍZ, Samuel, et al.

- Corrupción y delincuencia organizada, un estrecho vínculo, *Revista Universitaria, núm. 76,* 2002.

HDEZ VEGUERAS, Juan

- *El trasfondo de los paraísos fiscales.* Colección Economía Actual. Editorial AKAL, 2005.
- *Los paraísos fiscales, plataformas de los mercados financieros.* Centro de Documentación Hegoa Boletín de recursos de información Nº 36. 2013.
- *Los paraísos fiscales: cómo los centros offshore socavan la democracia,* Editorial AKAL, 2005.

HUDSON, A.

- *Globalization and Sovereignty: A Postmodern Geo-Political Economy?.* Transactions of the Institute of British Geographers, New Series. 25 (3), pp. 269-283, 2000.

IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel

- "Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global" en *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés.* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002.
- "Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global" en *El Nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats (coordinadores), Aranzadi, Navarra, 2001.

IMF Offshore Financial Centers. The Role of the IMF. Monetary and Exchange Affairs Department. 23 June. 2000

JIMÉNEZ MEJÍA, Javier Adolfo

- *La importancia de la función notarial en la operatividad y funcionamiento de las entidades fuera de plaza (Offshore) con sede en los denominados paraísos fiscales.* Universidad de San Carlos de Guatemala de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2007.

LACALLE, D.

- *Diez mitos sobre los paraísos fiscales.* El confidencial, Cotizalia, 2013.

LAMAS PUCCIO, Luis

- "Manifestaciones del Crimen Organizado" en *Revista de Ciencias Penales y Criminológicas.* Volumen XI. Número 39, setiembre-diciembre, 1989. Universidad Externado de Colombia.

LAMPE, Klaus von, et al.

- Organized Crime is... Findings from a cross-national review of literature. En: *VAN DUYNE. The organization of crime for profit,* Wolf Legal Publishers, Holanda, 2006.

LUJAS TUPEZ, M.

- *Diccionario Penal y Procesal Penal.* Gaceta Jurídica. Lima, 2013.

MAINGOT, A.P.

- *Offshore secrecy Centers and the Necessary Role of States: Bucking the Trend.* Journal of Interamerican Studies of World Affairs. 37 (4): Winter, 1-24, 1995.

MALDONADO, A.

- *Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales.* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.

MALEM, Jorge

- *Globalización, comercio internacional y corrupción,* GEDISA, Barcelona, 2000.

MANZINI Vicenzo

- *Tratado de Derecho Penal de los delitos en especial.* Vol. II, Buenos Aires, 1957.

MARIELA PINZA, Silvina Romano y FIERRO, Alejandro

- Lo que muestran y lo que ocultan los Panama Papers: la verdad según las corporaciones. Disponible en: http://www.celag.org/lo-que-muestran-y-lo-que-ocultan-los-panama-papers-la-verdad-segun-las-corporaciones-por-mariela-pinza-silvina-romano-y-alejandro-fierro/ consultado el 06/04/2016

MASCIANDARO, D.

- *False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation. International Compliance and Non-Cooperative Countries.* European Journal of Law and Economics. 20, pp. 17-30, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

- *Derecho Penal, parte especial,* Sevilla, 1976.

OCDE

- La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América Latina, disponible en: www.oecd.org/corruption, 2013.

OEA

- Texto del proyecto de Ley Modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos, disponible en: http://www.oas.org/juridico/ley_modelo_proteccion.pdf, 2001.

OCDE

- *Harmful tax competition. An emerging global issue.* OECD, Paris, 1998.

OCDE

- Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Anti-Bribery Convention, disponible en: http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44176910.pdf, 2009.
- Phase 1, 2 and 3 evaluations of Latin American States Parties (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México), disponible en: www.oecd.org/daf/antibribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm

OFFERMANNS, R.

- *Exchange of Information, European Taxation,* vol. 39, núms. 4-5, 1999.

ONU

- *Acción mundial contra la Corrupción. Los documentos de Mérida,* 2005.

ORLOV, M.

- The Concept of Tax Haven: A Legal Analysis, International Tax Review, vol. 32, núm. 2, 2004.

ORSI, Omar Gabriel

- *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto.* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

ORTIZ LIÑÁN, J.

- *Derechos y garantías del contribuyente ante la utilización por la Hacienda Pública de sus datos personales,* Editorial Comares, Granada, 2003.

OSCAR DÍAZ, V.

- *Los paraísos fiscales. Sus usos en la experiencia del Derecho Tributario Internacional,* La Revista del Instituto AFIP, núm. 1, 2007.

OSTERWEIL, E.

- *OECD Report on Harmful Tax Competition and European Union Code of Conduct Compared, European Taxation,* vol. 39, núm. 6, 1999.
- *The OECD Report on Harmful Tax Competition and the EU Code of Conduct, Report of Proceedings of the First World Tax Conference: Taxes Without Borders. 2000* World Tax Conference Tax Report, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000.

OWENS, J.

- *Taxpayers' Rights and Obligations,* The OECD Observer, núm. 166, 1990.
- Tax Systems in the New Millennium, en *ANDERSSON, K., MELZ, P. y SILFVERBERG, C.* (Eds.), Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, Series on International Taxation núm. 27, Kluwer Law International, Londres, 1991.
- *Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters,* Bulletin for International Taxation, núm. 11, 2009.

OXFAM

- *Tax Havens: Releasing the Hidden Billions for Poverty. Erradication.* Oxfam Great Britain Policy Papers, junio, 2000.

PABLO ESCOBAR, Laura y VALIÑO CASTRO, Aurelia

- *Medidas adoptadas por la comunidad en contra de la evasión y elusión fiscal internacional,* Actualidad Financiera, N° 44, 1989.

PALAN, R.

- *Tax Havens and the Commercialization of the State. Sovereignty.* International Organization. 56 (1): pp. 151-176, Winter, 2002.

PALAO TABOADA, C.

- "La subcapitalización", en SERRANO ANTÓN, F. (Coord.), Fiscalidad Internacional, Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.

PAOLI, Letizia

- The Paradoxes of Organized Crime, en: *Crime, Law & Social Change,* N° 37, Holanda, pp. 51-97, 2002

PAREDES CASTAÑEDA, Enzo Paolo

- *Los Delitos tributarios en el Perú: Aspectos sustantivos y procesales.* Editorial Cultural Cuzco. Lima, mayo del 2007.

POLAINO NAVARRETE, M.

- *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas),* Grijley, Perú, 2009.

POLITOFF Sergio

- La Conspiración para cometer delitos previstos en la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes, en: *Revista Chilena de Derecho,* vol. 24 N° 3, setiembre-diciembre, 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

- "La Criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita" en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos.* Juan Carlos Ferré Olivé. Enrique Anarte Borrallo. Fundación del Monte. Universidad de Huelva. España, 1999.

RANIERI, Silvio

- *Manual de Derecho Penal, parte especial,* Bogotá, 1975.

RIVERA CLAVERÍA, Julio

- *La Policia Nacional Civil, Propuesta de reforma al sector seguridad y justicia. Ensayo,* 2008.

ROBERTS, S.M.

- *Small Place, Big Money: The Cayman Islands and the International Financial System.* Economic Geography. 71 (3): pp. 237-256, julio, 1995.

ROSEMBUJ, Tulio

- *La competencia fiscal lesiva,* Impuestos, N° 3, febrero, 1999.

SALTO van der LAAT, Diego

- *Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española.* Crónica Tributaria Nº 93.

SCHÜNEMANN, Bernd

- "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania",* Cuadernos del CGPJ, Nº 8, Madrid, 1991.
- *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, en Hacia un Derecho Penal Económico Europeo.* Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Estudios Jurídicos, BOE, Madrid, 1995.
- Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, tecnos,* Madrid, 2002.

SOLER, Sebastián

- *Derecho Penal Argentino,* T. IV, Buenos Aires, 1946.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales.* Editorial Dyckinson. Madrid, 2009.

TIEDEMANN, Klaus

- *Presente y futuro del Derecho Penal Económico, en Hacia un Derecho Penal Económico Europeo.* Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Estudios Jurídicos, BOE, Madrid, 1995.
- *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Anuario de Derecho penal, (Asociación Peruana de Derecho Penal), Nº 1996,* disponible en internet: http://www.unifr.ch/derechopenal
- El *Derecho penal económico en la Comunidad Europea, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas,* Vol. 50, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1993, págs. 417 a 436, disponible en internet: http://www.unifr.ch/derechopenal

TORRES, J.

- *Los paraísos fiscales en la economía global. Temas para el debate 159,* pp. 21-24, 2008.

VALLEJO J.M.

- *La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea.* Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional. 825, pp. 147-160, setiembre-octubre, 2005.

VERVAELE, J. A. E.

- "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", en RDPCrim. Nº 1, UNED, 2ª época, enero, 1998.

VIRGOLINI, Julio E. S.

- "Crimen organizado: Criminología, derecho y política" en *Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia.* Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma, Buenos Aires, 2001.
- "Los delitos de cuello blanco: Inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal" en *Nueva Doctrina Penal.* 2003- B. Editores del Puerto, Buenos Aires. Argentina. 2003.
- "Crímenes Excelentes". Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción". Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

VOGEL, Joachim

- Derecho Penal y Globalización (2005) (Traducción de CANCIO, Manuel). *En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* Nº 9, pp. 113-126, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

- *"El Crimen Organizado". Una categoría frustrada.* Segunda edición. Editorial LEYER, Santafé de Bogotá, 1996.
- *En torno al concepto de Crimen Organizado" en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia.* Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma, Buenos Aires, 2001.

ZOROMÉ, A.

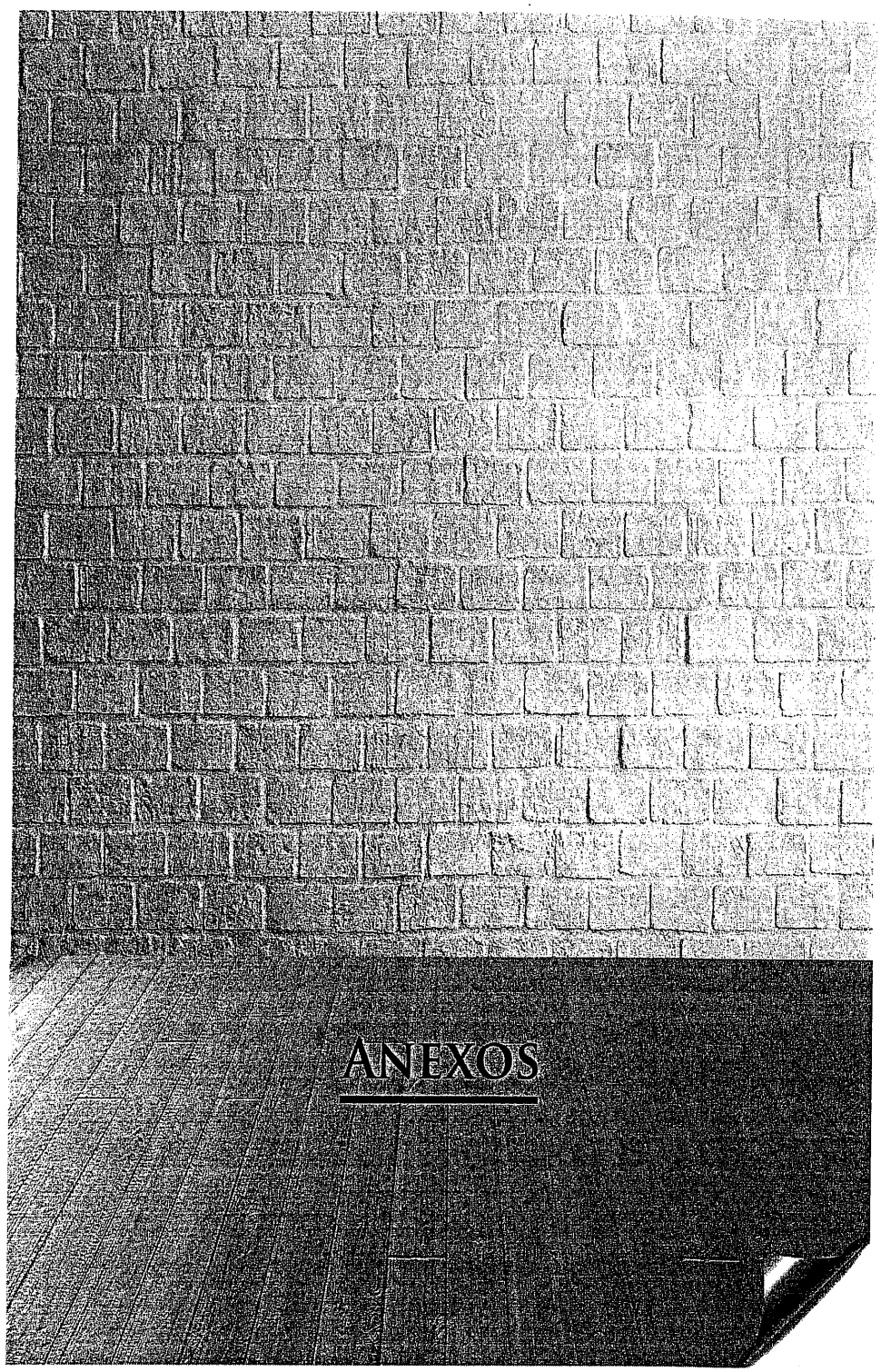
- Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition. IMF WP/07/87. 2007.

ZUGALDÍA Espinar, José Miguel

- *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas,* CPC N° 53, 1994.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

- *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* El Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2003.


ANEXOS

LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

– LEY N° 30424 –

SECCIÓN I
DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. ***Objeto de la Ley***

La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal.

Art. 2. ***Ámbito subjetivo de aplicación***

Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

SECCIÓN II
ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Art. 3. ***Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas***

Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.
c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo trans nacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Art. 4. ***Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica***

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia.

La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en los artículos 80, 82, 83 y 84 del Código Penal.

SECCIÓN III
MEDIDAS ADMINISTRATIVAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Art. 5. ***Medidas administrativas aplicables***

El juez aplica, según corresponda las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resultaren administrativamente responsables de la comisión del delito de cohecho activo transnacional, tipifcado en el artículo 397-A del Código Penal:

a. Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin peijuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7.
b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
   1. Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.
   2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
   3. Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.
c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años.
e. Disolución.

Art. 6. ***Medidas administrativas complementarías***

El juez puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídico que resultare administrativamente responsable de la comisión del delito de cohecho activo transnacional, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.

La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida.

La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad.

Art. 7. ***Multa***

Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el valor de la multa se establece conforme a los siguientes criterios:

a. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta ciento cincuenta unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades impositivas tributarias.
b. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta mil setecientas unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de cincuenta ni mayor de doscientas cincuenta unidades impositivas tributarias.

c. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende a un monto mayor a las mil setecientas unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de doscientas cincuenta ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.

En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera definitiva, prevista en el numeral 2 del literal b del artículo 5.

Art. 8. *Inhabilitación*

La medida de suspensión para contratar con el Estado, prevista en el numeral 3 del literal b del artículo 5, se impone de forma obligatoria en los casos en que el delito es cometido en el marco de un proceso de contratación pública.

El juez puede imponer cualquier modalidad de inhabilitación en supuestos distintos al señalado en el primer párrafo, en atención a las particularidades del caso concreto y considerando los criterios establecidos en el artículo 14

Art. 9. *Cancelación de licencias u otras autorizaciones y clausura*

La medida prevista en el literal c del artículo 5 se aplica de forma obligatoria cuando el delito de cohecho activo transnacional estuvo destinado o vinculado a la obtención de licencias u otras autorizaciones administrativas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, el juez puede imponer las medidas previstas en los literales c y d del artículo 5, en otros supuestos cuando lo estime pertinente en atención a los criterios establecidos en el artículo 14

Art. 10. *Disolución*

La disolución se aplica solo a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito de cohecho activo transnacional. En ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias.

Esta medida no es aplicable cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado o sociedades de economía mixta que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad.

Art. 11. *Decomiso*

El juez, cuando corresponda, dispone el decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito de cohechoactivo transnacional por el que se declare responsable administrativamente a la persona jurídica, de conformidad con el articulo 102 del Código Penal, conjuntamente con las medidas administrativas del artículo 5 que resulten aplicables.

SECCIÓN IV
DETERMINACION DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE COHECHOACTIVO TRANSNACIONAL

Art. 12. *Circunstancias atenuantes*

Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:

a. Haber procedido a través de sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados a confesar la comisión del delito de cohecho activo transnacional, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria.

b. La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, en cualquier momento del proceso.
c. El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.
d. La reparación total o parcial del daño.
e. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito de cohecho activo transnacional y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención, conforme a lo dispuesto en el artículo 15.
f. La acreditación parcial de los elementos del modelo de prevención, previstos en el párrafo 17.2 del artículo 17.

Art. 13. *Circunstancias agravantes*

Son circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas:

a. La comisión del delito de cohecho activo transnacional en virtud de cualquiera de los supuestos del artículo 3, dentro de los cinco años posteriores a la imposición, mediante sentencia firme, de una o más medidas del articulo 5 a la misma persona jurídica. En tal caso, el juez puede aumentar las medidas establecidas en los literales a, b y d del artículo 5, hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido.
b. La utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Se entiende que se está ante este supuesto cuando la actividad legal sea menos relevante que su actividad ¡legal.

Art. 14. *Criterios para la aplicación de las medidas administrativas*

Las medidas administrativas previstas en los literales b, c y d del articulo 5 son determinadas por el juez en atención a los siguientes criterios, según corresponda:

a. La gravedad del hecho punible.
b. El tamaño y naturaleza de la persona jurídica.
c. La capacidad económica de la persona jurídica.
d. La extensión del daño o peligro causado
e. El beneficio económico obtenido por el delito de cohecho activo transnacional.
f. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el delito.
g. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.

Art. 15. *Individualización de las medidas administrativas*

En caso de que el juez imponga la medida de multa o las medidas administrativas previstas en los literales b y d del artículo 5 con carácter temporal, debe desarrollar los siguientes pasos:

a. Identifica la extensión de la medida que corresponda, según los límites establecidos en el artículo 5, y la divide en tres partes.
b. Determina la medida concreta, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, conforme a las siguiente reglas:
    1. Cuando con cu rran únicamente ci rcun stancias atenuantes o no existan atenuantes ni agravantes, se aplica la medida dentro del tercio inferior.
    2. Cuando concurran circunstancias agravantes y atenuantes, se aplica la medida dentro del tercio intermedio.
    3. Cuando con cu rran únicamente ci rcun stancias agravantes, se aplica la medida dentro del tercio superior.
    4. Cuando se tratede circunstancias atenuantes previstas por la ley como privilegiadas, se aplica la medida por debajo del tercio inferior.
    5. Cuando se tratede circunstancias agravantes previstas por la ley como cualificadas, se aplica la medida por encima del tercio superior.
    6. En caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, se aplica la medida dentro de los limites del rango legal

Para efectos del presente artículo, son circunstancias atenuantes privilegiadas aquellas previstas en la ley penal o procesal penal que prevean la reducción de la pena por debajo del mínimo legal Del mismo modo, son circunstancias agravantes

cualificadas aquellas previstas en la ley penal o procesal penal que prescriban el incremento de la pena por encima del máximo legal.

Art. 16. *Suspensión de la ejecución de las medidas administrativas*

16.1. El juez puede, mediante resolución debidamente motivada y de modo excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la persona jurídica, suspender la ejecución de las medidas administrativas impuestas y sus efectos por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años. La suspensión procede siempre que la persona jurídica no esté incursa en el supuesto de reincidencia previsto en el literal a del artículo 13.

16.2. En el caso de empresas del Estado, sociedades de economía mixta o de personas jurídicas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez puede ordenar la suspensión, cualquiera fuese la medida administrativa impuesta en la sentencia.

16.3. Si durante el periodo de suspensión no se dispone la incorporación formal de la persona jurídica al proceso penal de conformidad con lo previsto en los artículos 90 y 91 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957, el juez deja sin efecto la medida administrativa impuesta y resuelve el sobreseimiento de la causa.

16.4 Esta suspensión no afecta el decomiso dispuesto judicialmente, según lo previsto en el artículo 11.

SECCIÓN V
MODELO DE PREVENCIÓN

Art. 17. *Eximente por implementación de modelo de prevención*

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

b. Medidas preventivas referidas a:

1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional.
2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión del delito de cohecho activo transnacional
3. La identificación de los procesos de administración y auditoria de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en la comisión de la conducta delictiva de cohecho activo transnacional.
4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.

c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

17.3 El reglamento desarrolla y precisa los elementos y requisitos necesarios para la implementación del modelo de prevención.

17.4 En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.5. Se excluye también la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado atendiendo a los elementos previstos en el párrafo 17.2.

Art. 18. *Efectos jurídicos y valoración*

El fiscal o el juez, según corresponda, verifican la efectiva implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Si en el curso de las diligencias preliminares se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. En caso de que la investigación preparatoria se hubiese formalizado, el juez puede, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento de conformidad con la normatividad procesal vigente.

Art. 19. Certificación del modelo de prevención

El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. *Vigencia*

La presente norma entra en vigencia el 1 de julio de 2017.

SEGUNDA. *Reglamento*

El Poder Ejecutivo, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la publicación de la presente Ley, aprueba el reglamento a que hace referencia el párrafo 17.3 del artículo 17.

TERCERA. *Vía procesal*

La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957.

CUARTA. *Normas aplicables*

Durante la investigación y proceso penal, la persona jurídica goza de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado.

La persona jurídica puede ser asistida por la defensa pública, en caso lo requiera, bajo los alcances de la Ley 29360, Ley del Servicio de Defensa Publica, del Decreto Supremo 007-2012-JUS y demás normas conexas, en lo que resulte pertinente.

Asimismo, son aplicables los artículos 372 y 468 al 471 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957, que regulan la conclusión anticipada del juicio y el proceso de terminación anticipada respectivamente, con plena intervención del apoderado judicial de la persona jurídica, y demás no mías del citado código que resulten pertinentes.

QUINTA. ***Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente***
El Poder Judicial implementa un registro informático de carácter público para la inscripción de las medidas administrativas impuestas a las personas jurídicas, con expresa mención del nombre, clase de sanción y duración de lo misma, asi como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, sin perjuicio de cursar partes a los Registros Públicos para la inscripción correspondiente, de ser el caso.

En caso de que las personas jurídicas cumplan con la medida administrativa impuesta, el juez, de oficio o a pedido de parte, ordena su retiro del registro, salvo que la medida tenga carácter definitivo.

El Poder Judicial puede suscribir convenios con otras instituciones para compartir la información que conste en el registro.

El Poder Judicial, en el plazo de noventa días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Ley, emite las disposiciones reglamentarias pertinentes que regulen los procedimientos, acceso, restricciones, funcionamiento del registro y demás aspectos necesarios para su efectiva Implementación.

SEXTA. ***Campañas de difusión***
Lo Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, a través de su Coordinación General, realiza campañas de difusión sobre los alcances de la norma, dirigida a las empresas, a la policía, a los fiscales, a los procuradores, a los jueces y a los ciudadanos.

SÉTIMA. ***Financiamiento***
La implementación de lo establecido en la presente Ley se financia con cargo a los presupuestos institucionales de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.

OCTAVA. ***Informe técnico de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción***
Cualquier propuesta normativa que modifique la presente Ley o que implique la reducción o ampliación de su objeto y alcances, cuenta para su aprobación con un informe técnico no vinculante de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

En el supuesto de facultades delegadas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, el sector responsable solicita el referido informe técnico a la Comisión de Alto Nivel Anti corrupción.

NOVENA. ***Responsabilidad por denuncias maliciosas***
La presentación de denuncias maliciosas en el marco de la presente Ley da lugar a responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria, conforme a ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA. ***Incorporación del artículo 401-C al Código Penal***
Incorpórase el articulo 401-C al Código Penal con el texto siguiente:

"Artículo 401-C. Multa aplicable a las personas jurídicas
Cuando las personas jurídicas señaladas en el artículo 2 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional resulten responsables por el delito previsto en el artículo 397- A, el juez impone la medida de multa, conforme al literal a del articulo 5 de la citada norma, sin perjuicio de las demás medidas administrativas allí previstas que resulten aplicables".

SEGUNDA. ***Incorporación del artículo 313-A al Código Procesal Penal***
Incorpórase el artículo 313-A al Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, con el texto siguiente:

"Artículo 313-A. Medidas cautelares en casos de responsabilidad administrativa autónoma de personas jurídicas
En los supuestos previstos en la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, el

juez, a pedido de parte legitimada, puede ordenar, además de las medidas establecidas en el numeral 1 del artículo 313, las siguientes:

a. Prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas con cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito.
b. Suspensión para contratar con el Estado.

La Imposición de las medidas señaladas en el primer párrafo procede siempre que existan suficientes elementos probatorios sobre la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por el delito de cohecho activo transnacional y que fuese Indispensable para prevenir los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad. Estas medidas cautelares no duran más de la mitad del tiempo fijado para las medidas de carácter temporal previstas en el artículo 5 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional".

Comuniqúese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, al primer día del mes de abril de dos mil dieciséis.

LUIS IBERICO NÚÑEZ
Presidente del Congreso de la República

NATALIE CONDORI JAHUIRA
Primera Vi ce presidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinte días del mes de abril del año dos mil dieciséis.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente de la República

PEDRO CATE RIAN O BELLIDO
Presidente del Consejo de Ministros

ACCIÓN MUNDIAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Los documentos de Mérida

Acontecimientos paralelos de la Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, organizados conjuntamente por el Gobierno de México y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Mérida (México), del 9 al 11 de diciembre de 2003

GRUPO 1
MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN: LA FUNCIÓN DE LOS SECTORES PRIVADO Y PÚBLICO

INTRODUCCIÓN

Eduardo Romero
Secretario de la Función Pública de México

Para mí es una distinción moderar el día de hoy la primera de las cuatro mesas redondas en donde discutiremos cuáles deben ser las prácticas, los mecanismos y las medidas que los sectores público, privado y social de cada una de nuestras naciones deben poner en marcha para prevenir uno de los problemas que más aquejan a las instituciones y a las sociedades del mundo: la corrupción.

Esta conferencia y las reuniones de grupos abren, sin duda, nuevos horizontes para la cooperación entre los países. Entre aquellos que buscamos fomentar el desarrollo de nuestros ciudadanos, disminuir la desigualdad en nuestras sociedades y fomentar la competitividad de nuestras economías.

Cada uno de los miembros de las Naciones Unidas habrá iniciado ya un esfuerzo para abatir los problemas de corrupción de sus países. Sin embargo, la falta de transparencia, de integridad y de legalidad se han convertido en factores transnacionales.

Es por esto que el mundo debe hoy promover la cooperación entre los países y la armonización de sus reglas y normas. La puesta en marcha de políticas públicas de alcance amplio que combatan la corrupción y ofrezcan mejores oportunidades a nuestros ciudadanos es ahora un imperativo.

México, por ejemplo, se ha comprometido a combatir la corrupción, con mano firme, sin concesiones y con estricto apego a la legalidad. Hemos fomentado la transparencia de la gestión pública; hemos impulsado la creación de una sociedad más informada y participativa, que exige cuentas al Gobierno.

Consideramos que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción abre las puertas para fortalecer nuestro régimen jurídico y desarrollar mejores políticas.

Hasta la fecha, México ha impulsado una ley de transparencia y acceso a la información pública gubernamental que cambia la relación entre los ciudadanos y el Gobierno. Transitamos así de la opacidad a la transparencia y sometemos al escrutinio público la acción del Gobierno.

Contamos también con la ley del servicio profesional de carrera que garantiza el ingreso, la permanencia y el desarrollo de los funcionarios públicos con base en el mérito y la igualdad de oportunidades, con lo que fortalecemos a las instituciones y potenciamos la capacidad de responder a las necesidades de nuestros ciudadanos.

Vemos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción una oportunidad para ampliar y mejorar las medidas preventivas que hemos aplicado en materia de adquisiciones electrónicas, tecnologías de la información y participación ciudadana.

En el pasado, buscamos foros que nos permitieran consolidar estos avances y compromisos que fortalecieran nuestro programa integral de lucha contra la corrupción.

En el contexto regional participamos en la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos y en la Convención contra la Corrupción de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Ambos instrumentos en efecto, han complementado el esfuerzo del Gobierno mexicano en la lucha contra la corrupción.

Esta Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción generará indudablemente efectos positivos para México y para el resto de las naciones que decidan adop-

tarla, ya que fortalecerá la cooperación internacional para la extradición, la asistencia judicial recíproca y el decomiso del producto del delito.

Al mismo tiempo, la Convención establecerá un mecanismo para la devolución, al país de origen, de los bienes producto de actos de la corrupción transferidos al exterior.

Algunos de los aspectos más innovadores y atractivos de esta Convención son precisamente las obligaciones de adoptar medidas preventivas, promover la participación de la sociedad civil y formular, aplicar o mantener políticas contra la corrupción.

Entremos entonces en materia, para recibir las propuestas que los funcionarios y expertos aquí presentes expondrán sobre los siguientes temas:

- El fomento a la participación activa de personas y grupos de la sociedad.
- La aplicación de políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción; y la creación o mantenimiento de órganos encargados de prevenir la corrupción.
- La promoción de valores éticos, como la integridad, la honestidad y la transparencia en los sectores público y privado, mediante el establecimiento y cumplimiento de códigos de conducta.
- La participación de la sociedad en las decisiones gubernamentales y la promoción de la rendición de cuentas.
- El acceso a la información de carácter público y la simplificación de los procedimientos gubernamentales.
- El establecimiento de sistemas apropiados de contratación pública y de gestión de la hacienda pública para aumentar la transparencia institucional.
- La eliminación de privilegios e inmunidades de los funcionarios públicos como detonador de la impunidad.
- La adopción de sistemas transparentes de selección, desarrollo y permanencia de los funcionarios públicos, basados en el mérito, la equidad y la aptitud.

El objetivo de este grupo es analizar y discutir en detalle la naturaleza y alcance de tales medidas preventivas, y la participación de los sectores público y privado en su desarrollo y aplicación.

MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN: EL ENFOQUE DE LA UNIÓN EUROPEA

Roberto Castelli
Ministro de Justicia de Italia

Me honra ser el primer orador en este importante Grupo, y deseo agradecer a su Excelencia, el Secretario de Relaciones Exteriores de México, su amable invitación. También quiero felicitarlo por los excelentes arreglos y la cordial bienvenida que hemos recibido en Mérida. Su país ha mostrado una firme dedicación durante las negociaciones de la Convención y ahora, al dar acogida a la conferencia para su firma.

De conformidad con la invitación, mi presentación se centrará en las medidas tomadas y los objetivos determinados por el Consejo de la Unión Europea.

El artículo 29 del Tratado de la Unión Europea enuncia la prevención y la lucha contra la corrupción como un objetivo que posibilita la creación y el resguardo de un área europea de libertad, seguridad y justicia. El desarrollo progresivo de las capacidades de la Unión Europea en los sectores de la justicia y los asuntos interiores aumenta la variedad de instrumentos a nuestra disposición.

La Unión Europea está comprometida firmemente en la lucha contra la corrupción, tanto a nivel nacional como internacional, y tanto en el sector público como en el privado.

A nivel nacional, se está fortaleciendo la lucha contra la corrupción en la Unión Europea mejorando las medidas de derecho penal y preventivas, y estableciendo nuevos órganos y mecanismos.

Deseo referirme a los principales instrumentos jurídicos que la Unión Europea ha aprobado en este campo:

- El Tratado de la Unión Europea sobre la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades, del 26 de julio de 1995 (95/C 316/03) y sus dos Protocolos de 1996 y 1997.
- El Convenio sobre la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado el 26 de mayo de 1997.
- La directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, del Consejo de Europa sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, y su enmienda de 2001, que amplía el ámbito de los delitos determinantes de blanqueo de capitales a todo los delitos graves, incluida explícitamente la corrupción.

Al mismo tiempo, se han establecido nuevos órganos y mecanismos de la Unión Europea para aumentar la cooperación policial y judicial entre los Estados miembros, por ejemplo, la Oficina Europea de Policía (Europol), cuya competencia abarca la corrupción y otras formas graves de delincuencia internacional que incluyan una estructura delictiva organizada. En la esfera de la cooperación judicial entre sus Estados miembros, la Unión Europea ha establecido la Red Judicial Europea y, más recientemente, Eurojust, que entiende, entre otras cosas, de los delitos de corrupción que afectan a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

El 13 de junio de 2002, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Decisión Marco sobre la orden de detención europea, que incluye la corrupción en la lista de los delitos que se clasifican dentro de su ámbito de aplicación.

A nivel internacional, la Unión Europea ha apoyado firmemente la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y ha seguido de cerca las

negociaciones celebradas en Viena. El Consejo de la Unión Europea ha adoptado tres Posiciones Comunes sobre la base del Artículo 34(2) del Tratado sobre la Unión Europea en cuanto a las siguientes negociaciones:

- La primera Posición Común contiene los principios generales que la Unión Europea se proponía defender durante las negociaciones, tanto sobre la aplicación de la ley como sobre las medidas preventivas.
- La segunda trata de la transferencia y repatriación de los fondos de origen ilícito.
- La tercera se relaciona con las definiciones y las "penalizaciones".

Estoy particularmente agradecido por la invitación a participar en este Grupo, ya que la Unión Europea otorga especial importancia a las medidas preventivas. Acogemos con beneplácito el hecho de que por primera vez se ha incluido en esta clase de instrumento internacional un capítulo pertinente y lo consideramos un medio esencial de asegurar el equilibrio de la Convención.

Antes de la apertura de las negociaciones en Viena, el Consejo de la Unión Europea ya había adoptado una primera Posición Común en cuanto a esas negociaciones, en la que apoyaba la inclusión en la Convención tanto de la aplicación de la ley como de las medidas preventivas contra la corrupción. En esa Posición Común, los Estados miembros de la Unión Europea acordaron que, durante la negociación de la Convención, había que hacer todo lo posible para formular medidas preventivas que fueran tanto operacionales como vinculantes y reflejaran los principios clave de la buena gobernanza, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas.

Además, en septiembre de 2002, el Consejo aprobó una Decisión autorizando a la Comisión Europea a negociar, en nombre de las Comunidades Europeas, ciertas disposiciones del capítulo sobre medidas preventivas, en particular sobre adquisiciones públicas, contabilidad y auditoría, así como medidas para prevenir el blanqueo de capitales. En ese contexto, el Consejo dio a la Comisión, entre otras cosas, las siguientes directivas:

- Las disposiciones sobre contabilidad y auditoría debían estar en consonancia con el *acquis communautaire,* en lo que se refiere a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad y Auditoría. A este respecto, cabe mencionar la reglamentación 1606/2002.
- Las medidas para prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales debían procurar establecer estándares altos, de conformidad con el *acquis communautaire* —y en particular la Directiva de CE 91/308 sobre el blanqueo de capitales— sin perjudicar, directa o indirectamente, otras normas internacionales y su interpretación, en particular las del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales (40 Recomendaciones y 8 Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo), teniendo en cuenta al mismo tiempo el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. A este respecto, las disposiciones relativas a la obligación de identificar a los clientes e informar en caso de transacciones sospechosas son de importancia capital.

Deseo recalcar que los Estados miembros de la Unión Europea presentaron uno de los primeros proyectos de un capítulo sobre medidas preventivas con la intención de asegurar que la Convención representara un paso adelante con relación a los instrumentos internacionales existentes. Los Estados miembros de la Unión Europea han sostenido una posición de negociación fuerte para tener éxito en el logro de su meta de conferir carácter obligatorio a las medidas preventivas en la Convención. Como recordarán algunos de los delegados presentes, la Unión Europea se opuso al mantenimiento en la Convención de cualquier artículo que hubiera hecho de cumplimiento optativo todo el capítulo sobre prevención.

La Unión Europea considera que la corrupción tiene que ser combatida en los sectores público y privado, en la creencia de que en ambos sectores plantea una amenaza para una sociedad que respeta la ley, y que falsea la competencia en relación con la compra de bienes y servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido.

El 22 de julio de 2003, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Decisión Marco sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado. El objetivo de la Decisión Marco es, en particular, asegurar que la corrupción tanto activa como pasiva en el sector

privado sea un delito penal en todos los Estados miembros, que esos delitos se puedan imputar también a personas jurídicas y que esos delitos sean objeto de sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias.

En el contexto de las medidas preventivas, hay también una función importante para la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación y las instituciones financieras.

Quisiera destacar que la Unión Europea ya ha aplicado algunas de las medidas preventivas que se prevén en el capítulo II de la Convención que firmamos hoy. Sin intentar ser exhaustivo, permítaseme mencionar algunas de las medidas que la Unión Europea ha tomado en ese campo.

Con respecto a la prevención de la corrupción en el sector privado, se han tomado medidas para mejorar la transparencia en las empresas privadas. La Unión Europea ha adoptado una reglamentación que requiere que las compañías incluidas en la lista, entre ellas los bancos y las aseguradoras, preparen sus cuentas consolidadas de conformidad con las Normas Internacionales de Contabilidad a partir de 2005.

Con relación a la prevención de la corrupción en el sector público, en 2000 los Ministros de la Unión Europea encargados de la administración pública adoptaron la resolución de Estrasburgo sobre la calidad y la evaluación comparativa de las administraciones públicas en la Unión Europea. La piedra angular de esa resolución es el establecimiento de un marco de evaluación autónoma de la calidad total de la gestión en las administraciones públicas.

Las adquisiciones públicas son una de las esferas en que la prevención de la corrupción es sumamente importante. La legislación de las Comunidades se está modificando para insertar una obligación de excluir a cualquier ofertante sobre el que pese una condena firme por corrupción.

Por último, me referiré a la cuestión del seguimiento de la Convención.

La Unión Europea sostiene que la Conferencia de los Estados partes debe establecer un mecanismo de vigilancia de la aplicación total y rápida de la Convención. Ese mecanismo debe asegurar un nivel equivalente de compromiso por todas las partes en la Convención para que resulte eficaz y ofrezca un cierto grado de flexibilidad.

La Unión Europea ha apoyado las negociaciones de Viena y apoyará activamente la ratificación de la Convención exhortando a los Estados miembros de la Unión Europea, actuales y futuros, a que firmen, ratifiquen y apliquen la Convención. La Unión Europea también alentará a los países asociados a que firmen la Convención y, en sus relaciones externas o cuando preste asistencia a los países en desarrollo, planteará, cuando sea apropiado, la cuestión de la aplicación de la Convención.

Los principios democráticos y el Estado de derecho se han convertido en objetivos clave de la política exterior y de desarrollo de la Unión Europea. El Acuerdo de Asociación (firmado en Cotonou (Benin), en junio de 2000, entre la Unión Europea y 77 países de África, el Caribe y el Pacífico) aborda explícitamente las cuestiones de la buena gobernanza y la corrupción. Las partes han acordado que, cuando la comunidad sea un socio importante en términos de apoyo financiero, los casos graves de corrupción pueden dar lugar a un procedimiento de consulta. Si no se toman medidas para remediar la situación, se puede decidir, como una medida de último recurso, la suspensión de la cooperación.

El manual de la Comisión de instrucciones para los contratos de obras públicas, suministros y servicios elaborado a los fines de la cooperación en las comunidades proporciona la posibilidad de suspender o cancelar la financiación de proyectos si se descubren prácticas corruptas.

Los Acuerdos Euromediterráneos concertados con Argelia y el Líbano contienen nuevos capítulos dedicados a la cooperación en cuestiones de justicia y asuntos interiores, y un artículo específico sobre la lucha contra la corrupción.

La Comisión Europea, en su comunicación de mayo de 2003 sobre una política amplia de la Unión Europea contra la corrupción, ha enumerado "Diez principios generales en las estrategias nacionales contra la corrupción de los países candidatos y en vías de adhesión". Uno de dichos principios es que esos países deben firmar, ratificar y aplicar los instrumentos internacionales pertinentes de lucha contra la corrupción (en particular, los instrumentos de las Naciones Unidas).

Deseo ahora referirme brevemente a las últimas novedades legislativas en mi país. En realidad, Italia ha querido ir mejorando las leyes ya existentes de lucha contra la corrupción estableciendo, por una ley de enero de 2003, el "Alto Comisionado encargado de la prevención y la lucha contra la corrupción y otras formas de actos ilegales dentro de la administración pública". Ese órgano, con fuertes facultades de supervisión y control dentro de la administración pública, se concibió precisamente con *fines específicos de prevención,* anticipando de esta forma el punto de intervención.

Es un órgano ubicado armoniosamente dentro del sistema ya existente, que agrega instrumentos nuevos y no causa contrastes o duplicaciones ya que el Alto Comisionado tiene la obligación de informar a la Autoridad Judicial y el Departamento de Auditores del Estado *(Corte dei Conti)* sobre presuntos actos ilícitos, de naturaleza penal o contable, de que pueda tomar conocimiento, y debe enviar, cada seis meses, un informe al Primer Ministro, quien debe informar a los Presidentes *(Presidenti delle Camere)* de las dos Cámaras.

Para finalizar esta presentación, deseo subrayar que la prevención y eliminación de la corrupción están estrechamente vinculadas al establecimiento del Estado de derecho, la consolidación de la seguridad y la creación de prosperidad en nuestras sociedades. No podemos dormirnos sobre los laureles. La corrupción seguirá siendo uno de los medios de acceso de la delincuencia organizada para subvertir los sectores público y privado si todos nosotros no asumimos la responsabilidad que nos corresponde.

CÓMO PUEDEN LOS GOBIERNOS APLICAR LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA EXPERIENCIA DE KENYA

Kiraitu Murungi
Ministro de Justicia y Asuntos Constitucionales de Kenya

Es un gran honor para mí y para mi país haber sido invitado a hacer uso de la palabra en esta ocasión histórica, sobre un tema que está muy cerca de mi corazón y que es de gran interés para el pueblo y el Gobierno de Kenya.

Hoy es verdaderamente un día histórico para la humanidad. Igual que ese gran día en diciembre de 1948, cuando los Miembros de las Naciones Unidas firmaron la Declaración Universal de Derechos Humanos para abordar el flagelo de la guerra. Cincuenta años después, nos reunimos hoy en Mérida (México), para establecer un marco jurídico mundial para librar al mundo del flagelo de la corrupción.

Se me ha pedido que examine en este Grupo qué pueden hacer y qué harán los gobiernos para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y, específicamente, las medidas para prevenir la corrupción: la función de los sectores privado y público.

Compartiré con los delegados lo que estamos haciendo en Kenya para prevenir la corrupción tanto en el sector público como en el privado.

Kenya ha sido uno de los países más corruptos del mundo. Año tras año, el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional ha clasificado a Kenya entre los países que figuran al tope de la lista. Ahora nos consideran el undécimo país más corrupto en el mundo, después de haber ocupado el tercer lugar hace un año.

No hemos venido aquí a negar hechos históricos obvios. Es verdad que la corrupción es endémica en nuestra sociedad. Ha quitado medicinas de nuestros hospitales; ha quitado libros de nuestras escuelas; ha quitado alimentos a familias golpeadas por el hambre; ha destruido nuestros caminos y nuestra agricultura; ha eliminado industrias; ha falseado nuestras elecciones, destruido nuestra policía y ha dejado en libertad a personas culpables; y ha robado, saqueado y dilapidado nuestros recursos. La corrupción ha matado y deshumanizado a nuestro pueblo.

Todo eso está cambiando. En diciembre de 2002, celebramos elecciones democráticas en las que el pueblo de Kenya votó abrumadoramente a favor de un nuevo Gobierno encabezado por el Presidente Mwai Kibaki. Para los votantes ordinarios de Kenya, un voto por el nuevo Gobierno era un voto contra la corrupción.

El nuevo Gobierno identificó la corrupción como el principal cuello de botella estructural de todos nuestros esfuerzos de desarrollo. La corrupción es el mayor obstáculo de nuestro tiempo al desarrollo. Es el mayor obstáculo en nuestra lucha contra la pobreza. Por consiguiente, hemos declarado una guerra total y sin respiro contra la corrupción en todas sus formas y manifestaciones. Ésta es la única manera en que podremos realizar nuestra visión de una Kenya genuinamente libre, democrática y próspera.

La lucha es dirigida por el propio Presidente, quien ha declarado que no hay ninguna "vaca sagrada", y que nadie quedará exento de esta guerra total.

Para afrontar este reto, el Gobierno ha adoptado las siguientes medidas de política, jurídicas y administrativas:

1. Inmediatamente después de tomar juramento como el tercer Presidente de la República de Kenya el 30 de diciembre de 2002, el Presidente Kibaki declaró la guerra

total contra la corrupción, marcando el comienzo de una política de tolerancia cero a la corrupción. Por primera vez en la historia de Kenya, creó un Ministerio de Justicia y Asuntos Constitucionales y un Departamento de Ética y Gobernanza en la Oficina del Presidente para encabezar la lucha contra la corrupción.

2. El Gabinete, en su primera sesión, estableció un Comité del Gabinete contra la corrupción, presidido por el Ministro de Justicia y Asuntos Constitucionales. El Comité se reúne todos los miércoles para coordinar y examinar el progreso en la lucha contra la corrupción.
3. En relación con el pasado, el Gobierno ha nombrado comisiones de alto nivel encargadas de investigar los grandes escándalos de corrupción cometidos bajo el régimen anterior. Incluyen el escándalo Goldenberg, en el que cientos de miles de millones de chelines kenianos se robaron del Banco Central de Kenya para financiar un plan ficticio de exportación de oro; una Comisión de Tierras para estudiar la cuestión de las tierras y los bosques expropiados y un Comité de Cuentas Pendientes para tratar las reivindicaciones ficticias y fraudulentas hechas por contratistas y proveedores contra el Gobierno El Gobierno está rastreando, con miras a su recuperación, todos los fondos públicos robados escondidos en cuentas secretas en el extranjero.
4. El Gobierno está investigando, deteniendo y encausando a funcionarios públicos superiores, especialmente de empresas estatales, que coludieron con algunos líderes del sector privado para robar y depredar recursos públicos.
5. El Gobierno ha efectuado cambios en los mandos superiores de los departamentos de investigaciones y acciones penales para mejorar su capacidad de procesar eficazmente las quejas de corrupción.
6. El Gobierno ha llevado a cabo una "cirugía radical", histórica y de gran alcance en el poder judicial, en el cual 6 de cada 11 jueces del Tribunal de Apelaciones, 17 de cada 36 jueces del Tribunal Superior y 82 de cada 252 magistrados han sido suspendidos bajo sospecha de corrupción.
7. El Gobierno también ha efectuado cambios en los mandos superiores de la administración pública y ha reemplazado todos los oficiales encargados de compras y a todos los oficiales forestales para destruir las redes de corrupción en el servicio público. Actualmente está en marcha una reforma más integral de toda la administración pública, incluido el incentivo de la reforma de la remuneración.
8. En abril de 2003, el Parlamento promulgó una nueva ley: la Ley contra la corrupción y los delitos económicos. Esta ley integral amplía la definición de corrupción y delito económico para abarcar diversas formas de abuso del cargo, conflicto de intereses, malversación, robo y saqueo de recursos públicos. También establece una potente comisión contra la corrupción con funciones de investigación, prevención, educación pública y recuperación de bienes.
9. El Parlamento también ha promulgado la Ley de Ética de los Funcionarios Públicos de 2003, que establece códigos de conducta separados para todos los funcionarios públicos, incluidos los miembros del Parlamento, la judicatura, la administración pública, las sociedades cooperativas, el gobierno local y el sector de las empresas públicas. Los códigos de conducta, que son jurídicamente ejecutables, prohiben la deshonestidad, el conflicto de intereses, el tribalismo y el nepotismo en la administración pública. La Ley también obliga a todos los funcionarios públicos, desde el mensajero hasta el Presidente, a declarar su patrimonio al final de cada ejercicio económico. Acaba de concluir uno de esos ejercicios. Los funcionarios que no han cumplido serán eliminados de la nómina, y serán objeto de otras sanciones. Esa ley está destinada a inculcar una cultura de honestidad, trabajo fuerte y rechazo de la corrupción en la administración pública.
10. Mi Ministerio colabora con la Oficina del Presidente, el poder judicial, el Ministerio del Interior, la sociedad civil y los asociados para el desarrollo en la ejecución de una reforma a nivel de todos los sectores en materia de gobernanza, justicia y orden público de Kenya, que mejorará la eficiencia y la prestación de servicios en todo nuestro sistema de justicia penal, incluidos los servicios de investigación, enjuiciamiento, judiciales y correccionales.

11. Hemos publicado un proyecto de ley, que espera la promulgación por el Parlamento, para prevenir el blanqueo de capitales. Estamos estableciendo una Dependencia especializada de inteligencia financiera y Dependencias sobre fraude grave y lucha contra el terrorismo.
12. El Gobierno colabora estrechamente con organizaciones del sector privado y organismos profesionales, como la Sociedad Jurídica de Kenya y el Instituto de Contadores Públicos, para hacer cumplir sus códigos de conducta y elaborar nuevas estrategias para luchar contra la corrupción en el sector privado. Todos los contratistas, empresarios y profesionales que han participado en la corrupción serán excluidos de las listas de proveedores de productos o servicios al Gobierno o a las empresas estatales, y no podrán ser nombrados para ocupar ningún cargo público.
13. El Gobierno es consciente de que la corrupción es un complejo problema moral, social, político y económico que trasciende los límites de la ley, la delincuencia y el castigo. Es fundamentalmente una cuestión de creencias personales, ética y actitudes culturales y comportamiento. Para atacar las raíces sociales y culturales de la corrupción, el Gobierno, con el apoyo del Banco Mundial, Transparencia Internacional, organizaciones religiosas, el sector privado y organizaciones de la sociedad civil, lanzó en julio de 2003 una campaña nacional quinquenal masiva contra la corrupción. La campaña, que está todavía en su etapa de diseño, será una campaña masiva similar a nuestra campaña nacional contra el VIH/SIDA. La campaña de prevención tiene por objeto producir una transformación radical de nuestra sociedad y reforzar una cultura de la estigmatización y el rechazo de la corrupción en todas sus formas. La lucha contra la corrupción incluirá cambios fundamentales no sólo en nuestro sistema de gobernanza, sino también en nuestras propias personalidades, modos de vida y pautas de comportamiento.
14. Estamos trabajando conjuntamente con la Red de Parlamentarios Africanos contra la Corrupción (APNAC) y la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC). Nos proponemos desempeñar una función clave promoviendo la ratificación de la Convención de la Unión Africana contra la Corrupción.
15. La lucha contra la corrupción debe ser vista en su perspectiva a largo plazo. Será una lucha permanente. Nuestros esfuerzos contra la corrupción deben ser vistos sólo como una labor en marcha. El mundo despiadado de la corrupción se defenderá y hará difícil ganar la guerra. En Kenya, los bienes obtenidos ilícitamente se están utilizando para montar una campaña contra nosotros en los medios de comunicación: se califica a la lucha contra la corrupción como una purga tribal, una *vendetta* política y una cacería de brujas. Pero esto no nos desanima. Estamos condenados a triunfar.
16. El presidente Mwai Kibaki y el Gobierno de la República de Kenya apoyan sin reservas la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que nos ofrece un nuevo marco mundial para la cooperación y la colaboración en la guerra contra la corrupción.

Esperamos con interés agrandar nuestro círculo de amigos, trabajando con ustedes, lado a lado, hasta que erradiquemos ese vicio de la faz de la Tierra.

La lucha contra la corrupción es una cuestión urgente. No se puede esperar hasta mañana; hay que actuar hoy. Creemos que estamos haciendo lo correcto en el momento adecuado. Es por esto que Kenya ha decidido firmar y ratificar hoy esta importante Convención.

MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN: LA FUNCIÓN DE LOS SECTORES PRIVADO Y PÚBLICO

Clodosbaldo Russián
Contralor General de Venezuela

INTRODUCCIÓN

En los últimos años la corrupción ha asumido diferentes formas y, con la globalización, se ha convertido en un serio problema para la comunidad internacional. Sus consecuencias son de todos conocidas: afecta a toda la sociedad; socava el imperio de la ley; hace que las personas pierdan confianza en sus gobiernos e instituciones; disminuye las inversiones y retarda el crecimiento económico; desestimula la inversión extranjera; y desvía los fondos públicos en detrimento del bienestar de los ciudadanos. Todos nosotros hemos sufrido sus efectos.

La corrupción es un fenómeno global que, históricamente, ha alcanzado un alto arraigo en las diferentes culturas de todo el mundo. Es la más terrible amenaza para el desarrollo equitativo y estable de nuestros pueblos mediante la alteración de los patrones de convivencia social.

De allí que se haya convertido en tema obligatorio de las diferentes jornadas, actos y convenciones que promocionan las diferentes entidades fiscalizadoras superiores, a objeto de diseñar diversos instrumentos que permitan combatir el fenómeno y salvaguardar los recursos y bienes que la sociedad pone a disposición del Estado. Por consiguiente, agradecemos la oportunidad que nos brindan los representantes del Gobierno mexicano y las Naciones Unidas, organizadores de esta reunión, de compartir experiencias, reconocer nuevos problemas y retos, impulsar el estudio, descubrir nuevas estrategias de cooperación y deliberar acerca de las perspectivas de nuestra acción para prevenir y erradicar dicho flagelo.

En este sentido, es fundamental, a objeto de lograr una acción más efectiva de las entidades fiscalizadoras superiores, establecer elementos de equilibrio en el sistema de poderes del Estado *y promover la buena gestión, de forma que contribuya al progreso económico, social y ético.* Los gobiernos *deben también reforzar la función de las entidades fiscalizadoras superiores* mediante el establecimiento de una base normativa que garantice su independencia, e identificar nuevas posibilidades para el ejercicio de las funciones de control. Esas prácticas deben promover la colaboración y la cooperación nacional, pero también internacional, que propicien una verdadera integración eficaz de sus múltiples actuaciones en el ámbito global en la lucha contra la corrupción.

En conclusión, la corrupción administrativa se ha convertido en una de las graves preocupaciones de los que tienen la responsabilidad de enfrentarla y erradicarla. Muchas han sido las propuestas para combatir la corrupción, es decir, las prácticas que operan en detrimento de una sana y transparente gestión pública. Un plan de acción que pretenda instaurar hitos de control en la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de la democracia, deberá sustentarse en los siguientes pilares fundamentales:

INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

Para la lucha contra la corrupción se requiere de una plataforma jurídica de control, que debe tener sus cimientos en la imparcialidad, y principalmente en la autonomía y la independencia: ésos son los principios, calificados de Carta Magna de la auditoría gubernamental, que la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras

Superiores (Intosai) ha recogido en la "Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización", aprobada en Lima (Perú) en 1977, en el IX Congreso Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

En la citada Declaración se establece que las entidades fiscalizadoras superiores sólo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de las instituciones de control y están protegidas contra influencias exteriores. Asimismo, la citada Declaración dispone que las entidades fiscalizadoras superiores deben gozar de independencia funcional y organizativa, condición necesaria para el cumplimiento de sus funciones, y que el grado de su independencia debe regularse en la Constitución.

No llama la atención que el tema de la independencia de las entidades fiscalizadoras superiores siga siendo una cuestión que se debate de forma reiterada en el ámbito de la Intosai. Sin embargo, es preciso señalar que la Declaración no se aplica solamente para lograr la independencia, sino que también se requiere que esta independencia esté sancionada por la legislación.

A este respecto, deseo recordar que en diciembre de 1999, el pueblo venezolano, por primera vez en su historia republicana, aprobó mediante el sufragio directo la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En esta Constitución se produce un rompimiento conceptual e histórico acerca de lo que hasta ese momento era el complejo control de Estado en el país, que obstaculizaba la celeridad y eficacia de los procesos de gestión gubernamental.

En la nueva Constitución se reordenan los poderes y las instituciones fundamentales del Estado democrático de derecho. En otras palabras, se rompió con el esquema clásico de Estado moderno y, además de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, se incorporaron el poder ciudadano y el poder electoral como ramas autónomas del Gobierno.

El poder ciudadano, constituido por la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la República y la Contraloría General de la República, es ejercido por el Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General.

En los términos de esta nueva Constitución, la Contraloría venezolana es instituida como un órgano del nuevo poder ciudadano, cuya concepción está fundamentada en el histórico planteamiento del poder moral, formulado por el Libertador Simón Bolívar.

En ese reordenamiento y reinstitucionalización de la República, la entidad contralora venezolana se convierte, de órgano auxiliar del antiguo Congreso de la

República, en el instrumento de los ciudadanos para el ejercicio del derecho a controlar el manejo del patrimonio público. El Organismo Contralor está dotado de la más amplia independencia: tiene autonomía funcional, administrativa y organizativa, y la potestad reglamentaria para definir su estructura y funciones. La universalidad del control queda instituida plenamente y se garantiza la más amplia participación de los ciudadanos en la elección del Contralor General de la República.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PROMOCIÓN DE LA TRANSPARENCIA

La participación ciudadana es una base para la lucha contra la corrupción. Mediante este mecanismo, la sociedad podrá vigilar el comportamiento de las entidades estatales en el cumplimiento de la misión para la cual fueron creadas, incluido el manejo de los recursos públicos destinados al desarrollo social.

Las exigencias de la ciudadanía, en uso de sus legítimos derechos, de un mejor cumplimiento por parte de las entidades públicas que generan bienes y servicios y que inciden en el mejoramiento de su calidad de vida, su interés por la efectiva rendición de cuentas de parte de los gobernantes y de acciones eficaces que disminuyan o eviten la corrupción y el fraude, representan grandes desafíos, especialmente para las entidades fiscalizadoras superiores.

La participación ciudadana, se considera un proceso mediante el cual se integra al ciudadano en la toma de decisiones, la fiscalización, el control y la ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en la cual se desenvuelve. La participación del ciudadano es el ejercicio por éste de su derecho a participar en los asuntos del Estado e

interactuar con éste. Se concibe como un derecho que tienen las personas, individual o colectivamente, de participar en los procesos de toma de decisiones en cualquier ámbito de la vida social.

Por este motivo, las entidades fiscalizadoras superiores han promovido la divulgación de su gestión a través de sus páginas Web, y el establecimiento de un sistema de participación ciudadana, sustentado por normas que regulan los canales, formas y modalidades de participación y cooperación de la sociedad con estas entidades, así como con otros organismos competentes en la lucha contra la corrupción.

Asimismo, han promovido el desarrollo de la filosofía de la lucha contra la corrupción, mediante el establecimiento de la educación ciudadana y de mecanismos de difusión para su propagación con el propósito de garantizar la transparencia administrativa. De esta forma, las entidades fiscalizadoras superiores han desarrollado los medios de mantener informados a los ciudadanos con respecto a la función que cumplen y el alcance de sus decisiones.

RESPONSABILIDAD COMPARTIDA

Para luchar contra la corrupción se requiere un plan de acción que establezca una plataforma jurídica que sirva de base para lograr la transparencia en la administración pública, la coordinación de los órganos de control interno y externo, así como de la participación de los distintos interesados directos de los sectores público y privado.

La lucha contra la corrupción tiene un carácter estratégico y de sus resultados dependerá el establecimiento de una sociedad más democrática y productiva, que sea políticamente estable y socialmente equilibrada, y en la que los ciudadanos tengan confianza en sus instituciones. Esta lucha, sin embargo, no es potestad exclusiva de los órganos de control. La magnitud y profundidad del problema es de tal naturaleza que debe incluir:

- A todos los órganos, tanto internos como externos, que colaboren entre sí en la aplicación de una política y estrategias definidas para combatir y prevenir la corrupción.
- Una judicatura activa en la prevención y sanción de la corrupción. Sin la aplicación de sanciones justas, adecuadas y ejemplares a los involucrados en actos de corrupción, difícilmente se la podrá eliminar. De ahí la importancia de una judicatura honesta y transparente que sancione a los corruptos con una capacidad de respuesta oportuna y eficaz. El objetivo tiene que ser eliminar la impunidad, no sólo con la aplicación de sanciones adecuadas a los corruptos, sean agentes públicos o privados, sino también con la recuperación del producto de la corrupción. Esto ayudará a desarrollar un sistema de control eficiente y moderno, que desaliente la comisión de actos de corrupción.
- A todas las instituciones educativas, religiosas y culturales, y los medios de comunicación, que deben participar en el proceso de promoción de valores, entre ellos, la transparencia y la probidad, y en la denuncia de hechos de corrupción.
- La corrupción es un fenómeno que afecta también al sector privado, el cual no sólo se encuentra a veces involucrado en hechos de corrupción, sino que también la promueve a través del soborno. En este contexto, tiene especial relevancia el sector financiero. Los banqueros deben conocer a sus clientes y, por ende, la procedencia de su patrimonio.

Cada ciudadano debe tener acceso a la información necesaria para poder evaluar sus instituciones. La participación de la ciudadanía en asuntos de interés público constituye una condición indispensable en la promoción de la transparencia. En consecuencia, es necesario que los ciudadanos puedan acceder a información fidedigna acerca del uso y la administración del erario público en los asuntos que son de su mayor interés.

Todos somos, en mayor o en menor medida, corresponsables en la lucha contra este mal tan difundido en nuestras sociedades.

Es urgente desarrollar un sistema de control eficiente y moderno que desaliente los actos de corrupción. Debe estar sustentado en un marco jurídico y normativo eficiente. En el mundo globalizado en el cual nos encontramos inmersos, dicho sistema debe ser interactivo, a través de la cooperación y la asistencia mutua entre las ins-

tituciones nacionales, entre las cuales figuran los Tribunales de Justicia, Ministerios Públicos o Fiscalías, las entidades fiscalizadoras superiores y los demás organismos gubernamentales y no gubernamentales, así como todas aquellas otras instituciones e interesados en esta lucha a nivel internacional, que recogen información y experiencias que pueden enriquecer nuestras estrategias y políticas en la lucha contra este mal, calificado por algunos con el "SIDA social".

Los problemas de corrupción a los que hoy en día hacen frente nuestras naciones, no pueden ser abordados únicamente por los gobiernos. Se requiere el concurso del sector privado, las organizaciones que conforman la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales. Hasta el momento, dicha cooperación y coordinación han resultado insuficientes. Por lo tanto, todos los sectores deben mancomunar sus esfuerzos, en los planos nacional e internacional, a fin de promover:

- Un mejor conocimiento del problema y de las instituciones dedicadas a combatirlo, y un incremento en el intercambio de información;
- Una toma de conciencia acerca de la gravedad del fenómeno y una mejor comprensión de los instrumentos legales existentes para combatirla, entre los que se encuentra esta Convención;
- Una asistencia técnica recíproca, mayor coordinación institucional y un enfoque consistente del problema que tenga carácter internacional;
- El establecimiento de medidas de carácter práctico para la aplicación de las estrategias de los Estados Miembros para la lucha contra la corrupción;
- El desarrollo de sistemas judiciales honestos, transparentes y efectivos, que sancionen a los corruptos;
- Dirigentes a todos los niveles de la actividad humana que sean honestos, eficientes e íntegros, y que con su conducta den el ejemplo y contribuyan al establecimiento de nuevos modelos, nuevos comportamientos y nuevas formas de convivencia.

PROPUESTAS

Entre las diversas medidas y propuestas que se pueden plantear en materia de prevención, figuran:

- Establecer un registro internacional de empresas involucradas en hechos de corrupción.
- Crear un registro internacional de "alerta" de empresas constituidas en países calificados como paraísos fiscales, a fin de facilitar la inspección de las formas en que controlan y regulan sus transacciones financieras.
- Crear un fondo para la promoción de valores éticos en la lucha contra la corrupción. Hay que fomentar en el ámbito educativo y cultural los valores éticos centrados en la honestidad, la probidad y la veracidad.
- Suscribir convenios multilaterales que permitan la repatriación de capitales producto de la corrupción pública y privada.
- Establecer convenios multilaterales para la extradición de personas corruptas de los sectores público y privado.

Por último, la corrupción es un mal que lesiona a todos los pueblos del mundo, ya que sustrae recursos asignados a la satisfacción de necesidades colectivas y a la elevación de la calidad de vida. Por eso, la legislación venezolana sobre la materia la califica de "delito de lesa patria", y yo agregaría de "lesa humanidad". Para nosotros, es un acto de terrorismo. Efectivamente, un terrorismo social con su secuela de pobreza, hambre y muerte.

UN DESAFÍO: CÓMO COMBATE LA CORRUPCIÓN UNA EMPRESA MULTINACIONAL

Peter Kidd
Presidente de Shell México

INTRODUCCIÓN

Me complace poder participar en esta reunión para sumar la voz de Shell a las otras empresas internacionales que condenan el soborno y la corrupción. Shell apoya firmemente la labor de las Naciones Unidas de lucha contra ese pernicioso problema y estoy encantado de poder dirigirme a este Grupo durante la Conferencia para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Esto es vital no sólo para el sentido de propósito común que siempre resulta de conferencias como ésta, sino también para los ejemplos y las mejores prácticas que podemos compartir.

Mi objetivo hoy es darles una idea de las actividades que Shell ha realizado durante los últimos decenios para tratar de erradicar la corrupción dentro del Grupo Shell. Empezaré por examinar la corrupción a un nivel general y luego en relación con las medidas tomadas por Shell para crear una cultura contra la corrupción. Por último, detallaré algunos pasos prácticos que hemos tomado para resolver el problema, que incluye el examen de algunos dilemas de la vida real que los empleados de Shell han debido enfrentar y que demuestran, precisamente, cuán difícil puede ser abordar este problema secular: la corrupción.

ANTECEDENTES

El soborno y la corrupción son endémicos en todo el mundo. Dondequiera que usted comercie, dondequiera que usted viva, el soborno y la corrupción son aspectos de la vida cotidiana en muchas sociedades. Y para Shell, el reto es aún más grande. No sólo los principales recursos de hidrocarburos del mundo están ubicados en algunos de los entornos más difíciles, sino que nuestras operaciones se realizan en 145 países, entre ellos países desarrollados y en desarrollo. En esos países empleamos a más de 100.000 personas que a diario tropiezan con circunstancias, actitudes y enfoques dispares frente al mismo problema: el soborno y la corrupción.

Cabe preguntarse si, con tales actitudes dispares y normas diferentes, es posible para una empresa como Shell mantener una política uniforme con respecto a la corrupción.

En Shell, hemos adoptado el criterio de que el soborno y la corrupción, no importa las circunstancias, son universalmente incorrectos. No somos los únicos que pensamos esto: Transparencia Internacional describe el soborno de esta forma: "Un importante obstáculo al desarrollo, una influencia corrosiva en la trama de la sociedad y un riesgo empresarial costoso para las empresas". El siguiente es un poderoso ejemplo del daño que causa la corrupción: el año pasado, McKinsey preguntó a una selección de empresas internacionales cuál era, a su juicio, la barrera más significativa a la inversión en los países en desarrollo. La corrupción ocupó holgadamente el primer lugar, con 39 por ciento de los votos, seguida de otras cuestiones como los derechos humanos, el entorno y las condiciones laborales.

EL CAMINO SEGUIDO POR SHELL

¿Cómo hemos tratado de combatir esa "influencia corrosiva"? En 1976, Shell dio a conocer los Principios Comerciales Generales de Shell. Ése fue el punto de partida del camino que hemos seguido en los últimos decenios para desarrollar un enfoque siste-

mático y universal a los problemas que el soborno y la corrupción plantean para una empresa como Shell. Se trata de un camino sin fin: publicamos nuestro último conjunto de Principios Empresariales en 1997, que proporcionaron claridad y orientación sobre cuestiones como los pagos políticos y los derechos humanos. Los Principios se evalúan constantemente y Shell los toma muy en serio.

Los Principios Comerciales Generales de Shell son la piedra angular de la lucha de Shell contra la corrupción. Especifican exactamente, en términos no ambiguos, la posición de Shell en materia de conducta empresarial y dejan en claro que no se aceptará el incumplimiento de esos principios por sus empleados.

La sección sobre la integridad empresarial de los Principios Comerciales Generales de Shell es particularmente robusta. Entre otras cosas, declara que "La oferta directa o indirecta, el pago, la solicitud y la aceptación de soborno en cualquier forma son prácticas inadmisibles". Hay que tener presente que el principio no hace ninguna distinción entre los pagos de facilitación y los sobornos —los pagos de facilitación se definen como los pagos pequeños a funcionarios de bajo nivel a través de un intermediario para asegurar una tramitación de aduana u otros procedimientos sin inconvenientes. Nuestra política es no efectuar pagos de facilitación y procuramos asegurarnos de que nuestros asociados comerciales, agentes, contratistas y proveedores tampoco los hagan. Esto forma parte de nuestro enfoque general del problema, para asegurar que ningún país crea que ha sido seleccionado para recibir un tratamiento especial. Por ser una empresa mundial, tenemos normas mundiales.

GARANTÍAS

Lamentablemente, las declaraciones como la que acabo de hacer todavía suelen ser recibidas con algún escepticismo, y gran parte de la responsabilidad institucional y la transparencia es considerada por los críticos externos como el rellenado de un formulario y palabras vacías. Cabe preguntar entonces, cómo se asegura Shell de que se están cumpliendo esas normas. El método principal es mediante un amplio proceso de garantías: Los presidentes de Shell en los países, nombrados para representar a la empresa y para asumir la responsabilidad por su reputación y los intereses del Grupo Shell en ese país, deben investigar y notificar todos los incidentes de soborno y pagos de facilitación y tratar de eliminar tales prácticas. Además, deben firmar y presentar una "Carta de los Presidentes en los Países", en la que describen todos los éxitos y los problemas relacionados con los Principios Comerciales que han ocurrido a lo largo del año. Esa carta está dirigida a la autoridad más alta dentro del Grupo: el Comité de los Directores Gerentes. La experiencia adquirida de este proceso anual se remite a los Presidentes en los Países como parte del proceso de examen anual. El Presidente en el País también se reúne personalmente con uno de los Directores Gerentes para examinar la aplicación de los Principios Comerciales en ese país particular, las cuestiones conexas y su plan de acción para los 12 meses siguientes.

También utilizamos las auditorías internas y externas para examinar las prácticas comerciales a todos los niveles del Grupo que se ocupan, entre otros temas, del soborno y la corrupción, el conflicto de intereses y el examen de los procesos de notificación y cualesquiera incidentes atenuantes.

No tenemos ninguna duda de que la transparencia comienza en las instancias superiores. La mejor manera de eliminar la corrupción es por el ejemplo. Sin la cultura correcta en los niveles superiores de la empresa, cualquier medida práctica será un esfuerzo desperdiciado.

MEDIDAS PRÁCTICAS

¿Cómo hace Shell, al nivel más básico, para hacer frente a las prácticas corruptas y eliminarlas? Como es sabido, las palabras elocuentes de los gerentes generales no contribuyen mucho a la eliminación de los problemas. Nuestro enfoque puede dividirse en tres métodos que hemos encontrado útiles.

Primero, hemos tratado de crear una cultura contra la corrupción en nuestros negocios. Los Principios Comerciales son el instrumento principal. No obstante, los Presidentes en los países también utilizan un enfoque común que recalca los beneficios de una actitud firme pero transparente frente a la corrupción. Mientras se establecen los principios y las políticas básicas, se alienta a los países a que formulen directrices

específicas para reflejar las tradiciones y las culturas locales, por ejemplo, en lo que respecta a dar y recibir regalos. Además, una de las principales prioridades es evitar la creación de una cultura de culpabilidad: no se debe disuadir a las personas de que admitan errores y examinen los dilemas y las posibles acciones mal concebidas que enfrentan en su entorno de trabajo. Por otro lado, también es importante actuar con firmeza en los casos obvios, para dar una señal clara de que no hay cabida para el personal que se deja corromper o que utiliza métodos corruptos.

No obstante, la creación de tal cultura contra la corrupción es difícil de evaluar y, en el mejor de los casos, los Presidentes en los países sólo pueden estimar los logros en la creación de tal cultura, por lo que hay una gran necesidad de adoptar medidas prácticas.

Sin embargo, tenemos algunas indicaciones de cómo lo estamos haciendo: en la Encuesta del Personal de Shell de 2002, una encuesta independiente de los empleados de Shell que se realiza cada dos años, el 78% de las 82.000 personas que rellenaron el cuestionario positivamente estuvieron de acuerdo con la declaración de que "Shell actúa con integridad en su trato con la sociedad o la comunidad en que operamos". Creo que esa cifra es un firme indicador de nuestro progreso, especialmente porque sobrepasa tanto el promedio de la industria como los resultados de las encuestas anteriores.

Me permito sugerir que lo que hemos logrado en nuestros esfuerzos por crear una cultura contra la corrupción se ha debido no sólo a nuestro trabajo dentro de Shell sino también, en parte, a nuestro trabajo externo con organizaciones internacionales, las iniciativas conexas como las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, los Principios Comerciales de Transparencia Internacional para combatir el soborno y la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, y a nuestra participación y nuestro apoyo entusiasta a conferencias como ésta.

Nuestro segundo paso práctico incluye un enfoque más tangible. Aseguramos que todos los funcionarios tengan conocimiento, a través del correo electrónico, los folletos y los cursos de capacitación, de las políticas de la empresa sobre el soborno y la corrupción, que incluyen directrices claras sobre los regalos, las contribuciones políticas, la hospitalidad y los posibles conflictos de intereses. También contamos con una cartilla de gestión que especifica exactamente en qué consiste el soborno y la corrupción y las diversas estrategias que la gerencia puede emplear para abordar el problema. La cartilla está disponible en nuestros sitios Web externos, y nos enorgullece el hecho de que cada mes se descargan aproximadamente 1.000 copias de la cartilla.

La cartilla hace algo más que proporcionar directrices: incluye un folleto con estudios detallados de casos concretos y ejercicios de solución de problemas que demuestran ampliamente por qué el soborno y la corrupción son tanto más complejos que la imagen trillada de un sobre marrón lleno de dinero.

Esos estudios de casos se basan en las disyuntivas que los funcionarios de Shell han tenido que enfrentar en situaciones de la vida real. En verdad, sin embargo, los dilemas surgen donde puede ser casi imposible emitir un juicio. A continuación, daré algunos ejemplos:

- Un gerente de Shell participa en un torneo de golf del que Shell es uno de los patrocinadores. Durante el torneo, se celebra una rifa para ayudar a una caridad local. Para su sorpresa, el gerente de Shell gana el primer premio: unas vacaciones en el extranjero, incluido el pasaje de primera clase y la estadía en un hotel de lujo. El premio es no transferible. ¿Debe el gerente de Shell aceptar el premio de buena fe o rechazarlo citando los Principios Comerciales, que, a pesar de su falta de ambigüedad, parecerían no abarcar tal caso?
- Un empleado de Shell ha sido enviado al extranjero para trabajar en un proyecto con un proveedor bien conocido de Shell. El proyecto ha ido bien y, al final de su estadía en el país, lleva a su esposa a pasar una semana de vacaciones en un hotel recomendado por el Gerente Financiero Principal de la empresa asociada. Al final de las vacaciones, el empleado de Shell descubre que la empresa local ya ha pagado la cuenta. ¿Qué debe hacer el hombre de Shell?

Está claro, entonces, que tales dilemas no son generalmente sencillos de resolver. Sin embargo, una cultura de la empresa, que promueve la transparencia y la honestidad y que tiene directrices claras para el comportamiento aceptable, debe poder ayu-

darnos a resolver esos dilemas. James Wolfensohn, el Presidente del Banco Mundial, comentó una vez que la "corrupción es un problema al que tienen que hacer frente todos los países. Las soluciones, sin embargo, sólo pueden ser cultivadas en casa". Eso se aplica tanto a las empresas como a los países: el antídoto de la corrupción es de carácter interno.

Shell se dio cuenta con el transcurso del tiempo de que esas cartillas no son suficientes, por lo que nuestra tercera y más importante medida fue hacer hincapié en la comunicación. La cambiante estructura laboral y el mayor ritmo y amplitud del intercambio de información hace que las organizaciones ya no puedan depender de los enfoques tradicionales de la confianza y la confidencialidad en el lugar de trabajo. El antiguo sistema que permitía al personal informar a los mandos directivos superiores de sus preocupaciones es actualmente redundante en gran parte. Las empresas se han visto obligadas a adoptar esquemas prácticos para que el personal comunique prácticas corruptas. En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por ejemplo, existe un servicio de consulta telefónica de urgencia denominado "Hablar Claro", administrado por un organismo externo, que insta al personal a comunicar infracciones de los Principios Comerciales Generales de Shell en forma segura y confidencial.

Nigeria, considerada por Transparencia Internacional como el segundo país más corrupto del mundo y donde Shell tiene operaciones enormes, proporciona otro ejemplo. Shell Nigeria tiene un programa similar de denuncias. Amparado por la confidencialidad, cualquier empleado puede contactar al personal directivo superior de tres maneras: en persona, mediante un servicio de consulta telefónica o en una dirección de correo electrónico designada. Los resultados han sido notables e indican que las empresas pueden influir en los países donde la corrupción es endémica. Vale la pena examinar las cifras. La línea telefónica de asistencia urgente se inauguró en febrero de 2000. De 520 denuncias, 445 se investigaron plenamente, y de éstas 53 dieron lugar a la adopción de medidas por la administración. En términos prácticos, eso ha dado lugar, entre otras cosas, al despido de 48 empleados de la empresa. El plan está ahora ampliándose para abarcar a nuestros clientes y al público en general.

CONCLUSIONES

El enfoque de Shell, por lo tanto, empieza en los niveles superiores: nuestros gerentes principales dan el ejemplo y crean una política clara e inequívoca sobre cómo hacer frente al soborno y la corrupción. Mediante la creación de una cultura contra la anticorrupción y al recalcar la comunicación con sus empleados, Shell está tomando serias medidas para erradicar la corrupción dentro del Grupo. Con los Principios Comerciales Generales de Shell como guía de las mejores prácticas, estamos seguros de que estamos ganando la lucha. Pero tenemos plena conciencia de que todavía no hemos logrado el éxito. Todavía queda camino por recorrer. Para informar sobre nuestros éxitos y fracasos en esta tarea, publicamos todos los años en el Informe de Shell cuántas ofertas de soborno ha recibido el personal de Shell. Según el último Informe de Shell, en 2002 Shell intervino 101 veces para impedir pagos de facilitación y el personal de Shell había aceptado cuatro sobornos. Éstos son los incidentes que conocemos. Cabe preguntar cuántos son los que no conocemos. La certidumbre de que el problema nunca puede erradicarse plenamente significa que nunca podemos dejar de estar atentos; que debemos mantener siempre activa esta cuestión.

La vigilancia y la transparencia son la clave; como alguien dijo: "La luz es el mejor desinfectante". Está claro, por lo tanto, que no podemos darnos el lujo de dormirnos sobre nuestros laureles. Debemos seguir aprendiendo de los ejemplos de otros, compartiendo las mejores prácticas, trabajando conjuntamente con los legisladores y entre nosotros, y recordar que la corrupción es un problema que nunca se acaba. Después que todo, si no hacemos frente a la corrupción, todos sufriremos. Abraham Lincoln, posiblemente el mejor Presidente de los Estados Unidos, dijo una frase memorable: "Se puede engañar a todas las personas algunas veces y a algunas de ellas todo el tiempo, pero no se puede engañar a todas las personas todo el tiempo". La moraleja es sencilla: todas las empresas o los individuos que piensen que pueden ignorar la corrupción serán descubiertos y las consecuencias serán graves.

MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN: EL ENFOQUE DE LA REPÚBLICA DE COREA

Nam joo-Lee
Presidente de la Comisión Independiente de Corea contra la Corrupción

Me complace compartir con ustedes este acontecimiento histórico para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Es muy importante para mí participar en este Grupo para hablar sobre las estrategias contra la corrupción y la función del sector privado en la República de Corea.

Esbozaré brevemente la situación actual con respecto a la corrupción en la República de Corea y luego las funciones y los logros de la Comisión Independiente de Corea contra la Corrupción (KICAC), un órgano creado fundamentalmente para resolver los problemas relacionados con la corrupción. Además, hablaré sobre la función del sector privado en la lucha contra la corrupción.

Espero sinceramente que mi presentación explique claramente las actividades de mi Gobierno contra la corrupción. Espero también que nuestras experiencias contribuyan a la tarea en curso de elaborar medidas prácticas contra la corrupción que puedan ser de utilidad para otros países y regiones.

EL GOBIERNO, EL SECTOR PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL

Hay tres sectores: el gobierno, el sector privado y la sociedad civil. De los tres, el último está creando un entorno independiente y de espíritu libre. Ha establecido un conjunto nuevo de reglas para la reforma y ha planteado nuevos valores en su interacción con los otros dos sectores. Mediante ese proceso se han logrado diversos cambios, incluidos los de tipo político, económico y social.

En el último medio siglo, la República de Corea se ha esforzado por superar las divisiones nacionales y lograr un mayor desarrollo económico, y esas actividades continuarán.

Desde la inauguración del gobierno participativo, la función y participación de las organizaciones no gubernamentales en la sociedad civil ha pasado a ser más esencial que nunca. El sector de lucha contra la corrupción no es una excepción.

La realidad nos obliga a reconocer, sin embargo, que, a pesar de los nobles esfuerzos por combatir la corrupción que ha hecho nuestra sociedad civil, el flagelo de la corrupción persiste en la República de Corea. ¿Cómo se puede explicar esto? Las pruebas parecen indicar que la concienciación sobre la corrupción y un denominado proceso de "autopurificación" en los sectores políticos y empresariales no están funcionando satisfactoriamente.

La República de Corea está en una encrucijada, pasando de la era de la autoridad a la era de la democracia. Nuestra nación está experimentando un proceso de crecimiento y modernización económica rápida y, en general, nuestro pueblo tiene dificultades para mantenerse a la par de los cambios externos en términos de valor.

Es más, al mismo tiempo que en nuestra nación se alzan cada vez más voces en pro de la transparencia y la integridad, la simple verdad es que los esfuerzos de reforma institucional desde el escenario político y el Gobierno no logran esencialmente responder a la población que exige un cambio.

Dado que la economía nacional está cada vez más incorporada a la economía mundial, creo que debemos seguir la tendencia internacional. La primera tarea es resolver el problema de la corrupción.

LAS ACTIVIDADES DEL GOBIERNO CONTRA LA CORRUPCIÓN

Dadas las circunstancias, las administraciones pasadas han realizado diversos esfuerzos para hacer frente a los problemas de la corrupción. Una serie de medidas y leyes adoptadas por las administraciones anteriores han proporcionado la fundación institucional para prevenir la corrupción.

A continuación, cito sólo algunos de los principales pilares de la infraestructura contra la corrupción: en 1999 se sancionó la Ley para prevenir el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; la Ley contra la corrupción y la Ley de prevención del blanqueo de capitales se sancionaron en 2001; el KICAC se estableció en 2002; y en 2003 se promulgó el código de conducta para los funcionarios públicos.

KICAC se estableció en enero de 2002, de conformidad con la Ley contra la corrupción sancionada en 2001. Es la principal autoridad nacional de lucha contra la corrupción de naturaleza integral y a la vez independiente.

La Comisión consta de nueve Comisionados, incluido un Presidente a nivel ministerial, tres de los cuales son recomendados por la Asamblea Nacional, tres por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y tres por el Presidente de la Nación. Cada miembro cumple un mandato de tres años y puede ser vuelto a nombrar por un período adicional. Los Comisionados no pueden ser despedidos ni exonerados, lo que asegura que los miembros de la KICAC tienen independencia para cumplir sus deberes de manera apropiada. Se ha establecido una secretaría con casi 160 funcionarios encargada de realizar las funciones básicas de la Comisión.

Creo que nuestra Comisión ha superado la situación anterior de simple exposición y castigo de los actos de corrupción. Se trata de un organismo integral de lucha contra la corrupción en el sentido de que conecta sistemáticamente actividades, como preparar los informes sobre la corrupción, mejorar las instituciones, formular y evaluar las políticas y realizar tareas de educación y promoción.

La existencia de una organización encargada exclusivamente de las medidas contra la corrupción indica la voluntad del Gobierno de promover las reformas a nivel nacional, con la erradicación de la corrupción como una prioridad alta del programa de desarrollo nacional.

LA FUNCIÓN DEL SECTOR PRIVADO

Sin embargo, las políticas del Gobierno contra la corrupción y el marco institucional por sí solos no pueden erradicar totalmente la corrupción. Sólo con una asistencia continua del sector privado, como el seguimiento y control por la sociedad civil y las reformas institucionales en materia de gobernanza y ética, pueden nuestras políticas ser eficaces.

En la República de Corea, el movimiento cívico creció espontáneamente desde fines de los años 80. Para los años 90, con el avance de la democracia y los gobiernos autónomos locales, los grupos de acción cívica experimentaron un crecimiento rápido tanto en cuanto a número como en cuanto a calidad.

Algunos de esos grupos lograron avances notables. La Coalición de los Ciudadanos para la Justicia Económica, fundada en 1989, estableció el Sistema de Transacciones Financieras de Nombre Real; Solidaridad Popular para la Democracia Participativa, establecida en 1994, desarrolló un movimiento para la reforma *chaebol* (reforma política) y la eliminación de la injusticia y la corrupción; por último, en 1999, los grupos de acción cívica se reunieron en un "movimiento contra la corrupción con la participación del pueblo" e inauguraron TI-Corea.

Esos grupos de acción cívica no sólo redactaron diversas opciones prácticas de política para resolver los problemas de la corrupción en la sociedad coreana; también fueron los principales protagonistas de la promulgación de legislación contra la corrupción: la Ley contra la corrupción y la Ley de prevención del blanqueo de capitales.

Examinaré ahora las principales iniciativas de nuestra Comisión.

NUEVAS INICIATIVAS DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Introducción de un sistema de contrapesos y salvaguardias

Es necesario establecer un sistema de seguimiento de múltiples elementos para prevenir efectivamente la corrupción. Teniendo en cuenta que la manipulación polí-

tica, el nepotismo y el favoritismo todavía existen en la sociedad coreana, las actividades contra la corrupción no deben estar a cargo exclusivamente de un organismo particular.

Por ese motivo, KICAC ha establecido un sistema integrado de información que coordina electrónicamente las actividades contra la corrupción de los organismos de supervisión, como la Junta de Auditoría e Inspección, el Ministerio de Administración del Gobierno y Asuntos Interiores, el Ministerio Público, la Dirección Nacional de Policía de Corea y los organismos de reglamentación económica, como la Comisión de Supervisión Financiera y la Comisión de la Feria de Comercio de Corea. Estas innovaciones nos permitirán realizar análisis sistemáticos de sus iniciativas y actividades y encontrar opciones y soluciones.

Evaluación y seguimiento

KICAC ha comenzado su evaluación del nivel de integridad en cada organismo administrativo y los resultados obtenidos se han puesto en el dominio público. Se determina el nivel de integridad, que indica la experiencia y la conciencia sobre la corrupción por parte de los candidatos y funcionarios de la administración pública, a fin de mejorar los procesos en cada dependencia gubernamental.

El Código de Conducta para los Funcionarios Públicos entró en vigor en mayo de 2003. El Código ha aprovechado los códigos de conducta existentes y los ha complementado para hacer frente mejor a las circunstancias actuales. También establece detalles específicos para crear una nueva imagen de los funcionarios públicos.

Educación y promoción

Proporcionamos educación sobre la corrupción a estudiantes de escuelas primarias y secundarias, que representan el 30% de la población total del país. Creo que la Comisión, tras consultar con las autoridades educativas pertinentes, podrá redactar un plan de educación amplio y más sostenible. Los oficiales encargados de las inspecciones y del código de conducta en cada organismo están impartiendo capacitación en lucha contra la corrupción a funcionarios públicos.

En cuanto a la asistencia del sector privado, estamos preparando la inauguración del Centro de Apoyo de Ética Institucional, dedicado a aumentar la transparencia de las empresas y las transacciones entre ellas.

Un sistema de cooperación

Los grupos de la sociedad civil son los principales protagonistas de los esfuerzos por dar más valor a una sociedad limpia, la vigilancia de la injusticia y el mantenimiento de la neutralidad política. Nuestra Comisión ha formado un consejo mixto público y privado para examinar sus principales políticas y obtener el apoyo de la sociedad civil.

Superaremos el enfoque convencional de las iniciativas gubernamentales y estableceremos un sistema de cooperación que permita la comunicación recíproca. Estoy seguro de que tales esfuerzos rendirán resultados inestimables.

CONCLUSIONES

He explicado brevemente las estrategias de lucha contra la corrupción de la República de Corea, las funciones principales de KICAC y el papel del sector privado.

Deseo agregar que la mayor participación de la sociedad civil, con una actitud de crítica constructiva y en un plano de igualdad, ayudará a asegurar la eficiencia y la continuidad de las medidas para prevenir la corrupción.

Deseo pedirles que mantengan su interés y estimulen nuestro compromiso y nuestras medidas prácticas para eliminar la corrupción de nuestro entorno social y económico.

INVESTIGACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN GRAN ESCALA

Eva Joly
Asesora Especial del Gobierno de Noruega para la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales

Es un gran honor para mí participar en este día histórico. El caso Marcos a fines de los años 80 puso de relieve, en primer lugar, los problemas que plantea recuperar activos robados por líderes políticos corruptos y devolverlos al pueblo de quien se robaron. Durante mis años como magistrada de investigación, observé que personas condenadas por crímenes económicos en Francia pudieron encontrar refugio en América Latina sencillamente porque no había ningún medio legal de prevenir su fuga. En consecuencia, estoy encantada por el hecho de que hoy se introducen medidas internacionales que pueden abordar esa clase de problemas directamente.

Hoy quisiera centrar la atención en las consecuencias de sólo una de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: el artículo 52, que trata de las personas políticamente expuestas, es decir, de individuos a quienes se han encomendado funciones públicas prominentes. Esa disposición, al reconocer que los asuntos financieros de las personas políticamente expuestas pueden requerir un seguimiento especial, hace más difícil que podamos negar nuestra responsabilidad en las actividades corruptas de nuestros líderes. Hemos oído al Ministro de Justicia de Kenya decir que es uno de los países más corruptos del mundo y que de las arcas del Estado se han saqueado miles de millones de dólares. Y hemos oído al Ministro de Justicia del Perú decir que el Gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori perjudicó las oportunidades de desarrollo económico del Perú al saquear activos públicos que nunca se recuperaron totalmente. En ese caso, el ex Jefe de los Servicios de Inteligencia, Vladimiro Montesinos, efectuó para sus propios fines miles de grabaciones de vídeo secretas de sus sesiones con miembros de cada rama del gobierno, miembros de partidos de la oposición, empresarios, periodistas, funcionarios militares y otros. Su intención fue preservar las pruebas de su corrupción, que luego utilizaría para exigir su cooperación. Sin embargo, esas pruebas también implicaban al propio Montesinos. En efecto, esas grabaciones —que con el tiempo cayeron en manos de las autoridades y están ahora en el dominio público— proporcionan valiosos detalles de cómo funciona una red de un Estado corrupto y cómo se puede controlar un país mediante la corrupción.

La corrupción es un hecho de la vida real que no se puede pasar por alto. El caso de Elf —en el que participé como magistrada investigadora— indicó que los países pueden ser empobrecidos por sus líderes, a veces en situaciones en que las acciones de los líderes ni siquiera están prohibidas por la ley. El caso de Elf también demostró que la corrupción puede ser la práctica comercial común. Encontramos que había tres técnicas que se podían utilizar para enriquecerse en los países donde el poder podía corromperse y había petróleo.

La primera de esas técnicas era la práctica de las compañías petroleras de pagar "extravagantes bonificaciones de firma" por los derechos de exploración y bonificaciones adicionales cuando las empresas alcanzaban los niveles de producción acordados. Esas bonificaciones se consideraron tradicionalmente como una práctica comercial común; pueden ser vistas como una demostración del compromiso de las empresas petroleras de asumir proyectos costosos y a largo plazo. Sin embargo, su desviación,

con la colusión de las compañías petroleras, a las cuentas de individuos en lugar de la Tesorería del Estado es corrupción.

La segunda técnica incluía la extracción de una parte del precio de compra de cada barril de petróleo extraído y su desviación a cuentas bancarias extraterritoriales, fondos para sobornos y compañías ficticias administradas por individuos empleados por Elf. Ese dinero se utilizó para sobornar con efectivo a jefes de Estado, ministros del petróleo, ministros de finanzas y sus asociados en los países productores, todos los cuales tenían sus propias cuentas extraterritoriales y compañías ficticias. En ese momento, a comienzos de los años 90, Elf era la empresa más grande de Francia y estaba controlada por el Estado. Ésa no era una práctica aislada en un único país o región, o practicada por una única empresa. Descubrimos que las compañías petroleras estaban ofreciendo sobornos en efectivo para obtener contratos comerciales en África, América Latina, España, Alemania y la Federación de Rusia.

La tercera técnica es la práctica de hipotecar el petróleo: los futuros ingresos petroleros se hipotecan para hacer préstamos inmediatos al gobierno garantizados por el petróleo. Un gobierno puede utilizar la producción de petróleo futura como garantía de los préstamos cuando tiene escasez de divisas o está en mora en los pagos del servicio de la deuda o cuanto tiene una necesidad urgente de dinero en efectivo para adquirir armas. Esa política, que en sí misma no es ilícita, puede no obstante drenar la riqueza futura de un país, y de hecho lo hace, y, en algunos casos, compromete sus posibilidades de lograr cualquier forma de desarrollo sostenible. Ahora bien, investigamos los negocios de hipotecas del petróleo en casos en que no eran transparentes y no se realizaban a través del Ministerio de Finanzas o el Banco Central, o en que las tasas de interés se manipulaban para producir dinero que se transfería a fondos para sobornos, o en que los ejecutivos de compañías petroleras y personas políticamente expuestas en los países productores se beneficiaban directa y personalmente. Esas prácticas no eran la excepción en muchos de los países que investigamos sino prácticamente la norma.

El artículo 52 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece medidas especiales para vigilar los asuntos financieros privados de las personas políticamente expuestas. Si tales medidas hubieran estado en vigor a comienzos de los años 90, el caso Elf y el saqueo de los recursos estatales de Kenya y Perú quizá no se hubieran producido. Los banqueros involucrados hubieran tenido la responsabilidad de aplicar esas normas y de hacer todas las preguntas que debieron haber planteado pero que no hicieron. La lucha contra la corrupción incluye una mayor transparencia y cooperación de los bancos del sector privado. La historia nos dice que la educación y la conciencia son importantes, pero no suficientes. Para que las normas de prevención, como las del artículo 52, sean eficaces deben establecerse y aplicarse de buena fe.

El artículo 52 estipula que los Estados parte exigirán a las instituciones financieras dentro de sus jurisdicciones que comprueben la identidad de los clientes; adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios de los fondos depositados en las cuentas de valor elevado; e intensifiquen el escrutinio de las cuentas solicitadas o mantenidas por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores.

La recomendación 6 de las 40 Recomendaciones revisadas del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales estipula que, además de los procedimientos ordinarios de diligencia debida, las instituciones financieras deben tener sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si un cliente es una persona políticamente expuesta; obtener la aprobación del personal directivo superior para establecer relaciones comerciales con tales clientes; tomar medidas razonables para establecer la fuente de la riqueza y la procedencia de los fondos; y realizar un mejor seguimiento continuo de la relación comercial.

Personalmente, yo iría más lejos. A mi juicio, una prohibición total del movimiento de grandes sumas de dinero en las cuentas de individuos que ocupan puestos públicos importantes o que han ocupado tales puestos no sería una mala idea. De hecho, tampoco dudaría en aplicar esa prohibición a los directores de las empresas del Esta-

do. No obstante, creo que el artículo 52 de la Convención y la Recomendación 6 tienen un gran futuro y aportarán una contribución sustancial a la búsqueda de una mayor transparencia en los negocios.

Es importante no perder de vista el hecho de que la corrupción no se limita sencillamente a colmar los bolsillos de los que están en condiciones de adquirir ilegalmente bienes del Estado para su propio enriquecimiento. Puede tener consecuencias mucho más letales. En un singular acuerdo entre las Naciones Unidas y un Estado Miembro, se estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona para enjuiciar a los principales responsables de graves violaciones del derecho humanitario internacional y de las leyes de Sierra Leona cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996. El Fiscal Principal del Tribunal, David Crane, ha determinado que el producto de las ventas ilegales de los "diamantes sangrientos" se está utilizando para financiar la guerra civil en Sierra Leona. El Sr. Crane, que también cree que Al Qaeda utiliza el comercio de diamantes para financiar sus operaciones internacionales, se propone encausar a los que se benefician de ese comercio. Se calcula que los diamantes del conflicto representan alrededor del 4% de los 7.800 millones de dólares del comercio anual de diamantes.

Con respecto a la República Democrática del Congo, el Grupo de Expertos encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras riquezas de ese país emitió recientemente un informe que establece la relación entre el comercio ilícito y el enriquecimiento y la persistencia de la guerra civil, que ha causado entre 2 y 3 millones de muertos desde 1998.

Es por esto que todos los Estados Miembros deben poner en práctica cuanto antes el artículo 52 de la Convención. Creo que ésa es la labor más importante que tienen ante sí nuestros países. Tenemos que identificar a los que deben ser vigilados y supervisados y determinar la información que debe comunicarse.

Cabe esperar que, con las nuevas disposiciones establecidas en la nueva Convención, se pueda impedir que las personas que actualmente ocupan una posición que les permite robar patrimonio del Estado vuelvan a hacerlo en el futuro.

CONCLUSIONES

El examen fue sumamente fructífero ya que proporcionó propuestas concretas para los Estados partes y el sector privado respecto de la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Los participantes reconocieron que la lucha contra la corrupción, para tener éxito, requiere una estrategia integrada y a largo plazo que incluya cambios en las esferas política, social y económica.

Los participantes estuvieron de acuerdo en que la lucha contra la corrupción tenía que centrarse en la prevención. La corrupción debe detenerse en su fuente. En particular, se propuso un sistema de controles basados en contrapesos y salvaguardias para mantener y promover *la eficiencia, la eficacia y la integridad de la administración pública.* A pesar de que los esfuerzos autónomos de purificación se consideraron insuficientes, varios participantes mencionaron los efectos salubres de los códigos de conducta con fuerza de ley.

Los participantes recalcaron la importancia de una *judicatura independiente, apolítica e imparcial,* así como una fiscalía fuerte e independiente.

Varios participantes recalcaron el papel importante de los *organismos independientes y fuertes de lucha contra la corrupción,* con un mandato amplio que incluya el enjuiciamiento, la prevención y la concienciación del público.

Ahora bien, los participantes también estuvieron de acuerdo en que ninguna institución o sector podría conducir eficazmente su lucha contra la corrupción por sí solo. Se necesita un *sistema integrado de la colaboración,* que incluya a todas las instituciones activas en la lucha contra la corrupción, incluidas las funciones de auditoría, enjuiciamiento penal, de policía, de supervisión financiera, de la administración pública y de los organismos de supervisión del sector privado.

Además, los participantes reconocieron la necesidad de una participación activa del *sector privado y la sociedad civil* como asociados en pie de igualdad en la lucha contra la corrupción, en particular promoviendo la transparencia en la adopción de

decisiones y el acceso a la información, y un sistema de comunicación en ambos sentidos que promueva la crítica constructiva del gobierno.

Se señaló que la potenciación del público debe comenzar con los jóvenes. Se dijo que los programas de educación en las escuelas secundarias eran un instrumento útil en ese sentido.

Varios oradores señalaron que debía implantarse un escrutinio específico de las personas políticamente expuestas. La declaración del patrimonio y la vigilancia ordinaria de la riqueza de los funcionarios públicos, en particular en las posiciones de alto nivel, se consideraron cruciales en ese contexto.

Además, se propuso el establecimiento de un registro internacional de compañías involucradas en casos de corrupción.

Un gran desafío consiste en tratar la corrupción generalizada bajo regímenes anteriores. A menudo, las mismas instituciones que deben estar a la vanguardia de la lucha contra la corrupción, como el poder judicial y los organismos de represión, deben ser expurgadas primero.

En un mundo globalizado, la acción contra la corrupción requiere un enfoque internacional. En varias intervenciones se recalcó la importancia de que los Estados ratificaran y aplicaran los instrumentos internacionales contra la corrupción. A ese respecto, se consideró que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y en particular el capítulo sobre la recuperación de bienes, constituía un importante logro.

GRUPO 2

LA FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA CREACIÓN DE UNA CULTURA CONTRA LA CORRUPCIÓN

INTRODUCCIÓN

Patricia Olamendi
Subsecretaria para Temas Globales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México

La corrupción es un mal que aqueja a todas las sociedades y que mina a las instituciones. No podemos referirnos a ella de manera unilateral. Son muchos los que afirman que este mal es motivado por quien tiene en sus manos el poder, en una palabra, el gobernante.

Esta afirmación puede ser una apreciación limitada del problema; la corrupción es de dos vías. Para que ésta exista se requiere una persona que esté dispuesta a pedir o recibir y otra que se encuentre motivada a ofrecer o dar, con el fin de verse favorecida en una decisión, o de evadir el cumplimiento de requisitos o, simplemente, de no observar la ley.

Para luchar contra la corrupción se requiere que tanto el gobernante como la sociedad reconozcan los efectos nocivos de este flagelo y se reconozca la necesidad de contar con la participación responsable de ambos para prevenirla y combatirla.

Un gobierno transparente, que ponga a disposición de la sociedad la información con que cuenta, logrará una sociedad más participativa en la toma de decisiones y, por lo tanto, más consciente de la necesidad de respetar la ley y de exigir a sus gobernantes la observancia estricta de la ley.

En ese sentido, la sociedad cumple una función muy importante en la prevención y lucha contra la corrupción. Debemos aceptar, gobernantes y gobernados, la responsabilidad por la corrupción. Sólo así podremos hacer progresos en la prevención y la lucha contra la corrupción.

Es por esto que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción incluye un artículo sobre la participación de la sociedad en las acciones que se establezcan para prevenir y combatir un problema de tal magnitud.

Cuanto más transparente sea el gobierno en su actuar y rinda cuentas de su administración, la sociedad será más responsable y participativa. Dicha participación se potenciaría a través de medidas de concienciación sobre la corrupción; ésta es la idea que consagra la Convención.

El propósito de este grupo es explorar y discutir en detalle el papel potencial de la sociedad civil y de los medios de comunicación en la promoción de una cultura contra la corrupción. En particular, nos gustaría discutir la naturaleza y el alcance de las medidas que podrían facilitar esta participación. Los panelistas compartirán ahora con nosotros algunas de sus experiencias en este contexto, nos ayudarán a identificar algunas lecciones aprendidas y a contribuir a la formulación de medidas preventivas. Cuando los panelistas hayan finalizado sus intervenciones, habrá un período para los comentarios y las observaciones del plenario.

LA FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN LA CREACIÓN DE UNA CULTURA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Peter Eigen
Presidente de Transparencia Internacional

La ocasión es casi festiva en Mérida (México); se trata de la firma de una magnífica Convención por un gran número de Estados, en una sala en que están reunidas muchas personalidades importantes. Transparencia Internacional (TI) se manifiesta complacida por la nueva Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Creemos que es realmente un punto de referencia que servirá de marco para la labor de la sociedad civil y los gobiernos por igual, en sus esfuerzos conjuntos para combatir la corrupción. Las organizaciones de la sociedad civil, en colaboración con los gobiernos, pueden desempeñar un papel muy importante para que esta Convención sea una realidad en el futuro.

La cuestión más importante que deseo plantear es que necesitamos tomar de inmediato la iniciativa para vigilar la aplicación de esta Convención. Deseo ofrecerles la plena participación y el apoyo de TI para preparar esa clase de trabajo, un cometido que es totalmente necesario para conferir eficacia a esta importante Convención. Para ilustrar lo que creo debe ser la función de las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación en ese proceso, me referiré brevemente a un momento hace precisamente siete años, cuando la comunidad internacional dio un importante paso para cambiar el sistema jurídico relativo a la corrupción internacional en la reunión para la firma del Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

Vale la pena recordar que sólo uno o dos años antes de la firma del Convenio de la OCDE, en 1997, el Banco Mundial no estaba interesado ni en la corrupción ni en ayudar a sus Estados Miembros a combatir la corrupción. En ese momento, tanto los gobiernos como las instituciones internacionales no habían logrado tratar la corrupción, en particular en el escenario internacional, porque había una asimetría fundamental entre la magnitud de la corrupción y su capacidad para establecer normas reglamentarias. Había también una asimetría porque muchos gobiernos tenían jurisdicción sólo en una zona geográfica pequeña y operaban con un horizonte cronológico limitado. Asimismo, limitados por los grupos a los que tenían que servir, no fueron capaces de detener una tendencia que, en los decenios recientes, hizo de la corrupción uno de los males más devastadores y generalizados de la sociedad mundial.

En ese momento, el Banco Mundial, cautivo de los gobiernos de sus Estados miembros, no pudo combatir la corrupción, que era aceptada por prácticamente todos como un mal necesario del mercado internacional. También había fracasado el sector privado, que tenía el alcance mundial del que normalmente carecían los gobiernos, a diferencia de las grandes empresas multiculturales, que realizaban operaciones en todo el mundo. El sector privado tenía el dilema del cautivo: una empresa podía perjudicar a sus competidores mediante el soborno; si trabajaba unilateralmente para aplicar normas de integridad más altas, perdería contratos y amenazaría su propia existencia económica. En consecuencia, una exhortación a la ética y la responsabilidad social del sector privado era inútil.

De modo que fue necesario cambiar las actitudes tanto del sector privado como de los gobiernos. Con el liderazgo de la Cámara de Comercio Internacional y las Naciones Unidas, se hizo un primer intento de redactar una convención internacional contra la corrupción. Lo que se necesitaba era un tercero, un tercer protagonista, un actor que pudiera aportar confianza, integridad, coraje y una red internacional, para empezar a redactar el marco habilitante para que los gobiernos y el sector privado hicieran lo correcto, es decir, abandonaran el soborno y combatieran la corrupción dondequiera que mostrara su maligna presencia.

No debe sorprenderles que soy un gran partidario de asignar una función poderosa a las organizaciones de la sociedad civil. Cuando hablo de la sociedad civil, incluyo a los medios de comunicación como parte de la lucha contra la corrupción.

Entonces, ¿cuáles son las ventajas que ofrecen las organizaciones de la sociedad civil? TI tiene en este momento una red internacional de centros nacionales en cerca de 90 países. Sobre la base de su propia experiencia y autoridad, esos centros nacionales, en coalición con sus asociados y los gobiernos, diagnostican el problema de la corrupción en sus propias sociedades y desarrollan ideas sobre cómo resolver las debilidades de sus sistemas de integridad nacionales. Lo que es sumamente importante es la comprensión por la sociedad civil de la realidad de la corrupción. El reto consiste en hacer que la sociedad civil aproveche al máximo esas ventajas para convertirse en un asociado válido.

¿Qué significa eso para la nueva Convención? La Convención es un maravilloso paso adelante. Crea un marco mundial dentro del cual la sociedad civil puede seguir su importante trabajo, en particular en las nuevas esferas de la recuperación de bienes, la asistencia judicial recíproca y el intercambio de información y el suministro de asistencia técnica a los signatarios que no tienen los recursos necesarios para cumplir los requisitos de la Convención; todos estos son elementos positivos de la Convención. Pero hay también puntos débiles, esferas que necesitan un desarrollo ulterior; y es precisamente en esas esferas en que las organizaciones de la sociedad civil pueden desempeñar una función muy creativa, dinámica y potente. Incluyen, principalmente, esferas en las que ciertas cláusulas importantes han quedado como no vinculantes, por ejemplo, la corrupción en el sector privado. Además, el texto bastante fuerte de la financiación de los partidos políticos en los primeros proyectos de la Convención se eliminó en el texto final. En general, toda la cuestión de la corrupción política es un aspecto débil de la Convención. Es en esa esfera donde las organizaciones de la sociedad civil pueden ir más allá de los actores tradicionales de la gobernanza mundial, es decir, los gobiernos y sus instituciones, pero también el sector privado, para determinar si no tenemos que dar un paso más, si no tenemos que desarrollar normas de cumplimiento obligatorio en esa esfera.

Una de las lagunas más importantes de la Convención es la ausencia de un sistema rápido y vigoroso para vigilar su aplicación. El proceso de aplicación es absolutamente necesario. Transparencia Internacional ha adquirido experiencia en varias convenciones internacionales en las que ha participado muy activamente, como los convenios regionales, incluidos los del Consejo de Europa o de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el hemisferio occidental, o la más reciente convención de la Unión Africana y, más importante aún, la convención para combatir el soborno de la OCDE. Todos esos instrumentos nos han enseñado muchas lecciones sobre la importancia de la experiencia concreta que se está desarrollando, los estudios que se están realizando y las verificaciones en marcha para determinar si los Estados signatarios están en verdad cumpliendo sus obligaciones.

En esa esfera, sugiero que TI movilice la experiencia y obtenga la participación de las instituciones que están dispuestas a ayudar a evaluar algunas de las cuestiones que necesitamos abordar en preparación de la primera reunión de la Conferencia de los Estados partes en la Convención, de manera que éstos puedan empezar su trabajo sin demora.

Hay ciertos temas que deben tratarse durante el proceso preparatorio; a este respecto, las organizaciones de la sociedad civil que asisten a la Conferencia se reunirán más tarde para iniciar su examen. El primero es la cuestión de cómo ayudar a los Es-

tados a prepararse para la ratificación, incluida la adopción de los cambios necesarios en sus leyes nacionales. En segundo lugar está la cuestión de prestar asistencia para el fomento de la capacidad a fin de que los Estados puedan poner en práctica programas eficaces contra la corrupción. Tercero, hay que promover una uniformidad razonable entre las leyes y los reglamentos que se aplicarán. Cuarto, es necesario mejorar los canales para comunicar las denuncias de corrupción y, quinto, para seguir aumentando la toma de conciencia por el público. Sexto, es esencial coordinar el proceso de examen de diferentes convenciones y evitar la duplicación. Séptimo, es importante que los Estados signatarios obtengan insumos de grupos no gubernamentales, como TI, otras organizaciones de la sociedad civil y el sector privado, y su compromiso de participar en ese empeño.

Eso incluirá, en gran medida, la realización de investigaciones para comprender mejor algunas de las cuestiones importantes que regula la Convención, como la recuperación de bienes, pero también incluirá algunas de las funciones tradicionales de las organizaciones de la sociedad civil, como la aportación de su credibilidad y la flexibilidad para seguir, vigilar y evaluar lo que está sucediendo en muchas partes del mundo. Eso puede facilitar la aplicación efectiva de las disposiciones de la Convención en todo el mundo. Es en ese contexto que TI, por ejemplo, asignará una prioridad muy alta a la cuestión de la corrupción política. En realidad, el tema del *Informe de la Corrupción Mundial 2004* de TI, que se publicará el 25 de marzo de 2004, es exactamente el de la corrupción política, ya que nosotros sabemos que ningún país del mundo ha encontrado una solución ideal al problema de la financiación de los partidos políticos.

En lo que se refiere a la función del sector privado en la corrupción, TI participa a fondo en el seguimiento de la Convención de la OCDE. TI también trabaja con el sector privado en los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno. TI está consultando con grupos de personas de diversos sectores para comprometerlos en lo que denominamos "pactos de integridad", en virtud de los cuales grupos que normalmente compiten entre sí por proyectos importantes hacen un conjunto de promesas para combatir la corrupción, que se fortalecen mediante un "pacto de integridad", incluidas las sanciones y la inclusión en la lista negra si una parte paga o acepta un soborno. Eso hace la competencia más transparente y es mucho más arriesgado sobornar en tal contexto.

Transparencia Internacional, desde luego, seguirá trabajando para aumentar la toma de conciencia. Es sorprendente la repercusión que tiene la publicación de nuestro Índice de las Percepciones de la Corrupción. TI seguirá comparando la propensión de empresas de diversos países a ofrecer sobornos en el mercado internacional, como se refleja en nuestro Índice de los que pagan sobornos, publicado por última vez en 2002. TI también ha encargado un Barómetro Anual de la Corrupción Mundial, que examina las instituciones donde la corrupción es más rampante a nivel nacional y las actitudes del público en general frente a la corrupción y sus efectos.

Los centros nacionales de TI en los diversos países de mundo harán todo lo posible para vigilar lo que hacen sus gobiernos y lo que hacen sus sectores privados, para asegurarse de que los objetivos de la nueva Convención de las Naciones Unidas se traduzcan en acciones concretas. Asignaremos prioridad muy alta a esta tarea, que representará una pesada carga para los recursos de TI, pero estamos dispuestos a realizar el esfuerzo porque apreciamos profundamente la alianza con las Naciones Unidas, que han realizado este extraordinario esfuerzo cuyos resultados cosechamos hoy. Estamos muy interesados en seguir trabajando con patrocinadores bilaterales que puedan tener interés, en particular, en la rápida aplicación que estamos tratando de lograr.

Ha habido muchas organizaciones no gubernamentales que han transgredido considerablemente sus mandatos, que no son ellas mismas transparentes, donde la rendición de cuentas es deficiente y donde las personas no saben de dónde proviene su legitimidad. TI cree que las organizaciones de la sociedad civil tienen que afirmarse, no sólo en la lucha contra la corrupción sino también en otros campos de la gobernanza. Tienen que fortalecer su propia transparencia y responsabilidad, y reforzar

sus propias capacidades para poder aportar una contribución real y sustantiva, no sólo tratando de reflejar los criterios y las quejas de la sociedad popular sino también procurando colaborar a los niveles más altos con unidades de investigación, grupos de estudio y organizaciones internacionales para adquirir competencia en este campo complejo. Las organizaciones de la sociedad civil tienen que aprender, igual que TI ha aprendido en el pasado, a forjar coaliciones. El destrozo de las ventanas de McDonald no es la respuesta. Es mucho más importante estar armado con buenos argumentos que puedan tener repercusiones en un foro como el presente. Éste es el reto para las organizaciones de la sociedad civil.

La sociedad civil debe procurar que se la considere como un asociado que complementa los esfuerzos de otros actores en el campo de la gobernanza mundial, asegurando que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se convierta en una realidad.

LA FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA CREACIÓN DE UNA CULTURA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Dileep Nair
Secretario General Adjunto de Servicios de Supervisión Interna de las Naciones Unidas

No puede exagerarse la función de la sociedad civil y unos medios de comunicación libres e independientes en la promoción de la buena gobernanza en un país dado. En este momento en que los Estados Miembros se reúnen aquí en Mérida para firmar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sabemos que el reto de aplicar las medidas especificadas en ella es extraordinario. La participación en esos esfuerzos de grupos de la sociedad civil, incluidos los medios de comunicación, es esencial para combatir la corrupción y, utilizando las palabras de la Convención, para mejorar la transparencia y promover la contribución del público en la adopción de decisiones a los niveles nacional e internacional.

La Convención misma insiste firmemente en la necesidad de que los Estados permitan la participación activa de los individuos y los grupos fuera del sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones comunitarias, en las actividades de prevención y lucha contra la corrupción y en el aumento de la toma de conciencia con respecto a la existencia, las causas, la gravedad y las amenazas de la corrupción. Unos medios de comunicación libres e independientes, desde luego, pueden exponer la corrupción y ayudar a proporcionar al público acceso a la información esencial sobre los órganos establecidos para recibir la notificación de los incidentes.

Con el transcurso de los años, las Naciones Unidas han fortalecido su alianza con organizaciones de la sociedad civil para alcanzar sus metas en la lucha contra la corrupción. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo trabajan incansablemente para impulsar los esfuerzos de la sociedad civil encaminados a aumentar la transparencia y la responsabilidad de las instituciones nacionales.

El desempeño de una función protagónica en la lucha contra la corrupción obliga a las organizaciones de la sociedad civil en todas partes a transmitir mensajes creíbles de transparencia, integridad y buena gobernanza. Las organizaciones de la sociedad civil, por consiguiente, deben adherirse a los códigos de conducta e instituir mecanismos de reglamentación autónomos para asegurar la credibilidad en sus cometidos.

Las Naciones Unidas mismas están *abogando por la integridad y buena gobernanza* dentro de la Organización mediante el programa del Secretario General de reforma e insistencia en la transparencia y en las actividades de concienciación. La integridad es un valor fundador consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, los funcionarios de las Naciones Unidas señalaron recientemente que la integridad es el más importante de los tres valores básicos de toda organización; los otros dos son el profesionalismo y el respeto de la diversidad.

Para proteger y reforzar la integridad de los funcionarios de las Naciones Unidas, en mayo de 2003 la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, en colaboración con varios otros departamentos y oficinas de las Naciones Unidas, puso en marcha la Iniciativa de Integridad de la Organización. La meta de la Iniciativa es fortalecer la inte-

gridad como un valor central en virtud del cual los funcionarios actúan y trabajan en armonía con las directrices sobre el comportamiento ético.

La primera fase de la Iniciativa fue financiada con cargo a una donación del Gobierno de Noruega. Eso ha posibilitado la elaboración de un programa integral, compuesto de tres componentes.

El primer componente es la formación de capacidad. Para fortalecer la capacidad de los funcionarios ejecutivos y de categoría superior, en junio de 2003 se celebró, en la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard, el Programa para Ejecutivos sobre el Control de la Corrupción y la Integridad de la Organización. Participaron en el programa quince funcionarios de las Naciones Unidas de categoría superior. Funcionarios con responsabilidades de supervisión impartirán capacitación específica encaminada a fortalecer el comportamiento ético y la integridad profesional. Además, la Oficina de Gestión de los Recursos Humanos está elaborando una serie de módulos de capacitación sobre ética para funcionarios a todos los niveles, a fin de complementar los programas de aprendizaje en curso.

El segundo componente es una actividad de evaluación de las necesidades — que se realiza mediante una Encuesta de Percepción de la Integridad— para medir la percepción por los funcionarios de la situación de la integridad en la Secretaría. La encuesta también procura destacar la brecha percibida entre las políticas establecidas y el comportamiento real del personal. Servirá de base para identificar y elaborar estrategias y programas a nivel de todo el sistema en respuesta a las necesidades expresadas. Además, la encuesta establecerá un punto de comparación para medir la eficacia de los programas de la Iniciativa mediante futuras encuestas.

Se contrató a una empresa de consultaría internacional independiente para realizar la encuesta entre todos los funcionarios de la Secretaría en todo el mundo, con absoluta confidencialidad, a finales de enero y principios de febrero de 2004. Se pondrán en marcha estrategias y programas conexos para resolver los problemas identificados por la encuesta.

Por último, el tercer componente es una extensa campaña de proyección exterior y comunicación que se realizará en colaboración con el Departamento de Información Pública para aumentar la conciencia de los funcionarios a todos los niveles acerca de la importancia de la integridad y las metas de la Iniciativa.

Un reto obvio para el futuro es asegurar que la Iniciativa tenga unas repercusiones sostenidas en toda la Secretaría. La Organización, por consiguiente, mantiene un enfoque de colaboración para asegurar que el fortalecimiento de la integridad abarque a todos los interesados directos y que se aproveche la experiencia a través de alianzas estratégicas con otras oficinas y programas de las Naciones Unidas.

Una meta principal es hacer que los funcionarios, a todos los niveles, destaquen la importancia de la integridad. Eso se está logrando mediante una variedad de instrumentos de publicidad, como las conferencias, los materiales impresos y electrónicos y otros acontecimientos. La meta a largo plazo es, naturalmente, asegurar que la integridad tenga un papel preponderante en la Organización en los años venideros. El reto es incorporar la inquietud por la integridad en forma permanente en el programa de trabajo de la Secretaría.

Como tantas otras organizaciones de todo el mundo, tanto privadas como públicas, estamos aprendiendo y experimentando a medida que avanzamos, ansiosos por intercambiar nuestras experiencias con otros y decididos a fortalecer nuestras operaciones para que las Naciones Unidas puedan cumplir sus mandatos singulares de la manera más eficaz posible.

LA FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA CREACIÓN DE UNA CULTURA CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA EXPERIENCIA DE ESPAÑA

Carlos Castresana
Fiscal encargado de la lucha contra la corrupción, España

Antes de comenzar, quiero agradecer a la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y a la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito la oportunidad de dirigirme a ustedes.

Debo destacar, en primer lugar, la importancia de la Convención contra la Corrupción que se abrió a la firma y ratificación de los Estados en el día de ayer. La aprobación de esta Convención supone el reconocimiento de que la corrupción se ha convertido en un problema delictivo de primer orden, y de que, además, presenta un creciente carácter transnacional. Por lo tanto, sólo puede ser combatida efectivamente mediante la cooperación internacional. La Convención contiene varios mecanismos para la cooperación entre los Estados, incluida la colaboración entre las autoridades judiciales de los diferentes Estados para la extradición, para la recuperación de bienes robados al Estado, la eliminación del secreto bancario, y los mecanismos de prevención y de colaboración de la sociedad civil y los medios de comunicación en una lucha que es de todos. Gracias a estos mecanismos, en los próximos años lograremos resultados mejores que los obtenidos hasta ahora. Con esta Convención se ofrece a los operadores jurídicos un conjunto de herramientas valiosísimas. La corrupción no respeta las fronteras nacionales. Las pruebas y los recursos económicos producto de los delitos de corrupción suelen encontrarse dispersos en países distintos de aquellos donde se cometieron los delitos. La Convención permitirá tender puentes hasta ahora inexistentes.

La corrupción suele ser abordada como una enfermedad, como un mal en sí misma, pero lo cierto es que se trata sólo de un síntoma del verdadero mal que está detrás. Hay que identificar las causas y las consecuencias de los problemas subyacentes.

Son dos las enfermedades que propician la aparición de la corrupción. La primera es eminentemente personal: la avaricia, la ambición, el ansia de poder. Se trata de la corrupción irónicamente reflejada por Groucho Marx cuando señaló: "La clave del éxito en los negocios es la honradez: si consigues prescindir de ella, está hecho". Posiblemente no podamos eliminar esta causa, que quizá sea inherente a la naturaleza humana. Pero sí podemos combatir sus manifestaciones más perniciosas, extremadamente perjudiciales para el conjunto de las sociedades humanas. La segunda causa está mucho más extendida y es más grave: la pobreza y el subdesarrollo. También ha sido gráficamente definida, esta vez por Bertold Brecht: "La honradez empieza con el estómago lleno". En la pobreza radica el principal círculo vicioso de la corrupción. El subdesarrollo propicia y establece las condiciones para que la corrupción se generalice en las sociedades. La presencia endémica de la corrupción constituye el freno más severo para el desarrollo de los pueblos.

Estas dos causas deben tenerse en cuenta a la hora de abordar la prevención y la represión de la corrupción, porque las normas y su aplicación deben estar adaptadas a la realidad social que pretenden regular. Y en esa perspectiva, es imprescindible entender que las leyes penales no afectan por igual a los funcionarios públicos y a los operadores económicos de sociedades prósperas y desarrolladas y a los de países que padecen un retraso importante. Los primeros tienen poco que ganar y mucho

que perder con la corrupción. Para los segundos es todo lo contrario. La falta de respuesta de los Estados ante la corrupción y la apariencia de impunidad que acompaña muchas veces sus manifestaciones más graves constituyen una invitación a la proliferación de tales conductas.

La corrupción, además, ha cambiado algunas de sus características esenciales y se ha agravado en los últimos años como consecuencia de la globalización. La progresiva desaparición de las fronteras políticas, económicas, arancelarias e incluso geográficas ha producido una creciente presencia y capacidad de influencia de las grandes corporaciones, lo que ha causado, incluso en las sociedades más democráticas, una creciente desviación del centro de adopción de las decisiones fundamentales desde las instituciones representativas hacia los mercados. De las 100 mayores economías del mundo, actualmente 51 son empresas. Ello supone que algunas multinacionales son más poderosas que muchos Estados. En tales condiciones, es obvio que ciertos Estados no podrán abordar seriamente la lucha contra la corrupción sin un decidido apoyo de la comunidad internacional. La globalización, con la liberalización del comercio que trae consigo y el consiguiente incremento de las transacciones internacionales, ha propiciado además el paradójico efecto de que Estados y empresas que no son corruptos dentro de sus fronteras sean, sin embargo, corruptores fuera de ellas. No se trata de frenar o impedir la globalización, que por otra parte es irreversible, y tiene además manifestaciones muy positivas. Se trata más bien de reconsiderar algunos de los cambios realizados y revertirlos cuando se constate que han tenido consecuencias negativas.

Así, el libre comercio ha eliminado casi todas las restricciones a las transacciones financieras procedentes de los paraísos fiscales o destinadas a ellos, pero tal libertad, en principio positiva, tiene que ser matizada a la vista de su consecuencia: el lavado de dinero procedente de actividades ilícitas que, según el Banco Mundial, ha alcanzado una cifra que puede oscilar entre el 2% y el 5 % del producto interno bruto mundial. Las transacciones puramente financieras representan 50 veces el volumen de las correspondientes al comercio de bienes y servicios.

La corrupción y la delincuencia organizada que azotan al tercer mundo proporcionan beneficios al mundo desarrollado. Según fuentes del Congreso norteamericano, los cinco principales bancos de los Estados Unidos reciben anualmente 500.000 millones de dólares de origen ilegal. Otro ejemplo es el de la República Democrática del Congo. Según los informes de expertos de las Naciones Unidas, son principalmente empresas europeas y norteamericanas las que están obteniendo los beneficios de la explotación ilegal de los recursos naturales de ese país desangrado por una guerra inacabable. A pesar de que esas empresas realizan sus transacciones en contravención de las normas de la OCDE, no hay constancia de que hayan ido sancionadas por sus respectivos Estados.

Los ciudadanos, que componen la llamada sociedad civil, son quienes pagan la corrupción de los gobiernos y las empresas; de los primeros, porque recaudan impuestos que son después distraídos en interés particular. De las segundas, porque las empresas cargan en el precio final de sus productos lo que han pagado como soborno a los gobernantes o a los partidos políticos.

La respuesta debe venir de los tribunales de justicia. Sin embargo, tal respuesta no se producirá sin una adecuada aplicación de las disposiciones del artículo 11 de la recién aprobada Convención. Se necesita un poder judicial eficaz, capacitado pero, sobre todo, independiente. En cuanto a los fiscales, sobre quienes recae en la mayor parte de los países la responsabilidad de la investigación y la iniciación de acciones judiciales contra la corrupción, deben disfrutar de idéntico nivel de independencia en el ejercicio de sus funciones. La investigación parece indicar que algunos de los principales casos de corrupción se producen en el sector de la justicia. Por lo tanto, es imposible que la respuesta institucional sea la adecuada si los encargados de investigar dependen jerárquica y funcionalmente de los investigados. En los casos en que no sea posible garantizar la independencia funcional de los fiscales, será imprescindible establecer mecanismos alternativos que posibiliten el ejercicio de la acción penal por parte de los perjudicados por el delito y de la sociedad civil.

El artículo 13 de la Convención insta a los Estados partes y a sus ciudadanos a que compartan la responsabilidad de la lucha contra la corrupción. La sociedad civil, organizada adecuadamente, supone hoy en día una alternativa real y efectiva al déficit democrático que padecen muchos Estados en los que las instituciones representativas han perdido buena parte de su capacidad de iniciativa, crítica y control de la actividad pública. Transparencia Internacional es el mejor ejemplo de una organización de la sociedad civil efectiva, dedicada a combatir la corrupción.

Los ciudadanos que son miembros de organizaciones no gubernamentales, tienen un papel fundamental en la lucha contra la corrupción. Como electores, los ciudadanos constituyen una vía de presión fundamental que puede condicionar la actuación y las decisiones de los gobernantes. Como consumidores, pueden influir decisivamente en la exigencia de transparencia a las empresas. Los gobernantes, enfrentados a la disyuntiva de satisfacer los intereses generales o los intereses particulares de quienes financian sus campañas electorales, suelen inclinarse por estos últimos a menos que la presión que reciban de la sociedad civil sea capaz de impedirlo.

Para condicionar decisivamente la acción de los gobiernos, la sociedad civil debe constituirse en lo que conocemos como la opinión pública. La opinión pública no es otra cosa que la sociedad civil debidamente informada. Otros actores fundamentales que pueden cumplir una función activa en la lucha contra la corrupción son los medios de comunicación. Los medios de comunicación son uno de los instrumentos que necesitamos para eliminar la corrupción. Es fundamental, como complemento de lo que dispone la recién nacida Convención, que los Estados partes garanticen efectivamente la libertad de información. Muchas veces, donde las insuficiencias legales, las inmunidades y privilegios, la falta de cooperación internacional o la falta de medios humanos y materiales para enfrentar casos de corrupción de personas muy poderosas política o económicamente hacen imposible la actuación de los tribunales de justicia, los medios de comunicación se erigen en verdaderos tribunales alternativos, los tribunales de la opinión pública, que han sido capaces a veces de conseguir resultados extraordinariamente eficaces contra la corrupción.

La aportación de los medios de comunicación a la lucha contra la corrupción tiene tres condiciones esenciales. Primero, la información no debe tener más límites que el respeto irrestricto de la verdad, y los derivados de la deontología profesional de los periodistas. Segundo, debe garantizarse el secreto profesional y el derecho- deber de preservar las fuentes de información. Y tercero, el acceso de los periodistas a cualquier información de interés general con las únicas excepciones, determinadas legalmente, que deriven de la consideración estricta del secreto oficial. En el ámbito de los procesos penales, por ejemplo, deben mantenerse secretas únicamente aquellas diligencias, como los registros domiciliarios o las intervenciones telefónicas, que por su propia naturaleza son confidenciales y de cuya preservación, por el tiempo que sea imprescindible, depende el éxito de la investigación; pero todo lo demás, con el respeto debido a la presunción de inocencia y a la intimidad de las personas, debe estar en el dominio público.

Cabe señalar, sin embargo, otra cuestión esencial relativa a los medios de comunicación y la corrupción: la posibilidad de corrupción de los propios medios de comunicación. La globalización está haciendo desaparecer los medios de información pequeños. Los tiempos heroicos del periodismo pertenecen al pasado. La concentración del poder económico en grandes grupos multimedia internacionales hace peligrar la libertad y el pluralismo informativo. La mayor parte de los ciudadanos se informa casi exclusivamente a través de la televisión, y ésta, tanto pública como privada, con frecuencia carece de transparencia, tanto en los contenidos informativos como en cuanto a las personas o grupos que ostentan sobre tales medios intereses o participaciones de control. Los Estados deben facilitar acuerdos que aseguren la pluralidad en las estaciones de televisión y otros medios de comunicación públicos.

Demasiadas veces estos medios se han visto reducidos a la condición de medios de propaganda de los gobiernos respectivos, de los que la información veraz está manifiestamente ausente. Los medios de información públicos a veces han sido controlados por los políticos y están sujetos a procedimientos de licencia o concesión adminis-

trativa. El poder que han obtenido en los últimos años podría darles más independencia, pero por lo general los grandes monopolios periodísticos también están sujetos a presiones políticas. Sin embargo, la fuente de poder más efectiva de los medios de información es, más que lo que publican, lo que saben y ocultan. Es imprescindible, pues, destacar la importancia de la transparencia de los medios de comunicación y sus responsabilidades frente al público. En los últimos años se han venido derogando las leyes *anti-trust* que impedían la concentración de las acciones de los grandes medios de información en manos de un solo accionista. Esto es un grave error, ya que la abolición de la pluralidad y la libertad de información son contrarias a los principios, los ideales y los cimientos de la democracia. En toda sociedad en que las empresas o los grupos de influencia condicionan el periodismo, la corrupción se desarrolla, oculta en las sombras de las sociedades humanas.

Cuando están involucrados en investigaciones penales, los mismos grupos utilizan cada vez más su predominancia en los medios de información para defender sus procedimientos y distorsionar la verdad. Esas acciones desacreditan las acciones legales iniciadas contra ellos y socavan la credibilidad personal y profesional de los jueces y fiscales encargados de su enjuiciamiento. Esos actos fueron comunicados por Giovanni Falcone hace más de 15 años y desde entonces se han usado repetidas veces. Los Estados deben ser conscientes de ello. La efectiva independencia del poder judicial y la imparcialidad del ministerio fiscal requieren también un estatuto jurídico que asegure a los funcionarios que persiguen la corrupción la necesaria y debida protección frente a ataques injustificados por parte de los inculpados y los medios de información.

Además, cuando se producen esos ataques, son las instituciones las que deben responder en defensa de sus acciones.

La respuesta al desafío de la corrupción debe incorporar a la sociedad civil y a los medios de comunicación. Sólo con ellos podrá alcanzarse el equilibrio, para los gobernantes, entre la presión de quienes les dieron el dinero para sus campañas y quienes les dieron el voto. La Convención recién aprobada establece los cauces para que esa incorporación sea efectiva y decisiva. Sólo entonces podrá empezar a superarse el actual modelo de desarrollo que, lejos de reducir las enormes diferencias entre los pueblos del mundo, la incrementa. Ese modelo no es sostenible; compromete el futuro de todos, y por tanto, debe ser rectificado. Si somos capaces de aprovechar todas sus posibilidades, esta Convención nos sitúa en el buen camino para conseguirlo.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA FUNCIÓN CRUCIAL DE LA SOCIEDAD CIVIL

Prashant Bhushan
Campaña nacional en pro del derecho del pueblo a la información, India

Nadie puede dudar que la corrupción entre los funcionarios públicos es uno de los más graves problemas que el mundo enfrenta hoy. Ése es el caso especialmente en los países en desarrollo, donde el problema es más grave. La corrupción no sólo conduce a la pérdida de fondos públicos originalmente asignados a servicios públicos y desarrollo, sino que también tiene otras influencias negativas. Un ex Primer Ministro de la India estima que el 85% de los fondos públicos desaparece como resultado de la corrupción. Aun los fondos que se gastan efectivamente en obras públicas y desarrollo a menudo se gastan en proyectos que quizá no favorezcan el interés público. La mayoría de esos proyectos se seleccionan para optimizar la posibilidad y la escala de los sobornos. Son generalmente grandes proyectos centralizados, donde el dinero fluye a los grandes contratistas a través de una fuente central. Ésa es una de las razones por las que los gobiernos corruptos promueven proyectos centralizados enormes, aunque no sean realmente en beneficio de los pobres. Los grandes proyectos de represas y de riego en la India son un buen ejemplo a este respecto. Esos proyectos no benefician a los pobres. Por el contrario, muchas personas quedan desplazadas y sin vivienda como resultado de tales proyectos, que a menudo benefician a los ricos, especialmente a las grandes empresas. Otra de las razones por las que son promovidos por el gobierno es la oportunidad que ofrecen para los grandes sobornos centralizados. Inevitablemente, eso conduce al crecimiento de las empresas corruptas. Esas empresas poseen poderes enormes, y esto perpetúa el ciclo de la corrupción y mina la responsabilidad de las instituciones. Además, conduce a una mayor alienación de los pobres y socava la democracia.

Los fondos ilícitos adquiridos por los funcionarios públicos corruptos y el poder que esto les confiere fortalecen su situación en el cargo. El dinero ganado por medios ilícitos es uno de los factores principales que garantizan la reelección de los políticos.

La gravedad del problema se puede observar en la India, donde un Ministro del Estado de Punjab ha sido acusado de enriquecimiento ilícito. El volumen total de los bienes excedía el monto de los presupuestos anuales de educación y salud del estado. También se ha calculado que los fondos ilegítimos de los ciudadanos indios en cuentas en bancos extranjeros equivalen al producto nacional bruto total de la India.

La corrupción puede causar una falta de transparencia e instituciones débiles que no son responsables ante su pueblo. Eso conduce a más corrupción y a la potenciación de funcionarios corruptos y empresas corruptas. Posteriormente, eso aumenta el empobrecimiento y la alienación de los pobres y marginados. Las causas principales responsables del crecimiento y la institucionalización de la corrupción son una cultura de ocultación combinada con una falta de transparencia e instituciones débiles, incluidos los organismos que investigan la delincuencia, y una judicatura que no rinde cuentas. A menudo el régimen jurídico para combatir la corrupción es débil. Sin embargo, en la mayoría de los casos, incluso en la India, el régimen jurídico ha sido debilitado por las instituciones corruptas.

La India tiene una ley amplia y fuerte contra la corrupción y, sin embargo, muy pocos de los innumerables funcionarios públicos corruptos son aprendidos y sometidos a la justicia. Eso se debe en parte a una cultura de la ocultación, que proviene de no tener

una ley adecuada para dar vigencia al derecho a la información y a la persistencia de la Ley del secreto oficial de la época colonial. Esa Ley tipifica como delito la conducta de los funcionarios públicos que revelan cualquier información que hayan adquirido en su capacidad oficial, todo lo contrario de las disposiciones de una ley de protección de los denunciantes. Tales leyes dificultan la detección de la corrupción. Una corrupción igualmente importante, de raíces profundas y generalizada, también ha afectado a los organismos de represión y a su judicatura. En consecuencia, es más fácil para los corruptos evitar la responsabilidad y el castigo, si alguna vez son enjuiciados.

Una campaña eficaz sobre el derecho a la información a cargo de la sociedad civil ha dado lugar a la promulgación de leyes de transparencia por muchos estados y por el Parlamento Nacional. Sin embargo, en la mayoría de los casos esas leyes no son suficientemente fuertes y niegan invariablemente el acceso a los archivos oficiales y la correspondencia de los funcionarios públicos. Es más, la aplicación de esas leyes es todavía deficiente, en particular en ciertas regiones del país donde no hay una sociedad civil fuerte y organizada. También ha habido tentativas de reformar y fortalecer las instituciones encargadas de la rendición de cuentas. Recientemente, como resultado de la intervención de la Corte Suprema, el organismo principal que investiga la corrupción se ha liberado del control directo del Gobierno y ha sido colocado bajo la supervisión de una Comisión de Vigilancia estatutaria independiente. La corrupción ha infiltrado el poder judicial, que en gran parte no funciona debido a una sobrecarga de trabajo. Aunque el problema de la judicatura se reconoce en todo el mundo, no hay ningún movimiento organizado de las sociedades civiles para promover las reformas judiciales. Los que ocupan puestos de poder en gran parte son corruptos y saben que un poder judicial corrupto y que no funcione les permitirá escapar al castigo, aun cuando se los capture. Otro problema es la opacidad de algunos centros financieros internacionales, en particular los ubicados en paraísos fiscales, que proporcionan métodos fáciles y seguros para obtener y retener la riqueza ilícita.

Posibles soluciones y la función de la sociedad civil

Del análisis anterior se desprenden posibles soluciones al problema y la función crucial que la sociedad civil desempeña en su puesta en práctica. Quedó claro de la experiencia de la Campaña nacional en pro del derecho del pueblo a la información (NCPRI) que la transparencia en todos los aspectos de la función pública es, con mucho, la medida más importante para disuadir la corrupción, particularmente cuando se la combina con una sociedad civil organizada y atenta. Si el pueblo tuviera conocimiento de las transacciones oficiales que tienen lugar, sería cada vez más difícil ocultar la corrupción. Las audiencias públicas Jan Sunvais, organizadas por NCPRI, por ejemplo, demuestran que la exposición pública obliga a los funcionarios corruptos a rendir cuentas.

Para dar una imagen más clara del problema de la actualidad, sería útil mostrar cómo se utilizaron las audiencias públicas anteriores para exponer la corrupción en la India. Los que tengan interés pueden obtener una historia detallada de la campaña en pro del derecho a la información en la India. Las audiencias públicas se han utilizado para exponer la corrupción en la ejecución de diversas obras de desarrollo en pueblos como Panchayats y su distrito municipal. Antes de tales audiencias, voluntarios de la NCPRI juntaron registros y documentos oficiales (principalmente cuentas y detalles de los trabajos realizados) en relación con los proyectos de desarrollo de caminos, vivienda para los pobres, planes de generación de empleo y pequeños proyectos hídricos. Esos registros fueron examinados por voluntarios (que verificaron si los trabajos inscritos en los registros oficiales en verdad se habían realizado y si se habían pagado todos los salarios). En la mayoría de los casos, la información incluida en los registros oficiales no coincidía con la información obtenida sobre el terreno. Se celebró una audiencia pública después de una considerable campaña de publicidad en la zona local. Se invitó a todos los residentes, funcionarios públicos y supervisores interesados. Se pidió también a algunos funcionarios públicos conocidos y periodistas que actuaran como testigos en esas audiencias.

En las audiencias, se leyeron en voz alta públicamente las características salientes de los registros oficiales y se pidió a los residentes que, en razón de su experiencia

personal, podían impugnar los registros, que hicieran uso de la palabra. Éstos indicaron las razones por las que creían que los registros eran falsos. Declararon que, aunque en los registros se indicaban las personas que habían recibidos salarios, éstas no los habían recibido o habían recibido sustancialmente menos de lo que figuraba en los registros. Sostuvieron además que era falsa la información de los registros según la cual se habían instalado bombas manuales en virtud del proyecto. Se invitó luego a los funcionarios involucrados a que contestaran a las imputaciones. La mayoría de los funcionarios que asistieron a las audiencias intentaron ofrecer alguna explicación. Los residentes de la localidad presentes de inmediato mostraron que las explicaciones eran falsas. Las audiencias expusieron al público la corrupción a nivel local. Posteriormente, condujeron a la adopción de medidas inmediatas contra los funcionarios y, en algunos casos, a la devolución de los fondos. Las audiencias despertaron enorme interés, en particular entre los pobres y los miembros de los sectores marginados de la sociedad, que anteriormente se habían sentido indefensos e incapaces de luchar contra los funcionarios corruptos. La exposición pública de tales funcionarios confirió poder. Las audiencias también demostraron que el poder de la información puede exponer la corrupción y permite lograr una mayor rendición de cuentas.

A pesar de que las audiencias públicas se han convertido en un instrumento útil para exponer y combatir la corrupción a nivel de la comunidad, no son un medio para combatir la corrupción en mayor escala, como en el caso de los contratos complejos negociados por los funcionarios de gobierno de alto nivel. Para exponer tal corrupción de alto nivel, necesitamos organizaciones de la sociedad civil y expertos independientes motivados que conozcan la estructura de esos sectores y cuenten con fondos. El Centro para la Integridad Pública en los Estados Unidos de América ha tratado de utilizar la Ley sobre la libertad de información para obtener acceso a información básica relativa a tales contratos, por ejemplo, los contratos de reconstrucción del Iraq. Sin embargo, se necesita información más detallada que pueda utilizarse con valor probatorio en actuaciones judiciales. Lamentablemente, la mayoría de las leyes sobre la libertad de información, incluida la ley promulgada recientemente en la India, no permiten el acceso a tal información. Hasta un escrutinio informado limitado a cargo de expertos independientes podría ser útil para exponer la corrupción en tales contratos.

El éxito de las audiencias públicas permitió intensificar la campaña en pro del derecho a la información, y con el tiempo esto dio lugar a la promulgación de leyes sobre el derecho a la información en unos diez estados y en el Parlamento de la India. También produjo una demanda de acceso a la información sobre los antecedentes penales y el patrimonio de los candidatos que participan en elecciones. Diversas organizaciones de la sociedad civil presentaron a la Corte Suprema peticiones de interés público para garantizar sus derechos. La Corte Suprema aceptó esas peticiones de audiencias y dictaminó que el acceso libre a la información era un derecho fundamental de los ciudadanos y necesario para dar vigencia a la democracia. Por primera vez, en las elecciones recientemente celebradas en cinco estados, los candidatos estuvieron obligados a revelar bajo juramento sus antecedentes penales y su patrimonio y sus deudas. Se descubrió que el mero requisito de presentar esa información disuadió a varios candidatos con antecedentes penales y patrimonio no explicado de participar en las elecciones. Diversos grupos de la sociedad civil, incluida la NCPRI y Transparencia Internacional, ayudaron a resumir esa información y colocar los resultados en el dominio público. La participación activa de la sociedad civil podrá exponer a los candidatos que han hecho declaraciones falsas y han obtenidos fondos ilícitos como resultado de la corrupción. Una sociedad civil atenta que vigile y siga las acciones de los representantes elegidos, en particular teniendo presente lo que habían prometido durante sus campañas, insistirá en que todos los candidatos sean más responsables ante el público en las elecciones futuras. Esa vigilancia indudablemente será un incentivo enorme para que los candidatos mantengan su integridad.

En la actualidad, el progreso tecnológico permite grabar en vídeo todas las oficinas públicas durante horas de trabajo y mantener esos registros en el dominio público con fines de información pública. Si bien no eliminará la corrupción, tal transparencia sin duda cerrará muchas puertas a la corrupción. Por ejemplo, un grave problema

es la negativa continua de la policía a registrar denuncias penales a menos que "se engrasen sus manos". Eso no sería posible si en las comisarías de policía hubiera un registro de vídeo accesible que mostrara la interacción entre la policía y el denunciante. Otras oficinas del gobierno que tratan con el público, como la Oficina del Impuesto a la Renta, la Oficina Municipal de las Empresas y la Oficina de Electricidad, también podrían utilizar tal sistema. Aunque los funcionarios públicos pueden objetar ese tipo de medidas, no hay ninguna razón legítima para mantener una falta de transparencia cuando se trata de vigilar la forma en que los funcionarios públicos cumplen sus funciones oficiales.

Aparte de elaborar y aplicar leyes fuertes y amplias para asegurar la transparencia y el derecho a la información, el marco jurídico también debe incluir leyes que aseguren la protección de los denunciantes cuya función primaria es exponer la corrupción. Eso debe incluir protección contra la victimización por el gobierno y contra la posible violencia. La India está empezando a ver el espectro de la violencia desencadenada contra los denunciantes. Además, en muchos países el secreto bancario hace que los agentes de los órganos de represión no puedan establecer una sociedad exenta de corrupción. Ese secreto bancario debe abolirse si se quiere combatir eficazmente la corrupción. Después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, ha aumentando la percepción, aun en los países prósperos, de que los sistemas bancarios permiten a los terroristas y otros delincuentes ocultar sus fondos y transferirlos sin que sean detectados. Acogemos con beneplácito la asistencia recíproca en asuntos penales propuesta en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Sin embargo, creemos que es mucho lo que queda por hacer. La India ha presenciado y experimentado el lento proceso necesario, en particular respecto de la política del secreto bancario de algunos países, cuando se procura reunir información para la investigación de los delitos penales. La sociedad civil internacional debe unirse para ejercer presión sobre las naciones que permiten la reglamentación del secreto financiero.

Los países donde la corrupción prospera también tienen poderes judiciales débiles y corruptos. Los Estados que desean combatir seriamente la corrupción deben iniciar urgentemente reformas judiciales y asegurar que el sistema de justicia penal funcione adecuadamente. En la India, asegurar el funcionamiento eficaz del sistema de justicia penal y la reforma judicial son problemas importantes. Esto se debe a que los jueces de los tribunales superiores están totalmente exentos de rendir cuentas. Los jueces de la Corte Suprema y los Tribunales Superiores sólo pueden ser removidos por juicio político, procedimiento que ha resultado completamente impráctico. Ni siquiera se puede investigar a un juez por un delito penal sin el permiso previo del Presidente de la Corte Suprema de la India. Además, la persona que presente una alegación contra un juez, aun cuando esté justificada, puede ser castigada por desacato a la autoridad. Sólo una acción firme de la sociedad civil puede catalizar tales reformas.

No obstante, hay que dar crédito a la judicatura de la India por las reformas muy necesarias que ha promovido utilizando el instrumento del Litigio de Interés Público (acción judicial privada). En algunos casos, ese instrumento también ha sido utilizado con éxito por la sociedad civil.

En resumen, puede concluirse que una sociedad libre de corrupción debe tener:

- Leyes fuertes y adecuadas, como las leyes contra la corrupción, las leyes sobre el derecho a la información y las leyes para proteger a los denunciantes.
- Instituciones fuertes, independientes y que funcionen adecuadamente para hacer cumplir la obligación de rendir cuentas, como los organismos investigadores, las comisiones de vigilancia y la judicatura.
- Una sociedad civil organizada y atenta que vigile la conducta de los funcionarios públicos y exponga la corrupción. Hasta que se disponga de leyes e instituciones adecuadas, es la sociedad civil la que debe llamar a cuentas al gobierno mediante las campañas públicas. En definitiva, es sólo un movimiento de las sociedades civiles potente el que puede romper el círculo vicioso de la corrupción en cualquier sociedad.

LA FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA CREACIÓN DE UNA CULTURA CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA EXPERIENCIA DE PANAMÁ

José Antonio Sossa
Fiscal General del Estado, Panamá

Convertida en un flagelo universal, la corrupción es hoy una amenaza de proyecciones alarmantes. Para combatirla se requiere una cruzada en que estén comprometidas la sociedad y todas las instituciones estatales y civiles.

Los medios de comunicación tienen una función crucial en el desarrollo y fortalecimiento cualitativo de la sociedad. La sociedad de hoy ha cambiado extraordinariamente desde el comienzo del siglo XX, gracias a las mejores comunicaciones y el desarrollo tecnológico. La labor de los medios ha colocado el planeta en la palma de nuestras manos, con su labor de informar, orientar, educar y entretener, como ha sostenido Harold Laswell.

No obstante, tal progreso también ha creado una cierta distancia entre el individuo y la realidad del mundo en el que vive. En ese espacio, los medios de comunicación reinan soberanos, apoyándose en la libertad de expresión. En ese espacio, se crean las percepciones o la forma como la sociedad percibe determinados hechos o situaciones, a partir de la información proporcionada por estos medios. En mi opinión, los medios de comunicación pueden contribuir mucho a la lucha contra la corrupción.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, la libertad de expresión se explica en el Artículo 19:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

Los medios de comunicación tienen la obligación de utilizar esa libertad con sensatez y con responsabilidad. La libertad de expresión puede ser y es objeto de abusos. Esos abusos se perciben cuando en dos o tres medios de un mismo país se pueden encontrar hasta tres versiones distintas respecto a un mismo hecho El peor caso de abuso se da cuando ninguno de ellos reproduce la verdad.

También es motivo de alarma la manera como los medios se convierten en ocasiones en tribunas para solventar situaciones que, sin sustentación, afectan la reputación de personas. Por descuido o malicia, o para promover su propia agenda política, los medios de comunicación pueden dañar la dignidad y la reputación de los individuos que no tienen acceso a un foro público para defenderse. A menudo, la ley no proporciona ninguna defensa a tales individuos. En vez de defender las normas más altas, los medios de comunicación a veces pueden convertirse en una fuente de calumnia implacable e insulto.

En su "Carta a un periodista joven", Juan Luis Cebrián escribe apropiadamente:

"Hablar es un privilegio de todo ciudadano libre, no de una casta social o profesional constituida por periodistas, ostentadores de un carné o de un diploma. La libertad de expresión no es nuestra, sino de nuestros lectores.

Bastante es que sepamos administrarla con prudencia, sin zafiedad y sin miedo."

Cifras publicadas recientemente por Latinobarómetro, una encuestadora regional, respecto de la confianza de la opinión publica de América Latina en los medios de comunicación, indican que esta cayó de un 50% en 1998 a un 36% en 2003.

La encuesta también indicó que tanto en los medios de comunicación como en la sociedad la transparencia es considerada como un mecanismo de lucha contra la corrupción. Una parte importante de la función de los medios es sumarse a los que promueven la transparencia como un medio de eliminar la cultura de la ocultación en la cual puede prosperar la corrupción.

Las limitaciones a la libertad de expresión deben considerarse con gran sospecha. Tales limitaciones restringen no sólo lo que los periodistas pueden decir, sino también lo que la sociedad tiene derecho a saber. Es más, los medios de comunicación han desempeñado funciones esenciales en la democratización de nuestros países. Han defendido la libertad de expresión, que ha sido un arma potente en la batalla contra las formas no democráticas de administración.

La corrupción es un enemigo enorme que requiere la acción coordinada de todos los poderes democráticos para asegurar una sociedad más justa y más estable. Los medios de comunicación son uno de esos poderes, y la única manera de garantizar su credibilidad y autoridad es mantener los estándares más altos de profesionalismo.

En la lucha para promover una cultura contra la corrupción, los medios y la verdad que publican deben ser aliados incondicionales en la defensa del imperio de la ley, aliados en la lucha del Estado contra la delincuencia.

En Panamá, acabamos de proponer una iniciativa conjunta pionera a los periodistas y dueños de medios de comunicación para que sean ellos mismos quienes vigilen y evalúen los casos de calumnia o el incumplimiento de los valores éticos profesionales. Tenemos plena conciencia de las consecuencias del abuso de la libertad de expresión. También comprendemos la necesidad de la autocrítica para evitar que los casos lleguen a los tribunales. Si llegasen a los tribunales, tendría que ser como consecuencia de la asunción de responsabilidad por sus propias acciones por los medios de comunicación y los periodistas, promoviendo de esta forma la transparencia.

Somos defensores decididos de la libertad de expresión como una importante manifestación democrática; de la transparencia como forma de lucha contra la corrupción; y de las sanciones contra quienes abusen de esas conquistas en detrimento de la sociedad. Las sociedades deben insistir en la consolidación de sus instituciones democráticas, y defender cada logro que signifique erradicar formas corruptas de comportamiento.

CONCLUSIONES

Tanto los Estados como el sector privado son responsables de prevenir, combatir y eliminar la corrupción.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las instituciones que son vulnerables a la corrupción, incluidos los organismos encargados de hacer cumplir la ley, las oficinas de recaudación de impuestos y otras instituciones públicas, deben estar sujetas a una mayor supervisión.

LA SOCIEDAD CIVIL

La participación de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación, es fundamental para combatir y prevenir la corrupción.

La presión de la sociedad civil ha obligado a los gobiernos a realizar y aplicar reformas importantes que combaten la corrupción.

Las audiencias públicas para vigilar el gasto público son vitales para asegurar que los recursos se hayan utilizado para los proyectos a los que estaban destinados.

Las organizaciones de la sociedad civil deben adoptar códigos de ética y deben estar dispuestas a establecer una rigurosa reglamentación interna para promover la

transparencia, la integridad y la buena gobernanza.

La sociedad civil debe desempeñar un papel importante en esferas en que los gobiernos, el sector privado y los organismos intergubernamentales no han logrado combatir eficazmente la corrupción.

LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La sociedad civil necesita acceso a la información para llamar a cuentas al gobierno. Es también esencial que la sociedad civil se organice, para aumentar su capacidad de exigir el acceso a la información gubernamental y vigilar constantemente la administración y las funciones públicas.

Una prensa libre e independiente aumenta la toma de conciencia por el público de los efectos perjudiciales de la corrupción y equipa a los ciudadanos con información sobre los órganos responsables.

Es necesario realizar campañas contra la corrupción para promover la aprobación de códigos de ética uniformes.

La sociedad civil y los medios de comunicación deben desempeñar un papel importante en el seguimiento y la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La sociedad civil y los medios de comunicación deben desempeñar una función protagónica en los países donde falta la voluntad política para combatir la corrupción. Ahora bien, las organizaciones no gubernamentales deben aceptar el reto de mantener su propia legitimidad y transparencia.

Los medios de comunicación deben cumplir un papel importante notificando los casos de corrupción y aumentando la toma de conciencia sobre las políticas contra la corrupción, y también proporcionando información que permita prevenir y combatir la corrupción.

Una sociedad civil transparente debe poder vigilar las acciones y la riqueza de los candidatos a cargos públicos superiores.

Es esencial que se respeten la profesión y el trabajo de los periodistas, incluido el derecho no de revelar sus fuentes de la información.

Sin perjuicio del principio de la libertad de expresión, los medios de comunicación tienen la grave responsabilidad de asegurar la integridad de la información que manejan.

Los medios de comunicación deben ser transparentes en su manejo de la información y nunca deben actuar como un instrumento político.

GRUPO 3
MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA APLICAR LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

EL ENFOQUE LEGISLATIVO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Lord Russell Johnston
ex Presidente, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

En las conferencias que tratan un amplio y complejo conjunto de problemas, hay siempre el peligro de que los detalles abrumen las principales propuestas de modo que, según el viejo dicho popular, "el bosque no deja ver la madera".

Dado que la corrupción es esencialmente una evasión de la legislación, me atrevo a señalar que no es la ley lo que más cuenta, sino la forma en que está determinada por la eficacia de las estructuras administrativas y judiciales a través de las que opera y la cultura política y económica del país en que se aplica. Y cuando un país está envuelto profundamente en la corrupción —cuando cohecho es un aspecto aceptado de la vida diaria, una parte necesaria de los ingresos de policías y funcionarios— su eliminación es extremadamente difícil.

En el avión en que viajé leí, en uno de esos populares semanarios políticos de los Estados Unidos, una entrevista corta con Mikhail Saakashvili, que condujo la denominada "Revolución Rosa" en Georgia. Cito una de sus respuestas:

"Necesitamos desarraigar la corrupción y hacerlo paso a paso. Pero el tiempo que tenemos es limitado. Necesitamos primero crear unidades de investigación de élite pequeñas, con personas bien remuneradas seleccionadas con ayuda del FBI y otros organismos de represión encargados de investigar la corrupción. No podemos hacer nada económicamente si no podemos combatir la corrupción. Pero para combatir la corrupción el gobierno debe ser fuerte, con suficientes ingresos para mantener fuerzas armadas y de policía, el aparato de seguridad, los tribunales. Se trata entonces de una situación 'Catch-22': ¿qué se debe hacer primero?"

Conocí a Mikhail en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y posteriormente durante su breve período como Ministro de Justicia de Georgia. Le deseo el mejor de los éxitos, ya que tiene que trepar una enorme montaña. Cito su respuesta no sólo porque ésa es una situación actual, sino también para recalcar que es un problema de muchos países subdesarrollados que a menudo empeora, en vez de mejorar, a raíz de las medidas tomadas por los países desarrollados: el juicio de Elf en Francia es sólo un ejemplo. En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hay investigaciones en marcha respecto de vastas sumas supuestamente reservadas para el soborno con el fin de obtener un contrato de defensa en Arabia Saudita. En Alemania, si no estoy equivocado, el soborno no es un delito.

Quiero hacer dos cosas. Primero, quiero responder al tema de nuestra reunión enumerando las esferas en que se requiere una acción legislativa; y segundo, para finalizar, quiero centrar la atención en una polémica propuesta tratada en la Conferencia de los Presidentes de ambas cámaras de las Asambleas Parlamentarias Europeas, celebrada en Estrasburgo (Francia), en mayo de 2000. En mi calidad de Presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en ese momento, presidí esa conferencia, en la que participó México, y supongo que a eso se debe mi presencia hoy aquí. Es posible hacer una lista muy larga, de manera que me limitaré a tres esferas:

- El gasto público y las adquisiciones públicas figuran en primer lugar en mi lista. En toda licitación competitiva para obras públicas, siempre existe el riesgo del soborno: de hecho, en muchos países se considera normal pagar un cierto

porcentaje para obtener un contrato. A menudo, ¡la magnitud del porcentaje es más significativa que la aceptabilidad de la oferta! La auditoría independiente de todo el gasto público es esencial. Y siempre hay que recordar que también puede corromperse a los auditores, como se puso de manifiesto en el caso Enron en los Estados Unidos. Las leyes sobre libertad de la información son pertinentes a este respecto.

- El blanqueo de capitales es un problema enorme. Según el Fondo Monetario Internacional, la cantidad de "dinero sucio" en circulación está ahora cerca del 5% del producto interno bruto (PIB) del mundo. Esto se ha visto facilitado por la liberalización de los flujos de capital pero, con la cooperación de los bancos y la promulgación de legislación que permita la incautación de los patrimonios no explicados, puede contrarrestarse.

Sin embargo, debemos definir claramente la situación a la que hacemos frente. El promotor principal de la Conferencia de Estrasburgo sobre la Corrupción fue Luciano Violante, entonces Presidente de la Cámara de Diputados de Italia. Tiene un historial impecable de lucha contra la corrupción. Quiero citar una parte pequeña de las pruebas que ha acumulado porque son particularmente escalofriantes:

"En 1993, cuando era Presidente del Comité Parlamentario contra la Mafia, solicité a un testigo del Estado información sobre las inversiones y las técnicas de blanqueo de capitales utilizadas por su organización.

"Su respuesta fue 'Si usted tiene algún dinero para invertir, ¿qué haría?'

"Le contesté que 'solicitaría el asesoramiento de un experto', y el respondió 'Es lo que hacemos nosotros. Si la inversión resulta sólida, ¿qué hace entonces?'

" 'Vuelvo siempre a ese mismo experto', fue mi respuesta.

" 'Exactamente como nosotros. Y si resulta ser una mala inversión, ¿qué hace usted?'

" 'Busco a otro experto'.

" 'Eso hacemos nosotros. Pero primero matamos al primer experto y nos aseguramos de que el segundo sepa lo que hemos hecho. Ésa es la diferencia entre ustedes y nosotros'."

Pero los realmente astutos no asesinan. El asesinato puede eliminar un obstáculo pero hace mucho ruido. La corrupción es silenciosa y gana un cómplice.

- La probidad de las instituciones públicas, especial y principalmente, el parlamento y el poder judicial. La corrupción prospera cuando las instituciones del Estado son débiles, cuando la permiten las lagunas en las políticas gubernamentales sobre los regímenes reglamentarios. Menciono de paso, aunque es importante, que alguna corrupción surge directamente como resultado de la complejidad excesiva de las leyes, los reglamentos, las licencias y los procedimientos administrativos. Éstos deben ser lo más claro, sencillos y transparentes posibles. Debe haber reglas de conducta estrictas para los parlamentarios y también reglas estrictas para la financiación de los partidos políticos. A mi juicio, hay varios países que tienen graves problemas en este sentido, ya que podemos presenciar casi abiertamente la conexión entre los donantes financieros y los partidos políticos. Finalmente, la ley tiene la tarea difícil pero esencial de proteger una prensa libre e investigadora, pero impidiéndole utilizar su poder para explotar la privacidad o parcialmente para promover un programa político.

Todo esto requeriría un profundo cambio de actitud, pero creo que con el presente enfoque no se están obteniendo resultados. Y requeriría la coordinación del cambio legislativo. Según Luciano Violante, "el hecho de que la delincuencia se haya globalizado requiere como respuesta la globalización del imperio de la ley".

EL FORTALECIMIENTO DE LOS COMPROMISOS Y LA CREACIÓN DE CAPACIDAD POR INTERMEDIO DE LA RED DE PARLAMENTARIOS AFRICANOS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Augustine Ruzindana
Miembro del Parlamento, Jefe de Parlamentarios contra la Corrupción, Uganda

El 5 de febrero de 1999, miembros de Parlamentos de 10 países africanos que asistieron a un seminario en Kampala titulado El Parlamento y la Buena Gobernanza: Un Nuevo Programa para Controlar la Corrupción en África dieron a conocer la siguiente declaración:

"La corrupción plantea un peligro grave al bienestar de los pueblos africanos y al desarrollo de sus países. La corrupción desvía recursos escasos de las necesidades humanas básicas y destruye la confianza en la integridad de nuestras instituciones.

"La corrupción se puede controlar mejor fortaleciendo los sistemas de rendición de cuentas, la transparencia y participación del público en los procesos de gobernanza de nuestros países. Es esencial que desarrollemos relaciones saludables y equilibradas entre el estado, la sociedad civil y el mercado y que los parlamentos se fortalezcan como instituciones eficaces de rendición de cuentas supervisando las políticas y las acciones de los gobiernos.

"Estamos seguros de que es posible avanzar en los esfuerzos por controlar la corrupción. Aunque la corrupción sigue siendo un problema muy grave en muchos países africanos, hay cada vez más pruebas de los progresos que se logran. Creemos que es posible aplicar las enseñanzas extraídas de las campañas anteriores y las mejores prácticas para luchar contra la corrupción en toda el África.

"Nuestra participación en este seminario de una semana de duración ha revelado el gran valor de las reuniones de los parlamentarios africanos para compartir la información, la experiencia y las lecciones aprendidas a fin de fortalecer a los parlamentos en la lucha contra la corrupción. Es imperativo que aprovechemos esta experiencia manteniendo los contactos y dirigiéndonos a los parlamentarios y las organizaciones parlamentarias en toda el África.

"En consecuencia, por la presente establecemos la Red de Parlamentarios Africanos contra la Corrupción (APNAC) para fortalecer el compromiso y la capacidad de los parlamentarios africanos de luchar contra la corrupción mediante:

- El aumento del compromiso y la capacidad de los parlamentos africanos de exigir la rendición de cuentas, con particular referencia a las cuestiones financieras;
- El intercambio de información sobre las lecciones aprendidas y las mejores prácticas;
- La realización de proyectos para controlar la corrupción;
- La cooperación con organizaciones de la sociedad civil con objetivos compartidos."

Desde su formación, APNAC ha organizado talleres y seminarios y ha participado en conferencias, talleres y seminarios organizados por otras organizaciones de lucha contra la corrupción. La actividad más reciente de APNAC fue una conferencia celebrada en Nairobi del 3 al 4 de noviembre de 2003. Entre los temas examinados figuró la Convención de la Unidad Africana sobre la prevención y represión de la corrupción y los delitos conexos. Fui reelegido Presidente de un Comité Ejecutivo de ocho miembros.

Junto con la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC), el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, el 5 de noviembre de 2003

se celebró un taller sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo para los Parlamentarios del África oriental que habían participado en la conferencia de APNAC.

En la conferencia de Nairobi, APNAC anunció la creación de un premio anual que se concedería a un africano que hubiera aportado una contribución excepcional y reconocible a la lucha contra la corrupción. El primer receptor de ese premio fue el Presidente Mwai Kibaki de Kenya, en reconocimiento de las medidas tomadas por su Gobierno para limpiar la judicatura y también por haber atacado la corrupción de alto nivel incautando los activos y las empresas de personas a las que se estaba investigando en relación con una enorme estafa financiera en Kenya. Con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el cumplimiento de las disposiciones de la Convención será uno de los criterios para la admisibilidad de candidaturas para el premio.

La próxima actividad importante de APNAC es una conferencia que se celebrará en Nigeria en 2004, para parlamentarios de los países de África occidental. En esa conferencia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción será examinada junto con la Convención de la Unidad de Africana contra la corrupción.

El año pasado, APNAC participó en la formación de GOPAC y pasó a ser su centro regional. GOPAC, que tiene objetivos similares a los de APNAC, está encabezando la formación de otras redes de parlamentarios en América Latina, Europa oriental y Asia. Está claro, por consiguiente, que los parlamentos ya tienen una infraestructura interna que se puede utilizar para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y fomentar la toma de conciencia sobre esa Convención. Además, la Convención contempla la adopción de las medidas legislativas y de otro tipo requeridas para tipificar como delitos los actos mencionados en la Convención. APNAC ya está empeñada en facilitar esas actividades respecto de la Convención de la Unión Africana y hará lo mismo respecto de la Convención de las Naciones Unidas.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un hito significativo, ya que proporciona a los que luchan activamente contra la corrupción una norma universal como patrón para medir la actuación de los países. Los activistas contra la corrupción a menudo son considerados por los gobiernos como equivalentes de subversivos políticos. Con esa Convención, alguien involucrado en las actividades contra la corrupción será considerado un activista en pro de los conceptos de democracia, derechos humanos o protección del medio ambiente, aunque éstos con demasiada frecuencia provoquen la cólera de sus gobiernos.

Con respecto a los parlamentos, la Convención de las Naciones Unidas insta a los Estados partes a que desarrollen, mantengan y apliquen políticas contra la corrupción y establezcan prácticas encaminadas a prevenir la corrupción. En algunos países, el proceso de ratificación incluye la aprobación por sus parlamentos. Nada de esto se puede realizar sin la participación de la legislatura de cada país.

Las legislaturas nacionales tienen que promulgar nuevas leyes o fortalecer las leyes y las instituciones existentes en las siguientes esferas:

- Tipificar como delitos penales la corrupción, el blanqueo de capitales, el desfalco, el enriquecimiento ilícito, el abuso del cargo, etc.;
- Establecer o fortalecer las instituciones de lucha contra la corrupción y los organismos de la auditoría;
- Proteger a los informantes, los denunciantes, los fiscales, los investigadores de la corrupción y los oficiales judiciales que entienden en los casos de corrupción;
- Prevenir la utilización del producto de la corrupción para financiar a los partidos políticos, las campañas y las elecciones;
- Obtener acceso a la información;
- Confiscar e incautar el producto de la corrupción;
- Crear órganos encargados de vigilar y hacer cumplir los códigos de conducta de los funcionarios públicos.

Aunque la lucha contra la corrupción es una responsabilidad ejecutiva, los parlamentos, en virtud de su función de supervisión están en mejores condiciones para crear un entorno favorable para luchar contra la corrupción en cooperación con la sociedad civil y los medios de comunicación.

Los parlamentos también pueden dar a conocer la Convención con la participación de la sociedad civil y los medios de comunicación. En el marco de su función, los Miembros de Parlamentos deben interactuar con la sociedad civil y sus grupos constituyentes. Además, los parlamentos realizan sus actividades normales en presencia de los medios de comunicación y el público. Tales prácticas parlamentarias tienen el efecto de aumentar la toma de conciencia por el público.

En conclusión, quiero señalar que la aplicación de la Convención sólo puede tener éxito si los parlamentos participan plenamente como asociados. El sistema de las Naciones Unidas trata en general con gobiernos, o sea, el ejecutivo. Sin embargo, si las Naciones Unidas siguen con tal práctica, la aplicación de la Convención concluirá al nivel de la ratificación y la adhesión. Los parlamentos deben participar estableciendo legislación apropiada sobre lucha contra la corrupción y sobre la buena gobernanza.

Eso, junto con el cumplimiento obligatorio de la observancia mediante la función de supervisión del parlamento, es esencial para el éxito de la aplicación de la Convención.

Por consiguiente, esto significa que la capacitación, la asistencia técnica y otros mecanismos de formación de capacidad contemplados en la Convención deben incluir también a los parlamentos. Es ya una grave omisión que los parlamentos no hayan sido incluidos en la evolución y formulación de la Convención. Sin embargo, será un error aún más grave que los parlamentos no participen en la aplicación de la Convención. Sin que los parlamentarios adquieran un sentido de participación en la Convención, la promulgación de las leyes necesarias para aplicarla puede resultar más difícil y las tareas de vigilar la observancia y la aplicación pueden convertirse en un mero ejercicio ordinario de relaciones públicas.

La APNAC se compromete a popularizar la Convención y también a hacer que nuestros centros nacionales faciliten la aprobación de la legislación necesaria para aplicarla. Éste, sin embargo, no puede ser un asunto unilateral: invitamos a las Naciones Unidas a que colabore con nosotros, ya sea directamente o a través de GOPAC.

ASISTENCIA QUE PUEDE PRESTAR LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS EN LA PROMOCIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Fernando Pombo
Secretario General de la Asociación Internacional de Abogados, España

Quiero agradecer a las Naciones Unidas la oportunidad de hacer uso de la palabra en esta ocasión extraordinaria. La firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un logro histórico en la batalla en curso contra la corrupción. En mi calidad de Secretario General de la Asociación Internacional de Abogados (AIA), es un gran honor para mí asistir a este acontecimiento. También transmito los saludos más cordiales de nuestro Presidente, el Embajador Emilio Cárdenas, que no pudo lamentablemente unirse a nosotros para celebrar este hito.

Cuando era un joven estudiante universitario, me enseñaron el sentimiento renombrado de Tucídides, reflejado en 1887 en una carta de Lord Acton a Mandell Creighton: "El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente". Creo que esta cita tiene un valor universal, y nos desafía a que nunca olvidemos o subestimemos la presencia desestabilizante de la corrupción.

La comunidad internacional ha realizado varias actividades para combatir la corrupción a los niveles nacional y regional. Durante cada etapa, los métodos examinados y desarrollados han experimentado transformaciones que ayudaron en último término a preparar el proyecto inicial de la Convención. El proceso de redacción de la Convención de dos años fue arduo; muchos delegados y funcionarios se reunieron y examinaron los muchos factores contribuyentes y las cuestiones más importantes para la comunidad mundial. Aunque ya se han establecido varias iniciativas para frenar los niveles de la corrupción, el acontecimiento de hoy es una demostración maravillosa de la dedicación y el acuerdo de la comunidad internacional para fortalecer la campaña contra la extorsión y proporcionar un estándar integral de los principios para vigilar y combatir la corrupción.

De las experiencias observadas en todo el mundo resulta evidente desde hace muchos años que la corrupción ha sido como una peste, que ha infectado esencialmente los valores básicos de los países y sus gobernantes y ha destruido los derechos fundamentales humanos y comerciales. De manera alarmante, su presencia no ha estado circunscrita a ciertas regiones. Las percepciones de la corrupción también varían considerablemente. La corrupción tiene un efecto corrosivo sobre la sociedad y las cuestiones fundamentales, como el imperio de la ley.

Barreras de muchas clases minan los esfuerzos para combatir la extorsión; una de dichas barreras es la corrupción en el sistema judicial. La corrupción a todos los niveles del poder judicial, incluidos los abogados, es en particular preocupante ya que excluye la utilización eficaz de los instrumentos jurídicos adecuados para prevenir la corrupción. Las investigaciones realizadas para determinar el grado del cohecho en los partidos políticos y las medidas recientes tomadas por el Presidente Kibaki de Kenya para librar al sistema judicial de su país de la corrupción revelan no sólo las diferentes formas de extorsión, sino también la naturaleza compleja y dinámica de la corrupción y su presencia en ambos dominios.

La corrupción ha sido un problema prevalente, que a menudo devasta el marco interno del gobierno. Tal daño, a su vez, hace que el gobierno sea menos eficiente, eficaz o imparcial. Lamentablemente, la corrupción desalienta normalmente a los inversionistas internacionales de invertir en un país, retrasando de esta forma el desarrollo económico e impidiendo el crecimiento social y personal. A menudo, se malversan los fondos asignados al desarrollo de programas y servicios esenciales, haciendo que no se pueda prestar asistencia a los individuos correctos.

Por otro lado, según hemos comprobado, la respuesta mundial a la Convención ha sido muy positiva. Los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales han colaborado estrechamente para establecer una serie de pautas para combatir la extorsión. La Convención es un instrumento profundo y marca el comienzo de un régimen internacional que vigilará adecuadamente la corrupción. Varios gobiernos, organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones participaron en la planificación preliminar y la redacción general de la Convención. Organizaciones tan diversas como Transparencia Internacional y la Cámara de Comercio Internacional colaboraron en la elaboración de legislación contra la corrupción. Es evidente que la Convención es una medida audaz contra la corrupción.

La AIA es una federación mundial de 16.000 abogados privados y 192 sociedades de juristas y asociaciones de abogados de todo el mundo; influye en los empeños de reforma del derecho internacional y conforma el futuro de la profesión de abogado. Junto con esas instituciones e innumerables otros grupos y organizaciones no gubernamentales internacionales, la AIA fomenta una reforma eficaz del derecho internacional para asegurar la utilización de los dispositivos jurídicos apropiados para prevenir la corrupción. La AIA aplaude el empeño de la comunidad internacional para establecer un medio seguro y justo de vigilar y combatir la corrupción. También encomia la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción porque trata cuestiones clave del derecho internacional, incluido el imperio de la ley y la responsabilidad, permitiendo de esta forma que funcione como un fuerte mecanismo contra la corrupción. También establece un esquema que asegurará la aplicación, la prevención y la observancia de la legislación contra la corrupción.

En su calidad de organización que se esfuerza por trabajar en la protección y la promoción de los derechos humanos y el imperio de la ley, la AIA subraya la importancia de la aplicación de la Convención para el respeto pleno de los derechos humanos y los derechos fundamentales en cada Estado, en particular con respecto a los principios de un juicio justo, la presunción de la inocencia y el derecho a la defensa. En ese sentido, la AIA destaca que la independencia de los abogados para representar a sus clientes es fundamental para el mantenimiento de las normas internacionales de la igualdad ante la justicia y las garantías procesales establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por consiguiente, teniendo en cuenta las preocupaciones planteadas con respecto a la Recomendación 16 de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales y la aplicación de la directiva 2001/97/EC, la AIA recalca la importancia del privilegio profesional de no proteger a los abogados que participan en la corrupción o el blanqueo de capitales, pero de proteger el derecho de cada persona a su defensa como un elemento imprescindible de un juicio justo.

La AIA apoya plenamente el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención, que dispone que todos los Estados establezcan y mantengan políticas eficaces contra la corrupción, y el párrafo 1 del artículo 13, que requiere la participación activa de individuos y grupos que no pertenezcan al sector público. De manera análoga, el párrafo 1 d) del artículo 13 promueve la distribución sin restricciones de información sobre la extorsión con excepción de las fijadas por la ley.

En su calidad de "voz mundial de los abogados", la AIA comprende el deber que tiene de promover el intercambio de información en todo el mundo. Es más, las metas y las tareas que se han realizado con éxito no pueden atribuirse solamente a sus miembros individuales y sus dedicados funcionarios, sino también a sus organizaciones miembros competentes en todo el mundo. Tales organizaciones aportan contribuciones inestimables que siguen fortaleciendo la presencia de la AIA en todo el mundo.

Por último, la AIA cree que el establecimiento de una conferencia de los Estados partes de conformidad con el artículo 63 de la Convención asegurará que todos los Estados tomen las medidas adecuadas para aplicar la legislación contra la corrupción mediante el examen de todo el proceso de aplicación. El artículo también establece claramente un sistema que servirá de instrumento eficaz para vigilar a los países y verificar el cumplimiento de los compromisos. La Conferencia también obligará a la comunidad internacional a cumplir sus obligaciones relativas a la Convención. Eso es sumamente importante ya que, como la Convención contiene disposiciones vinculantes y discrecionales, puede que haya diferencias en su aplicación que podrían crear incertidumbre en el comercio internacional.

La AIA está dispuesta a prestar ayudar en la promoción y aplicación de la Convención de diversas formas. Se ha creado una nueva división denominada División de Intereses Profesionales y Públicos. Dentro de la División, se ha creado una Comisión de cuestiones de abogados para proporcionar a las asociaciones de abogados y a las sociedades de juristas la oportunidad perfecta de participar en un foro abierto para tratar cuestiones pertinentes para la comunidad mundial mediante deliberaciones y proyectos. Tanto la División como la Comisión permitirán a la AIA ampliar el alcance de sus actividades dentro de la comunidad internacional.

La AIA es también capaz de promover la Convención a través de su infraestructura única. Seguirá utilizando su red de abogados individuales, asociaciones de abogados y sociedades de juristas, secciones y comités y medios de comunicación para promover y fortalecer los esfuerzos que se realizan en el campo de las leyes comerciales, especialmente con respecto a la Convención. Los órganos pertinentes, como el Comité sobre los Delitos Comerciales de la Sección de Leyes Comerciales y, especialmente, el Grupo de Trabajo contra la Corrupción y el Grupo de Ejecución sobre Blanqueo de Capitales, han venido reuniéndose y trabajando para desarrollar propuestas que hacen hincapié en la reforma jurídica relacionada con la delincuencia comercial. En relación con los proyectos pasados y en curso, la AIA ha dependido de la asistencia de sus organizaciones miembros para proporcionar extensas descripciones de la función de los derechos humanos y el imperio de la ley en sus regiones respectivas. De esta forma, la AIA puede mantener su influencia internacional.

Otro método para promover la Convención incluirá el uso continuo de nuestras plataformas educativas. La educación siempre ha sido un fuerte componente de la AIA, que se propone continuar esa tradición proporcionando sólidos programas educativos. En todo el mundo, la AIA ha organizado programas de capacitación para abogados privados, abogados de empresas, jueces, estudiosos y abogados jóvenes. Por ejemplo, la AIA ofrece un curso de capacitación sobre los principios básicos de la práctica jurídica comercial internacional, que promueve las deliberaciones y sirve de medio educativo para difundir información de actualidad sobre las consecuencias jurídicas de la globalización. Además, la AIA ha desarrollado, conjuntamente con la Universidad de Derecho de Inglaterra y Gales, un Programa de Práctica Internacional que confiere diploma, un programa práctico de educación a distancia. En su primer año, el Programa atrajo a 250 abogados de 57 países de todo el mundo. El Programa, al impartir capacitación detallada sobre muchas materias, incluida la Convención, es un vehículo ideal que pueden utilizar los abogados de todos los países.

Además, el Instituto de Derechos Humanos de la AIA, fundado en diciembre de 1995 con la Presidencia Honoraria de Nelson Mandela, ha organizado proyectos con frecuencia, incluida la elaboración de varios programas educativos y de capacitación sobre el imperio de la ley y los derechos humanos en países como Swazilandia y Zimbabwe. El Instituto, conjuntamente con las Naciones Unidas, también ha desarrollado un manual de capacitación sobre los derechos humanos para abogados, jueces y fiscales, y ha organizado cursos judiciales. El Instituto ha establecido un grupo integrado por representantes de las filiales de la AIA y expertos, encargado de preparar el material didáctico sobre la responsabilidad social de las empresas. Los programas de trabajo ejecutados conjuntamente con la comisión asesora ayudarán en la coordinación de las actividades para introducir mejoras en ese campo. Los programas educativos y de capacitación son recursos esenciales para la difusión de información y no sólo permitirán a la AIA destacar las disposiciones de la Convención, sino también informar detalladamente sobre las novedades en el campo de la corrupción.

Es más, la plataforma educativa también incluye muchas conferencias especializadas, coloquios y sesiones del Consejo que se celebran en todo el mundo. Por ejemplo, la AIA, con el apoyo de la Cámara de Comercio Internacional y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, patrocinó una Conferencia sobre el Despertar del Gran Coloso de la Observancia de las Leyes contra la Corrupción, destinada a abogados de empresas, que se celebró en París en abril de 2003. La conferencia ofreció una variedad de talleres, que abarcaron desde el nuevo marco jurídico mundial y las leyes contra el blanqueo de capitales hasta los problemas prácticos y las soluciones en el campo del comercio internacional para hacer frente a posibles violaciones de las leyes. La conferencia fue una oportunidad excelente para que la AIA presentara las últimas novedades en el campo de la lucha contra la corrupción. Se está preparando otra conferencia contra la corrupción que se celebrará en París en la primera parte de 2004.

Durante las conferencias anuales de la AIA celebradas en Durban en 2002 y en San Francisco en 2003, se realizaron numerosos talleres sobre el tema de la corrupción. También en este caso, en los talleres se examinaron el marco institucional de la corrupción, las normas jurídicas y morales relativas a la corrupción y la cuestión de la corrupción en el comercio internacional. La AIA seguirá utilizando las conferencias como un recurso educativo importante para llegar a los abogados activos en la profesión.

Aparte de sus numerosas conferencias, la AIA también celebra sesiones de examen durante las sesiones de su Consejo. Tales sesiones no sólo proporcionan un foro para el diálogo abierto, sino que también alientan a los miembros del Consejo y a los delegados especiales a elaborar estrategias y propuestas para abordar cuestiones fundamentales en el mundo del derecho internacional.

La AIA puede utilizar sus vínculos con los medios de comunicación como instrumentos adicionales para divulgar la Convención. La AIA utiliza eficazmente sus revistas de negocios, boletines informativos y su revista principal, *Noticias Internacionales de la AIA*, para dirigirse a sus miembros y a la comunidad mundial. Esas publicaciones, que son de amplia circulación y a menudo están disponibles en la Internet, destacan las novedades en el derecho internacional y dentro de la profesión jurídica. El sitio Web de la AIA, que recibe 1 millón de consultas por mes, proporciona acceso a información sobre las actividades y los proyectos de la AIA.

Por ser una voz verdaderamente mundial, la AIA tiene la profundidad y la cobertura no sólo para difundir la información ampliamente a través de la profesión, sino también, mediante sus actividades a los niveles nacional e internacional, para influir en el desarrollo del derecho. Muchas de las actividades de la AIA proporcionan información pragmática a abogados sofisticados, y de esta forma la AIA puede proporcionar información a los individuos que están en condiciones de introducir cambios a los niveles de trabajo y de política.

Los años de corrupción han impulsado por fin a la comunidad internacional a desarrollar una medida profunda que no sólo aborda las cuestiones relativas a la corrupción, sino que también examina sus diversos componentes, determina los métodos preventivos y aborda la importancia del cumplimiento. Después de años de esfuerzos incansables para resolver el problema de la corrupción y examinar sus complejidades, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un resultado pionero de ese trabajo.

A pesar de que la batalla para librar a la sociedad mundial de la corrupción puede tomar generaciones, la AIA está dispuesta a seguir trabajando lado a lado con las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales para apoyar de todas las maneras posibles la Convención y otras actividades importantes de las Naciones Unidas. Prometo que la AIA seguirá siendo un faro para la reforma en la comunidad jurídica internacional, así como un defensor incansable de la Convención y de nuestra batalla común contra la corrupción y sus atributos negativos. La AIA seguirá patrocinando programas educativos que subrayen los aspectos teóricos y prácticos de la Convención. Utilizando sus diversos recursos, la AIA promoverá la Convención, para que llegue a ser un documento vivo y activo que produzca resultados positivos.

SISTEMAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA REPÚBLICA DE COREA Y ASIA

Kim Yun-Seek
Miembro Ejecutivo del Comité Especial sobre Ética, Asamblea Nacional, República de Corea

Es un gran honor y un privilegio para mí poder compartir mis opiniones con ustedes en esta ocasión histórica de la Conferencia Política de Alto Nivel para Firmar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Quiero aprovechar esta oportunidad para expresar mi sentido reconocimiento y felicitaciones a todos los que no escatimaron ningún esfuerzo para elaborar con éxito la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Como es de su conocimiento, nuestro enemigo común, la corrupción, es un grave problema, que lesiona la cohesión política, económica y social, y de ese modo agrava la pobreza y socava el crecimiento estable. Es más, la corrupción es prevalente en todo el mundo, lo que magnifica la necesidad de una acción mundial basada en una convención de las Naciones Unidas.

Frente a tales antecedentes, quiero examinar brevemente los sistemas contra la corrupción de varias naciones, haciendo hincapié en la República de Corea y otras naciones de Asia. Luego trataré de aclarar las diferentes medidas legislativas fuertes e integrales que cada nación debe tomar para aplicar eficazmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La Convención requiere que los signatarios tomen medidas legislativas aun más fuertes para facilitar la aplicación de la Convención. De otro modo, la Convención no llegará a ser un medio eficaz y concreto para luchar contra la corrupción.

LAS POLÍTICAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN ASIA: SINGAPUR Y HONG KONG (Región Administrativa Especial de China)

Pasaré revista primero a la situación en la región de Asia, a la que pertenezco. La promulgación temprana de leyes contra la corrupción y la aplicación de políticas contra la corrupción aumenta las perspectivas de un país de ubicarse bien en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional.

Un buen ejemplo es Singapur, que en 1952 estableció la Oficina de Investigación de Prácticas Corruptas como un órgano independiente que responde directamente al Primer Ministro en materia de prevención e investigación de la corrupción. Desde entonces, Singapur ha estado comprometido en la eliminación de la corrupción y la promoción de la liberalización de los mercados basada en el imperio de la ley, la justicia y la transparencia. Estos esfuerzos han dado resultado, según se manifiesta en el alto lugar que ha ocupado Singapur en el índice de competitividad nacional durante los cinco últimos años consecutivos.

La Oficina se reserva el derecho de investigar las prácticas corruptas no sólo de los funcionarios públicos sino también de los del sector privado. La Oficina tiene también facultades para detener, confiscar y pesquisar sin una orden judicial. Al mismo tiempo, está decidida a tomar medidas preventivas estrictas.

La Ley de Prevención de la Corrupción de 1937 se revisó en 1960 para ampliar drásticamente la autoridad de la Oficina. La Ley contempla una serie de fuertes medidas punitivas, incluida una disposición que aplica a los funcionarios públicos que aceptaron sobornos penas de encarcelamiento de hasta cinco años y multas de hasta 5.000 dólares.

Otro buen ejemplo de la campaña contra la corrupción es el de Hong Kong (Región Administrativa Especial de China). En 1974 se estableció la Comisión Independiente contra la Corrupción. La Comisión tiene derecho a investigar, detener, dejar en libertad bajo fianza y confiscar, en conexión no sólo con delitos relacionados con la corrupción sino también con el abuso del poder. Además, la Comisión abarca campos amplios y diversos, seleccionando no sólo a los sectores público y privado, sino también al público en general, para diversas actividades y programas educativos contra la corrupción.

Creo que tales iniciativas han contribuido enormemente a la buena clasificación obtenida por las dos jurisdicciones en las listas del Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional en los cinco últimos años, sobrepasando a otras jurisdicciones de Asia con culturas similares.

Desde luego, hay algunos países con clasificación alta en el Índice de Percepción de la Corrupción que no tienen una ley especial contra la corrupción ni un órgano supervisor independiente. Al mismo tiempo, la existencia de una institución pertinente solamente no necesariamente garantiza una nación sin corrupción. De todos modos, la legislación y la puesta en práctica de un sistema siguen siendo factores fundamentales para asegurar la integridad del sistema social, la transparencia, la responsabilidad del sector público y la buena gobernanza.

LAS POLÍTICAS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COREA

Quiero referirme ahora al caso de la República de Corea, mi propio país. Cierto es que sigue teniendo una clasificación baja en el Índice de Percepción de la Corrupción.

Afortunadamente, la Administración de Kim Dae-Jung y la Asamblea Nacional lograron por fin sancionar la Ley contra la Corrupción en 2001, gracias a su compromiso firme de promulgar una legislación impulsada por la reforma para la eliminación de la corrupción. Al mismo tiempo, se estableció una Comisión Independiente contra la Corrupción, que informa directamente al Presidente.

La Ley contra la Corrupción establece específicamente disposiciones contra la corrupción en forma de Código Deontológico de los Funcionarios Públicos y decretos conexos. La Ley también incluye disposiciones sobre seguridad en el empleo y recompensas para los informantes.

Es más, los ciudadanos tienen acceso a un sitio Web especializado en la Internet durante las 24 horas del día, donde pueden informar sobre cualquier caso de corrupción. Además, junto con la Ley contra la Corrupción se sancionó la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales, con miras a optimizar la sinergia.

Quizás el aspecto más importante de la Ley contra la Corrupción es que preparó las condiciones para que los funcionarios públicos tomaran la iniciativa en la supervisión de la corrupción, creando mecanismos para proteger y premiar a los informantes. Esto contrasta claramente con la situación anterior, en que los funcionarios públicos eran considerados objetos de la supervisión, como si sólo pudieran ser posibles perpetradores de actos de corrupción.

Otra conquista en la campaña de la República de Corea contra la corrupción es la promulgación reciente de la Ley de Nombramiento del Fiscal Especial para investigar los escándalos de corrupción de los amigos y colaboradores cercanos del Presidente. La Ley estipula el nombramiento de un fiscal independiente para revelar prácticas corruptas mediante la investigación y para castigar a todos los implicados en casos de corrupción.

Últimamente, la Oficina del Fiscal ha realizado drásticas investigaciones sobre la financiación política ilegal, cuyo reconocimiento había sido un tabú durante mucho tiempo. Como resultado de esta ley, empresas y varios políticos y legisladores importantes involucrados en la creación de fondos ilegales son ahora objeto de acciones judiciales. Ése es un hito significativo para la República de Corea, que por fin ha empezado a romper la colusión crónica entre los círculos políticos y empresariales.

La eliminación de la cultura corrupta de una nación requiere primero el saneamiento de los círculos políticos y los funcionarios de alto nivel, ya que esto conduce luego al saneamiento de los sectores público y privado. Y eso es exactamente lo que

significa el antiguo dicho coreano: "Sólo cuando la fuente de una corriente está limpia puede la desembocadura llegar a estar limpia".

NECESIDAD DE INICIATIVAS DIVERSAS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ENTORNO DIGITAL

Examinemos ahora cómo la introducción de un entorno digital puede ayudar a facilitar las medidas contra la corrupción. Lo que parece particularmente pertinente para prevenir la corrupción en la actualidad es instaurar un sistema administrativo transparente y abierto en línea a los niveles del gobierno central y los gobiernos locales y divulgar los procesos administrativos en la Internet en tiempo real.

Un buen ejemplo sería el de Seúl, la ciudad capital. El gobierno metropolitano de Seúl instaló un "sistema abierto" en la Internet, y permitió a todos los ciudadanos obtener acceso y seguir todo el procesamiento de los asuntos civiles. La iniciativa hizo mucho para asegurar una administración transparente y sin corrupción y permitió a Seúl ganar el Gran premio cibernético a las mejores prácticas gubernamentales en el Quinto Foro Mundial sobre la innovación en el gobierno, patrocinado conjuntamente por las Naciones Unidas y el Gobierno de México. Creo que ese ejemplo atestigua claramente la eficacia del sistema de cibergobierno para prevenir la corrupción.

CONCLUSIONES

Hasta ahora, he enumerado una serie de opciones de política. Pero todos sabemos demasiado bien que tales marcos jurídicos e institucionales son precisamente algunas de las condiciones necesarias, pero no una condición suficiente. Por consiguiente, lo que es aún más importante para lograr una sociedad verdaderamente limpia y sin corrupción es implantar un "sistema de integridad nacional", en el que el gobierno, las empresas, los ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales puedan unirse para participar en la campaña colectiva contra la corrupción.

La prevalencia mundial de la corrupción pone su eliminación fuera del alcance de una sola nación. Sólo cuando todas las naciones del mundo se unan para forjar una coalición podrá eliminarse efectivamente la corrupción.

Por consiguiente, quisiera solicitar la ayuda de ustedes para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Comprometámonos a participar activamente en el proceso legislativo de nuestras naciones respectivas, implantando de ese modo un mecanismo fuerte y amplio para aplicar la Convención. Unamos nuestros esfuerzos en la causa de la lucha contra la corrupción.

Para terminar, quiero destacar la importancia histórica de la Conferencia Política de Alto Nivel para la Firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que creo servirá de momento decisivo para que toda la comunidad internacional pase a ser un mundo más transparente. Y quiero también reiterar mi gratitud al Gobierno de México por los esfuerzos realizados para organizar esta Conferencia.

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN: LEGISLACIÓN VIGENTE Y PROPUESTA Y OTRAS MEDIDAS EN SUDÁFRICA

Penuell Maduna
Ministro de Justicia de Sudáfrica

Me honra la oportunidad de hacer uso de la palabra en esta reunión para informar de las medidas legislativas y de otro tipo adoptadas por mi país contra el flagelo de la corrupción que, tengo causa para creer, promoverá nuestro esfuerzo colectivo para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que mi país ha firmado.

Como una de sus últimas tareas antes de pasar a receso a fines de noviembre de 2003, la Asamblea Nacional de Sudáfrica, que es la Cámara Baja del Parlamento, sancionó una ley muy importante, la Ley de prevención y lucha contra las actividades corruptas, que indudablemente revolucionará el enfoque de Sudáfrica del problema mundial de la corrupción. Una vez que haya sido adoptada por el Consejo Nacional de las Provincias, la Cámara Alta, y haya sido firmada y promulgada por el Presidente de la República de Sudáfrica, entrará en vigor en reemplazo de la Ley sobre la corrupción de 1992.

Esta Ley refleja las mejores prácticas internacionales en la legislación que trata de la prevención y la lucha contra corrupción y las actividades corruptas conexas. Dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

- El fortalecimiento de medidas para prevenir y combatir la corrupción y las actividades corruptas;
- La tipificación del delito general de corrupción y de delitos relacionados con las actividades corruptas;
- Medidas de investigación de la corrupción y las actividades corruptas conexas;
- El establecimiento de un registro para imponer ciertas restricciones a las personas y empresas que han sido declaradas culpables de actividades corruptas en relación con licitaciones y contratos;
- La imposición de la responsabilidad de informar sobre ciertas transacciones corruptas a ciertas personas que ocupan puestos de autoridad;
- La jurisdicción extraterritorial respecto del delito de corrupción y delitos relacionados con las actividades corruptas.

Para el Gobierno de Sudáfrica, el proyecto de ley representa un cambio radical de las disposiciones existentes en relación con la corrupción contenidas en la Ley sobre la corrupción vigente de 1992. Dignas de mención en ese sentido son las siguientes disposiciones:

a) La cláusula 10, que reemplaza el delito jurisprudencial de cohecho, prohíbe recibir u ofrecer gratificación no autorizada de una persona o a una persona que es parte en una relación laboral. Mientras que el delito jurisprudencial del cohecho sólo se aplica a personas en el sector público, el delito de la cláusula 10 también se aplica a las personas que son parte en una relación laboral en el sector privado;
b) En cuanto a la cláusula 17 (1), cualquier oficial público que adquiere o posee un interés privado en cualquier contrato, acuerdo o inversión que emana del organismo público en el que está empleado, o que está vinculado a ese organismo, o que

se hace en nombre de ese organismo público, es culpable de un delito. Sin embargo, ese delito no se aplica, entre otros, a un oficial público que adquiere o posee tal interés como accionista de una compañía cotizada en bolsa o cuyas condiciones de empleo no le prohíben adquirir o poseer tal interés;

c) La cláusula 23, que prevé la solicitud *ex parte* del Director Nacional del Ministerio Público y una orden de investigación emitida por un juez respecto de la posesión de una cantidad de bienes desproporcionada o no en armonía con las fuentes de ingresos o el activo presentes o pasados conocidos de la persona. Antes de emitir esa orden, el juez debe, sin embargo, estar convencido de que, entre otras cosas, la persona afectada mantiene un nivel de vida alto debido a la realización de actividades corruptas u otras actividades igualmente ilegales, o que tales recursos pecuniarios o los bienes que pueda poseer la persona son los instrumentos o el producto de las actividades corruptas u otras actividades ilegales. Después de emitida esa orden de investigación, el Director Nacional tiene los siguientes poderes:
   i) Puede convocar al sospechoso u otra persona especificada en la orden de investigación, que se crea puede proveer cualquier información en relación con los bienes en su posesión o bajo su control, a comparecer ante él o ante una persona autorizada para ello, a una hora y en un lugar especificado en la citación, para ser interrogado o conminado a presentar esos bienes;
   ii) Puede interrogar a ese sospechoso o a otra persona, bajo juramento o afirmación, y examinar o retener los bienes para un examen adicional o en custodia;
   iii) Puede entrar en cualquier local donde se encuentre el sospechoso o se sospeche que se encuentra e inspeccionar el local, examinar y tomar cualquier bien encontrado allí que guarde relación con la investigación de que se trate.

   Cualquier persona que se niegue a suministrar cualquier información o explicación, o que omita hacerlo cuando se le requiera de conformidad con las disposiciones anteriores, es culpable de un delito y estará sujeto al pago de una multa o a encarcelamiento por un período no que exceda de 10 años.

   Este procedimiento, invasivo pero necesario, es adicional a ciertas disposiciones de nuestro régimen jurídico tributario, que faculta a la Dirección General Impositiva de Sudáfrica a evaluar a los individuos y las empresas para determinar su responsabilidad tributaria, incluso, entre otras cosas, mediante auditorías del estilo de vida.

d) El capítulo 6 del proyecto de ley prevé el establecimiento de un Registro de incumplimiento de licitaciones en la Oficina de la Tesorería Nacional. En virtud de la cláusula 28, un Tribunal puede, respecto de un acusado declarado culpable de actividades corruptas en relación con licitaciones y contratos, además de imponer otra sentencia, dar una orden en cuanto a los detalles de la persona o la empresa declarada culpable que se deben incluir en el Registro. Eso puede incluir anotación de las empresas, los socios, los gerentes y los directores involucrados en la comisión del delito. Además, la Tesorería Nacional puede o debe, según sea el caso, cuando se haya hecho una inscripción en el Registro, imponer ciertas restricciones respecto de las personas o las empresas inscritas. Esto incluye la rescisión de un acuerdo, la determinación del período (entre 5 y 10 años) en que se mantendrá la inscripción en el Registro y la inhabilitación en relación con licitaciones y contratos futuros;

e) La cláusula 34 establece el deber de informar sobre ciertas transacciones corruptas. Ahora bien, es importante señalar que tal responsabilidad sólo se aplica a las personas que ocupan un puesto de autoridad según la definición de la ley. Este deber sólo se aplica si tal persona sabe o debiera razonablemente saber o sospechar que se han cometido ciertos delitos graves y cuando el delito comprenda una cantidad de 100.000 rand o más;

Me enorgullece informar de que, dos años después de la aprobación del Protocolo de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano contra la Corrupción el 14 de agosto de 2001, Sudáfrica ha logrado elaborar, aceptar y aprobar legislación de conformidad con los objetivos mencionados en el Protocolo. Se ha dicho que en algunos casos el proyecto de ley va mucho más allá de lo que requiere el Protocolo.

Huelga decir que la promulgación del proyecto de ley asegurará la observancia por nuestro país de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003.

Por último, pero no menos importante, el proyecto de ley, una vez sancionado, constituirá un componente fundamental de una panoplia de instrumentos jurídicos utilizados por el Gobierno en su lucha contra la delincuencia, en particular, la delincuencia organizada y la corrupción. Algunos de los instrumentos jurídicos son los siguientes:

- En 1995 y 1997, se sancionaron numerosas enmiendas a la Ley de Procedimientos Penales de 1977 para fortalecer nuestras leyes de fianza.
- En 1996, el Parlamento sancionó la Ley de tribunales especiales y dependencias de investigación especiales de 1996, que faculta al Presidente de la República para establecer una dependencia especial de investigación y tribunales cuasi judiciales, entre otras cosas, sobre la base de una supuesta corrupción en relación con los asuntos de cualquier institución del Estado.
- En 1997, se dispuso la imposición de sentencias mínimas respecto de ciertos graves delitos, incluida la corrupción.
- En 1998, el Parlamento sancionó la Ley de prevención de la delincuencia organizada para prevenir y combatir la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y las actividades de las bandas de delincuentes.
- En 1998, se sancionó la Ley nacional de enjuiciamiento, que dispone el establecimiento de una única autoridad nacional de enjuiciamiento. En 2000, la ley se enmendó para prever el establecimiento de una Dirección de Operaciones Especiales con la intención de investigar los delitos cometidos de una manera organizada; la corrupción se incluyó entre los delitos que podía investigar tal Dirección.
- La aprobación del establecimiento de una Dependencia Especializada en delitos comerciales se obtuvo en 1999 y la Dependencia se estableció el 1 de agosto de ese año, específicamente para combatir eficazmente la delincuencia comercial en vertiginoso aumento, incluida la corrupción. La dependencia ha tenido tanto éxito que se está extendiendo a los principales centros de la República de Sudáfrica. Sus éxitos incluyen 22 condenas por corrupción hasta la fecha.
- En 2000, se sancionó la Ley de protección de los informantes para proporcionar protección a las personas que revelan información en relación con conductas delictivas o irregulares, incluida la corrupción, en sus lugares de trabajo.
- En 2002, se sancionó la Ley de reglamentación de la interceptación de comunicaciones y el suministro de información relacionada con las comunicaciones, para adaptar la legislación que trataba de la interceptación y la vigilancia de las comunicaciones a las últimas tecnologías de las comunicaciones. La Ley ayuda indudablemente a las entidades encargadas de hacer cumplir la ley a investigar una multitud de actividades delictivas graves, incluida la corrupción, mediante la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones de los criminales y sus asociados.

El nuevo proyecto de ley, que procura abordar la participación tanto activa como pasiva en la corrupción y las actividades ilegales conexas, así como la extorsión, conjuntamente con otras nuevas leyes de la República de Sudáfrica, como la Ley de comunicaciones y transacciones electrónicas, se convertirá en un instrumento sumamente eficaz en la lucha contra la corrupción.

En otra ley se prevé la incautación y ulterior confiscación de activos provenientes de la comisión de delitos o producto de actividades delictivas. En nuestro régimen jurídico hay procedimientos administrativos apropiados, así como disposiciones relativas al acceso a la información, que son fundamentales en la ardua tarea de combatir la corrupción.

También debo mencionar que mi colega, el Ministro del Servicio y la Administración Pública, que informó a la plenaria el día de ayer, ha introducido diversas medidas administrativas amplias para prevenir y combatir la corrupción en el sector público. Por lo tanto, podemos proclamar sin ningún temor a la contradicción, que con la pro-

mulgación del proyecto de ley estableceremos un plan amplio y bien coordinado de lucha contra la corrupción.

Sin embargo, es axiomático que una estrategia adecuada contra la corrupción, con un plan correcto, información de inteligencia, legislación y aplicación rigurosa de la ley es, por sí sola, insuficiente. Dado que la corrupción es con frecuencia un producto de la cultura de la sociedad, se necesita un cambio en la cultura, que de hecho puede lograrse mediante un trabajo proactivo, el aumento de la toma de conciencia, la educación y la capacitación.

LA FUNCIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

John G. Williams
Organización Mundial de Parlamentarios en contra de la Corrupción, Miembro del Parlamento, Canadá

En primer lugar, deseo celebrar la labor de elaboración y presentación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ahora bien, como hemos establecido en el curso de esta conferencia, el trabajo no concluye sino que comienza hoy. En adelante, tendremos que obtener las firmas necesarias para que la Convención sea eficaz, tendremos que ratificarla y ponerla en práctica. Sin su puesta en práctica, es sólo un pedazo de papel y, como tal, no servirá para nada. La aplicación será, quizás, la tarea más difícil. También hemos oído hablar durante la conferencia de la necesidad de vigilar el progreso de la aplicación de la Convención ya que, si no se miden los resultados, no la podremos administrar. Por consiguiente, el seguimiento del progreso va a ser absolutamente esencial. Nos corresponde a nosotros dar efectividad a esta Convención. Hay tantas personas, literalmente miles de millones de personas en todo el mundo, que dependen de nuestro éxito. El fracaso no es una opción.

Quiero referirme en primer lugar a la rendición de cuentas. Hemos conversado mucho sobre este tema. ¿Pero qué es la rendición de cuentas? Defino la rendición de cuentas como fuerzas fuera de nuestro control que nos inclinan a pensar y actuar de una cierta manera. Subrayo la expresión "fuera de nuestro control". A modo de ejemplo, utilizaré lo que llamo mi analogía de infracción de velocidad. En el Canadá, los caminos son amplios y rectos y tenemos límites de velocidad de 100 kilómetros por hora en las autopistas. Pero siempre conduzco a 110. ¿Por qué conduzco a 110? Por que sé que si me detecta la policía con el radar, no va a detenerme. Voy a salir con la mía, de manera que puedo romper la ley con impunidad. Sin embargo, no conduzco 30 kilómetros sobre el límite de velocidad porque entonces se dará lo contrario: la policía no me dejará salirme con la mía. Me aplicarán una sanción costosa, y demasiadas sanciones significan puntos de demérito, mi seguro del automóvil sube, pierdo mi licencia. La motivación está fuera de mi control porque no puedo controlar a la policía. Puedo aceptar un poco pero no mucho.

El mismo principio se aplica a la corrupción. Si usted piensa que puede hacer algo y librarse de una sanción, usted lo hará. Así, hay dos reglas sencillas que podemos extraer de esto: en primer lugar, las perspectivas de ser aprendido tienen que ser razonablemente altas y, en segundo lugar, el precio de ser aprendido debe ser más de lo que usted está dispuesto a pagar. Cuando se dan esas dos condiciones, usted no participará en el delito, ya sea la infracción de velocidad, ya sea la corrupción, ya sea el robo de un banco, o algo más. Si las perspectivas de ser aprendido son muy altas y usted sabe que el precio que tendrá que pagar no será de su agrado, usted no lo hará. En China, las personas involucradas en la corrupción son ejecutadas: el precio es alto pero las posibilidades de ser aprendido son mínimas, de manera que las personas todavía lo hacen. Lord Johnston acaba de decir que el precio del mal asesoramiento significó la eliminación de algunas personas; el pueblo captó el mensaje de que el precio era alto, pero las perspectivas de ser aprendido era muy pequeña, de manera que el problema persiste. La corrupción es un delito que persiste igual que cualquier otro. Jamás lograremos eliminar la corrupción. No debemos engañarnos y pensar que

podemos eliminarla; sólo podemos controlar la corrupción de la misma manera que podemos controlar las infracciones de velocidad en las carreteras. Nunca lograremos detenerla; sólo podremos controlarla implantando tales fuerzas del orden. Partamos del supuesto de que los que participan en la corrupción van a ser aprendidos y las consecuencias no serán de su agrado.

En el mundo democrático hablamos del gobierno democrático. Ahora bien, ¿qué es un gobierno democrático? Es lo contrario de una dictadura. En una dictadura no hay rendición de cuentas; nadie le advierte que usted no puede hacer alguna cosa. Por lo tanto, el gobierno democrático significa un gobierno responsable.

Un gobierno debe ejercer una fuerza que está fuera de su propio control. Debe haber una fuerza que asegure que se haga lo correcto. Y ésa debe ser la función del parlamento. Aunque soy el primero en admitir que, en muchos casos o aun en la mayoría de los casos, el parlamento no está exento del control del gobierno y, por consiguiente, no es la fuerza independiente que exige la rendición de cuentas. Hay muchas maneras diferentes en que los gobiernos pueden manipular a los parlamentarios para que estos hagan la voluntad y satisfagan los deseos del gobierno; el patronazgo, el cohecho, la oportunidad de ascender a un puesto de gabinete, la oportunidad de avanzar en la carrera o ganar una elección. El resultado es que cuando el gobierno introduce legislación, da por descontado que el parlamento aprobará esa legislación. Desde luego, una analogía es la de Enron. Enron daba por descontado que Arthur Andersen, el auditor, aprobaría sus esquemas ilegales para inflar sus estados financieros. Los parlamentos han sido comprados mediante ese sistema. Los parlamentos y los parlamentarios se han tornado corruptos, algunos en gran medida, otros en menor medida, pero en términos generales, los parlamentos y los parlamentarios ya no son responsables ni exigen la rendición de cuantas al gobierno; mas bien, se han vuelto serviles a los gobiernos.

El parlamento tiene cuatro objetivos fundamentales. En primer lugar, aprueba las leyes que presentan los gobiernos, solicitando su respaldo. En segundo lugar, aprueba un presupuesto y una política tributaria para que el gobierno recaude fondos para la gestión de los asuntos públicos. En tercer lugar, el gobierno solicita al parlamento la aprobación de la forma en que se ha gastado el dinero recaudado. Y cuarto, el gobierno debe informar al parlamento. De modo que cuando aprobamos la legislación, el presupuesto y la política tributaria, cuando aprobamos los gastos y las previsiones, el gobierno debe informarnos. Esto me dice que debemos estar en una situación de autoridad sobre el gobierno, en lugar de a la inversa. Y cuando ese sistema fracasa, como ha fracasado en muchos, muchos países, el sistema entero se derrumba. Por eso encontramos hoy que la sociedad civil está llenando ese vacío y exige la rendición de cuentas. Es ella la que demanda la corrección del sistema, y con todo derecho, porque los parlamentos están fracasando. En mi opinión, sin embargo, es más importante resolver el problema que tratar de eludirlo de otra manera. Los parlamentos tienen que volver a ocupar el lugar que les corresponde.

Todos estamos familiarizados con la pirámide de organización ordinaria, con los trabajadores en el fondo, y con cada nivel responsable ante el nivel superior.

Pero cuando se llega a la parte superior, cuando se llega al gabinete o al Primer Ministro o al Presidente, ¿quién les exige la rendición de cuentas? Allí es donde está ubicado otro triángulo, que va hacia el exterior, del Presidente y el Primer Ministro y el gabinete al parlamento. Del parlamento, la pirámide se vuelve a abrir, y aquí es donde el pueblo ocupa la parte superior y es a él a quien hay que rendirle cuentas. Eso puede tener lugar sólo mediante la apertura, la transparencia, los medios de comunicación abiertos y libres que permiten al público saber qué exactamente están haciendo los parlamentarios y el gobierno. El público tiene la sabiduría colectiva para elegir a los parlamentarios con sensatez. El público no desea ver a bribones en su parlamento. Quiere personas honestas y con integridad; y si obtiene información clara, mediante la franqueza y la transparencia, para elegir de una manera libre y justa, hará la elección correcta. Elegirá un parlamento al que pueda delegar la autoridad de pedir al gobierno que rinda cuentas. En ese entorno, el parlamento vuelve a ser esa fuerza que está fuera del control del gobierno.

Y ése es el punto de partida de la Organización Mundial de los Parlamentarios en Contra de la Corrupción (GOPAC). Hoy están presentes aquí Augustine Rusindana, el Presidente de la Red de Parlamentarios Africanos contra la Corrupción y el Moderador Senador Jauregui, que es el Presidente de los Parlamentarios Latinoamericanos contra la Corrupción. Los tres estamos cooperando para llevar adelante la labor de esa organización particular. Reconocemos que los parlamentarios rara vez tienen los recursos del gobierno. Por eso cada división de GOPAC tiene como mentor a una organización multilateral que apoya los esfuerzos de la división. Nuestra sección latinoamericana ha negociado un memorando de entendimiento con la Organización de los Estados Africanos. Esta Organización proporcionará a esos parlamentarios capacidad de investigación para promover la democracia, permitiéndoles identificar deficiencias democráticas cuando se planteen. Podremos medir el progreso; podremos ver cuánto hemos avanzado. De esta forma, contaremos con los recursos para vigilar el progreso de la lucha contra la corrupción en todo el mundo. Las Naciones Unidas y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo han aceptado ser los mentores de la división para el Oriente Medio, que ha empezado a organizarse. El Banco Asiático de Desarrollo es el mentor de la división del Asia nororiental, compuesta por China, el Japón, Mongolia y la República de Corea. A medida que se vaya desarrollando, cada capítulo tendrá un mentor con los recursos y la capacidad necesarios para trabajar en nombre de los parlamentarios, que no tienen los recursos para realizar la investigación ellos mismos.

También hemos reconocido la necesidad de impartir capacitación y fomentar la capacidad de los parlamentarios y los parlamentos. Según señalé hipotéticamente, toma ocho años capacitar a un médico y cuatro años capacitar a un carpintero y un plomero, pero en el Canadá se puede elegir a un Miembro del Parlamento en 35 días. Ese desajuste se hace patente porque los parlamentarios llegan al parlamento sin ninguna experiencia. Quizá hayamos sido carpinteros o plomeros, contadores o abogados, pero no éramos parlamentarios. Tenemos quizás una de las posiciones más responsables en el país, y sin embargo carecemos absolutamente de capacitación. Ahora, aquellos de nosotros que hemos ido al médico y nos hemos sometido a una intervención quirúrgica, no querríamos que el cirujano dijera: "Éste es mi primer día en el trabajo, espero que usted no tenga problema con esto". Uno se tornaría muy aprensivo ante esta situación. No obstante, enviamos personas al parlamento y la legislatura como nuestros representantes elegidos. Cuando llegan, se preguntan qué se supone que deben hacer. Alguien podría decir: "sígame, yo sé lo que hay que hacer". Tenemos que romper ese ciclo y tenemos que hacerlo mediante la capacitación y el fomento de la capacidad de los parlamentos. Tenemos que trabajar como un mentor con nuestros organismos mentores para ejercer la vigilancia y lograr progresos cuantificables reales en relación con la Convención contra la Corrupción. Al nivel mundial, estamos desarrollando un equipo de tareas sobre la lucha contra el blanqueo de capitales. Estamos también considerando la cuestión de la financiación de actos electorales. Estamos desarrollando un código de conducta para los parlamentarios. Éstos son sólo unos pocos de los temas del programa de GOPAC que estamos considerando. Sin embargo, a esta altura, carecemos de fondos suficientes para desarrollar conocimientos técnicos especializados en esas esferas determinadas. Si logramos aumentar la recaudación de fondos, vamos a estar en condiciones de poner en práctica esos programas.

Estoy entusiasmado con la idea de hacer que los parlamentarios, esa voz eficaz de la sociedad elegida por la sociedad, estén en condiciones de exigir la rendición de cuentas al gobierno. Puedo asegurarles que haremos todo lo posible para desarrollar, fortalecer y llevar adelante el programa de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción porque, como ya dije, el fracaso no es una opción.

MEDIDAS LEGISLATIVAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN CHILE

Luis Bates Hidalgo
Ministro de Justicia de Chile

INTRODUCCIÓN

La presente monografía resume las principales medidas legislativas adoptadas por Chile para promover la probidad y cumplir con las convenciones e instrumentos internacionales contra la corrupción. En lo que hace a la probidad, el Gobierno ha realizado un esfuerzo legislativo sin precedentes para modernizar el aparato público y sus instituciones, y para adaptarlos al principio de la probidad.

A este respecto, cabe señalar dos acontecimientos legislativos importantes durante la última década, en 1999 y 2003.

LAS LEYES PUBLICADAS EN 1999

En diciembre de 1999 se publicaron dos leyes: la Ley No. 19.645 y la Ley No. 19.653, ambas elaboradas por la Comisión Nacional de Ética Pública en un período de 4 años. El objetivo principal de esa entidad era estudiar y elaborar propuestas de políticas públicas e iniciativas jurídicas que, perfeccionando la democracia, reforzasen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública, y de ese modo promovieran la democracia. Estaba integrada por un grupo de personas de un altísimo nivel intelectual y moral, ajeno a toda disputa pequeña y de todas las tendencias y corrientes políticas y de opinión, muchas de las cuales se encuentran hoy día presentes en este lugar. Su actividad se centró en la búsqueda de las lagunas más importantes de nuestra legislación sobre este tema y las formas más adecuadas para colmarlas. La Comisión propuso proyectos de ley e incentivó mociones legislativas que, tras cinco años de trabajo, produjeron las leyes antes mencionadas. Iniciaremos nuestro examen con la Ley No. 19.653, denominada "De la Probidad de los Órganos de la Administración del Estado", que modificó la Ley No. 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Las disposiciones principales incluyen las siguientes:

1. En primer lugar, se incorporan a la contratación pública los principios nuevos de "libre concurrencia de los oferentes" y de "igualdad ante las bases que rigen el contrato" para el "procedimiento concursal". Por primera vez, se establecen normas claras sobre los principios que rigen los contratos del Estado.
2. Se establece claramente que los actos administrativos son públicos y se regula adecuadamente el acceso de todos a la información pública, con las excepciones y a través de los procedimientos que señala la ley. Ésta es otra innovación porque permite a todos los chilenos saber lo que hace el Estado.
3. Se incorpora el principio según el cual deben aplicarse sistemas o modalidades que, a través de las remuneraciones, estimulen el ejercicio de determinadas funciones o premien la idoneidad en el desempeño, a diferencia del viejo esquema donde a funciones análogas y responsabilidades y condiciones semejantes, corresponden iguales retribuciones.
4. Se regulan las incompatibilidades en el ejercicio de la función pública, impidiendo los conflictos de intereses originados en causas económicas o de parentesco. Por primera vez, los oficiales tributarios ya no pueden ejercer las actividades económicas privadas que estén comprendidas en sus funciones. Tales prácticas jamás se

habían controlado en Chile y, hasta 1990, se practicaron con regularidad.

5. En quinto lugar, como una absoluta novedad legislativa, se dispone que las autoridades de la Administración del Estado, incluido el Jefe del Estado, los parlamentarios, los miembros de los tribunales de justicia de mayor jerarquía, ciertos altos cargos de organismos autónomos, los jueces de policía local e incluso, quienes participen como gerentes o directores de empresas donde el Estado tenga una participación relevante, deben entregar al momento de entrar al ejercicio del cargo y al dejarlo una declaración de intereses, que contenga sus actividades profesionales y económicas. La declaración del activo incluye sus actividades financieras profesionales y personales.
6. En sexto lugar, se tratan algunos comportamientos vinculados sólo indirectamente a la corrupción administrativa, como el uso de información reservada, el tráfico de influencias, el aprovechamiento del millaje aéreo, y la aceptación de donativos de cualquier naturaleza, etc. Las formas más graves de corrupción se sancionan de la única manera como deben sancionarse estos hechos: con la destitución.
7. En séptimo lugar, el principio de probidad se extiende a los Gobiernos Regionales y a las Municipalidades, obligando a los Intendentes y Alcaldes a velar por su cumplimiento en estos ámbitos. Es decir, se descentralizó la probidad para que fuera apreciada por todos. Su aplicación es vigilada por el público.
8. En octavo lugar, se establece que los diputados y senadores deben ejercer sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia y se eleva a rango orgánico constitucional la norma del Reglamento del Senado que impide promover, debatir y votar asuntos que interesan directa o personalmente a diputados o senadores o a sus parientes. Éste es un avance sustancial. La ciudadanía recuerda incidentes reprobables ocasionados por parlamentarios que votaban a favor de proyectos que, a ojos vista, les interesaban a ellos o a sus parientes cercanos. Esto ya no volverá a ocurrir.
9. Finalmente, el inciso 2 del artículo 52 de la Ley Orgánica, que fue modificado, define el principio de probidad funcionaria como aquel que "consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o el cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular". Se predica respecto de los funcionarios, pero también respecto de las autoridades de la Administración.

La aparición del término "*interés general*", definido como tal por el artículo 53, provoca la aparición de elementos de suyo novedosos y que no responden simplemente a una conducta "funcionaría" intachable. Insisto en que el *interés general* no puede lograrse a través de la voluntad individual del funcionario público ni mediante su desempeño. Además, el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control exige un relativo conocimiento, aprendizaje y entrenamiento. Pero estos "antecedentes" necesarios para que el *interés general* tenga preeminencia sobre el particular, se pueden predicar de todos los componentes del mismo.

La Ley No. 19.645 produjo cambios importantes en el Título V del Libro II del Código Penal, así como en los delitos contra la autodeterminación sexual, la reforma más importante en esta materia desde hace muchos años. Es relevante, en primer lugar, porque se ha abordado un sector del Código, los delitos de los funcionarios públicos, aparentemente intocado y olvidado por décadas. En segundo lugar, porque se ha hecho con un criterio técnico y con un alto conocimiento de cómo funcionan los derechos penales de las democracias, y finalmente, porque se ha modernizado y adecuado a la altura de los tiempos el catálogo delictivo. Es más, el catálogo de los delitos penales se ha actualizado y ajustado a las necesidades de una democracia moderna.

Como ya he afirmado, la Ley nació como una moción legislativa que se vio enriquecida y perfeccionada por los más diversos sectores y que el Gobierno recogió y fortaleció. Los elementos más característicos de la ley comprenden la introducción de nuevos delitos, como el tráfico de influencias y el uso de información concreta reservada, contenidos en los Códigos Penales más adelantados en la materia. Además, define el soborno, para que ningún ofrecimiento o solicitud de beneficios económicos quede impune, graduándolos adecuadamente según los objetivos del funcionario corrupto. Tales cambios legislativos fueron examinados y respaldados por el Congreso de la Convención Interamericana contra la Corrupción durante 2003.

LAS LEYES PUBLICADAS EN 2003

El segundo acontecimiento legislativo significativo proporcionó una variedad de normas para la promoción de la probidad y la lucha contra la corrupción. Estas normas establecieron la Comisión Asesora Presidencial para el fortalecimiento de los principios de transparencia y probidad pública, integrada por muy relevantes personalidades y profesionales que proporcionaron experiencia técnica y contribuyeron al análisis del tema. La Comisión ha venido trabajando sobre cuestiones conexas, como el financiamiento de las campañas y los partidos políticos, la reglamentación de los grupos de interés y otras modificaciones al sistema de regulación para aumentar la probidad.

Las características generales de estas leyes son las que siguen:

1. En primer lugar, se trata de modificaciones más amplias que las propiciadas en 1999, sea porque durante el período 2002 y 2003 el fenómeno de la corrupción tuvo honda repercusión en la vida pública chilena, sea porque tales casos puntuales han hecho tomar conciencia a la autoridad y a la sociedad civil sobre la importancia de adoptar medidas drásticas, sea por la insuficiencia de las medidas adoptadas hace cuatro años;
2. En segundo lugar, no abordan solamente cuestiones penales, sino también de gestión administrativa y financiera. En este sentido, se trata de legislaciones sobre cuestiones no abordadas en 1999 y que arrastraban problemas antiguos e insolutos en la tradición jurídica chilena; los gastos reservados de diversas reparticiones públicas, la contratación pública y los procedimientos de compra y el financiamiento de las campañas de los partidos políticos, son un buen ejemplo de ello. Debemos mencionar también que en 2002 se publicó la Ley No. 19.829, que adaptó la legislación nacional a la Convención para prevenir el soborno transnacional de la OCDE, que Chile ha firmado y ratificado.

El siguiente es un esquema de las disposiciones clave de esas leyes.

LEY No. 19.886, DE 2003, SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Esta Ley regula los contratos que celebre la administración pública, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desempeño de sus funciones. Se trata una iniciativa que uniforma *los procedimientos administrativos para la contratación del suministro de bienes y servicios.* Además, la ley establece que la administración pública deberá funcionar con eficacia y eficiencia, incluso en el otorgamiento de los contratos públicos.

La nueva ley crea las instituciones necesarias para velar por la eficiencia en las compras, preservando la competencia equitativa dentro de procedimientos adecuados. Asimismo, hay planes para crear los mecanismos nuevos necesarios para mejorar la transparencia procesal. La nueva ley entrará en vigor sin perjuicio de todas aquellas normas que requieran reglamentos complementarios para pasar a la etapa operacional. Esto significa que la actual reglamentación complementaria de la Ley de compras públicas seguirá aplicándose hasta que se publique el nuevo reglamento, salvo en los aspectos que resulten incompatibles con la nueva ley.

Con esta normativa se estima que el Estado obtendrá en el primer año de aplicación un ahorro de 10 millones de dólares de los Estados Unidos. A ello se sumará un mejor servicio y atención para los ciudadanos, al facilitar el acceso oportuno y con reglas claras a más de 200.000 oportunidades de negocios para las empresas del país. La meta es que a fines de este año el 100 % de las compras y contrataciones públicas regidas por esta ley se publiquen en www.chilecompra.cl.

Esta reforma en el mercado de las compras públicas involucra a todos los organismos regidos por la Ley No. 18.575 ya citada: los ministerios, los gobernadores, así como las entidades y los servicios públicos que se han creado para desempeñar las funciones públicas, incluida la Oficina del Interventor General de la República, el Banco Central, las fuerzas armadas, los gobiernos regionales y los municipios. Se exceptúan las empresas públicas creadas por ley. En el caso de las municipalidades y las fuerzas armadas, la ley entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2004 y del 1 de enero de 2005, respectivamente.

En relación con las licitaciones, será obligatorio llamar a licitación pública cuando el monto de la adquisición supere un cierto umbral. Las licitaciones privadas y las contrataciones directas deberán justificarse mediante resoluciones fundamentadas. En la Ley se especifican, además, los casos en que se justifica realizar licitaciones privadas o contrataciones directas así como las causales para declarar desierto un proceso y el procedimiento para comunicar tal decisión Asimismo, se establecen las causas y los procedimientos para modificar o terminar los contratos públicos.

Los organismos mencionados en la ley deberán publicar la licitación, notificar a las posibles partes interesadas, negociar y adjudicar contratos y, en general, realizar todos los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras utilizando el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración (www.chilecompra.cl) creado por esta Ley. Este sistema deberá ser de acceso público y gratuito.

LEY No. 19.884, DE 2003, SOBRE TRANSPARENCIA, LÍMITE Y CONTROL DEL GASTO ELECTORAL

La Ley tiene por objeto regir el financiamiento, los límites, el control y la transparencia de los gastos electorales que realicen los partidos políticos y los candidatos. Se ajusta a la Ley electoral No. 18.700, la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, y a la ley No. 18.695, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Esta norma representa el cumplimiento de un sentido anhelo de la ciudadanía chilena de abordar esta cuestión. Hasta el momento no existía una regulación precisa de los gastos de las campañas políticas, hecho que derivaba en obvias y notorias desigualdades de acceso al poder.

La Ley tiene por objeto limitar el reembolso de los gastos electorales a los principales actos eleccionarios. Para citar algunos ejemplos, tratándose de candidaturas a senador, el límite de gastos no podrá exceder de la suma de 3.000 unidades de fomento (aproximadamente 51 millones de pesos chilenos es decir, 82.258 dólares), más aquella que resulte de multiplicar por *cuatro centésimos de unidad de fomento* los primeros 200.000 inscritos, por *tres centésimos de unidad de fomento* los siguientes 200.000 inscritos y por *dos centésimos de unidad de fomento* los restantes inscritos en la respectiva circunscripción. Los candidatos a diputado no podrán exceder la suma de 1.500 unidades de fomento (aproximadamente 26 millones de pesos, o 41.129 dólares), más aquella que resulte de multiplicar por *tres centésimos de unidad de fomento* el numero de inscritos en los registros electorales en el respectivo distrito. En el caso de las candidaturas a Presidente de la Republica, el límite de gastos será equivalente a la cantidad que resulte de multiplicar por *tres centésimos de unidad de fomento* el número de inscritos en los registros electorales del país. Además, se establece que el límite de gastos electorales que podrá efectuar cada partido político será el equivalente de un tercio de la suma total de los gastos electorales permitidos a sus candidatos, incluidos los independientes. De igual manera, se limita el financiamiento privado de las campañas electorales. No se permite que ninguna persona aporte a un mismo candidato, y en una misma campaña electoral, una suma que exceda al equivalente en pesos de 1.000 unidades de fomento (vale decir, 17 millones de pesos chilenos, aproximadamente, o sea, 28.000 dólares). En todo caso, el total de aportes que una misma persona podrá hacer a distintos candidatos o a un partido político no podrá exceder del equivalente en pesos de 10.000 unidades de fomento. Cuando las contribuciones las hagan personas jurídicas que estén económicamente motivadas, la donación debe ser aprobada por una decisión explícita del personal directivo superior de la empresa.

Siguiendo a las modernas legislaciones sobre la materia, durante la campaña electoral, el Estado financiará y reembolsará los gastos electorales en que incurran los candidatos y los partidos, con excepción de los candidatos a Presidente de la República. Por consiguiente, al inicio del período de campaña electoral, cada partido inscrito que presente candidatos a la respectiva elección de senadores, diputados y concejales, tendrá derecho a que el Estado pague en su favor una cantidad de dinero equivalente al número de sufragios obtenidos en la última elección de igual naturaleza, incluidos los independientes que hubieren ido en pacto o subpacto con él, multiplicado por el

equivalente en pesos de diez milésimos de unidad de fomento. Aquellos partidos que no hubieren participado en la elección de igual naturaleza anterior tendrán derecho a recibir una cantidad igual a la que corresponda al partido político que hubiere obtenido en ella el menor número de sufragios.

Finalmente, se establece otro control de los aportes electorales al disponer cuáles de los aportes a la campaña electoral serán *anónimos,* reservados o públicos. Todas las contribuciones hechas por personas privadas pueden efectuarse anónimamente. Sin embargo, durante el período de la campaña electoral, ningún candidato o partido político podrá recibir como contribución anónima más del 20% del límite de gastos electorales definido en esta ley. Todo aporte que supere el monto indicado y que represente menos del 10% del total de gastos que la ley autoriza a un candidato o partido político, tendrá carácter reservado, siempre y cuando no exceda de 600 unidades de fomento para un candidato o de 3.000 unidades de fomento para un partido político o el conjunto de sus candidatos. En este caso, los aportes se realizarán directamente a una cuenta establecida al efecto por el Servicio Electoral.

LEY No. 19.882, DE 2003, QUE REGULA LA NUEVA POLÍTICA DE PERSONAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La Ley crea también la Dirección Nacional del Servicio Civil como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Informa al Presidente de la Republica a través del Ministerio de Hacienda y coordina, supervisa y evalúa el desempeño del personal de los diversos servicios de la administración civil del Estado.

Sus funciones comprenden la de participar en la elaboración de las políticas de administración del personal del sector público y colaborar con los servicios públicos en la aplicación descentralizada de las mismas, en el marco del proceso de modernización del Estado; promover reformas y medidas tendientes al mejoramiento de la gestión del personal del sector público; prestar asesoramiento en materia de personal a las autoridades de gobierno, así como también a los subsecretarios y jefes de los servicios en materia de recursos humanos a fin de asegurar el funcionamiento eficiente y eficaz del Sistema de Alta Dirección Pública.

Este sistema tiene por objetivo permitir a los servicios públicos contar con equipos directivos profesionales, eficientes y con capacidad de trabajo en equipo, que optimicen la gestión de las instituciones públicas en la prestación de bienes y servicios a la comunidad. Estos equipos deberán aplicar las decisiones del Presidente de la República, que es elegido en votación popular y es responsable de la administración del Estado.

La competencia profesional, la integridad y la probidad son los criterios básicos de mérito que han de prevalecer en el acceso a la alta dirección pública, así como en su remuneración. El sistema de alta dirección pública proporciona *igualdad de oportunidades* y normas universales que rigen el acceso a cargos públicos de dirección, respetando el principio meritocrático y atenuando los controles monopolísticos de ese acceso por los partidos políticos u otras organizaciones.

El sistema también facilitará mayores niveles de transparencia, probidad y desempeño ético al asegurar la calidad técnico-profesional y al atenuar los riesgos de influencia indebida en la adopción de decisiones.

LEY No. 19.863, DE 2003, SOBRE LA REMUNERACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE GOBIERNO Y CARGOS CRÍTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SOBRE GASTOS RESERVADOS

Por este cuerpo legal, se regulan las competencias del Personal Directivo Superior. Además, se regula el destino de los gastos reservados incurridos por ciertos ministerios y otras entidades mencionadas en el artículo 10 de la Ley. En virtud del artículo 10, están autorizados a incurrir en gastos relacionados con ciertas funciones públicas, como la seguridad interna y externa, el orden público nacional y otras acciones del Estado que, por su naturaleza, deban ser reservadas o mantenerse en secreto.

Durante mucho tiempo, ciertas Secretarías de Estado o Ministerios estratégicos gozaron de la posibilidad de contar con una cierta cantidad de fondos, denominados "reservados", contemplados en sus presupuestos públicos En consecuencia, no estaban sujetos a controles detallados por la Contraloría General de la República.

LEY No. 19.862, DE 2003, QUE ESTABLECE REGISTROS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS RECEPTORAS DE FONDOS PÚBLICOS

Esta Ley regula todo tipo de transferencias a personas jurídicas, estableciendo la necesidad de un registro para ellas. Tiene por objeto evitar la creación de entidades privadas que eludan las estructuras de rendición de cuentas y reciban fondos públicos.

CONCLUSIONES

Los participantes estuvieron de acuerdo en la función crucial que corresponde a los parlamentos en la ratificación y aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La responsabilidad en ese sentido es multifacética. El parlamento no sólo debe adoptar la legislación sino también debe vigilar constantemente su aplicación efectiva. Se acordó que la función del parlamento en la lucha contra la corrupción debe fortalecerse. Los parlamentos pueden recurrir a la sociedad civil más fácilmente que otras instituciones del Estado. Por consiguiente, las organizaciones internacionales no deben tratar exclusivamente con gobiernos, sino que deben mejorar sus esfuerzos para incluir a los parlamentos en la ratificación y aplicación de la Convención.

A tal fin, los parlamentarios deben, en primer lugar, adoptar un criterio de participación en la Convención. Dado que no participaron en su elaboración, hay que elevar la toma de conciencia de los parlamentarios acerca de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y las diversas obligaciones que se derivan de ella. Eso se podría lograr mejor utilizando las redes y las asociaciones de parlamentarios existentes, como la Organización Mundial de Parlamentarios en contra de la Corrupción, la Red de Parlamentarios Africanos contra la Corrupción, y las plataformas similares que permiten el intercambio de experiencias y la identificación de las mejores prácticas para combatir la corrupción.

Los países tendrán que desarrollar leyes para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los participantes recalcaron la importancia de establecer el marco institucional responsable de la aplicación de esas leyes conjuntamente con el proceso legislativo. En ese contexto, los participantes estuvieron de acuerdo en que los organismos independientes de lucha contra la corrupción —con un mandato amplio, que comprende desde la interposición de una acción judicial hasta la reforma administrativa, para elevar la educación y la toma de conciencia por el público— habían trabajado bien en algunos países. Sin embargo, los organismos de lucha contra la corrupción no pueden operar con éxito por sí solos, sino que necesitan desarrollar programas de extensión, estableciendo plataformas para la colaboración y la coordinación continua con los sectores público y privado, así como con la sociedad civil. Por otro lado, los organismos de lucha contra la corrupción sólo podrán ser eficaces si tienen fuertes facultades de investigación y un amplio mandato a este respecto.

Además, se consideró crucial la aplicación de sanciones eficaces y creíbles contra las prácticas corruptas. Las leyes contra la corrupción deben contemplar medidas punitivas fuertes, incluidos el encarcelamiento, las multas y la confiscación de los activos ilícitos. Quizá también se requiera legislación complementaria, como leyes contra el blanqueo de capitales y el acceso a información. Algunos participantes también subrayaron la importancia de la jurisdicción extraterritorial respecto del delito de corrupción.

Para solicitar informes sobre actividades corruptas, habrá que contar con instrumentos jurídicos y canales institucionales que alienten a los funcionarios públicos y a los ciudadanos por igual a notificar incidentes de corrupción. Hay que proteger a los informantes y los funcionarios públicos deben estar obligados por ley a informar sobre las transacciones corruptas que llegan a su conocimiento.

Los legisladores nacionales deben considerar el establecimiento de registros para inscribir ciertas restricciones sobre personas y empresas declaradas culpables de actividades corruptas relacionadas con las licitaciones y los contratos.

Los participantes también abordaron la cuestión de la financiación de los partidos políticos, tema que es objeto de intensos debates en muchos países desarrollados.

Observaron la incapacidad evidente de los parlamentos para legislar eficazmente contra la financiación excesiva y no transparente de los partidos políticos. En algunos países, individuos o grupos utilizan la financiación de campañas políticas para influir en la formulación de políticas, la promulgación de leyes y aun el otorgamiento de contratos públicos.

Aunque en algunos países, muchas de las leyes requeridas por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ya están en vigor, muchos países necesitan leyes adicionales que incluyan medidas sobre la recuperación de activos y la prevención.

Se señaló que las asociaciones profesionales podrían proporcionar un mecanismo de control crucial para el cumplimiento de las normas sobre el comportamiento profesional. También podrían ayudar a enunciar y aclarar las inquietudes de sus miembros con respecto a ciertos aspectos de la Convención. Por ejemplo, las asociaciones de abogados habían expresado sus inquietudes por la protección de los privilegios profesionales de sus miembros.

Los participantes también destacaron la importancia de las nuevas tecnologías, que brindan oportunidades para una mayor transparencia. Los gobiernos podrían comunicarse más fácilmente con sus ciudadanos a través de la Internet y podrían proporcionar al público más acceso a la información oficial.

Por último, los participantes también reconocieron la función crucial de los parlamentos de exigir la rendición de cuentas al gobierno. En particular, los parlamentos deben cumplir una función de supervisión con respecto al gasto público y las adquisiciones públicas.

GRUPO 4
MEDIDAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN LOS SISTEMAS FINANCIEROS NACIONALES E INTERNACIONALES

MEDIDAS LEGISLATIVAS DEL CONSEJO DE EUROPA PARA HACER FRENTE A LA CORRUPCIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALES EN EL SISTEMA FINANCIERO INTERNACIONAL

Maud de Boer Buquicchio
Secretaria General Adjunta del Consejo de Europa

El Consejo de Europa sostiene tres principios básicos: los derechos humanos, la democracia pluralista y el imperio de la ley.

Deseo centrar mi intervención específicamente en la relación entre el *imperio de la ley* y la facilidad con que el dinero se desplaza a través de los sistemas financieros internacionales.

Durante los 20 últimos años, la naturaleza de la delincuencia en general (y la delincuencia económica y organizada en particular) ha sido tal que todos los que luchan contra la delincuencia económica y organizada han tomado conocimiento de las enormes oportunidades que el sistema financiero internacional ofrece a los delincuentes para esconder su riqueza obtenida por medios ilícitos.

Los delincuentes siempre han encontrado maneras de aprovechar las debilidades de los sistemas financieros. Teniendo en cuenta que el dinero (incluido el dinero virtual) puede ahora moverse en todo el mundo en cuestión de segundos, la labor de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los fiscales y los jueces investigadores en todo el mundo es cada vez más difícil.

Por este motivo, mi punto de partida es que, si la comunidad internacional desea combatir la corrupción en el plano internacional, debe estar en condiciones de rastrear el producto que los infractores obtienen mediante actos de corrupción, dondequiera que se encuentre. La experiencia indica que los delincuentes de más éxito mueven el producto adquirido en forma ilícita utilizando complejas capas de transacciones de un país a otro. Por lo tanto, la lucha internacional contra la corrupción y la lucha internacional contra el blanqueo de capitales están inextricablemente vinculadas.

El blanqueo de capitales es, como todos saben, el proceso por el cual los delincuentes se distancian de sus crímenes pero mantienen el acceso a sus frutos. Los organismos de represión, en el plano nacional e internacional, necesitan detectar esos productos para asegurar que tanto los que se encargan del blanqueo como aquellos que recogen los beneficios de la corrupción sean encausados y que tribunales nacionales puedan confiscar esos productos. La experiencia ha mostrado que, en muchos países, las órdenes de confiscación importantes, que son realmente disuasorias, pueden actuar y actúan como obstáculos reales a la comisión de delitos en general. Por lo tanto, al luchar contra el blanqueo de capitales, no sólo se combate la corrupción sino que también se ataca la causa subyacente del delito de adquisición ilícita en general: la codicia humana.

La comunidad internacional debe poder cooperar eficazmente en esa lucha. El Consejo de Europa participa desde hace mucho tiempo en la cooperación en cuestiones judiciales internacionales. Nuestros tratados sobre asistencia judicial recíproca y extradición son bien conocidos.

El Consejo de Europa fue una de las primeras organizaciones internacionales que expresó una verdadera inquietud por el blanqueo de capitales. Hace más de 20 años, el Comité de Ministros adoptó una recomendación en la cual advirtió contra los peli-

gros que el dinero sucio en el sistema financiero representaba para la democracia y el imperio de la ley.

En los años 90, el Consejo de Europa comenzó a inquietarse ante la amenaza que el blanqueo de capitales planteaba a los países europeos con economías en transición, cuyas estructuras reglamentarias de los asuntos financieros, nuevas y frágiles, los hacían particularmente vulnerables. Se hizo mucho por aumentar la toma de conciencia sobre tales peligros.

Como resultado de ello, en 1990 se aprobó nuestro Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito. Ese Convenio proporciona un importante plan detallado para la investigación, la cooperación internacional, la interposición de acciones judiciales y la confiscación en el plano nacional en relación con el producto del delito. Es un convenio que ha tenido éxito y que está abierto a países no europeos. El número actual de ratificaciones es 43, lo cual es alentador en razón de la obligación vinculante que impone a los Estados que lo ratifican de disponer las medidas más amplias de ayuda internacional para la detección, la congelación y la incautación de bienes. Eso significa que en Europa e incluso en otras partes, los organismos de represión y los fiscales aprovecharán la cooperación internacional para llevar a cabo pesquisas internacionales sobre delitos de corrupción.

Como dije ayer durante la Conferencia de Alto Nivel, los instrumentos jurídicos y políticos son de poca utilidad si no se vigilan cuidadosamente.

El Consejo de Europa, por consiguiente, ha desarrollado sistemas de vigilancia en materia de corrupción y blanqueo de capitales.

En materia de corrupción, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) está empezando su segunda ronda de evaluaciones mutuas. Una de las principales cuestiones que tratará en esa ronda es la importante relación entre el blanqueo de capitales y la capacidad de un Estado de incautar y confiscar el producto de la corrupción.

En muchos aspectos, el éxito del mecanismo del GRECO —que incluye unos 35 Estados miembros, incluidos los Estados Unidos de América— se basó en el trabajo anterior iniciado por el Comité Selecto de Expertos en la evaluación de medidas contra el blanqueo de capitales del Consejo de Europa (ahora conocido como MONEYVAL).

La vigilancia en esa esfera empezó en 1997, utilizando los métodos de trabajo del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales. MONEYVAL está ahora completando su segunda ronda de evaluaciones.

Las evaluaciones de MONEYVAL abarcan las medidas jurídicas, de represión y financieras adoptadas para combatir el blanqueo de capitales (y ahora la financiación del terrorismo). La evaluación financiera es, por consiguiente, una parte fundamental de ese trabajo.

Claramente, los países necesitan establecer sistemas preventivos sólidos para detectar fondos sucios (o de terroristas) cuando pasan a través del sistema financiero. Las normas en materia de prevención están evolucionando constantemente. Utilizamos las normas internacionales que actualmente se aplican con más frecuencia en el sector financiero, incluidas las 40 Recomendaciones del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales (y normas reglamentarias específicas de los sectores bancario, de seguros y de valores).

Todas las normas de prevención se basan en las dificultades del sector financiero y el sector no financiero para detectar movimientos de dinero sospechosos y para establecer reglas sólidas de identificación de clientes.

Al final de nuestra primera ronda de evaluaciones, formulamos las siguientes conclusiones:

- Encontramos que había una necesidad evidente de análisis nacionales más a fondo para determinar cómo exactamente en determinadas jurisdicciones se podían blanquear capitales:
  — ¿Era a través de los bancos?
  — ¿Era a través de las sociedades ficticias?

— ¿Era a través del sistema de privatización?
— ¿Exactamente cuán vulnerables eran las oficinas de cambio y los casinos?

- Determinamos que había que seguir trabajando para lograr la participación de las instituciones financieras no bancarias y las empresas y los profesionales de fuera del sector financiero (como los abogados y los asesores financieros). La notificación de las transacciones sospechosas en todos esos sectores debe aumentar. Cuando las normas se tornan más rigurosas en un sector, como la actividad bancaria, los que blanquean dinero buscan otros sectores, como el de los seguros o el mercado de valores, para blanquear productos ilícitos. La conclusión es que hay que mejorar la vigilancia contra el blanqueo de capitales en esas esferas.

  Los abusos obvios, como la existencia continua de cuentas al portador, deben ser combatidos por los gobiernos pertinentes dentro de plazos realistas. Las instituciones financieras y de crédito deben prestar mucha más atención a la identificación de los beneficiarios finales de las transacciones para que las reglas sobre identificación de clientes tengan efectividad. Es más, el personal de las instituciones financieras y de crédito de muchos países necesita más orientación sobre cómo identificar los movimientos de dinero sospechosos.

- Nuestros expertos también encontraron que se debía prestar mayor atención a los regímenes de creación de sociedades y a los riesgos inherentes de los sistemas rápidos de pago electrónico y de actividades bancarias en la Internet. Los sistemas de identificación de muchos países parecen haber sido diseñados para manejar sólo documentos. El desarrollo de las estructuras financieras de los Estados ha hecho que los regímenes preventivos basados en documentos sean cada vez más menos pertinentes.

  En el lado de la prevención, hemos observado el costo para el sector financiero de poner en práctica sistemas costosos para detectar el blanqueo de capitales y los movimientos de dinero sospechosos. El reto que enfrentan ahora los organismos de represión y los fiscales es asegurar el enjuiciamiento de los que blanquean dinero y obtener importantes órdenes de confiscación.

  Es mucho lo que queda por hacer. En el Consejo de Europa seguiremos vigilando estas cuestiones y haremos presión para obtener cambios donde sean necesarios. Es gratificante ver cómo los países han respondido a las recomendaciones que hemos hecho hasta el presente en los informes de MONEYVAL. En materia de establecimiento de normas, se iniciarán actividades para formular un protocolo del Convenio de Estrasburgo que trate de las medidas de prevención.

  El Consejo de Europa continuará desarrollando su trabajo, tanto en materia de establecimiento de normas como de vigilancia, en la lucha contra la corrupción y todos los productos obtenidos ilícitamente que pasen a través de los sistemas financieros nacionales e internacionales.

LA FUNCIÓN DE LA JUDICATURA EN LA INTEGRIDAD DEL GOBIERNO

Ramesh Lawrence Maharaj
Ex Fiscal General de Trinidad y Tabago

Quiero felicitar al Gobierno y al pueblo de México por el patrocinio de esta conferencia importante e histórica. También deseo felicitar a todos los Estados que han decidido firmar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ya que sus firmas son un testimonio de su compromiso de erradicar la corrupción y promover la honestidad en el gobierno. Durante mi desempeño como Fiscal General del Estado y Ministro de Asuntos Jurídicos de la República de Trinidad y Tabago observé directamente la necesidad de que los gobiernos actuaran enérgicamente en su lucha contra la corrupción para poder lograr el desarrollo sostenible. Quiero aprovechar la oportunidad de trasmitir algunas de mis experiencias como Fiscal General del Estado y espero que lo que tengo que decir ayude a los ministros de gobierno y a la sociedad civil a combatir la corrupción.

La buena gobernanza es imposible si los miembros de un gobierno y los funcionarios públicos son corruptos. La existencia de corrupción en el gobierno y en otras esferas oficiales también promueve la corrupción en el sector privado.

Las injusticias sociales y económicas de un país no pueden corregirse eficazmente si se permite que las personas que desempeñan altos cargos de gobierno y otros funcionarios públicos sigan depredando las tesorerías de las naciones. Las Naciones Unidas, en reconocimiento de los efectos corrosivos que la corrupción tiene en todos los aspectos de la vida, adoptaron medidas para eliminar la corrupción, que tiene un efecto devastador sobre la fibra moral de la sociedad.

La corrupción subvierte el imperio de la ley, vuelve estéril a la democracia y empobrece a las naciones. La corrupción es un problema mundial, que en muchos países se ha tornado sistémico. El desarrollo sostenible requiere el control de la corrupción. La corrupción impone una carga al sector privado, desalienta la inversión extranjera y daña el medio ambiente. La corrupción mina la confianza y la equidad en el gobierno. La corrupción disminuye la eficacia de las políticas públicas. La corrupción a menudo tiene una dimensión política y refleja la forma en que se ejerce el poder de gobierno en un país.

La corrupción incluye el abuso del cargo político en beneficio privado, el abuso del cargo público para obtener beneficios políticos (aunque no se produzca realmente cohecho) mediante el patrocinio y el nepotismo, el robo de bienes del Estado y la desviación de recursos del Estado.

En la mayoría de los países del Caribe, incluida Trinidad y Tabago, se está desarrollando una nueva dimensión de la corrupción. Los gobernantes formulan y orientan deliberadamente sus políticas y programas para conservar el cargo. La corrupción, el favoritismo político y el nepotismo se han convertido en la norma. Los programas públicos de vivienda, los ofrecimientos de empleo, la adjudicación de contratos y becas y la administración de programas sociales y de salud están orientados a ganar votos y hasta a modificar los distritos electorales para que los partidarios residan y voten en circunscripciones determinadas.

El dinero de los contribuyentes, por consiguiente, es utilizado por los gobiernos con finalidades políticas partidistas o personales, a fin de asegurar que el gobierno permanezca en el poder.

Los préstamos tomados por los gobiernos de los principales organismos de crédito internacionales no se utilizan, por consiguiente, para las finalidades para las que se solicitan. Los préstamos son utilizados por los gobiernos para "suprimir" la democracia en vez de darle "más vitalidad". Los organismos de crédito internacionales deben prestar mayor atención a la utilización de sus préstamos para finalidades corruptas y deben hacer que la sociedad civil vigile los préstamos que otorga a los gobiernos.

Una cuestión de candente actualidad en el mundo son las repercusiones de los gobiernos corruptos en los problemas asociados con la degradación del medio ambiente. Algunos gobiernos permiten que la corrupción pervierta la aprobación de actividades que tienen efectos sobre el medio ambiente. Están más interesados en el dinero que ellos reciben de las empresas multinacionales que en la adopción de medidas para proteger el medio ambiente para las generaciones futuras. La corrupción del gobierno causa o permite la realización de actividades particulares aun cuando se sabe que esas actividades tienen consecuencias ambientales adversas para los países.

El método más importante por el cual la corrupción del gobierno influye negativamente en el medio ambiente de una nación es la adopción de decisiones que favorecen a poderosas empresas multinacionales y otras entidades y que les permite explotar los recursos naturales utilizando prácticas que son incompatibles con las buenas prácticas de sostenibilidad.

La corrupción también impide la supervisión adecuada por el gobierno de las actividades que pueden perjudicar al medio ambiente.

La corrupción puede realzar los efectos de los desastres ambientales. Eso ocurre cuando los gobiernos se aseguran de que no se tomen las disposiciones adecuadas para que la aprobación de actividades se haga desde una perspectiva ambiental y de que no se tomen las medidas correctivas adecuadas. Esas acciones, u omisiones, facilitan los desastres ambientales.

La situación es especialmente grave en los países que no tienen un sistema judicial con buena reputación, es decir, tribunales imparciales, competentes, eficaces y verdaderamente independientes que puedan oponerse a la corrupción gubernamental y la influencia del "poder del dinero".

La corrupción es un enemigo público, ya que priva a las naciones de sus corrientes vitales.

Para que la lucha contra la corrupción sea eficaz, los fiscales deben adoptar medidas para mantener el imperio de la ley. Se deben promulgar leyes claras para luchar contra la corrupción. Se deben adoptar medidas para establecer una capacidad eficaz de aplicación de la ley y se deben crear organismos oficiales alertas encargados de la vigilancia. También se deben adoptar medidas para crear una sociedad civil participativa.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es, por consiguiente, un instrumento importante que puede utilizarse para promover en todo el mundo medidas para eliminar y/o reducir la corrupción y para promover la franqueza, la transparencia y la rendición de cuentas por el gobierno.

Los fiscales generales deben, sin embargo, ser conscientes de que las medidas tomadas por ellos para luchar contra la corrupción pueden despertar en sus colegas, o al menos en algunos de ellos, sentimientos de odio o desconfianza contra ellos.

Fui Fiscal General del Estado y Ministro de Asuntos Jurídicos de la República de Trinidad y Tabago entre 1996 y 2001. Conozco demasiado bien las dificultades con que tropiezan los individuos que intentan luchar contra la corrupción. Como Fiscal General del Estado, tomé la posición de que ningún gobierno podría combatir genuinamente la pobreza o corregir genuinamente otras injusticias sociales y económicas en un país, a menos que adoptara medidas contra la corrupción y promoviera la franqueza, la transparencia y la rendición de cuentas por el gobierno.

La promesa de luchar contra la corrupción es un ejercicio de relaciones públicas comúnmente usado por los partidos políticos para ganar elecciones. La mayoría de los partidos políticos y gobiernos parecen carecer de la pasión o la dedicación para abordar los efectos corrosivos de un gobierno corrupto.

La lucha contra la corrupción nunca puede tener éxito si los gobiernos no tienen una pasión y un verdadero deseo de librarla. Indudablemente, corresponde a los fiscales un papel importante en la lucha del gobierno contra la corrupción.

Los fiscales generales, sin embargo, no tienen seguridad en el empleo, ya que son vulnerables a la destitución en cualquier momento por sus jefes de gobierno. Tienen que estar preparados para asegurar que la "zanahoria del cargo" no cuelgue delante de ellos y les impida cumplir sus responsabilidades. Deben estar dispuestos a afrontar las consecuencias, incluida la de perder el cargo a causa del cumplimiento honesto y valeroso de sus responsabilidades.

Si la "zanahoria del cargo" es considerada por los fiscales generales como más importante que el desempeño honesto y sin temores de sus responsabilidades, se convertirán en lacayos de sus gobiernos. Enterrarán las imputaciones de corrupción hecha contra sus gobiernos o sus partidos políticos y, en consecuencia, prestarán su apoyo y participarán en el robo del dinero de los contribuyentes.

Los fiscales generales no pueden comprometer sus responsabilidades y funciones. Son los guardianes del interés público. Cualquier compromiso de su parte sería equivalente a una traición de su responsabilidad frente al pueblo de defender ante todo los intereses nacionales.

La aplicación por los Estados de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción puede verse frustrada y obstruida si los fiscales generales no son fuertes y no actúan sin temor en el desempeño de sus responsabilidades.

Los fiscales generales, por consiguiente, tienen un papel importante que desempeñar en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Para que la Convención sea efectiva y para asegurar que se cumplan sus metas y objetivos, pueden adoptar las siguientes medidas:

- Asegurar que sus Estados firmen la Convención e identifiquen el marco legislativo necesario que se debe establecer a nivel nacional para aplicar sus disposiciones.
- Promover y obtener la promulgación de las leyes necesarias para establecer el marco legal necesario para lograr las metas y los objetivos de la Convención.
- Establecer un proceso a nivel nacional para asegurar una judicatura honesta. La judicatura debe ser competente y eficaz y tiene que ser independiente.
- Establecer o reformar la maquinaria de investigación y enjuiciamiento a nivel nacional para que se puedan lograr los objetivos de la Convención.
- Establecer una dependencia apropiada de investigación financiera para ayudar a los mecanismos de investigación a rastrear el producto de la corrupción, a fin de congelar, incautar y confiscar las ganancias de la corrupción, de conformidad con las garantías procesales.
- Tomar medidas legislativas para crear los delitos penales necesarios según lo requiere la Convención, a fin de cerrar todos los resquicios de la ley por los que los infractores puedan escapar a la justicia.
- Reglamentar las donaciones financieras a los partidos políticos. La aportación de grandes donaciones financieras a los partidos políticos permite a esos donantes ejercer una influencia hipnótica sobre los gobiernos cuando los partidos políticos ganan las elecciones. Tales donantes ejercen gran influencia sobre los gobiernos. Son premiados normalmente por los gobiernos, que les otorgan contratos grandes, consultorías y concesiones. Esos gobiernos, por consiguiente, no representan el "poder del pueblo" sino el "poder del dinero".
- Trabajar en colaboración con otros ministros, incluidos el Ministro de Asuntos Sociales (o su equivalente) y el Ministro de Relaciones Exteriores (o su equivalente) para que se puedan aplicar las disposiciones de la Convención relativas a las medidas para prevenir la corrupción, la participación de la sociedad civil (en lo que se refiere a la acción del Ministro de Desarrollo Social o su equivalente) y las medidas relativas a la promoción de la cooperación internacional en materia de asistencia judicial recíproca en cuestiones penales (en lo que se refiere a la acción del Ministerio de Relaciones Exteriores o su equivalente).

Durante mi desempeño en el cargo de Fiscal General de Trinidad y Tabago, adopté medidas para reformar las leyes de mi país de tal manera que esas leyes contienen ahora varias de las disposiciones de la Convención.

Se sancionó la Ley de integridad en la vida pública de 2000. La Ley sobre el producto del delito de 2000 contiene medidas que tratan del enriquecimiento ilícito, las operaciones basadas en información privilegiada, el blanqueo del producto del delito, la congelación, incautación y confiscación del producto de la corrupción y la superación de los obstáculos del secreto bancario.

La Ley de asistencia judicial recíproca en cuestiones penales de 1998 proporciona el marco legislativo para facilitar la cooperación con otros países en esta esfera.

La Ley de la libertad de información de 2000 creó el derecho estatutario de un individuo de tener acceso a la información mantenida por gobierno.

La Ley de enmienda de la Constitución de 2000 reformó al Sistema del Comité Parlamentario para que estos comités, de los que forman parte miembros del gobierno y la oposición, pudieran vigilar y supervisar la actuación de cada ministerio y departamento del gobierno. Los comités tienen el poder para investigar a cualquier autoridad pública y hacer comparecer ante ellos a los ministros y funcionarios públicos.

Resulta claro, por consiguiente, que los fiscales generales pueden cumplir un papel importante en la promoción del desarrollo sostenible de sus países. Pueden, mediante el cumplimiento de sus responsabilidades sin temor a las consecuencias, hacer mucho para eliminar o reducir la pobreza y promover el desarrollo sostenible en sus países. Sus acciones pueden ayudar a reducir el desperdicio, la mala administración y el robo del patrimonio de sus países. El dinero ahorrado puede ser utilizado por los gobiernos para aliviar muchas de las injusticias sociales que existen en sus sociedades.

LA CONTRIBUCIÓN DEL BANCO MUNDIAL A LA LUCHA MUNDIAL CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES

Bess Michael
Especialista Superior del Sector Financiero, Banco Mundial

Quiero dar las gracias a nuestro anfitrión por la organización de esta magnífica conferencia, y en particular, por la invitación a participar en este gran evento. Deseo referirme a la función del Banco Mundial en la lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de capitales.

El Banco Mundial desea felicitar a la comunidad mundial por la nueva e importante Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Reconocemos que la Convención es ambiciosa, puesto que abarca muchas cuestiones importantes. Alentamos a los países a adoptar pautas claras y con plazos definidos para su aplicación, que consideramos la clave del éxito de la Convención. También reconocemos la necesidad de que se vigile el cumplimiento de la Convención.

En cuanto a las actividades del Banco Mundial para combatir la corrupción, en 1996 el Presidente del Banco Mundial, James Wolfensohn, identificó la corrupción como uno de los principales obstáculos al desarrollo y una pesada carga sobre los pobres. Desde entonces, el Banco Mundial ha adoptado una estrategia de medidas múltiples contra la corrupción: prevenir la corrupción en los proyectos del Banco Mundial; ayudar a los países a combatir la corrupción; integrar la buena gobernanza y la lucha contra la corrupción en sus políticas y programas; y apoyar los esfuerzos internacionales para combatir la corrupción.

El Banco Mundial ha lanzado cientos de programas sobre buena gobernanza y lucha contra la corrupción, así como iniciativas en casi 100 países en desarrollo. Hemos trabajado en cuestiones relacionadas con la responsabilidad política, ayudando a los países a mejorar la competitividad de su sector privado, la gestión del sector público, la sociedad civil y los controles y equilibrios institucionales. Las iniciativas han comprendido desde la obligación de los funcionarios de gobierno de dar a conocer su patrimonio y las reformas del gasto público hasta la capacitación de jueces y la enseñanza de técnicas de investigación a periodistas. El Instituto del Banco Mundial ha desarrollado un importante centro de conocimientos y aprendizaje en materia de buena gobernanza y lucha contra la corrupción.

El Banco Mundial es un líder en materia de colaboración con los países para ayudarles a diagnosticar los problemas de gobernanza y a desarrollar respuestas de política apropiadas y ejecutar programas contra la corrupción.

El Banco Mundial está decidido a asegurar que los proyectos que financia estén exentos de corrupción, estableciendo directrices estrictas para combatir la corrupción, manteniendo una línea telefónica de asistencia urgente para comunicar denuncias de corrupción y un departamento de integridad institucional para investigar imputaciones de fraude y corrupción en las operaciones del Grupo del Banco Mundial e imputaciones de faltas graves del personal. En cuanto a la financiación de proyectos, el Banco Mundial se ha decidido por los programas de financiamiento a más largo plazo y está también trabajando estrechamente con asociados de la comunidad internacional. El Banco Mundial trabaja en estrecha colaboración con gobiernos y organizaciones internacionales. Hemos creado excelentes instrumentos de diagnóstico para identificar y medir la corrupción.

También hemos logrado algunos avances en el asesoramiento a los países sobre posibles soluciones a los problemas de corrupción, pero todavía tenemos retos por delante. En el Banco Mundial, tratamos de integrar la lucha contra la corrupción por igual en todos los programas.

Deseo ahora referirme a la conexión entre la corrupción y el blanqueo de capitales. La corrupción, como otras formas de delincuencia, incluidos el fraude, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas, genera un producto. Ese producto debe limpiarse para que los funcionarios corruptos puedan utilizarlo sin ningún peligro de que se los vincule al delito. Ésa es la clave: el blanqueo de capitales facilita la delincuencia y fomenta el consumo y/o la inversión ilícitos.

Entonces, ¿cuál es la conexión entre la lucha contra la corrupción, las actividades contra el blanqueo de capitales, las actividades de financiación del terrorismo y el Banco Mundial? ¿Por qué participa el Banco Mundial en la lucha contra el blanqueo de capitales? Hay una conexión fuerte entre el blanqueo de capitales y el desarrollo económico. Se reconoce en general que la buena gestión de los asuntos públicos, los sistemas financieros racionales, el imperio de la ley y las instituciones jurídicas justas son requisitos esenciales para el desarrollo. En ese contexto, el blanqueo de capitales es una grave amenaza para el desarrollo económico sostenible y duradero. El blanqueo de capitales proporciona a los delincuentes el instrumento esencial para sacar provecho de sus actividades ilícitas. Les da un mecanismo para mover el producto del tráfico de drogas, el tráfico de armas y el contrabando a través de las fronteras hacia refugios seguros. El blanqueo de dinero facilita la corrupción, erosiona el imperio de la ley y distorsiona las políticas macroeconómicas en lo que se refiere a la seguridad y la racionalidad de los sistemas financieros. En los países en desarrollo, puede dar lugar a la salida de fondos legítimos para invertirlos en otro sitio.

El establecimiento de un sistema fuerte contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo proporciona una respuesta a tales amenazas y ayuda a promover el desarrollo sólido y a largo plazo. Cuando los problemas del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo se hicieron evidentes en todo el mundo, especialmente después de los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional redoblaron sus esfuerzos para combatir tales actividades delictivas. En noviembre de 2001, las juntas del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional propusieron un plan de acción conjunto contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo con las siguientes finalidades:

- Elaborar una metodología y una norma mundial común con el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo;
- Incorporar la metodología como parte del programa de evaluación del sector financiero del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional;
- Aumentar los programas de asistencia técnica y formación de capacidad en respuesta a las peticiones de los miembros de que se fortalezcan los regímenes que combaten el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Los programas de evaluación del sector financiero son instrumentos de diagnóstico o examen que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional utilizan en una economía nacional para identificar las vulnerabilidades y ayudar a diseñar programas de asistencia técnica. El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, conjuntamente con el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales y los organismos regionales de ese tipo, han elaborado una metodología integral para evaluar la observancia por los países de las normas internacionales en materia de blanqueo de dinero y financiación del terrorismo. Las juntas del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional hicieron suya la metodología en septiembre de 2002 y el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales la aprobó en octubre de 2002.

Comenzamos con un programa piloto de 12 meses que finalizó a fines de 2003. En virtud del programa piloto, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional utilizaron la metodología para evaluar aproximadamente 30 países. Los organismos regionales similares al Grupo Especial de Expertos Financieros evaluaron

aproximadamente 20 países en relación con el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

¿Qué buscamos cuando evaluamos los regímenes contra el blanqueo de dinero como parte de los programas de evaluación del sector financiero? Con arreglo a la metodología, evaluamos el desempeño de un país en relación con las normas internacionales. Investigamos si los países han sancionado o tipificado como delito el blanqueo de dinero, si han dispuesto la incautación, el decomiso y la confiscación del producto derivado del blanqueo de dinero y los delitos determinantes del blanqueo de dinero (que ahora, con la revisión de las normas internacionales y las recomendaciones del Grupo Especial de Expertos Financieros, tiene como meta ampliar los delitos determinantes del blanqueo de dinero para incluir todos los delitos graves, como el soborno y la corrupción). Determinamos si los países tienen requisitos en materia de informes; es decir, si las instituciones financieras deben informar sobre las transacciones sospechosas a las autoridades competentes. Determinamos si los países han establecido el requisito de mantener los registros durante al menos cinco años, y si exigen a las instituciones financieras que identifiquen a sus clientes y apliquen procedimientos de diligencia debida cuando el riesgo de blanqueo de dinero es mayor. Ahora, con las 40 Recomendaciones revisadas del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales, una de las medidas incluye requisitos de diligencia debida para las instituciones financieras que tratan con personas públicamente expuestas; es decir, que las instituciones financieras deben pedir a sus clientes, o a clientes potenciales, que sean funcionarios extranjeros de alto nivel que faciliten información adicional sobre sus antecedentes y su cartera para que la institución pueda cumplir los requisitos más rigurosas sobre la diligencia debida.

También investigamos si las instituciones financieras tienen programas internos, programas de capacitación de empleados y programas para la observancia de las normas contra el blanqueo de dinero; si la legislación nacional permite la cooperación nacional e internacional entre las autoridades competentes, y si el país tiene una unidad de inteligencia financiera que recibe, analiza y difunde información contra el blanqueo de dinero. Algunos de los elementos clave que buscamos están ya incluidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre ellos el establecimiento de una unidad de inteligencia financiera. También consideramos el grado en que el país cumple las normas internacionales sobre la lucha contra la financiación del terrorismo. determinamos si los países han ratificado o aplicado diversos instrumentos de las Naciones Unidas, incluida la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo. Determinamos si un país ha tipificado como delito independiente la financiación del terrorismo, si hay disposiciones para congelar, incautar y confiscar bienes relacionados con la financiación del terrorismo y si las instituciones financieras tienen la obligación de informar sobre las transacciones sospechosas relacionadas con la financiación del terrorismo. Determinamos si hay disposiciones que permitan la cooperación internacional entre las autoridades competentes, si el país ha adoptado medidas para asegurar que los sistemas alternativos de remesas no se utilicen para financiar el terrorismo, para asegurar que las transferencias telegráficas contengan información importante sobre el remitente y también para asegurar que las instituciones de beneficencia no sean objeto de abuso y no sean utilizadas para financiar actividades relacionadas con la financiación del terrorismo.

La importancia de la metodología que hemos elaborado con nuestros asociados de todo el mundo se traduce en un enfoque integral contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Determinamos si tales regímenes cubren a los bancos, las instituciones no financieras, como las que realizan remesas de dinero, las aseguradoras, las sociedades de valores y también las empresas no financieras, incluidos los casinos, los agentes de bienes raíces, los distribuidores de piedras y metales preciosos y también los profesionales, en la medida en que las normas internacionales también promueven los regímenes contra el blanqueo de dinero que cubren a los abogados y otros profesionales.

La asistencia técnica es un aspecto importante de lo que hacemos en el Banco Mundial. No sólo realizamos evaluaciones de países, sino que cuando identificamos

vulnerabilidades en la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación de regímenes terroristas, lo hacemos para proponer la asistencia técnica necesaria al gobierno. Ofrecemos asistencia técnica específica para cada país, así como sobre una base regional. Proporcionamos diferentes tipos de asistencia técnica, como seminarios sobre la elaboración de legislación contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, y la capacitación de supervisores bancarios, ayudamos a establecer unidades de inteligencia financiera y también trabajamos con unidades de inteligencia financiera ya establecidas para fortalecer y mejorar sus operaciones.

Además, organizamos seminarios para los países y las organizaciones internacionales que nos ayudan a realizar tales evaluaciones para capacitar a los evaluadores en la utilización de la metodología. Hemos celebrado diálogos mundiales para reunir a funcionarios superiores de gobiernos con el fin de examinar cuestiones importantes relacionadas con el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo Hemos realizado estas actividades por videoconferencias. Celebramos más de 40 diálogos mundiales en 2002 y también muchos en 2003. También hemos trabajado con el Fondo Monetario Internacional, y hemos realizado algunos estudios relacionados con los sistemas informales de transferencia de fondos. Nuestro último informe para el grupo de países APEC tuvo por tema los sistemas alternativos de remesas. El informe está disponible en nuestro sitio Web.

Como ya dije, hemos estado trabajando en varios programas de asistencia técnica. Para nosotros es esencial incorporar la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo en las principales actividades del Banco Mundial y alentar a los países prestatarios del Banco a que consideren la lucha contra el blanqueo de dinero como parte de su asistencia en relación con sus préstamos totales. También hemos proporcionado asistencia técnica, a principios de 2003, para la elaboración de un manual que es una guía de referencia sobre la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Es un documento que consideramos muy completo; es una labor continua que examina las iniciativas y las normas internacionales en esta esfera. Hemos producido la primera versión del manual y nos proponemos actualizarlo, entra otras cosas, para tener en cuenta la evolución de las normas internacionales. Hemos traducido el documento del inglés al árabe, el francés, el español y el ruso y tenemos los manuales disponibles en el Banco Mundial y en nuestro sitio Web (www.amlcft.org). Agradeceremos cualquier comentario que nos ayude a actualizar nuestro manual.

Además, tenemos una base de datos mundial de las necesidades de asistencia técnica. Alentamos a los países interesados en obtener asistencia técnica del Banco Mundial en materia de lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo que nos escriban directamente o que trabajen directamente con el representante regional del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales de su zona para transmitir su petición de asistencia técnica; incluiremos la petición en nuestra base de datos y sobre esa base proporcionaremos la asistencia.

Para finalizar, quiero decir que la lucha contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son cuestiones de gran importancia para el Banco Mundial. Como se ha demostrado, estamos trabajando estrechamente con gobiernos y con organizaciones internacionales para alcanzar nuestras metas, y esto no podremos lograrlo sin la ayuda de ustedes.

MEDIDAS PARA APLICAR LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, EN LO QUE SE REFIERE A LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES EN EL SISTEMA FINANCIERO DE MÉXICO

Benjamín Vidargas
Vicepresidente Jurídico de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México

Agradezco al Ministerio de Relaciones Exteriores la cordial invitación a participar en esta Conferencia Política de Alto Nivel para la Firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En el contexto de este grupo sobre las medidas para combatir la corrupción en los sistemas financieros nacionales e internacionales, realizaré un breve análisis de las medidas contempladas en la Convención que nos ocupa, que ya han sido implementadas para prevenir el lavado de dinero en el sistema financiero mexicano, así como de aquellas en las que estamos trabajando para incorporarlas a la normativa en vigor.

Numerosos países, entre ellos México, están preocupados por la magnitud y tendencia crecientes de las organizaciones delictivas, y reconocen la necesidad de implementar normas que impidan que el producto generado por la realización de actividades ilícitas invadan sus economías, a fin de obstaculizar el ulterior desarrollo de dichas organizaciones de delincuentes y, al mismo tiempo, fomentar el prestigio y seguridad de los sistemas financieros.

Los Estados partes en la Convención están convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías. Esto hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella. Los Estados partes también están preocupados por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero.

Por ello, dentro de las más altas prioridades del Gobierno mexicano establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, se encuentran el establecimiento de estrategias para prevenir y abatir prácticas de corrupción e impunidad, e impulsar el mejoramiento de la calidad de la gestión pública, así como la realización de actividades encaminadas a contrarrestar el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, fenómenos que distorsionan la actividad económica y afectan a los más altos valores de nuestra sociedad.

Los artículos 14, 40, 52 y 58 de la Convención contienen medidas relativas a la prevención del blanqueo de dinero, la aplicabilidad de las normas sobre el secreto bancario, medidas para la prevención y detección de transferencias del producto del delito, y el establecimiento de dependencias de inteligencia financiera.

Con relación a lo previsto en el artículo 14, cabe mencionar que desde 1997 México cuenta con medidas para prevenir el lavado de dinero en las instituciones financieras que son más susceptibles de ser utilizadas para esos fines, entre las que se encuentran las instituciones de crédito, las casas de bolsa y las casas de cambio, entre otras.

Estas medidas incorporan diversos aspectos derivados de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre blanqueo de capitales vigentes en ese entonces, y de los Principios del Comité de Basilea para la supervisión bancaria, tales como los requisitos de identificación del cliente; la obligación de las entidades financieras de comunicar operaciones cuyo monto sea igual o superior al equivalente a diez mil dólares de los Estados Unidos, así como las operaciones que por su monto, frecuencia, tipo o naturaleza las propias entidades consideren sospechosas o inusuales. De igual manera, la regulación prevé que las entidades deben informar de las actividades u operaciones que realicen sus funcionarios o empleados, y que por sus características generen algún tipo de sospecha.

Los informes sobre las operaciones antes mencionadas deben ser remitidos por las instituciones a las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas, o del Sistema de Ahorro para el Retiro, según corresponda de acuerdo al tipo de entidad que supervisan. La comisión respectiva, a su vez, lo envía a la Dirección General Adjunta de Investigación de Operaciones, en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esa unidad administrativa es el equivalente de lo que se conoce al nivel internacional como una unidad de inteligencia financiera y actúa como un centro nacional para recopilar, analizar y transmitir información sobre posibles actividades de blanqueo de capitales.

Con independencia de los informes que le remiten las entidades financieras, esta Unidad recibe información de las autoridades aduaneras respecto de los movimientos transfronterizos de efectivo, y cuenta con facultades para llevar a cabo actos de fiscalización, con motivo de las investigaciones que realiza sobre posibles operaciones de lavado de dinero. Además, como integrante del Grupo Egmont, puede intercambiar información con unidades de inteligencia financiera de otros países, con lo cual se cubre lo dispuesto en los artículos 14 y 58 de la Convención.

Además de las medidas preventivas antes mencionadas, el actual marco normativo también establece la obligación de las entidades financieras de mantener registros de las operaciones que realizan y de conservar la documentación relativa a la identificación del cliente por un período no menor de cinco años, con lo que se atiende lo señalado en el artículo 52 de la Convención.

De igual forma, las instituciones están obligadas a observar la más absoluta discreción sobre la información relativa a los informes de operaciones que deben remitir a las autoridades competentes, y de dar instrucciones a su personal a este respecto.

Asimismo, dentro de las estructuras de las instituciones existen órganos colegiados encargados de dictaminar como inusuales o preocupantes, a las operaciones que son sometidas a su consideración y, en general, de asegurar la debida observancia de las disposiciones del marco normativo del instituto.

Las autoridades financieras, de manera conjunta y coordinada con las representaciones gremiales que agrupan a los diferentes sectores de entidades, elaboraron modelos de manuales de operaciones, en los que se establecen las políticas y procedimientos que las instituciones deben observar para dar cumplimiento a la reglamentación correspondiente. En estos modelos de manuales se incluyeron ejemplos de transacciones que están sujetas a un mayor escrutinio, con lo cual se atiende a lo señalado en el artículo 52 de la Convención.

Es importante mencionar que las medidas preventivas del lavado de dinero adoptadas por México fueron revisadas por el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales en marzo de 2000, durante la primera ronda de evaluación mutua. Desde junio de 2002, México es miembro de pleno derecho del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales.

En septiembre de 2003, se llevó a cabo la segunda ronda de evaluación, en la que el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales realizó un análisis más pormenorizado de nuestros sistemas de prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo.

En lo que hace a la necesidad de establecer un régimen interno de supervisión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención, las leyes financieras confie-

ren a las Comisiones supervisoras la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por las entidades financieras de todas las obligaciones a que se encuentran sujetas, entre ellas las relativas a la prevención del lavado de dinero. Dichas Comisiones cuentan con facultades para imponer sanciones administrativas por las infracciones en que incurran las entidades.

En este contexto, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores ejecutó en el transcurso de 2003 un programa de fortalecimiento de la supervisión en materia de prevención del lavado de dinero. Conforme a este programa, se elaboraron nuevas metodologías para la supervisión de procesos contra el blanqueo de dinero. En particular, el programa establece los criterios y procedimientos para verificar el cumplimiento, por parte de las entidades financieras visitadas, de las obligaciones establecidas en la regulación que les es aplicable.

Las metodologías comprenden la realización de 16 diferentes actividades, que corresponden a la verificación de igual número de obligaciones, entre las que destacan las siguientes:

- Que la entidad haya integrado su Comité de Comunicación y Control, y que cumpla con las facultades que tiene encomendadas;
- Que cuente con políticas de identificación y conocimiento del cliente;
- Que cuente con sistemas para detectar, registrar y notificar operaciones relevantes, así como para detectar operaciones inusuales, en los que se incluyan procesos para detectar operaciones fraccionadas;
- Que la institución haya presentado, *dentro de los plazos establecidos,* sus informes de operaciones.

Las metodologías hacen que las verificaciones se puedan realizar de manera consistente y homogénea, considerando las particularidades prevalecientes en cada uno de los sectores, en cuanto a la naturaleza de las operaciones que efectúan, y establecen criterios uniformes en base a los cuales se determina el grado de cumplimiento de cada obligación.

Asimismo, se intensificó la capacitación de los supervisores, con la finalidad de proporcionarles los elementos necesarios para llevar a cabo las visitas de inspección de manera más eficaz.

Los resultados del programa fueron satisfactorios. Se visitaron todas las entidades financieras sujetas al régimen preventivo de lavado de dinero. La aplicación de las nuevas metodologías permitió elevar el nivel de supervisión, no sólo desde el punto de vista cualitativo, sino también cuantitativo.

Los Estados partes deben también promover la cooperación internacional, regional y bilateral entre las instituciones pertinentes en la lucha contra el blanqueo de capitales. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores ha suscrito Memorandos de Entendimiento con prácticamente la totalidad de las autoridades reguladoras y supervisoras de entidades financieras del exterior que mantienen una presencia en México. Esto permite a la Comisión intercambiar información con dichas autoridades, para fines de supervisión financiera, entre lo que se incluye la prevención del lavado de dinero.

Por lo que hace al artículo 40 de la Convención, referente al secreto bancario, cabe hacer mención de que diversas leyes financieras establecen, como principio general, la obligación de las instituciones de abstenerse de revelar información sobre las operaciones y servicios de sus clientes, excepto al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio. Dado que el secreto bancario no es absoluto, sin embargo, la responsabilidad no es absoluta: la propia ley establece excepciones a dicho principio general. Las instituciones financieras, por lo tanto, pueden revelar información en ciertas condiciones a determinadas instituciones, como los jueces y las autoridades federales de finanzas con fines de auditoría.

Las autoridades de procuración de justicia pueden tener acceso a la información y documentación de cuentas y operaciones de los presuntos responsables de la comi-

sión de delitos, para el ejercicio de sus facultades de investigación y persecución de productos ilícitos, con base en sus facultades constitucionales y en las que les confiere la regulación penal.

En los términos expuestos, México se ajusta a lo señalado en el artículo 40 de la Convención, ya que los distintos secretos establecidos en la regulación financiera no constituyen obstáculo alguno para que los jueces y el Ministerio Público puedan obtener la información que requieran para efectos de las investigaciones penales y procesos judiciales.

Conforme a lo establecido en la legislación, los requerimientos de información y documentación que formulen las autoridades competentes, deben realizarse por conducto de las Comisiones supervisoras, que tienen la responsabilidad de verificar que dichos requerimientos se encuentren debidamente fundados y motivados.

A este respecto, vale la pena destacar que el área jurídica de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores es la responsable de atender los requerimientos de información de las autoridades. Del año 2001 a la fecha, se recibieron cerca de 80.000 solicitudes, para cuya atención fue necesaria la emisión de aproximadamente 1.600.000 oficios. A nuestro parecer, estas cifras demuestran que la figura del secreto bancario no es obstáculo para la aplicación de justicia.

A grandes rasgos, hemos comentado las medidas preventivas del blanqueo de dinero que México ha desarrollado, y que a nuestro juicio coadyuvarán a la aplicación de la Convención que nos ocupa.

Ahora bien, durante el último trimestre de este año, las autoridades financieras han venido trabajando en diferentes proyectos de reforma de las leyes financieras, y en la emisión de una nueva reglamentación preventiva del lavado de dinero y la financiación del terrorismo, con el propósito de que México se ajuste en mayor medida a las nuevas 40 Recomendaciones del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales y, paralelamente, a los términos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Las principales modificaciones a las leyes financieras son las siguientes:

- Se faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a emitir disposiciones de carácter general, a efecto de que las entidades financieras establezcan medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión del delito de terrorismo, en adición a lo referente a prevención del lavado de dinero.
- Asimismo, se faculta a la mencionada Secretaría a emitir disposiciones aplicables a los centros cambiarios y transmisores de dinero, y se confieren al Servicio de Administración Tributaria atribuciones para supervisar, vigilar e inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones a que los mismos estarán sujetos.
- Se homologa en las leyes financieras el régimen de sanciones, de conformidad con las 40 recomendaciones del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales y las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas, lo cual permitirá a las Comisiones supervisoras ejercer de mejor manera sus facultades para imponer multas administrativas.

Entre las principales modificaciones a la reglamentación que entrará en vigor en fecha próxima, se destaca la inclusión de un capítulo específico sobre la norma del conocimiento del cliente. Los requisitos mínimos a que tendrán que atenerse las instituciones financieras incluyen los siguientes:

- La clasificación de clientes en función del grado de riesgo que representen para la propia institución.
- La aprobación, a nivel directivo, de la apertura de cuentas o contratos, cuyas características puedan generar un alto grado de riesgo.
- La determinación de perfiles de las transacciones de los clientes.
- La aplicación de una política más rigurosa para la apertura de cuentas y otras relaciones contractuales con personas políticamente expuestas.

La incorporación a la regulación de los lineamientos básicos para la aplicación de una política de "conoce a tu cliente" más eficaz permitirá a las instituciones detectar y comunicar operaciones inusuales que por sus características pudieran estar vinculadas a posibles actos de corrupción o la transferencia del producto de tales actos.

Por último, es importante mencionar que las autoridades financieras también estamos trabajando en una redefinición de nuestros procesos internos de prevención del lavado de dinero, con el propósito de mejorar la coordinación entre las propias autoridades, y de fortalecer las atribuciones de la unidad de inteligencia financiera.

A través de esta breve exposición, hemos comentado a grandes rasgos los esfuerzos realizados, y que continúan realizando las autoridades financieras mexicanas para fortalecer la regulación y los procesos preventivos del lavado de dinero y la financiación del terrorismo, los cuales contribuirán a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

APLICACIÓN DE UNA CONVENCIÓN: LA CONVENCIÓN CONTRA EL SOBORNO DE LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

Enery Quinoñes
Jefe de la División de Lucha contra la Corrupción
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos

Es de práctica iniciar una presentación con una expresión de gratitud a los anfitriones; deseo sumarme a mis colegas oradores para agradecer a las Naciones Unidas y a las autoridades de México su invitación para dirigirme a este grupo. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) fue una observadora en el Comité Especial que negoció la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y, por lo tanto, tuvo el privilegio de presenciar directamente algunas de las deliberaciones. Dados el alcance y la complejidad de la tarea que se realizó, en nombre de la OCDE quiero felicitar a las Naciones Unidas por este logro brillante y rendir un homenaje particular a los miembros del Comité Especial que demostraron, sin excepción, flexibilidad y un espíritu abierto y de transacción, así como mucho vigor para concluir las negociaciones con éxito. También deseo felicitar a mis amigos y colegas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Oficina de las Naciones Unidas en Viena, cuya dedicación y trabajo denodado de apoyo a las negociaciones jugaron un papel destacado en el logro del resultado final. Tal admiración es tanto mayor dada mi propia experiencia en las negociaciones de la Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y las dificultades que tuvieron que superarse respecto de una convención que tiene sólo nueve páginas, con 17 artículos breves y que fue negociada por sólo 34 países.

Es sobre la base de tal experiencia que quisiera transmitirles mis comentarios. La Convención contra el Soborno de la OCDE abarca todos los sectores comerciales y sus disposiciones tienen unas repercusiones significativas sobre el sistema financiero internacional. Pero fui invitado por los organizadores de esta Conferencia para abordar la cuestión de cómo puede la Convención de la OCDE ayudar a aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y, por consiguiente, deseo presentar una evaluación franca y objetiva de la eficacia de la Convención de la OCDE en la esperanza que proporcione detalles útiles para la Convención de las Naciones Unidas; la perspectiva de un hermano mayor, si se me permite la expresión.

Mi presentación, por consiguiente, comprenderá lo siguiente: primero, un resumen de los antecedentes de la Convención de la OCDE, que prometo será breve en beneficio de los que no están familiarizados con ella; segundo, un resumen de la experiencia hasta la fecha con la aplicación de esa Convención, especialmente a través del proceso de vigilancia; tercero, un examen de las principales esferas de preocupación y cuestiones prioritarias que deben resolverse; y por último, las lecciones que cabe extraer de la experiencia de la OCDE.

La Convención de la OCDE entró en vigor en 1999 y, en ese momento, fueron relativamente pocos los Estados que la ratificaron. Si mi memoria es correcta, creo que eran menos de 10. Sin embargo, aunque fueron pocos, los que la ratificaron representaban el 60% de las exportaciones totales combinadas de los 10 principales países exportadores de la OCDE. En la actualidad, 35 Estados son partes en la Convención: 30 Estados miembros de la OCDE y 5 no miembros; de éstos, 30 han adoptado legislaciones para incorporar las disposiciones de la Convención a la legislación nacional.

Como ya dije en mi introducción, la Convención de la OCDE es muy breve. Se centra en una pequeña parte del problema más amplio de la corrupción. Exige a los países que tipifiquen como delito el soborno de los funcionarios extranjeros pero sólo en el sector público; por lo tanto, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas, no abarca al sector privado. La Convención de la OCDE exige a los países que establezcan una definición autónoma de funcionario público extranjero, lo que elimina la necesidad de referirse a la ley nacional del país donde se encuentra el funcionario público. La definición es muy amplia, muy parecida a la de la Convención de las Naciones Unidas. La Convención de la OCDE exige a las partes que dispongan sanciones para las personas naturales y jurídicas, incluida la incautación y confiscación del soborno y el producto del soborno. Requiere a los países que establezcan una jurisdicción territorial amplia y además, si pueden, que apliquen el principio de la nacionalidad como otra base de la jurisdicción a fin de aumentar la eficacia de la Convención. La Convención de la OCDE también establece normas de contabilidad y de auditoría que hacen más difícil para las empresas generar u ocultar los pagos de sobornos. Además, prohíbe las deducciones tributarias de los sobornos pagados a funcionarios extranjeros. La Convención también tiene disposiciones sobre el secreto bancario, el blanqueo de capitales, la asistencia judicial recíproca y la extradición; todo esto juega un papel importante en la lucha contra la delincuencia financiera transnacional.

Quiero referirme ahora a los elementos clave del sistema de seguimiento de la Convención de la OCDE. Ayer, en un desayuno ofrecido por el Secretario de la Función Pública de México, comenté que si las disposiciones sustantivas de la Convención eran el alma de la Convención, el proceso de vigilancia de su aplicación era su corazón. Los siguientes son los elementos de vigilancia clave aplicados por la OCDE:

- En primer lugar, todas las partes deben estar sometidas a vigilancia, o sea que el procedimiento de vigilancia ya está incorporado en la Convención, de modo que cualquier país que se adhiera a ella deba someterse a este procedimiento.
- Segundo, los resultados de los exámenes son presentados a un órgano internacional de las partes denominado Grupo de Trabajo sobre el soborno en las transacciones comerciales internacionales, integrado por todos los signatarios de la Convención, que convalida los exámenes. Es, por consiguiente, una evaluación por pares.
- Tercero, las partes también deben poner en práctica las recomendaciones que surgen de las evaluaciones.
- Por último, las evaluaciones se dan a publicidad, proporcionando de ese modo información a todos los interesados directos. Ningún país sometido a un examen puede impedir que se publique su informe.

Ahora bien, ¿por qué establecieron los artífices de la Convención de la OCDE un mecanismo de vigilancia? Creo que querían contar con una medida creíble y objetiva del cumplimiento por los países de sus obligaciones. Lograron este objetivo mediante un examen de los países en dos etapas. La primera es para determinar si la legislación que los países adoptaron para incorporar la Convención en la legislación nacional cumple las normas de la Convención. Eso es lo que llamamos la primera etapa. En la segunda etapa, que no se limita sencillamente a un análisis de la legislación sino que también incluye una visita, la finalidad es determinar si el país está en realidad aplicando su legislación en la práctica. Ese tipo de vigilancia también proporciona un patrón para medir el progreso, ya que volvemos a los países para determinar cómo están poniendo en práctica las recomendaciones y si están trabajando para eliminar las deficiencias o los aspectos que se identificaron. Ésta es una visión a vuelo de pájaro de nuestra posición sobre los procedimientos de vigilancia. Casi hemos finalizado la primera etapa; sólo quedan dos países por examinar, quizás a fines de 2004. Acabamos de comenzar la segunda etapa y ya hemos examinado a siete países. Pero esperamos finalizar los exámenes de la segunda etapa para los restantes 28 países a más tardar en 2007.

Tras describir el procedimiento de vigilancia y cómo funciona, cabe preguntarnos si esto está teniendo una influencia sobre el comportamiento de las empresas en la realización de las transacciones comerciales internacionales. En términos crudos, ¿pagan las compañías o los individuos menos sobornos como resultado de la Convención de la OCDE? Si consideramos el Índice del Soborno de Transparencia Internacional —y

no me refiero al Índice de Percepción de la Corrupción sino que al índice que mide la propensión percibida de las empresas a sobornar— encontramos que muchos Estados miembros de la OCDE están todavía en la lista. Eso implica que la respuesta a la pregunta es no. Pero es interesante también examinar otras dos conclusiones del Informe Mundial sobre la Corrupción de 2000 de Transparencia Internacional, que indica que quizá haya que matizar un poco la respuesta.

En primer lugar, al resumir los resultados de su estudio de las empresas multinacionales en cuanto al nivel de conocimientos sobre la Convención, Transparencia Internacional encontró que:

"Sorprendentemente, el conocimiento de la Convención apenas ha mejorado en los tres años. Sólo el 7% de todos los entrevistados expresaron familiaridad con la Convención, en comparación con un 6% en 1999."

Pero Transparencia Internacional también dijo.

"Una novedad notable es que determinamos que las calificaciones habían mejorado ligeramente desde el estudio de 1999. Es ahora marginalmente menos probable que hace tres años que las empresas utilicen el soborno."

Este último resultado revela que está sucediendo algo interesante, quizás no tan fácilmente cuantificable como el nivel de conocimientos sobre la Convención de la OCDE, pero, no obstante, algo que está teniendo repercusiones sobre el comportamiento de las empresas. Creo que ha aumentado la toma de conciencia sobre los riesgos. Todas las empresas tienen conciencia de la creciente intolerancia pública frente al soborno y la corrupción. Aun si no se imponen sanciones penales a una empresa, la mera imputación de soborno y corrupción o mala conducta puede dañar irrecuperablemente a una empresa o destruirla. En parte en respuesta a esta situación, las compañías están invirtiendo más en capacitar a sus funcionarios y empleados, especialmente los que ocupan puestos delicados.

Las empresas también están creando mecanismos internos para promover la notificación de infracciones y también para proteger a los informantes, las personas que dan la cara. En una encuesta realizada por la OCDE entre grandes empresas multinacionales, también se determinó una tendencia interesante: un desplazamiento de las referencias generales a la ética, los principios y la moral en los códigos deontológicos de las empresas a referencias más específicas a las leyes nacionales sobre el soborno, así como a las convenciones internacionales, y al hecho de que los sobornos pagados a funcionarios públicos extranjeros ya no son deducibles de los impuestos. Las empresas también están reaccionando frente al mayor activismo de los inversionistas, especialmente en lo que se refiere a las exigencias de una mejor gobernanza y un comportamiento social más responsable, y esto está forzando a las compañías a tener más presente no sólo los riesgos, sino también los posibles beneficios de adoptar una posición más proactiva en tales cuestiones.

Aunque puede haber un aumento de la percepción de los riesgos, la Convención de la OCDE todavía está sujeta a críticas por deficiencias en cuanto a su cumplimiento. En las reuniones de Transparencia Internacional y la OCDE celebradas en octubre de 2002, tratamos de identificar algunas de las razones de esas deficiencias en cuanto al cumplimiento. A nivel nacional, se señaló que en muchos países había una falta de personal y una falta de capacitación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. También hay dificultades, a pesar de las convenciones internacionales, para obtener asistencia judicial recíproca. También son escasas las denuncias, quizás debido a la falta de conocimiento por parte del público, o quizás sencillamente porque los individuos no saben a dónde presentar las denuncias de soborno o las quejas. Hay también limitaciones estatutarias; algunos plazos de prescripción quizá sean demasiado cortos y no hay tiempo suficiente para las investigaciones y la interposición de una acción judicial, y hay además, en algunos casos, una falta de apoyo proactivo del gobierno.

Pero la imagen no es totalmente negativa. Tenemos que tener presente que todavía no ha habido tiempo suficiente para comprender plenamente las repercusiones de la Convención de la OCDE. Algunas leyes nacionales han estado en vigor durante un período muy corto, mucho menos de los cuatro años que ha estado en vigor la Convención de la OCDE.

Hemos comenzado a ver algunos casos que se han encausado adecuadamente y, lo que es más importante, estamos comenzando a ver más casos que se están investigando y que esperamos den lugar a la interposición de acciones judiciales. Así pues, la OCDE está muy consciente de que debe tratar las posibles razones del cumplimiento insuficiente, ya sea directamente o mediante las recomendaciones hechas a los países durante el proceso de vigilancia. La OCDE ha recomendado a muchos países que promuevan programas para aumentar la conciencia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el personal diplomático, los medios empresariales y las empresas de contabilidad y de auditoría; pero también ha recomendado a los países que se aseguren de que hay recursos y capacitación suficientes. La OCDE también ha recomendado que los países mejoren los canales —tanto formales como informales— para la asistencia judicial recíproca y está también exhortando los Estados Miembros a que proporcionen a los países en desarrollo ayuda técnica en esa esfera.

La OCDE también ha recomendado a algunos países que examinen sus plazos de prescripción para asegurarse de que hay tiempo suficiente para la investigación y la interposición de una acción judicial. La propia OCDE debe abordar algunas zonas grises; tiene que aclarar el grado en que la Convención se aplica a filiales extranjeras involucradas en transacciones de soborno en el extranjero y a ciertas transacciones de soborno en que estén involucrados partidos políticos y candidatos extranjeros. La OCDE también necesita seguir sistemáticamente los exámenes de los países para evaluar en qué medida están poniendo en práctica las recomendaciones.

Deseo referirme ahora a las enseñanzas extraídas. La primera es que la vigilancia es la clave de una aplicación eficaz. Estoy cada vez más convencido de eso y creo que también lo estarán mis colegas de otras convenciones y acuerdos internacionales sobre procedimientos de vigilancia, como el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales. Reconozco que, al decidir sobre un mecanismo de vigilancia en las Naciones Unidas, hay que resolver cuestiones muy difíciles, especialmente las pertinentes a la soberanía de las naciones, los recursos necesarios para llevar a cabo el procedimiento de vigilancia y la pura mecánica de crear un mecanismo para examinar hasta a 120 países. Pero creo que ninguno de esos problemas es insuperable. Sólo basta tener presente las dificultades que debieron superarse para concertar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los gobiernos obraron con decisión y suficiente valor al adoptar esa medida y creo que la Conferencia de los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se reunirá después de que la Convención entre en vigor, demostrará el mismo coraje y la voluntad política que demostró el Comité Especial que la negoció.

Entretanto, hay una mayor necesidad pero también una mayor oportunidad para la cooperación entre las diferentes organizaciones internacionales que combaten la corrupción —organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales— y entre los diferentes organismos y los capítulos de esas organizaciones. Hay una abundancia de información que proviene de diversas iniciativas contra la corrupción, sean o no jurídicamente vinculantes y esas iniciativas están generando un impulso político que puede aprovecharse para apoyar las reformas nacionales jurídicas e institucionales que pueden ayudar a los signatarios de la Convención de las Naciones Unidas, a través del suministro de asistencia técnica, a comprender plenamente sus compromisos.

Por último, se plantea la cuestión de la voluntad política. En realidad, es fácil hablar de voluntad política cuando los gobiernos toman alguna medida altamente visible, como adoptar un plan o estrategia integral contra la corrupción, o cuando firman una convención de esta naturaleza, pero la voluntad política real se mide a largo plazo en término de los recursos que se ponen a disposición de los que tienen el mandato para llevar a cabo las reformas políticas, o en la decisión del gobierno de enjuiciar a figuras políticas de alto nivel que puedan estar involucradas. Para cumplir sus promesas, la voluntad política debe renovarse todos los días y mantenerse en el tiempo. Hoy vivimos en un mundo muy diferente al de hace 20 años. Si bien no es un mundo perfecto, hay más transparencia y rendición de cuentas que en cualquier otro momento de la historia reciente. Y esto, en sí mismo, nos plantea un gran reto y nos ofrece una gran oportunidad.

OBSTÁCULOS A LA EFICACIA EN EL SISTEMA MUNDIAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Creon Butler
Economista Principal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

La finalización de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un extraordinario logro para todos los interesados. Refleja una cantidad enorme de trabajo; y no obstante, en varios aspectos, la labor sólo apenas ha comenzado.

Es evidente la importancia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como una norma mundial para las medidas para combatir la corrupción. Pero para que esa norma sea una realidad para el hombre o la mujer ordinarios en muchas partes del mundo, los líderes políticos, los funcionarios de todas las ramas del gobierno y las organizaciones no gubernamentales tendrán que trabajar mucho más.

Todos estamos sumamente agradecidos a las autoridades de México por haber dado acogida a la ceremonia de la firma esta semana. El número ya grande de signatarios de la Convención indica que ha tenido un gran éxito. Pero este conjunto de seminarios para especialistas también ha sido particularmente valioso, ya que nos ha permitido abordar los retos que debemos superar para que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sea una realidad. Estoy muy agradecido a los organizadores por haberme invitado a participar.

En mis comentarios quiero centrar la atención en tres cuestiones.

- Primero, deseo examinar brevemente la participación del Reino Unido en el desarrollo de un marco internacional para combatir la corrupción mediante la aplicación de medidas en el sistema financiero.
- Segundo, deseo referirme a algunos de los retos que enfrentamos para seguir fortaleciendo la eficacia operacional de ese sistema, en particular después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001.
- Tercero, quiero destacar algunas de las maneras en que el Gobierno del Reino Unido está procurando ayudar a otros países en relación con esa iniciativa mundial.

Desarrollo del marco internacional

El marco actual es el resultado de la convergencia de *dos* esferas de actividades.

En primer lugar, el desarrollo de un sistema mundial contra el blanqueo de capitales: esto tenía que realizarse a través de nueva legislación, y nuevas instituciones, a nivel nacional.

Pero pronto se hizo patente que, para ser eficaz, esa labor debía coordinarse en el plano internacional, en parte para asegurar el acuerdo sobre las mejores prácticas y para asegurar que los componentes nacionales se vincularan eficazmente, pero también en parte para propagar la idea en otros países. Eso, a su vez, condujo al establecimiento del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales y sus 40 Recomendaciones, la lista de los países y los territorios que no cooperan, el desarrollo de organismos regionales similares al Grupo Especial y, por último, los esfuerzos entre el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales y el Fondo Monetario Internacional.

Además de desarrollar la "plataforma básica" del sistema contra el blanqueo de capitales, también fue necesario adaptarlo para hacer frente a nuevos retos para los

que no había sido originalmente diseñado, como *la acción contra la financiación del terrorismo.* Fue por eso que el Grupo Especial de Expertos Financieros también formuló las Ocho Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo. El trabajo contra la corrupción, de igual manera, es una meta relativamente nueva para el sistema contra el blanqueo de capitales.

El Reino Unido ha sido un participante activo en todo ese proceso, desde la elaboración inicial de legislación nacional contra el blanqueo de capitales mediante la participación en el Grupo Especial de Expertos Financieros, mediante la asistencia técnica a otros países para facilitar el perfeccionamiento de la legislación y las instituciones nacionales y mediante los esfuerzos para promover el desarrollo de organismos regionales similares al Grupo Especial.

La segunda esfera de actividades se ha centrado en la elaboración de un *marco internacional para las medidas de lucha contra la corrupción.* Eso se ha desarrollado de una manera similar a través de la legislación nacional y las nuevas instituciones, pero con un mayor reconocimiento de la necesidad de coordinar esos esfuerzos a través de los instrumentos internacionales.

Un instrumento clave hasta la fecha ha sido la Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). El Reino Unido ratificó a esa Convención en 1998. Posteriormente, fuimos objeto de un examen de la primera etapa en diciembre de 1999. Ese examen planteó algunas dudas sobre si nuestras leyes contra la corrupción, que datan del siglo anterior, se conformaban en todos los detalles a los términos de la Convención de la OCDE. Incluimos nuevas cláusulas en una sección nueva sobre el soborno en la Ley sobre seguridad, delincuencia y lucha contra el terrorismo, sancionada en febrero de 2002. Estamos ahora trabajando para someternos a un nuevo examen de la OCDE, que deberá completarse a mediados de 2004.

Encontrar un lugar para la nueva legislación en el calendario legislativo del Gobierno no fue fácil, dado el gran volumen de trabajo y el hecho de que no estaba claro de que fuera absolutamente necesario; el Gabinete británico consideró que la cuestión era importante y hubo un apoyo muy generalizado para la nueva legislación.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción refleja ahora una nueva etapa fundamental de la formulación de la norma contra el soborno. Una vez más, hemos participado activamente desde el principio, entre otras cosas, asumiendo la Vicepresidencia del Comité Especial. Y aun antes de firmar la Convención, ya habíamos estado examinando activamente la posibilidad de que hubiera que tomar medidas adicionales para poder ratificarla.

Nuestra evaluación actual es que satisfacemos todos los requisitos del capítulo sobre medidas preventivas, y que no será necesario crear delitos nuevos en el Reino Unido para cumplir con los requisitos relativos a la penalización y la aplicación de la ley. Con relación a la cooperación internacional, por otra parte, tenemos un sistema plenamente eficaz para la asistencia judicial recíproca a través de nuestra autoridad central, el Ministerio del Interior. Estamos ahora examinando otros requisitos legislativos que quizá resulten necesarios, por ejemplo, en materia de mecanismos para la recuperación de bienes.

Un aspecto crítico de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es que adopta la importante medida de consagrar en una convención internacional sobre la corrupción (en su artículo 14) principios clave del sistema mundial emergente para combatir el blanqueo de capitales.

Por último, el Reino Unido también ratificó a comienzos de esta semana la Convención del Consejo de Europa sobre la Corrupción, que contiene medidas para incluir la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción y tipifica como delito un gran número de prácticas corruptas.

La convergencia de estas dos esferas de actividades es un avance muy importante, y lo debemos seguir elaborando.

RETOS PARA EL FUTURO

¿Cuáles son los retos que tenemos por delante?

Primero, para la lucha mundial contra el blanqueo de capitales, necesitamos centrarnos en asegurar la *eficacia del sistema emergente en función de los costos.* Por ejemplo, todos conocemos la inundación de informes sobre operaciones sospechosas que siguieron al 11 de septiembre de 2001. En el Reino Unido, la cifra ha aumentado varias veces desde los 20.000 informes que precedieron al ataque. Ese trabajo es vital para asegurar que el sistema haga lo que esperamos de él, que retenemos la confianza de los participantes del sector privado que proporcionan los informes a un costo significativo y que el sistema sigue siendo eficaz respecto de *todos* los delitos graves, incluida la corrupción.

Otra cuestión es la forma irregular en que se tramitan las peticiones de información a través de las fronteras. ¿Aprovechan las partes plenamente los sistemas de acceso que están disponibles? ¿Si no lo hacen, por qué? Un aspecto esencial será obtener más experiencia práctica para combatir los casos de corrupción mediante la cooperación internacional. No hay mejor manera de establecer vínculos entre las instituciones clave, a largo plazo y que trasciendan las fronteras.

Segundo, necesitamos considerar si hay aspectos de la labor contra la corrupción que requieran nuevas recomendaciones o adaptaciones en el sistema mundial contra el blanqueo de capitales. Los flujos relacionados con la corrupción son diferentes tanto del tráfico de drogas como de la financiación del terrorismo. Las cantidades quizá no sean tan pequeñas como las de la financiación del terrorismo;

las pautas de esos flujos son diferentes del tráfico de drogas y la información de contrapartida requerida para comprender los informes de operaciones sospechosas también son diferentes.

Tercero, necesitamos asegurar que los costos del sistema mundial en desarrollo no pesen desproporcionadamente sobre países con recursos limitados, sin darles la asistencia necesaria para hacer frente a esos costos.

Cuarto, en cada sistema nacional para combatir el blanqueo de capitales, hay una vasta variedad de protagonistas. Es vital, no sólo para la eficacia en el plano nacional, sino también para la cooperación internacional, que desarrollemos una cooperación cada vez más fuerte entre esos protagonistas.

Frente a estos antecedentes, consideramos que la función del Reino Unido tiene tres componentes clave:

- Seguir contribuyendo al desarrollo de las mejores prácticas a los niveles nacional e internacional.
- Seguir asegurando la incorporación en nuestros propios sistemas legislativos y administrativos de las mejores prácticas emergentes.
- Ayudar a otros países para que puedan participar plenamente en el sistema mundial, prestando asesoramiento técnico y asistencia contra el blanqueo de capitales, cumpliendo nuestra función en los exámenes de pares, mediante el desarrollo de nuevas instituciones, como los organismos regionales similares al Grupo Especial (Asia central es una prioridad actual) y mediante iniciativas más amplias para ayudar a otros países a fortalecer su administración pública y, en consecuencia, sus medidas de prevención de la corrupción.

Nadie debe subestimar la magnitud de la tarea en que estamos empeñados, y nadie puede dudar de que en los últimos años se han hecho progresos, de una situación en que la corrupción se consideraba en muchos países como un mal inevitable a una en que se la está combatiendo de frente.

El reconocimiento del vasto daño que la corrupción puede hacer a las perspectivas económicas nacionales, la estabilidad social y política y, en último término, la seguridad mundial ha sido un factor clave del impulso logrado.

El primer paso fue establecer las mejores prácticas y normas mundiales. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un importante logro en ese sentido, pero estamos ahora entrando cada vez más en terreno difícil de sortear, que tiene que ver con la aplicación en el plano nacional y la ampliación de los sistemas

para la cooperación internacional cotidiana para que abarquen a un número creciente de países.

Ése será el verdadero reto que enfrentaremos en los próximos años. El Reino Unido está firmemente decidido a cumplir la parte que le corresponde.

CONCLUSIONES

La reunión llegó a la conclusión de que la corrupción afecta al desarrollo social, económico y político. Socava los cimientos del sector privado y obstaculiza la inversión extranjera. Los participantes estuvieron de acuerdo en que la corrupción ya no podía considerarse un problema local o nacional, sino que era un fenómeno internacional que afectaba a cada sociedad y cada economía. Por consiguiente, la cooperación internacional era esencial cuando se trataba de prevenir y combatir la corrupción. En particular, había una necesidad de crear y aplicar los instrumentos que permitieran la asistencia judicial recíproca, la extradición y el intercambio de la información.

Los participantes alertaron acerca del peligro del uso abusivo de los programas contra la corrupción para fines políticos, como había sucedido una y otra vez en el pasado. La lucha contra la corrupción requería continuidad, voluntad política, liderazgo y la independencia política y presupuestaria de las instituciones contra la corrupción. Un sistema judicial independiente, honesto e imparcial y la participación activa de la sociedad civil revestían también importancia crucial.

En el contexto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, los participantes recalcaron la importancia de los reglamentos y las reglas vigentes que impedían que el producto ilícito generado por la corrupción y el comportamiento conexo infiltraran la economía lícita y facilitaran la delincuencia organizada.

Los participantes estuvieron de acuerdo en que las estrategias para prevenir y combatir la corrupción debían centrar los esfuerzos, en particular, en la eliminación de la impunidad de las prácticas corruptas y la promoción de la gestión eficaz del patrimonio público.

En lo que se refería al blanqueo del producto de la corrupción, los participantes acordaron que los institutos financieros debían rendir cuentas de su participación en la transferencia del producto de la corrupción y debían mantener registros y documentación que permitiera detectar las transacciones e indemnizar al propietario de una cuenta. Además, los participantes compartieron la opinión de que el secreto bancario no debía constituir un obstáculo a las investigaciones penales.

La reunión, además, subrayó el nexo entre la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y llegó a la conclusión de que, en consecuencia, la lucha contra la corrupción también favorecería la lucha contra los otros dos fenómenos.

Los participantes también reconocieron la importancia de incluir a los proveedores de servicios no bancarios, como los abogados y los asesores financieros, en la lucha contra la corrupción, en particular obligándolos a informar sobre las transacciones sospechosas.

GRUPO INTERNACIONAL PARA LA COORDINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CONTRA LA CORRUPCIÓN: INFORME DE LA QUINTA REUNIÓN

ANTECEDENTES

La quinta reunión del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción se celebró en Mérida (México), el 11 de diciembre de 2003, conjuntamente con la Conferencia Política de Alto Nivel para la Firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La iniciativa de coordinación interinstitucional había sido lanzada por Louise Fréchette, Subsecretaria General de las Naciones Unidas, que había organizado dos reuniones en Nueva York sobre la coordinación de las actividades contra la corrupción, el 2 y el 26 de noviembre de 2001, respectivamente.

OBJETIVOS

El objetivo de la quinta reunión del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción fue estudiar su función de promover la ratificación y aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Más específicamente:

- Examinar la eficacia del Grupo Internacional como plataforma para la coordinación y cooperación interinstitucionales y examinar la base de datos y sus aplicaciones prácticas, incluido el análisis de las iniciativas mundiales contra la corrupción.
- Examinar la colaboración interinstitucional, las iniciativas de integridad y los sistemas para asegurar el cumplimiento en las organizaciones internacionales y regionales.
- Examinar los mecanismos de vigilancia existentes para los instrumentos jurídicos internacionales.

DELIBERACIONES

Dio la bienvenida a los participantes Dileep Nair, Secretario General Adjunto de Servicios de Supervisión Internos, quien también presidió la reunión.

La importancia de las asociaciones y la coordinación internacional

Antonio María Costa, Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, destacó la importancia de una coordinación y colaboración activas y eficaces entre todos los interesados directos en la lucha contra la corrupción y describió la función y los objetivos del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción en ese contexto. Recalcó que, para tener éxito, la coordinación tenía que basarse en las ventajas comparativas de cada organización; en consecuencia, las organizaciones debían profundizar, más que ampliar, sus iniciativas. Reafirmó el compromiso de su Oficina de cooperar en materia de lucha contra la corrupción y promoción de la buena gobernanza; declaró que la colaboración interinstitucional podía proporcionar beneficios enormes en cuanto a la calidad de las acciones internacionales, mejorando de esa forma no sólo la cantidad de resultados sino también la calidad del trabajo.

Paul Lachal Roberts, de la Oficina Europea contra el Fraude, habló en nombre del Director de la Oficina. Destacó la importancia de la cooperación y la coordinación en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y exhortó a los participantes a que colaboraran en el espíritu de la Convención, elaborando estrategias de cooperación, investigando en conjunto los asuntos de interés común y

compartiendo la información y las experiencias. Subrayó la importancia de proteger eficazmente las inversiones hechas en el campo de la ayuda para el desarrollo a fin de mantener la buena voluntad de los donantes. Sólo si todos comparten ese criterio, o sea, los donantes, los receptores y las instituciones de supervisión, podrá alcanzarse la meta común de frenar la corrupción.

Maud de Boer Buquicchio, Secretaria General Adjunta del Consejo de Europa, destacó la importancia de un enfoque regional para combatir la corrupción y otras formas de delincuencia grave, ya que facilitaba la adopción de medidas especiales que abordaran los aspectos específicos de los acuerdos de cada región, acuerdos más rápidos y más fáciles sobre los principios, los objetivos y la metodología, compromisos de más largo alcance y mayor aceptación de los mecanismos de vigilancia. Subrayó el valor agregado de un esfuerzo regional concertado y las ventajas de reunir los diversos métodos de trabajo y culturas de gestión para proporcionar un enfoque multidisciplinario. Confirmó el compromiso del Consejo con el Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción como un foro para coordinar el considerable número de partes interesadas en la lucha contra la corrupción y las sinergias facilitantes entre los diferentes enfoques, aprovechando la esfera de especialización de cada organización. Con respecto a la vigilancia y el seguimiento de los instrumentos internacionales contra la corrupción, recordó que la experiencia del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa indicaba que las visitas y los exámenes directos eran un elemento importante de la vigilancia efectiva de la aplicación de las normas contra la corrupción. También puso de relieve la multiplicación posible de los mecanismos de vigilancia y las cuestiones que esto planteaba y que debían considerarse, a saber, el mayor volumen de trabajo para las instituciones estatales, la posibilidad de contradicciones e incongruencias, la necesidad de una mayor coordinación entre las diversas organizaciones, la necesidad de equipos de evaluación sumamente especializados y el costo de las actividades de vigilancia. Para finalizar, acogió con agrado el establecimiento del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción y reiteró que el Consejo de Europa estaba dispuesto a compartir su experiencia.

Daniel Kaufmann, del Instituto del Banco Mundial, destacó la importancia de la coordinación y la cooperación interinstitucionales en el contexto de la recopilación y el análisis de datos. Dijo que había una mayor cantidad de datos mundiales que podían utilizarse para una gran variedad de finalidades, incluido el seguimiento de la aplicación de los instrumentos internacionales contra la corrupción. Informó además a los participantes acerca de las principales experiencias extraídas de un análisis sistemático de la labor anterior contra la corrupción, agregando que el programa contra la corrupción debía ampliarse significativamente para abarcar todas las esferas de la gobernanza, permitiendo un análisis de los incentivos para la corrupción, la formulación de políticas de prevención y reformas sistémicas.

La función del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción en la promoción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Oliver Stolpe, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, presentó la base de datos del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción sobre los proyectos en curso y los niveles actuales de coordinación. Señaló que cuando comenzó el proyecto de la base de datos, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito había calculado que había entre 50 y 60 organismos que manejaban alrededor de 2.000 proyectos para ayudar a los Estados Miembros a poner freno a la corrupción. Un análisis preliminar de los datos proporcionados por una docena de organizaciones donantes indicó que había una falta de intercambio de información y coordinación, duplicación de esfuerzos, lagunas en la cobertura y, a menudo, competencia en vez de complementariedad. En consecuencia, era necesario hacer un inventario de las actividades contra la corrupción, analizar las pautas de los proyectos contra la corrupción, establecer el intercambio de información a través de los organismos y desarrollar una plataforma para crear asociaciones. La base de datos, que se había creado para abordar algunas de esas necesidades, permitía el análisis de los datos en función del tiempo, la dimensión geográfica, el

organismo de ejecución, el donante, la naturaleza de la asistencia y el nombre y el número del proyecto. Hasta el presente, la base de datos de los proyectos ha incluido 881 proyectos y actividades contra la corrupción. Sin embargo, en muchas áreas hay todavía una escasez de datos. El Sr. Stolpe finalizó su presentación subrayando los próximos pasos importantes, incluida la ampliación del número de miembros del Grupo Internacional, la verificación de los datos, la entrada de datos adicionales y la importación a granel de los datos de otras bases existentes.

Los participantes recomendaron que en la página Web del Grupo Internacional se incorporara un mecanismo de retroalimentación para facilitar la evaluación del valor práctico y la utilización real de la base de datos. Asimismo, se sugirió que se hiciera más hincapié en la recopilación de datos a nivel de países.

Coordinación y cooperación interinstitucional en apoyo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Paul Lachal Roberts, de la Oficina Europea contra el Fraude centró su presentación en la realización de investigaciones conjuntas y los retos que esto planteaba. La necesidad de investigaciones conjuntas surgía de un número significativo de proyectos de ayuda financiados con cargo a fuentes múltiples y dotados de personal de dos o más organismos. En lugar de realizar lo que a menudo son investigaciones paralelas, con la inevitable superposición de actividades y puntos de interés común, el objetivo era distribuir el trabajo permitiendo al mismo tiempo a cada organismo participante mantener su orientación e independencia. Sin embargo, se plantearon retos particulares cuando se trató de intercambiar información. Los requisitos de confidencialidad a menudo pueden no ser compatibles con el interés en la cooperación. A largo plazo, se requerirán acuerdos interinstitucionales formalizados; sin embargo, eso no obstaculizará los esfuerzos de cooperación en marcha.

John McCormick, del Banco Mundial, habló sobre las oportunidades y los retos planteados por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción a los departamentos responsables de mantener la integridad institucional y proteger los intereses financieros de sus organizaciones respectivas. En particular, previó que, como ocurrió con la entrada en vigor de la Convención para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la nueva Convención traería consigo un cambio de actitud, que haría que las empresas y los individuos proporcionasen información sobre el fraude y la corrupción. Eso plantearía una serie de cuestiones, por ejemplo, cómo tratar las peticiones de confidencialidad hechas por tales informantes, si se debe reconocer, y cómo, la cooperación como un factor de mitigación y, al mismo tiempo, cómo equilibrar el interés de dar incentivos para la cooperación con la meta de sancionar apropiadamente a los infractores. En relación con la cooperación interinstitucional, se plantearon inquietudes en cuanto al intercambio de información a través de las organizaciones sin incumplir la confidencialidad, o cómo obtener cooperación en los casos en que la conducta no podía ser sancionada por una de las organizaciones.

Mark Gough, de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna (OIOS) de las Naciones Unidas, se refirió al enfoque de su Oficina, que en los últimos años había recibido casos cada vez más graves y complejos en los que las imputaciones, de probarse, requerirían la intervención de una jurisdicción nacional. Ese aumento en el número de casos que incluían imputaciones de infracciones penales había requerido la aplicación de una nueva estrategia de gestión de riesgos. Ese enfoque era equivalente a una estrategia mediante la cual se abordaban los problemas recurrentes en lugar de atender los casos uno por vez. Destacó que, sin medidas preventivas, el número de casos que llegaban a la Oficina de Servicios de Supervisión Interna sencillamente seguiría aumentando. Un caso concreto era una investigación en marcha en Kosovo, en la que participaban la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, la Oficina Europea contra el Fraude y expertos en delitos financieros italianos (la Guardia de Finanzas). La colaboración entre las partes internacionales requirió una importante cantidad de tiempo y recursos y planteó dificultades procesales, pero fue necesaria debido a la magnitud de las imputaciones y a las repercusiones transversales de las prácticas corruptas.

Rainer Bührer, de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), informó a los participantes sobre los servicios y las actividades de cooperación técnica en curso de su organización, incluido el desarrollo de un amplio código deontológico y un código de conducta para las actividades de represión, la creación de un sistema internacional de puntos de contacto nacionales para las investigaciones sobre corrupción, una biblioteca de mejores prácticas y la formulación de Normas mundiales para combatir la corrupción en las fuerzas y los servicios de policía. Las actividades de cooperación técnica de Interpol hacían hincapié en el último aspecto e incluían el diseño y la aplicación de programas de capacitación basados en las capacidades y la ética, y el suministro de asesoramiento en materia de políticas y conocimientos técnicos especializados para la aplicación y el seguimiento de las Normas. Sin embargo, Interpol adolecía de falta de financiación para las actividades de asistencia técnica relacionadas con la aplicación de la ley.

Vera Devine, de la OCDE, presentó la experiencia de su organización en la vigilancia de la aplicación de su Convención para Combatir el Soborno en 35 países. El seguimiento consistía en la autoevaluación y la evaluación recíproca. El nombramiento de los examinadores era selectivo, asegurando de esta forma que el equipo examinador estuviera compuesto de examinadores con diversos antecedentes profesionales y provenientes de diferentes regímenes jurídicos. En la primera etapa, el seguimiento se concentraba en la coherencia entre las leyes nacionales y la Convención, que se evaluaba a través de cuestionarios. Primero se examinaba el informe y el país examinado hacía comentarios, y luego se presentaba el informe al Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el soborno, que lo aprobaba por consenso. El país examinado no tenía derecho de voto. En caso de que el informe contuviera recomendaciones para la enmienda de las leyes, a la primera etapa seguía la "primera etapa especial", para comprobar que el país en verdad cumplía las recomendaciones. La segunda etapa era una tentativa de identificar posibles problemas en la prevención eficaz, la detección y la interposición de una acción judicial en los casos de soborno. Para esa finalidad, se efectuaba una visita al lugar. Varias cuestiones habían resultado esenciales para el éxito del seguimiento de la Convención. En primer lugar, el seguimiento era necesario para crear y mantener el impulso político, ya que los Estados signatarios eran conscientes de que su progreso estaría sujeto al escrutinio internacional. La presión de los pares aseguraba que el examen del progreso se tomara seriamente. Los informes públicos adicionales aumentaban la presión y los conocimientos del público. La participación activa de los Estados signatarios en el proceso de examen promovía el intercambio de las mejores prácticas y proporcionaba acceso al asesoramiento de expertos. Más importante aún, el seguimiento proporcionaba una imagen clara del éxito de la Convención.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se propusieron varios temas para examinar en la sexta reunión del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción, incluidos los siguientes:

- *Los organismos contra la corrupción y programas nacionales contra la corrupción.* ¿Por qué fracasa la mayoría de esas instituciones y programas, cuáles son los factores de éxito críticos y qué lecciones generales pueden extraerse (Oficina de Servicios de Supervisión Interna/Instituto del Banco Mundial)?
- *Actividades de represión.* ¿Hay ejemplos de programas de éxito para fortalecer la integridad y la capacidad de los organismos de represión (Interpol)?
- *Lista de empresas declaradas culpables de usar prácticas corruptas, programas de declaración voluntaria del patrimonio, intercambio de información y confidencialidad, pérdida de la licencia profesional y otras sanciones;* retos legales (jurisdicción y garantías procesales) y prácticos de tales instrumentos y políticas (Banco Mundial, OCDE, Oficina Europea contra el Fraude, Asociación General de Inspectores, Banco Asiático de Desarrollo).
- De qué forma pueden el Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción y sus miembros agregar valor a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en términos más prácticos: prioridades y actividades y programas conjuntos.

Los participantes estuvieron de acuerdo en que la decisión sobre el examen temático debía ser adoptada por el Comité de Dirección del Grupo Internacional.

La Oficina de Servicios de Supervisión Interna previó que informaría a los miembros del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción, en su sexta reunión, sobre los resultados del estudio de integridad de la Organización.

La sexta reunión del Grupo Internacional para la coordinación de las actividades contra la corrupción se programó para mediados de 2004, posiblemente junto con otro evento. Se acordó que no se celebraría en Viena. En la sexta reunión se elegiría a un nuevo Presidente del Grupo y a miembros del Comité de Dirección.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

RESOLUCIÓN 58/4 DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE 31 DE OCTUBRE DE 2003

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

LA ASAMBLEA GENERAL,

Recordando su resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, en la que estableció un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción y pidió al Secretario General que constituyera un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta a fin de que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación de ese instrumento, así como su resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, en la que invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta, que debía constituirse de conformidad con lo dispuesto en la resolución 55/61, a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen,

Recordando también sus resoluciones 56/186, de 21 de diciembre de 2001, y 57/244, de 20 de diciembre de 2002, relativas a la prevención de las prácticas corruptas y de la transferencia de fondos de origen ilícito, la lucha contra ellas y la repatriación de esos fondos a sus países de origen,

Recordando además su resolución 56/260, de 31 de enero de 2002, en la que pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que concluyera su labor para fines de 2003,

Recordando su resolución 57/169, de 18 de diciembre de 2002, en la que aceptó con reconocimiento el ofrecimiento del Gobierno de México de ser anfitrión de una conferencia política de alto nivel con objeto de firmar la convención y pidió al Secretario General que programara la conferencia por un período de tres días antes del fin de 2003,

Recordando también la resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada "Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos",

Expresando su reconocimiento al Gobierno de la Argentina por haber acogido en Buenos Aires, del 4 al 7 de diciembre de 2001, la reunión preparatoria oficiosa del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción,

Recordando el Consenso de Monterrey, aprobado por la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey (México) del 18 al 22 de marzo de 2002[1], en el que se subrayó que la lucha contra la corrupción a todos los niveles era una cuestión prioritaria,

Recordando también la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002[2], en particular

---

[1] *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Monterrey (México), 18 a 22 de marzo de 2002* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.II.A.7), cap. I, resolución 1, anexo.

[2] *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4de septiembre de 2002* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.II.A. 1 y corrección), cap. I, resolución 1, anexo.

su párrafo 19, en el que se declaró que la corrupción representaba una amenaza para el desarrollo sostenible de la población,

Preocupada por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

1. *Toma nota* del informe del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción[3], que realizó su labor en la sede de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Viena, en el que el Comité Especial presentó el texto del proyecto de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción a la Asamblea General para que ésta lo examinara y adoptara las medidas pertinentes, y elogia al Comité Especial por su labor;
2. *Aprueba* la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que figura como anexo de la presente resolución, y la abre a la firma en la Conferencia política de alto nivel que se celebrará en Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 57/169;
3. *Insta* a todos los Estados y a las organizaciones regionales de integración económica competentes a que firmen y ratifiquen lo antes posible la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción a fin de lograr su rápida entrada en vigor;
4. *Decide* que, hasta que la Conferencia de los Estados Parte en la Convención establecida con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción determine otra cosa, la cuenta a que se hace referencia en el artículo 62 de la Convención será administrada en el marco del Fondo de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal y alienta a los Estados Miembros a que empiecen a aportar contribuciones voluntarias adecuadas a la mencionada cuenta a fin de prestar a los países en desarrollo y los países con economías en transición la asistencia técnica que puedan necesitar para prepararse con miras a la ratificación y aplicación de la Convención;
5. *Decide también* que el Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción termine los trabajos derivados de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción celebrando una reunión bastante antes del primer período de sesiones de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de preparar el proyecto de reglamento de la Conferencia de los Estados Parte y las normas mencionadas en el artículo 63 de la Convención, que se transmitirán a la Conferencia de los Estados Parte en su primer período de sesiones para que los examine;
6. *Pide* a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención que aborde la penalización del soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, incluidas las Naciones Unidas, y otros asuntos conexos, teniendo en cuenta la cuestión de los privilegios e inmunidades, así como las de la jurisdicción y la función de las organizaciones internacionales, entre otros medios, haciendo recomendaciones sobre medidas apropiadas a ese respecto;
7. *Decide* que, a fin de aumentar la sensibilización respecto de la corrupción, así como del papel que puede desempeñar la Convención para combatirla y prevenirla, se proclame el 9 de diciembre Día Internacional contra la Corrupción;
8. *Pide* al Secretario General que designe la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito como secretaría de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención, bajo la dirección de ésta;
9. *Pide también* al Secretario General que proporcione a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito los recursos necesarios para que pueda promover de forma eficaz la rápida entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desempeñar las funciones de secretaría de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención y apoyar al Comité Especial en su labor, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 *supra;*

---

[3] A/58/422 y Add.1.

10. *Pide además* al Secretario General que prepare un informe completo sobre la Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención, que se celebrará en Mérida (México), de conformidad con la resolución 57/169, para presentarlo a la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones.

ANEXO
CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

PREÁMBULO

Los Estados Parte en la presente Convención,

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,

Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados,

Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella,

Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidiscipli- nario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción,

Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones,

Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley,

Decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos,

Reconociendo los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad,

Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces,

Teniendo presentes también los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción,

Encomiando la labor de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en la prevención y la lucha contra la corrupción,

Recordando la labor realizada por otras organizaciones internacionales y regionales en esta esfera, incluidas las actividades del Consejo de Cooperación Aduanera (también denominado Organización Mundial de Aduanas), el Consejo de Europa, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la Organización de los Estados Americanos, la Unión Africana y la Unión Europea,

Tomando nota con reconocimiento de los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros la Convención Interamerica-

na contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996[4], el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997[5], el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997[6], el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999[7], el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999[8] y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003,

Acogiendo con satisfacción la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[9],

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. *Finalidad*

La finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;

c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Art. 2. *Definiciones*

A los efectos de la presente Convención:

a) Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

b) Por "funcionario público extranjero" se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por "funcionario de una organización internacional pública" se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;

---

(4) Véase E/1996/99.
(5) *Diario OOficial de las Comunidades Europeas*, C 195, 25 de junio de 1997.
(6) Véase *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.98.III.B.18).
(7) Consejo de Europa, *Serie de Tratados Europeos*, N° 173.
(8) Ibíd., N° 174.
(9) Resolución de la Asamblea General 55/25, anexo I.

d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
e) Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;
f) Por "embargo preventivo" o "incautación" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente;
g) Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;
h) Por "delito determinante" se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención;
i) Por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión.

Art. 3. *Ámbito de aplicación*

1. La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Art. 4. *Protección de la soberanía*

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.
2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

CAPÍTULO II
MEDIDAS PREVENTIVAS

Art. 5. *Políticas y prácticas de prevención de la corrupción*

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.
2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.
3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.
4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

Art. 6. *Órgano u órganos de prevención de la corrupción*

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:
   a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;
   b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.
2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.
3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.

Art. 7. *Sector público*

1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:
   a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;
   b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;
   c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte;
   d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.
2. Cada Estado Parte considerará también la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos.
3. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos.
4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

Art. 8. *Códigos de conducta para funcionarios públicos*

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.
3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado Parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.
4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.
5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.
6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Art. 9. *Contratación pública y gestión de la hacienda pública*

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:
   a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
   b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
   c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
   d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
   e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.
2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:
   a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;
   b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;
   c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;

d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y
e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

Art. 10. ***Información pública***

Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;
b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y
c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

Art. 11. ***Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público***

1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.
2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados Parte en que esa institución no forme parte del poder judicial pero goce de independencia análoga.

Art. 12. ***Sector privado***

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.
2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:
   a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;
   b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;
   c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;

d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;
e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;
f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción, y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:
a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;
b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;
c) El registro de gastos inexistentes;
d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;
e) La utilización de documentos falsos; y
f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.
4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

Art. 13. *Participación de la sociedad*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:
a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;
b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;
c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;
d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;
ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.
2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuan-

do proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Art. 14. *Medidas para prevenir el blanqueo de dinero*

1. Cada Estado Parte:
   a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;
   b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.
3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:
   a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;
   b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y
   c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.
4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.
5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

CAPÍTULO III
PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

Art. 15. *Soborno de funcionarios públicos nacionales*

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Art. 16. ***Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas***

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencio- nalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Art. 17. ***Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público***

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

Art. 18. ***Tráfico de influencias***

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Art. 19. ***Abuso de funciones***

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

Art. 20. ***Enriquecimiento ilícito***

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se co-

meta intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Art. 21. ***Soborno en el sector privado***

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;
b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Art. 22. ***Malversación o peculado de bienes en el sector privado***

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Art. 23. ***Blanqueo del producto del delito***

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
   a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
   b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:
      i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;
      ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.
2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:
   a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;
   b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
   c) A los efectos del apartado b) *supra,* entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;
e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

Art. 24. *Encubrimiento*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Art. 25. *Obstrucción de la justicia*

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Art. 26. *Responsabilidad de las personas jurídicas*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Art. 27. *Participación y tentativa*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.
3. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Art. 28. *Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito*

El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Art. 29. *Prescripción*

Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

Art. 30. *Proceso, fallo y sanciones*

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.
2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.
4. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.
5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.
6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.
7. Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:
   a) Ejercer cargos públicos; y
   b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.
8. El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.
9. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.
10. Los Estados Parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Art. 31. *Embargo preventivo, incautación y decomiso*

1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
   a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
   b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.
3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.
4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.
6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.
7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto ban- cario.
8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.
9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.
10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Art. 32. *Protección de testigos, peritos y víctimas*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:
   a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;
   b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo,

aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.
5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Art. 33. *Protección de los denunciantes*

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Art. 34. *Consecuencias de los actos de corrupción*

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Art. 35. *Indemnización por daños y perjuicios*

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

Art. 36. *Autoridades especializadas*

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

Art. 37. *Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

4. La protección de esas personas será, mutatis mutandis, la prevista en el artículo 32 de la presente Convención.
5. Cuando las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo se encuentren en un Estado Parte y puedan prestar cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Art. 38. *Cooperación entre organismos nacionales*

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir:

a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado Parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o
b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud.

Art. 39. *Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre los organismos nacionales de investigación y el ministerio público, por un lado, y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el ministerio público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Art. 40. *Secreto bancario*

Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario.

Art. 41. *Antecedentes penales*

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Art. 42. *Jurisdicción*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando:
   a) El delito se cometa en su territorio; o
   b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión.
2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:
   a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
   b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
   c) El delito sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado

con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado *a)* o al inciso i) del apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención; o

d) El delito se cometa contra el Estado Parte.

3. A los efectos del artículo 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.
4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.
5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.
6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

CAPÍTULO IV
COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Art. 43. *Cooperación internacional*

1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.
2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

Art. 44. *Extradición*

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención en el caso de que la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sean punibles con arreglo a su propio derecho interno.
3. Cuando la solicitud de extradición incluya varios delitos, de los cuales al menos uno dé lugar a extradición conforme a lo dispuesto en el presente artículo y algunos no den lugar a extradición debido al período de privación de libertad que conllevan pero guarden relación con los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de esos delitos.
4. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Éstos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. Los Es-

tados Parte cuya legislación lo permita, en el caso de que la presente Convención sirva de base para la extradición, no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

5. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.
6. Todo Estado Parte que supedite la extradición a la existencia de un tratado deberá:
   a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y
   b) Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.
7. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos.
8. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.
9. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.
10. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.
11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.
12. Cuando el derecho interno de un Estado Parte sólo le permita extra- ditar o entregar de algún otro modo a uno de sus nacionales a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se solicitó la extradición o la entrega y ese Estado Parte y el Estado Parte que solicita la extradición acepten esa opción, así como toda otra condición que estimen apropiada, tal extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 11 del presente artículo.
13. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente,

la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

14. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.
15. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.
16. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.
17. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.
18. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Art. 45. *Traslado de personas condenadas a cumplir una pena*

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión u otra forma de privación de libertad por algún delito tipificado con arreglo a la presente Convención a fin de que cumpla allí su condena.

Art. 46. *Asistencia judicial recíproca*

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención.
2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 26 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.
3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:
   a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
   b) Presentar documentos judiciales;
   c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
   d) Examinar objetos y lugares;
   e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
   f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
   g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
   h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
   i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido;
   j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención;
   k) Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.
5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.
6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.
7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación.
8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.
9. *a)* Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado Parte requerido tendrá en cuenta la finalidad de la presente Convención, enunciada en el artículo 1;
   b) Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos *de minimis* o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;
   c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.
10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:
    a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;
    b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.
11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:
    a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;
c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;
d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.
13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.
14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.
15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:
    a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;
    b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;
    c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
    d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;
    e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
    f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.
17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.
18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requi- rente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.
19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.
20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.
21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:
    a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;
    b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
    c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;
    d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.
22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.
23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.
24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requirente podrá pedir información razonable sobre el estado y la evolución de las gestiones realizadas por el Estado Parte requerido para satisfacer dicha petición. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto del estado y la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud al Estado Parte requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.
25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá cumplir las condiciones impuestas.
27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.
28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.
29. El Estado Parte requerido:
    a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;
    b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.
30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.

Art. 47. *Remisión de actuaciones penales*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse a actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito tipificado con arreglo a la presente Convención cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular, en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Art. 48. *Cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para:
    a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
    b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;
ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;
iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;
d) Intercambiar, cuando proceda, información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados para la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención, entre ellos el uso de identidad falsa, documentos falsificados, alterados o falsos u otros medios de encubrir actividades vinculadas a esos delitos;
e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;
f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, los Estados Parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.
3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a los delitos comprendidos en la presente Convención que se cometan mediante el recurso a la tecnología moderna.

Art. 49. *Investigaciones conjuntas*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de tales acuerdos o arreglos, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Art. 50. *Técnicas especiales de investigación*

1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.
2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales

de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.
4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

CAPÍTULO V
RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Art. 51. ***Disposición general***

La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

Art. 52. ***Prevención y detección de transferencias del producto del delito***

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela.
2. A fin de facilitar la aplicación de las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:
   a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas; y
   b) Notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado Parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.
3. En el contexto del apartado *a)* del párrafo 2 del presente artículo, cada Estado Parte aplicará medidas para velar por que sus instituciones financieras mantengan, durante un plazo conveniente, registros adecuados de las cuentas y transacciones relacionadas con las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, los cuales deberán contener, como mínimo, información relativa a la identidad del cliente y, en la medida de lo posible, del beneficiario final.
4. Con objeto de prevenir y detectar las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte aplicará medidas apropiadas y eficaces para impedir, con la ayuda de sus órganos reguladores y

de supervisión, el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Además, los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras que se nieguen a entablar relaciones con esas instituciones en calidad de bancos corresponsales, o a continuar las relaciones existentes, y que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas a bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación.

5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, de conformidad con su derecho interno, sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes y dispondrá sanciones adecuadas para todo incumplimiento del deber de declarar. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan esa información con las autoridades competentes de otros Estados Parte, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias, con arreglo a su derecho interno, para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en algún país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta. Esas medidas deberán incluir sanciones adecuadas para todo caso de incumplimiento.

Art. 53. ***Medidas para la recuperación directa de bienes***

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;
b) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y
c) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Art. 54. ***Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso***

1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:
   a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte;
   b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno; y
   c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

2. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca solicitada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 55 de la presente Convención, de conformidad con su derecho interno:
   a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal o autoridad competente de un Estado Parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo;
   b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo; y
   c) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo, sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes.

Art. 55. *Cooperación internacional para fines de decomiso*

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:
   a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o
   b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 31 y en el apartado *a)* del párrafo 1 del artículo 54 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.
2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.
3. Las disposiciones del artículo 46 de la presente Convención serán aplicables, mutatis mutandis, al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 46, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:
   a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado *b)* del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden, una declaración en la que se indiquen las medidas adoptadas por el Estado Parte requirente para dar notificación adecuada a terceros de buena fe y para garantizar el debido proceso y un certificado de que la orden de decomiso es definitiva;

c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas, así como, cuando se disponga de ella, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso en la que se basa la solicitud.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.
5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga de tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.
6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.
7. La cooperación prevista en el presente artículo también se podrá denegar, o se podrán levantar las medidas cautelares, si el Estado Parte requerido no recibe pruebas suficientes u oportunas o si los bienes son de escaso valor.
8. Antes de levantar toda medida cautelar adoptada de conformidad con el presente artículo, el Estado Parte requerido deberá, siempre que sea posible, dar al Estado Parte requirente la oportunidad de presentar sus razones a favor de mantener en vigor la medida.
9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Art. 56. *Cooperación especial*

Sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado Parte procurará adoptar medidas que le faculten para remitir a otro Estado Parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información así facilitada podría dar lugar a que ese Estado Parte presentara una solicitud con arreglo al presente capítulo de la Convención.

Art. 57. *Restitución y disposición de activos*

1. Cada Estado Parte dispondrá de los bienes que haya decomisado conforme a lo dispuesto en los artículos 31 ó 55 de la presente Convención, incluida la restitución a sus legítimos propietarios anteriores, con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y con su derecho interno.
2. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan a la restitución de los bienes decomisados, al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte, de conformidad con la presente Convención, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe.

3. De conformidad con los artículos 46 y 55 de la presente Convención y con los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Estado Parte requerido:
   a) En caso de malversación o peculado de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados a que se hace referencia en los artículos 17 y 23 de la presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido;
   b) En caso de que se trate del producto de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido, y cuando el Estado Parte requirente acredite razonablemente ante el Estado Parte requerido su propiedad anterior de los bienes decomisados o el Estado Parte requerido reconozca los daños causados al Estado Parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados;
   c) En todos los demás casos, dará consideración prioritaria a la restitución al Estado Parte requirente de los bienes decomisados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito.
4. Cuando proceda, a menos que los Estados Parte decidan otra cosa, el Estado Parte requerido podrá deducir los gastos razonables que haya efectuado en el curso de las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados conforme a lo dispuesto en el presente artículo.
5. Cuando proceda, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados.

Art. 58. *Dependencia de inteligencia financiera*

Los Estados Parte cooperarán entre sí a fin de impedir y combatir la transferencia del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y de promover medios y arbitrios para recuperar dicho producto y, a tal fin, considerarán la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas.

Art. 59. *Acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada de conformidad con el presente capítulo de la Convención.

CAPÍTULO VI
ASISTENCIA TÉCNICA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Art. 60. *Capacitación y asistencia técnica*

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de prevenir y combatir la corrupción. Esos programas de capacitación podrán versar, entre otras cosas, sobre:
   a) Medidas eficaces para prevenir, detectar, investigar, sancionar y combatir la corrupción, incluso el uso de métodos de reunión de pruebas e investigación;
   b) Fomento de la capacidad de formulación y planificación de una política estratégica contra la corrupción;
   c) Capacitación de las autoridades competentes en la preparación de solicitudes de asistencia judicial recíproca que satisfagan los requisitos de la presente Convención;

d) Evaluación y fortalecimiento de las instituciones, de la gestión de la función pública y la gestión de las finanzas públicas, incluida la contratación pública, así como del sector privado;
e) Prevención y lucha contra las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y recuperación de dicho producto;
f) Detección y embargo preventivo de las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
g) Vigilancia del movimiento del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como de los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto;
h) Mecanismos y métodos legales y administrativos apropiados y eficientes para facilitar la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
i) Métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos que cooperen con las autoridades judiciales; y
j) Capacitación en materia de reglamentos nacionales e internacionales y en idiomas.

2. En la medida de sus posibilidades, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica, especialmente en favor de los países en desarrollo, en sus respectivos planes y programas para combatir la corrupción, incluido apoyo material y capacitación en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, así como capacitación y asistencia e intercambio mutuo de experiencias y conocimientos especializados, lo que facilitará la cooperación internacional entre los Estados Parte en las esferas de la extradición y la asistencia judicial recíproca.
3. Los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, los esfuerzos para optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales y en el marco de los acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.
4. Los Estados Parte considerarán, previa solicitud, la posibilidad de ayudarse entre sí en la realización de evaluaciones, estudios e investigaciones sobre los tipos, causas, efectos y costos de la corrupción en sus respectivos países con miras a elaborar, con la participación de las autoridades competentes y de la sociedad, estrategias y planes de acción contra la corrupción.
5. A fin de facilitar la recuperación del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, los Estados Parte podrán cooperar facilitándose los nombres de peritos que puedan ser útiles para lograr ese objetivo.
6. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de recurrir a la organización de conferencias y seminarios subregionales, regionales e internacionales para promover la cooperación y la asistencia técnica y para fomentar los debates sobre problemas de interés mutuo, incluidos los problemas y necesidades especiales de los países en desarrollo y los países con economías en transición.
7. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de establecer mecanismos voluntarios con miras a contribuir financieramente a los esfuerzos de los países en desarrollo y los países con economías en transición para aplicar la presente Convención mediante programas y proyectos de asistencia técnica.
8. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de hacer contribuciones voluntarias a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito con el propósito de impulsar, a través de dicha Oficina, programas y proyectos en los países en desarrollo con miras a aplicar la presente Convención.

Art. 61. *Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción*

1. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de analizar, en consulta con expertos, las tendencias de la corrupción en su territorio, así como las circunstancias en que se cometen los delitos de corrupción.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir, entre sí y por conducto de organizaciones internacionales y regionales, estadísticas, experiencia analítica acerca de la corrupción e información con miras a establecer, en

la medida de lo posible, definiciones, normas y metodologías comunes, así como información sobre las prácticas óptimas para prevenir y combatir la corrupción.
3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de vigilar sus políticas y medidas en vigor encaminadas a combatir la corrupción y de evaluar su eficacia y eficiencia.

Art. 62. *Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica*

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la corrupción en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.
2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:
   a) Intensificar su cooperación en los diversos planos con los países en desarrollo con miras a fortalecer la capacidad de esos países para prevenir y combatir la corrupción;
   b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para prevenir y combatir la corrupción con eficacia y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;
   c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Con arreglo a su derecho interno y a las disposiciones de la Convención, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de ingresar en esa cuenta un porcentaje del dinero decomisado o de la suma equivalente a los bienes o al producto del delito decomisados conforme a lo dispuesto en la Convención;
   d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.
3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los ámbitos bilateral, regional o internacional.
4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la corrupción.

CAPÍTULO VII
MECANISMOS DE APLICACIÓN

Art. 63. *Conferencia de los Estados Parte en la Convención*

1. Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Parte a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. Posteriormente se celebrarán reuniones periódicas de la Conferencia de los Estados Parte de conformidad con lo dispuesto en las reglas de procedimiento aprobadas por la Conferencia.
3. La Conferencia de los Estados Parte aprobará el reglamento y las normas que rijan la ejecución de las actividades enunciadas en el presente artículo, incluidas las

normas relativas a la admisión y la participación de observadores y el pago de los gastos que ocasione la realización de esas actividades.

4. La Conferencia de los Estados Parte concertará actividades, procedimientos y métodos de trabajo con miras a lograr los objetivos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, y en particular:
   a) Facilitará las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 60 y 62 y a los capítulos II a V de la presente Convención, incluso promoviendo la aportación de contribuciones voluntarias;
   b) Facilitará el intercambio de información entre los Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la corrupción y sobre prácticas eficaces para prevenirla y combatirla, así como para la restitución del producto del delito, mediante, entre otras cosas, la publicación de la información pertinente mencionada en el presente artículo;
   c) Cooperará con organizaciones y mecanismos internacionales y regionales y organizaciones no gubernamentales pertinentes;
   d) Aprovechará adecuadamente la información pertinente elaborada por otros mecanismos internacionales y regionales encargados de combatir y prevenir la corrupción a fin de evitar una duplicación innecesaria de actividades;
   e) Examinará periódicamente la aplicación de la presente Convención por sus Estados Parte;
   f) Formulará recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación;
   g) Tomará nota de las necesidades de asistencia técnica de los Estados Parte con respecto a la aplicación de la presente Convención y recomendará las medidas que considere necesarias al respecto.
5. A los efectos del párrafo 4 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención por conducto de la información que ellos le faciliten y de los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de los Estados Parte.
6. Cada Estado Parte proporcionará a la Conferencia de los Estados Parte información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de los Estados Parte. La Conferencia de los Estados Parte tratará de determinar la manera más eficaz de recibir y procesar la información, incluida la que reciba de los Estados Parte y de organizaciones internacionales competentes. También se podrán considerar las aportaciones recibidas de organizaciones no gubernamentales pertinentes debidamente acreditadas conforme a los procedimientos acordados por la Conferencia de los Estados Parte.
7. En cumplimiento de los párrafos 4 a 6 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte establecerá, si lo considera necesario, un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención.

Art. 64. *Secretaría*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención.
2. La secretaría:
   a) Prestará asistencia a la Conferencia de los Estados Parte en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 63 de la presente Convención y organizará los períodos de sesiones de la Conferencia de los Estados Parte y les proporcionará los servicios necesarios;
   b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de los Estados Parte según lo previsto en los párrafos 5 y 6 del artículo 63 de la presente Convención; y
   c) Velará por la coordinación necesaria con las secretarías de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

CAPÍTULO VIII
DISPOSICIONES FINALES

Art. 65. *Aplicación de la Convención*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.

Art. 66. *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención, que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable, deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de la adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 67. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 9 al 11 de diciembre de 2003 en Mérida (México) y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 9 de diciembre de 2005.
2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Art. 68. *Entrada en vigor*

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, apro-

bación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Art. 69. *Enmienda*

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas y transmitirlas al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención para que la examinen y adopten una decisión al respecto. La Conferencia de los Estados Parte hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la reunión de la Conferencia de los Estados Parte.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo y viceversa.
3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.
4. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Art. 70. *Denuncia*

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Art. 71. *Depositario e idiomas*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.
2. El original de la presente Convención, cuyo texto en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso es igualmente auténtico, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS

RESOLUCIÓN 55/25 DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

LA ASAMBLEA GENERAL,

Recordando su resolución 53/111, de 9 de diciembre de 1998, en la que decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar, si procedía, la posibilidad de elaborar instrumentos internacionales sobre la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar,

Recordando también su resolución 54/126, de 17 de diciembre de 1999, en la que pidió al Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional que prosiguiera sus trabajos, de conformidad con las resoluciones 53/111 y 53/114, de 9 de diciembre de 1998, y que intensificara esa labor a fin de terminarla en el año 2000,

Recordando además su resolución 54/129, de 17 de diciembre de 1999, en la que aceptó con reconocimiento el ofrecimiento del Gobierno de Italia de ser el anfitrión de una conferencia política de alto nivel en Palermo para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, y pidió al Secretario General que programara la conferencia con una duración de una semana como máximo antes de que concluyera la Asamblea del Milenio en el año 2000,

Expresando su reconocimiento al Gobierno de Polonia por haberle presentado en su quincuagésimo primer período de sesiones un primer proyecto de convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional[1] y por haber acogido en Varsovia, del 2 al 6 de febrero de 1998, la reunión del grupo intergubernamental de expertos entre períodos de sesiones y abierto, para elaborar un anteproyecto de convenio internacional amplio de lucha contra la delincuencia organizada transnacional, establecido de conformidad con la resolución 52/85, de 12 de diciembre de 1997,

Expresando su reconocimiento al Gobierno de la Argentina por haber acogido la reunión preparatoria oficiosa del Comité Especial, celebrada en Buenos Aires del 31 de agosto al 4 de septiembre de 1998,

Expresando su reconocimiento al Gobierno de Tailandia por haber acogido el Seminario Ministerial de Asia y el Pacífico sobre fortalecimiento de las capacidades para luchar contra la delincuencia organizada transnacional, celebrado en Bangkok los días 20 y 21 de marzo de 2000,

Profundamente preocupada por las adversas repercusiones económicas y sociales derivadas de las actividades de la delincuencia organizada y convencida de la necesidad urgente de fortalecer la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente esas actividades en los planos nacional, regional e internacional,

---

[1] A/C.3/51/7, anexo.

Observando con profunda preocupación los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo y teniendo presente la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General,

Resuelta a impedir que las personas involucradas en la delincuencia organizada transnacional hallen refugio propugnando que se las enjuicie dondequiera que cometan tales delitos y fomentando la cooperación a nivel internacional,

Firmemente convencida de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo,

1. *Toma nota* del informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional[2], el cual llevó a cabo su labor en Viena en la sede de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito y elogia al Comité Especial por la labor realizada;
2. *Aprueba* la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que figuran en el anexo de la presente resolución, y los declara abiertos a la firma en la conferencia política de alto nivel que se celebrará en Palermo (Italia) del 12 al 15 de diciembre de 2000 de conformidad con la resolución 54/129;
3. *Pide* al Secretario General que prepare un informe amplio sobre la conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención y sus protocolos que se celebrará en Palermo de conformidad con la resolución 54/129;
4. *Observa* que el Comité Especial no ha terminado todavía su labor sobre el proyecto de protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
5. *Pide* al Comité Especial que prosiga su labor en relación con ese proyecto de protocolo, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones 53/111, 53/114 y 54/126, y que termine esa labor lo antes posible;
6. *Exhorta* a todos los Estados a que reconozcan los vínculos existentes entre las actividades de la delincuencia organizada transnacional y los actos de terrorismo, teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de la Asamblea General, y a que apliquen la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para combatir las actividades delictivas en todas sus formas, conforme a lo dispuesto en dicha Convención;
7. *Recomienda* que el Comité Especial establecido por la Asamblea General en su resolución 51/210, de 17 de diciembre de 1996, que ha iniciado sus deliberaciones con miras a elaborar un convenio general sobre el terrorismo internacional, de conformidad con la resolución 54/110, de 9 de diciembre de 1999, tome en consideración las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
8. *Insta* a todos los Estados y las organizaciones económicas regionales a que firmen y ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos lo antes posible a fin de no demorar su entrada en vigor;

---

[2] A/AC.254/34.

9. *Decide* que, hasta que la Conferencia de las Partes en la Convención establecida con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional decida otra cosa, la cuenta a que se hace referencia en el artículo 30 de la Convención será administrada en el marco del Fondo de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal, y alienta a los Estados Miembros a que empiecen a aportar contribuciones voluntarias adecuadas a la cuenta mencionada para prestar a los países en desarrollo y los países con economías en transición la asistencia técnica que puedan necesitar para la aplicación de la Convención y sus protocolos, incluidas las medidas preparatorias que sean necesarias para dicha aplicación;
10. *Decide* también que el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional complete sus trabajos dimanantes de la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional mediante la celebración de una reunión con bastante antelación al primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención, a fin de preparar el proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y las normativas y mecanismos mencionados en el artículo 32 de la Convención, que se transmitirán a la Conferencia de las Partes en su primer período de sesiones para que los examine y adopte las medidas pertinentes;
11. *Pide* al Secretario General que designe al Centro de Prevención Internacional del Delito de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito como secretaría de la Conferencia de las Partes en la Convención, de conformidad con el artículo 33 de la Convención;
12. *Pide también* al Secretario General que dote al Centro de Prevención Internacional del Delito de los recursos necesarios para que pueda promover eficazmente la rápida entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y desempeñar las funciones de secretaría de la Conferencia de las Partes en la Convención y que preste apoyo al Comité Especial para el desempeño de su labor mencionada en el párrafo 10 *supra*.

ANEXO I
CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Art. 1. *Finalidad*

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Art. 2. *Definiciones*

Para los fines de la presente Convención:

a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
c) Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;
d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
e) Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por "embargo preventivo" o "incautación" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;
g) Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;
h) Por "delito determinante" se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;
i) Por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;
j) Por "organización regional de integración económica" se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los "Estados Parte" con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

Art. 3. *Ámbito de aplicación*

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:
   a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y
   b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.
2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:
   a) Se comete en más de un Estado;
   b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
   c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
   d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Art. 4. *Protección de la soberanía*

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.
2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Art. 5. *Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
   a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:
      i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:
   a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;
   b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesora- miento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.
3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

Art. 6. *Penalización del blanqueo del producto del delito*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
   a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
   ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
   b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:
      i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;
      ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.
2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:
   a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;
   b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;
   c) A los efectos del apartado *b),* los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;
e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;
f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Art. 7. *Medidas para combatir el blanqueo de dinero*

1. Cada Estado Parte:
   a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;
   b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias trans- fronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.
3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.
4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Art. 8. *Penalización de la corrupción*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
   a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;
   b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.
3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.
4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por "funcionario público" se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

Art. 9. *Medidas contra la corrupción*

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.
2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.

Art. 10. *Responsabilidad de las personas jurídicas*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Art. 11. *Proceso, fallo y sanciones*

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.
2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.
3. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

4. Cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.
5. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.
6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

Art. 12. *Decomiso e incautación*

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
   a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
   b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.
2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.
3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.
6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos ban- carios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.
7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.
8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.
9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Art. 13. *Cooperación internacional para fines de decomiso*

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que

se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables mutatis mutandis al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado *b)* del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;

c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.

Art. 14. *Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados*

1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.
2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.
3. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo a los artículos 12 y 13 de la presente Convención, los Estados Parte podrán considerar en particular la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de:
   a) Aportar el valor de dicho producto del delito o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a la cuenta designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado *c)* del párrafo 2 del artículo 30 de la presente Convención y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada;
   b) Repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.

Art. 15. *Jurisdicción*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:
   a) El delito se cometa en su territorio; o
   b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito.
2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:
   a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
   b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
   c) El delito:
      i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;
      ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado *a)* o al inciso i) del apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.
3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.
4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.
5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro con-

ducto, de que otro u otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Art. 16. *Extradición*

1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados *a)* o *b)* del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.
2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos.
3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.
4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.
5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:
   a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y
   b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.
6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.
7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.
8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.
9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.
11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo.
12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.
13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.
14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.
15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.
16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.
17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Art. 17. *Traslado de personas condenadas a cumplir una pena*

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión o a otra pena de privación de libertad por algún delito comprendido en la presente Convención a fin de que complete allí su condena.

Art. 18. *Asistencia judicial recíproca*

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados *a)* o *b)* del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.
3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:
   a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
   b) Presentar documentos judiciales;
   c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
   d) Examinar objetos y lugares;
   e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
   f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
   g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
   h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
   i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.
4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.
5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.
6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.
7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen estos párrafos si facilitan la cooperación.
8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.
9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:
    a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;
    b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.
11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:
    a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;
    b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;
    c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;
    d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.
12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.
13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.
14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que sean aceptables para cada Estado Parte. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:
    a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;
    b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;
    c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
    d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;
    e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
    f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.
16. El Estado Parte requerido podrá pedir información complementaria cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.
17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.
18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.
19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.
20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.
21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:
    a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;
    b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
    c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;
    d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.
22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.
23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud cuando ya no necesite la asistencia solicitada.
25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturbase investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.
26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá observar las condiciones impuestas.
27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.
28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.
29. El Estado Parte requerido:
    a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;
    b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.
30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen.

Art. 19. *Investigaciones conjuntas*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Art. 20. *Técnicas especiales de investigación*

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las con-

diciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.
3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.
4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

Art. 21. *Remisión de actuaciones penales*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la presente Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Art. 22. *Establecimiento de antecedentes penales*

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad, en otro Estado, de un presunto delincuente a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a un delito comprendido en la presente Convención.

Art. 23. *Penalización de la obstrucción de la justicia*

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;

b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Art. 24. *Protección de los testigos*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;
b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

Art. 25. *Asistencia y protección a las víctimas*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.
2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.
3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Art. 26. *Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:
   a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:
      i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;
      ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;
      iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;
   b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.
3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.
4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.
5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Art. 27. *Cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, cada Estado Parte adoptará medidas eficaces para:
   a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
   b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:
      i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;
      ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;
      iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;
   c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;
   d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;
   e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;
   f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas con miras a la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.
2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las Partes podrán considerar la presente Convención como la base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte recurrirán plenamente a la celebración de acuerdos y arreglos, incluso con organizaciones internacionales o regionales, con miras a aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.
3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.

Art. 28. *Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada*

1. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucrados.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir experiencia analítica acerca de las actividades de la delincuencia organizada, tanto a nivel bilateral como por conducto de organizaciones internacionales y regionales. A tal

fin, se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de vigilar sus políticas y las medidas en vigor encaminadas a combatir la delincuencia organizada y evaluarán su eficacia y eficiencia.

Art. 29. *Capacitación y asistencia técnica*

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención. Esos programas podrán incluir adscripciones e intercambios de personal. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:
   a) Los métodos empleados en la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención;
   b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos comprendidos en la presente Convención, incluso en los Estados de tránsito, y las medidas de lucha pertinentes;
   c) La vigilancia del movimiento de bienes de contrabando;
   d) La detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos y los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto, bienes, equipo u otros instrumentos, así como los métodos utilizados para combatir el blanqueo de dinero y otros delitos financieros;
   e) El acopio de pruebas;
   f) Las técnicas de control en zonas y puertos francos;
   g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;
   h) Los métodos utilizados para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante computadoras, redes de telecomunicaciones u otras formas de la tecnología moderna;
   i) Los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.
2. Los Estados Parte se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos especializados en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo y, a tal fin, también recurrirán, cuando proceda, a conferencias y seminarios regionales e internacionales para promover la cooperación y fomentar el examen de los problemas de interés común, incluidos los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.
3. Los Estados Parte promoverán actividades de capacitación y asistencia técnica que faciliten la extradición y la asistencia judicial recíproca. Dicha capacitación y asistencia técnica podrán incluir la enseñanza de idiomas, adscripciones e intercambios de personal entre autoridades centrales u organismos con responsabilidades pertinentes.
4. Cuando haya acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales vigentes, los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, sus esfuerzos por optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales, así como en el marco de otros acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.

Art. 30. *Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica*

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:
   a) Intensificar su cooperación en los diversos niveles con los países en desarrollo con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional;
   b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;
   c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Los Estados Parte también podrán considerar en particular la posibilidad, conforme a su derecho interno y a las disposiciones de la presente Convención, de aportar a la cuenta antes mencionada un porcentaje del dinero o del valor correspondiente del producto del delito o de los bienes ilícitos decomisados con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención;
   d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.
3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los planos bilateral, regional o internacional.
4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Art. 31. *Prevención*

1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional.
2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:
   a) El fortalecimiento de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;
   b) La promoción de la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;
   c) La prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;
   d) La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados; a este respecto, dichas medidas podrían incluir las siguientes:
      i) El establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas;

ii) La posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado durante un período razonable a las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones;
iii) El establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y
iv) El intercambio de información contenida en los registros mencionados en los incisos i) e iii) del presente apartado con las autoridades competentes de otros Estados Parte.

3. Los Estados Parte procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención.
4. Los Estados Parte procurarán evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las prácticas administrativas pertinentes vigentes a fin de detectar si existe el peligro de que sean utilizados indebidamente por grupos delictivos organizados.
5. Los Estados Parte procurarán sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa. Cuando proceda, podrá difundirse información a través de los medios de comunicación y se adoptarán medidas para fomentar la participación pública en los esfuerzos por prevenir y combatir dicha delincuencia.
6. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que pueden ayudar a otros Estados Parte a formular medidas para prevenir la delincuencia organizada transnacional.
7. Los Estados Parte colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, según proceda, con miras a promover y formular las medidas mencionadas en el presente artículo. Ello incluye la participación en proyectos internacionales para la prevención de la delincuencia organizada transnacional, por ejemplo mediante la mitigación de las circunstancias que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a las actividades de la delincuencia organizada transnacional.

Art. 32. *Conferencia de las Partes en la Convención*

1. Se establecerá una Conferencia de las Partes en la Convención con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. La Conferencia de las Partes aprobará reglas de procedimiento y normas que rijan las actividades enunciadas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo (incluidas normas relativas al pago de los gastos resultantes de la puesta en marcha de esas actividades).
3. La Conferencia de las Partes concertará mecanismos con miras a lograr los objetivos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, en particular a:
   a) Facilitar las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 de la presente Convención, alentando inclusive la movilización de contribuciones voluntarias;
   b) Facilitar el intercambio de información entre Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la delincuencia organizada transnacional y sobre prácticas eficaces para combatirla;
   c) Cooperar con las organizaciones internacionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales pertinentes;
   d) Examinar periódicamente la aplicación de la presente Convención;
   e) Formular recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación.
4. A los efectos de los apartados *d)* y *e)* del párrafo 3 del presente artículo, la Conferencia de las Partes obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la

presente Convención mediante la información que ellos le faciliten y mediante los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de las Partes.

5. Cada Estado Parte facilitará a la Conferencia de las Partes información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de las Partes.

Art. 33. ***Secretaría***

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de las Partes en la Convención.
2. La secretaría:
   a) Prestará asistencia a la Conferencia de las Partes en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 32 de la presente Convención y organizará los períodos de sesiones de la Conferencia de las Partes y les prestará los servicios necesarios;
   b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de las Partes según lo previsto en el párrafo 5 del artículo 32 de la presente Convención; y
   c) Velará por la coordinación necesaria con la secretaría de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

Art. 34. ***Aplicación de la Convención***

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.
2. Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado.
3. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Art. 35. ***Solución de controversias***

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 36. ***Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión***

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia) y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Art. 37. *Relación con los protocolos*

1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.
2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.
3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.
4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.

Art. 38. *Entrada en vigor*

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente.

Art. 39. *Enmienda*

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. La Conferencia de las Partes hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la

presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.
4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Art. 40. *Denuncia*

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.
3. La denuncia de la presente Convención con arreglo al párrafo 1 del presente artículo entrañará la denuncia de sus protocolos.

Art. 41. *Depositario e idiomas*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.
2. El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

ANEXO II
PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

PREÁMBULO

Los Estados Parte en el presente Protocolo,

Declarando que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos,

Teniendo en cuenta que si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas,

Preocupados porque de no existir un instrumento de esa naturaleza las personas vulnerables a la trata no estarán suficientemente protegidas,

Recordando la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la elaboración, entre otras cosas, de un instrumento internacional relativo a la trata de mujeres y de niños,

Convencidos de que para prevenir y combatir ese delito será útil complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional con un instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños,

Acuerdan lo siguiente:

I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. *Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.
2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.
3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Art. 2. *Finalidad*

Los fines del presente Protocolo son:

a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;
b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Art. 3. *Definiciones*

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado *a)* del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado *a)* del presente artículo;
d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

Art. 4. *Ámbito de aplicación*

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

Art. 5. *Penalización*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:
   a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
   b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

II. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS

Art. 6. *Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas*

1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.
2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:
   a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;
   b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.
3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:
   a) Alojamiento adecuado;
   b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;
   c) Asistencia médica, sicológica y material; y
   d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.
4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.
5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.
6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

Art. 7. *Régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor*

1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.
2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales.

Art. 8. *Repatriación de las víctimas de la trata de personas*

1. El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.
2. Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.

3. Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.
4. A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.
5. El presente artículo no afectará a los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.
6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rija, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.

III. MEDIDAS DE PREVENCIÓN, COOPERACIÓN Y OTRAS MEDIDAS

Art. 9. *Prevención de la trata de personas*

1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:
   a) Prevenir y combatir la trata de personas; y
   b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.
2. Los Estados Parte procurarán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas.
3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.
4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.
5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Art. 10. *Intercambio de información y capacitación*

1. Las autoridades de los Estados Parte encargadas de hacer cumplir la ley, así como las autoridades de inmigración u otras autoridades competentes, cooperarán entre sí, según proceda, intercambiando información, de conformidad con su derecho interno, a fin de poder determinar:
   a) Si ciertas personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional con documentos de viaje pertenecientes a terceros o sin documentos de viaje son autores o víctimas de la trata de personas;
   b) Los tipos de documento de viaje que ciertas personas han utilizado o intentado utilizar para cruzar una frontera internacional con fines de trata de personas; y
   c) Los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación y el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlos.
2. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según

proceda. Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.

3. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.

Art. 11. *Medidas fronterizas*

1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas.
2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo.
3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en el Estado receptor.
4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.
5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.
6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.

Art. 12. *Seguridad y control de los documentos*

Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

a) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y
b) Garantizar la integridad y la seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

Art. 13. *Legitimidad y validez de los documentos*

Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para la trata de personas.

IV. DISPOSICIONES FINALES

Art. 14. *Cláusula de salvaguardia*

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención

sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951[3] y su Protocolo de 1967[4], así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.

Art. 15. *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 16. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia), y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.
2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.
4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

---

[3] Naciones Unidas, Recueil des Traites, vol. 189, N° 2545.
[4] Ibíd., vol. 606, N° 8791.

Art. 17. *Entrada en vigor*

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Art. 18. *Enmienda*

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte en el Protocolo podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.
3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.
4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Art. 19. *Denuncia*

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Art. 20. *Depositario e idiomas*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.
2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

ANEXO III
PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

PREÁMBULO

Los Estados Parte en el presente Protocolo,

Declarando que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómica, en los planos nacional, regional e internacional,

Recordando la resolución 54/212 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1999, en la que la Asamblea instó a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional en la esfera de la migración internacional y el desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, y de aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional podía reportar a los interesados, y alentó a los mecanismos interregionales, regionales y subregionales a que, cuando procediera, se siguieran ocupando de la cuestión de la migración y el desarrollo,

Convencidos de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos,

Habida cuenta de que, pese a la labor emprendida en otros foros internacionales, no existe un instrumento universal que aborde todos los aspectos del tráfico ilícito de migrantes y otras cuestiones conexas,

Preocupados por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas conexas tipificadas en el presente Protocolo, que causan graves perjuicios a los Estados afectados,

Preocupados también por el hecho de que el tráfico ilícito de migrantes puede poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes involucrados,

Recordando la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la posibilidad de elaborar, entre otros, un instrumento internacional que abordara el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, particularmente por mar,

Convencidos de que complementar el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional dirigido contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire constituirá un medio útil para prevenir y combatir esta forma de delincuencia,

Han convenido en lo siguiente:

I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. *Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.
2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.
3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Art. 2. *Finalidad*

El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

Art. 3. *Definiciones*

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;

b) Por "entrada ilegal" se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;

c) Por "documento de identidad o de viaje falso" se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:

   i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o

   ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o

   iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;

d) Por "buque" se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

Art. 4. *Ámbito de aplicación*

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

Art. 5. *Responsabilidad penal de los migrantes*

Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

Art. 6. *Penalización*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

   a) El tráfico ilícito de migrantes;

   b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:

      i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;

      ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;

   c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado *b)* del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

   a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

   b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado *a),* al inciso i) del apartado *b)* o al apartado *c)* del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado *b)* del párrafo 1 del presente artículo;

   c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado *a)*, al inciso i) del apartado *b)* y al apartado *c)* del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados *b)* y *c)* del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:
   a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o
   b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

II. TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR MAR

Art. 7. *Cooperación*

Los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

Art. 8. *Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar*

1. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que enarbole su pabellón o pretenda estar matriculado en su registro, que carezca de nacionalidad o que, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón, tenga en realidad la nacionalidad del Estado Parte interesado, está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá solicitar la asistencia de otros Estados Parte a fin de poner término a la utilización del buque para ese fin. Los Estados Parte a los que se solicite dicha asistencia la prestarán, en la medida posible con los medios de que dispongan.
2. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá notificarlo al Estado del pabellón, pedirle que confirme la matrícula y, si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:
   a) Visitar el buque;
   b) Registrar el buque; y
   c) Si se hallan pruebas de que el buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, adoptar medidas apropiadas con respecto al buque, así como a las personas y a la carga que se encuentren a bordo, conforme le haya autorizado el Estado del pabellón.
3. Todo Estado Parte que haya adoptado cualesquiera de las medidas previstas en el párrafo 2 del presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón pertinente de los resultados de dichas medidas.
4. Los Estados Parte responderán con celeridad a toda solicitud de otro Estado Parte con miras a determinar si un buque que está matriculado en su registro o enarbola su pabellón está autorizado a hacerlo, así como a toda solicitud de autorización que se presente con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo.
5. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con el artículo 7 del presente Protocolo, someter su autorización a las condiciones en que convenga con el Estado requirente, incluidas las relativas a la responsabilidad y al alcance de las medidas efectivas que se adopten. Los Estados Parte no adoptarán otras medidas sin la autorización expresa del Estado del pabellón, salvo las que sean necesarias para eliminar un peligro inminente para la vida de las personas o las que se deriven de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes.
6. Cada Estado Parte designará a una o, de ser necesario, a varias autoridades para recibir y atender las solicitudes de asistencia, de confirmación de la matrícula o

del derecho de un buque a enarbolar su pabellón y de autorización para adoptar las medidas pertinentes. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todos los demás Estados Parte dentro del mes siguiente a la designación.

7. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.

Art. 9. *Cláusulas de protección*

1. Cuando un Estado Parte adopte medidas contra un buque con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo:
   a) Garantizará la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo;
   b) Tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad del buque o de su carga;
   c) Tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no perjudicar los intereses comerciales o jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado;
   d) Velará, dentro de los medios disponibles, por que las medidas adoptadas con respecto al buque sean ecológicamente razonables.
2. Cuando las razones que motivaron las medidas adoptadas con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo no resulten fundadas y siempre que el buque no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido.
3. Toda medida que se tome, adopte o aplique de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir ni causar menoscabo en:
   a) Los derechos y las obligaciones de los Estados ribereños en el ejercicio de su jurisdicción de conformidad con el derecho internacional del mar; ni en
   b) La competencia del Estado del pabellón para ejercer la jurisdicción y el control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales relacionadas con el buque.
4. Toda medida que se adopte en el mar en cumplimiento de lo dispuesto en el presente capítulo será ejecutada únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves que ostenten signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin.

III. MEDIDAS DE PREVENCIÓN, COOPERACIÓN Y OTRAS MEDIDAS

Art. 10. *Información*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención y con miras a lograr los objetivos del presente Protocolo, los Estados Parte, en particular los que tengan fronteras comunes o estén situados en las rutas de tráfico ilícito de migrantes, intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente sobre asuntos como:
   a) Los lugares de embarque y de destino, así como las rutas, los transportistas y los medios de transporte a los que, según se sepa o se sospeche, recurren los grupos delictivos organizados involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo;
   b) La identidad y los métodos de las organizaciones o los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo;
   c) La autenticidad y la debida forma de los documentos de viaje expedidos por los Estados Parte, así como todo robo o concomitante utilización ilegítima de documentos de viaje o de identidad en blanco;
   d) Los medios y métodos utilizados para la ocultación y el transporte de personas, la alteración, reproducción o adquisición ilícitas o cualquier otra utilización indebida de los documentos de viaje o de identidad empleados en las conduc-

tas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, así como las formas de detectarlos;

e) Experiencias de carácter legislativo, así como prácticas y medidas conexas, para prevenir y combatir las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo; y

f) Cuestiones científicas y tecnológicas de utilidad para el cumplimiento de la ley, a fin de reforzar la capacidad respectiva de prevenir, detectar e investigar las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y de enjuiciar a las personas implicadas en ellas.

2. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.

Art. 11. *Medidas fronterizas*

1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes.
2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión del delito tipificado con arreglo al apartado *a)* del párrafo 1 del artículo 6 del presente Protocolo.
3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.
4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.
5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.
6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.

Art. 12. *Seguridad y control de los documentos*

Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

a) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y

b) Garantizar la integridad y seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

Art. 13. *Legitimidad y validez de los documentos*

Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para los fines de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

Art. 14. *Capacitación y cooperación técnica*

1. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en la prevención de las conductas

enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y en el trato humano de los migrantes objeto de esa conducta, respetando sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo o reforzarán dicha capacitación, según proceda.

2. Los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, según proceda, a fin de garantizar que en sus respectivos territorios se imparta una capacitación de personal adecuada para prevenir, combatir y erradicar las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, así como proteger los derechos de los migrantes que hayan sido objeto de esas conductas. Dicha capacitación incluirá, entre otras cosas:
   a) La mejora de la seguridad y la calidad de los documentos de viaje;
   b) El reconocimiento y la detección de los documentos de viaje o de identidad falsificados;
   c) La compilación de información de inteligencia criminal, en particular con respecto a la identificación de los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, los métodos utilizados para transportar a los migrantes objeto de dicho tráfico, la utilización indebida de documentos de viaje o de identidad para los fines de las conductas enunciadas en el artículo 6 y los medios de ocultación utilizados en el tráfico ilícito de migrantes;
   d) La mejora de los procedimientos para detectar a las personas objeto de tráfico ilícito en puntos de entrada y salida convencionales y no convencionales; y
   e) El trato humano de los migrantes afectados y la protección de sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo.
3. Los Estados Parte que tengan conocimientos especializados pertinentes considerarán la posibilidad de prestar asistencia técnica a los Estados que sean frecuentemente países de origen o de tránsito de personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. Los Estados Parte harán todo lo posible por suministrar los recursos necesarios, como vehículos, sistemas de informática y lectores de documentos, para combatir las conductas enunciadas en el artículo 6.

Art. 15. *Otras medidas de prevención*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas para cerciorarse de poner en marcha programas de información o reforzar los ya existentes a fin de que la opinión pública sea más consciente de que las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo son una actividad delictiva que frecuentemente realizan los grupos delictivos organizados con fines de lucro y que supone graves riesgos para los migrantes afectados.
2. De conformidad con el artículo 31 de la Convención, los Estados Parte cooperarán en el ámbito de la información pública a fin de impedir que los migrantes potenciales lleguen a ser víctimas de grupos delictivos organizados.
3. Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo.

Art. 16. *Medidas de protección y asistencia*

1. Al aplicar el presente Protocolo, cada Estado Parte adoptará, en consonancia con sus obligaciones emanadas del derecho internacional, todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, conforme a las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.
3. Cada Estado Parte prestará asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.
4. Al aplicar las disposiciones del presente artículo, los Estados Parte tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.
5. En el caso de la detención de personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte cumplirá las obligaciones contraídas con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[5], cuando proceda, incluida la de informar sin demora a la persona afectada sobre las disposiciones relativas a la notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal.

Art. 17. *Acuerdos y arreglos*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales o regionales o arreglos operacionales con miras a:

a) Adoptar las medidas más apropiadas y eficaces para prevenir y combatir las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo; o
b) Contribuir conjuntamente a reforzar las disposiciones del presente Protocolo.

Art. 18. *Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito*

1. Cada Estado Parte conviene en facilitar y aceptar, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que sea nacional de ese Estado Parte o tuviese derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de facilitar y aceptar la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que, de conformidad con el derecho interno, tuviese derecho de residencia permanente en el territorio de ese Estado Parte en el momento de su entrada en el Estado receptor.
3. A petición del Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si una persona que ha sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo es nacional de ese Estado Parte o tiene derecho de residencia permanente en su territorio.
4. A fin de facilitar la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en cuyo territorio tenga derecho de residencia permanente convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.
5. Cada Estado Parte que intervenga en la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo adoptará todas las medidas que proceda para llevar a cabo la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona.
6. Los Estados Parte podrán cooperar con las organizaciones internacionales que proceda para aplicar el presente artículo.
7. Las disposiciones del presente artículo no menoscabarán ninguno de los derechos reconocidos a las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo por el derecho interno del Estado Parte receptor.

---

[5] Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 596, N° 8638 a 8640.

8. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones contraídas con arreglo a cualquier otro tratado bilateral o multilateral aplicable o a cualquier otro acuerdo o arreglo operacional que rija, parcial o totalmente, la repatriación de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

IV. DISPOSICIONES FINALES

Art. 19. *Cláusula de salvaguardia*

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951[6] y su Protocolo de 1967[7], así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.
2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.

Art. 20. *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esas Partes podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o de la adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 21. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia), y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.
2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas orga-

---

[6] Naciones Unidas, Recueil des Traites, vol. 189, N° 2545.
[7] Ibíd., vol. 606, N° 8791.

nizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Art. 22. *Entrada en vigor*

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Art. 23. *Enmienda*

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.
3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.
4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Art. 24. *Denuncia*

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá

efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Art. 25. *Depositario e idiomas*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.
2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

RESOLUCIÓN 55/255 DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE 31 DE MAYO DE 2001

LA ASAMBLEA GENERAL,

Recordando su resolución 53/111, de 9 de diciembre de 1998, en la que decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar, si procedía, la posibilidad de elaborar instrumentos internacionales sobre la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar,

Recordando también su resolución 54/126, de 17 de diciembre de 1999, en la que pidió al Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional que prosiguiera sus trabajos, de conformidad con las resoluciones 53/111 y 53/114, de 9 de diciembre de 1998, y que intensificara esa labor a fin de terminarla en el año 2000,

Recordando además su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, en la que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

Reafirmando el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que entraña que los Estados también tienen derecho a adquirir armas para defenderse, así como el derecho de libre determinación de todos los pueblos, en particular de los pueblos sometidos a ocupación colonial o a otras formas de ocupación o dominación extranjera o foránea, y la importancia de la realización efectiva de ese derecho,

1. *Toma nota* del informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre su 12.° período de sesiones[1] y elogia al Comité Especial por la labor realizada;
2. *Aprueba* el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que figura como anexo de la presente resolución, y lo declara abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York;
3. *Insta* a todos los Estados y las organizaciones económicas regionales a que firmen y ratifiquen lo antes posible la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, a fin de lograr su rápida entrada en vigor.

---

[1] A/55/383/Add.2.

ANEXO
PROTOCOLO CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, SUS PIEZAS Y COMPONENTES Y MUNICIONES, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

PREÁMBULO

Los Estados Parte en el presente Protocolo,

Conscientes de la urgente necesidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a causa de los efectos perjudiciales de estas actividades para la seguridad de cada Estado y región y del mundo en general, que ponen en peligro el bienestar de los pueblos, su desarrollo económico y social y su derecho a vivir en paz,

Convencidos, por tanto, de la necesidad de que los Estados adopten todas las medidas apropiadas a tal fin, incluidas medidas de cooperación internacional y de otra índole en los planos regional y mundial,

Recordando la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar la posibilidad de elaborar, entre otras cosas, un instrumento internacional contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones,

Teniendo presentes los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[2],

Convencidos de que complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones será de utilidad para prevenir y combatir esos delitos,

Han acordado lo siguiente:

I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. *Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.
2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.
3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Art. 2. *Finalidad*

La finalidad del presente Protocolo es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

Art. 3. *Definiciones Para los fines del presente Protocolo:*

a) Por "arma de fuego" se entenderá toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno. En ningún caso, sin embargo, podrán incluir armas de fuego fabricadas después de 1899;

---

[2] Resolución 2625 (XXV) anexo.

b) Por "piezas y componentes" se entenderá todo elemento o elemento de repuesto específicamente concebido para un arma de fuego e indispensable para su funcionamiento, incluidos el cañón, la caja o el cajón, el cerrojo o el tambor, el cierre o el bloqueo del cierre y todo dispositivo concebido o adaptado para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego;
c) Por "municiones" se entenderá el cartucho completo o sus componentes, entre ellos las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o proyectiles utilizados en las armas de fuego, siempre que esos componentes estén de por sí sujetos a autorización en el respectivo Estado Parte;
d) Por "fabricación ilícita" se entenderá la fabricación o el montaje de armas de fuego, sus piezas y componentes o municiones:
   i) A partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito;
   ii) Sin licencia o autorización de una autoridad competente del Estado Parte en que se realice la fabricación o el montaje; o
   iii) Sin marcar las armas de fuego en el momento de su fabricación, de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo;
   La concesión de licencia o autorización respecto de la fabricación de piezas y componentes se hará de conformidad con el derecho interno;
e) Por "tráfico ilícito" se entenderá la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones desde o a través del territorio de un Estado Parte al de otro Estado Parte si cualquiera de los Estados Parte interesados no lo autoriza conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo o si las armas de fuego no han sido marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del presente Protocolo;
f) Por "localización" se entenderá el rastreo sistemático de las armas de fuego y, de ser posible, de sus piezas y componentes y municiones, desde el fabricante al comprador, con el fin de ayudar a las autoridades competentes de los Estados Parte a detectar, investigar y analizar la fabricación y el tráfico ilícitos.

Art. 4. *Ámbito de aplicación*

1. A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.
2. El presente Protocolo no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas.

Art. 5. *Penalización*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente:
   a) La fabricación ilícita de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;
   b) El tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;
   c) La falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego requerida(s) de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas:
   a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo o la participación en él como cómplice; y
   b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesora- miento para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

Art. 6. *Decomiso, incautación y disposición*

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, los Estados Parte adoptarán, en la mayor medida posible de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos.
2. Los Estados Parte adoptarán, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para impedir que las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos caigan en manos de personas no autorizadas, en particular mediante la incautación y destrucción de esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a menos que se haya autorizado oficialmente otra forma de disposición, siempre y cuando se hayan marcado las armas de fuego y se hayan registrado los métodos para la disposición de esas armas de fuego y municiones.

II. PREVENCIÓN

Art. 7. *Registros*

Cada Estado Parte garantizará el mantenimiento, por un período no inferior a diez años, de la información relativa a las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, de la información relativa a sus piezas y componentes y municiones que sea necesaria para localizar e identificar las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos, así como para evitar y detectar esas actividades. Esa información incluirá:

a) Las marcas pertinentes requeridas de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo;
b) En los casos que entrañen transacciones internacionales con armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, las fechas de emisión y expiración de las licencias o autorizaciones correspondientes, el país de exportación, el país de importación, los países de tránsito, cuando proceda, y el receptor final, así como la descripción y la cantidad de los artículos.

Art. 8. *Marcación de las armas de fuego*

1. A los efectos de identificar y localizar cada arma de fuego, los Estados Parte:
   a) En el momento de la fabricación de cada arma de fuego exigirán que ésta sea marcada con una marca distintiva que indique el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie, o mantendrán cualquier otra marca distintiva y fácil de emplear que ostente símbolos geométricos sencillos, junto con un código numérico y/o alfanumérico, y que permita a todos los Estados Parte identificar sin dificultad el país de fabricación;
   b) Exigirán que se aplique a toda arma de fuego importada una marca sencilla y apropiada que permita identificar el país de importación y, de ser posible, el año de ésta, y permita asimismo a las autoridades competentes de ese país localizar el arma de fuego, así como una marca distintiva, si el arma de fuego no la lleva. Los requisitos del presente apartado no tendrán que aplicarse a la importación temporal de armas de fuego con fines lícitos verificables;
   c) Velarán por que, en el momento en que se transfiera un arma de fuego de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente, se aplique a dicha arma la marca distintiva apropiada que permita a todos los Estados Parte identificar el país que realiza la transferencia.
2. Los Estados Parte alentarán a la industria de fabricación de armas de fuego a formular medidas contra la supresión o la alteración de las marcas.

Art. 9. *Desactivación de las armas de fuego*

Todo Estado Parte que, de conformidad con su derecho interno, no reconozca como arma de fuego un arma desactivada adoptará las medidas que sean necesarias, incluida la tipificación de delitos específicos, si procede, a fin de prevenir la reactivación ilícita de las armas de fuego desactivadas, en consonancia con los siguientes principios generales de desactivación:

a) Todas las piezas esenciales de un arma de fuego desactivada se tornarán permanentemente inservibles y no susceptibles de ser retiradas, sustituidas o modificadas de cualquier forma que pueda permitir su reactivación;
b) Se adoptarán disposiciones para que una autoridad competente verifique, cuando proceda, las medidas de desactivación a fin de garantizar que las modificaciones aportadas al arma de fuego la inutilizan permanentemente;
c) La verificación por una autoridad competente comprenderá la expedición de un certificado o la anotación en un registro en que se haga constar la desactivación del arma de fuego o la inclusión de una marca a esos efectos claramente visible en el arma de fuego.

Art. 10. ***Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito***

1. Cada Estado Parte establecerá o mantendrá un sistema eficaz de licencias o autorizaciones de exportación e importación, así como de medidas aplicables al tránsito internacional, para la transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.
2. Antes de emitir licencias o autorizaciones de exportación para la expedición de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cada Estado Parte se asegurará de que:
   a) Los Estados importadores hayan emitido las correspondientes licencias o autorizaciones; y
   b) Los Estados de tránsito hayan al menos comunicado por escrito, con anterioridad a la expedición, que no se oponen al tránsito, sin perjuicio de los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales destinados a favorecer a los Estados sin litoral.
3. La licencia o autorización de exportación e importación y la documentación que la acompañe contendrán conjuntamente información que, como mínimo, comprenda el lugar y la fecha de emisión, la fecha de expiración, el país de exportación, el país de importación, el destinatario final, una descripción y la cantidad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y, cuando haya tránsito, los países de tránsito. La información contenida en la licencia de importación deberá facilitarse a los Estados de tránsito con antelación.
4. El Estado Parte importador notificará al Estado Parte exportador, previa solicitud, la recepción de las remesas de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que le hayan sido enviadas.
5. Cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades, las medidas necesarias para garantizar que los procedimientos de licencia o autorización sean seguros y que la autenticidad de los documentos de licencia o autorización pueda ser verificada o validada.
6. Los Estados Parte podrán adoptar procedimientos simplificados para la importación y exportación temporales y para el tránsito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones para fines lícitos verificables, tales como cacerías, prácticas de tiro deportivo, pruebas, exposiciones o reparaciones.

Art. 11. ***Medidas de seguridad y prevención***

A fin de detectar, prevenir y eliminar el robo, la pérdida o la desviación, así como la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para:

a) Exigir que se garantice la seguridad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones en el curso de su fabricación, de su importación y exportación y de su tránsito a través de su territorio; y
b) Aumentar la eficacia de los controles de importación, exportación y tránsito, incluidos, cuando proceda, los controles fronterizos, así como de la cooperación transfronteriza entre los servicios policiales y aduaneros.

Art. 12. ***Información***

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención, los Estados Parte intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídi-

cos y administrativos internos, información pertinente para cada caso específico sobre cuestiones como los fabricantes, agentes comerciales, importadores y exportadores y, de ser posible, transportistas autorizados de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención, los Estados Parte intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente sobre cuestiones como:
   a) Los grupos delictivos organizados efectiva o presuntamente involucrados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;
   b) Los medios de ocultación utilizados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, así como las formas de detectarlos;
   c) Los métodos y medios, los lugares de expedición y de destino y las rutas que habitualmente utilizan los grupos delictivos organizados que participan en el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones; y
   d) Experiencias de carácter legislativo, así como prácticas y medidas conexas, para prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.
3. Los Estados Parte se facilitarán o intercambiarán, según proceda, toda información científica y tecnológica pertinente que sea de utilidad para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a fin de reforzar mutuamente su capacidad de prevenir, detectar e investigar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y de enjuiciar a las personas involucradas en esas actividades ilícitas.
4. Los Estados Parte cooperarán en la localización de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que puedan haber sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos. Esa cooperación incluirá la respuesta rápida de los Estados Parte a toda solicitud de asistencia para localizar esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, dentro de los medios disponibles.
5. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico o a cualesquiera acuerdos internacionales, cada Estado Parte garantizará la confidencialidad y acatará las restricciones impuestas a la utilización de toda información que reciba de otro Estado Parte de conformidad con el presente artículo, incluida información de dominio privado sobre transacciones comerciales, cuando así lo solicite el Estado Parte que facilita la información. Si no es posible mantener la confidencialidad, antes de revelar la información se dará cuenta de ello al Estado Parte que la facilitó.

Art. 13. *Cooperación*

1. Los Estados Parte cooperarán en los planos bilateral, regional e internacional a fin de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 13 del artículo 18 de la Convención, cada Estado Parte designará un órgano nacional o un punto de contacto central encargado de mantener el enlace con los demás Estados Parte en toda cuestión relativa al presente Protocolo.
3. Los Estados Parte procurarán obtener el apoyo y la cooperación de los fabricantes, agentes comerciales, importadores, exportadores, corredores y transportistas comerciales de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a fin de prevenir y detectar las actividades ilícitas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

Art. 14. *Capacitación y asistencia técnica*

Los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, según proceda, a fin de que los Estados Parte que lo soliciten reciban la formación y asistencia técnica requeridas para reforzar su capacidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, incluida la asistencia técnica, financiera y material que proceda en las cuestiones enunciadas en los artículos 29 y 30 de la Convención.

Art. 15. *Corredores y corretaje*

1. Con miras a prevenir y combatir la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, los Estados Parte que aún no lo hayan hecho considerarán la posibilidad de establecer un sistema de reglamentación de las actividades de las personas dedicadas al corretaje. Ese sistema podría incluir una o varias de las siguientes medidas:
   a) Exigir la inscripción en un registro de los corredores que actúen en su territorio;
   b) Exigir una licencia o autorización para el ejercicio del corretaje; o
   c) Exigir que en las licencias o autorizaciones de importación y de exportación, o en la documentación adjunta a la mercancía, se consigne el nombre y la ubicación de los corredores que intervengan en la transacción.
2. Se alienta a los Estados Parte que hayan establecido un sistema de autorización de las operaciones de corretaje como el descrito en el párrafo 1 del presente artículo a que incluyan datos sobre los corredores y las operaciones de corretaje en sus intercambios de información efectuados con arreglo al artículo 12 del presente Protocolo y a que mantengan un registro de corredores y de las operaciones de corretaje conforme a lo previsto en el artículo 7 del presente Protocolo.

III. DISPOSICIONES FINALES

Art. 16. *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esas Partes podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o de la adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 17. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York desde el trigésimo día después de su aprobación por la Asamblea General hasta el 12 de diciembre de 2002.
2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.
4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración eco-

nómica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Art. 18. *Entrada en vigor*

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Art. 19. *Enmienda*

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.
3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.
4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Art. 20. *Denuncia*

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Art. 21. *Depositario e idiomas*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.
2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES Y DOCUMENTOS RELACIONADOS

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997

PREÁMBULO

LAS PARTES,

Considerando que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;

Considerando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales;

Teniendo en cuenta la Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C (97) 123/FINAL, que, *inter alia,* exigió medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales; en especial, la pronta tipificación como delito de ese cohecho de manera eficaz y coordinada y de conformidad con los elementos comunes acordados expuestos en dicha Recomendación y con los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos de cada país.

Congratulándose de otras actividades recientes que promueven aún más la comprensión y la cooperación internacionales para combatir el cohecho de servidores públicos, incluidas las actuaciones de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Europea;

Congratulándose de los esfuerzos de empresas, organizaciones comerciales, sindicatos mercantiles, así como los de otras organizaciones no gubernamentales para combatir el cohecho;

Reconociendo el papel de los gobiernos para prevenir la instigación al soborno por parte de personas y empresas en las transacciones comerciales internacionales;

Reconociendo que para lograr progreso en este campo no sólo se requieren esfuerzos a nivel nacional sino también la cooperación multilateral, la supervisión y el seguimiento;

Reconociendo que lograr la equivalencia entre las medidas que deben tomar las Partes es un objetivo y propósito fundamental de la Convención, lo cual requiere que la Convención sea ratificada sin derogaciones que afecten esta equivalencia;

HAN CONVENIDO LO SIGUIENTE:

Art. 1. ***El Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros***

1. Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

2. Cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. La tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público extranjero constituirán delitos penales en el mismo grado en que lo sean la tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público de esa Parte.
3. Los delitos expuestos en los párrafos 1 y 2 anteriores en lo sucesivo se denominarán "cohecho de un servidor público extranjero".
4. Para los efectos de esta Convención:
   (a) "servidor público extranjero" significa cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional;
   (b) "país extranjero" incluye todos los niveles y subdivisiones de gobierno, desde el nacional al local;
   (c) "actuar o abstenerse de actuar en relación con el cumplimiento de deberes oficiales" incluye cualquier uso del puesto del servidor público, sea o no de la competencia autorizada del servidor.

Art. 2. *Responsabilidad de las personas morales*

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

Art. 3. *Sanciones*

1. El cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias. La escala de las sanciones será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición.
2. En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.
3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de éste de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso; o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable.
4. Cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero.

Art. 4. *Jurisdicción*

1. Cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o en parte de su territorio.
2. Cada Parte que tenga jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción para hacerlo con respecto al cohecho de un servidor público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.
3. Cuando varias Partes tengan jurisdicción sobre un presunto delito descrito en esta Convención, las Partes implicadas, a solicitud de una de ellas, deberán realizarán consultas para determinar la jurisdicción más adecuada para el proceso judicial.
4. Cada Parte deberá revisar si su criterio jurisdiccional actual es eficaz en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros, y de no serlo tomará medidas correctivas.

Art. 5. *Aplicación de la ley*

La investigación y el enjuiciamiento del cohecho de un servidor público extranjero deberán sujetarse a los principios y las normas aplicables de cada Parte. En éstos no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado ni la identidad de las personas físicas o morales implicadas.

Art. 6. *Prescripción*

Cualquier ley de prescripción aplicable al delito de cohecho de un servidor público extranjero deberá permitir un plazo adecuado para la investigación y el enjuiciamiento de ese delito.

Art. 7. *Lavado de dinero*

Cada parte que haya dictaminado como delito predicado el cohecho de sus propios servidores públicos para efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde éste haya ocurrido.

Art. 8. *Contabilidad*

1. Para combatir de manera eficaz el cohecho de servidores públicos extranjeros, cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos, respecto a mantener libros y registros contables, divulgar estados financieros y usar normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros contables, llevar una doble contabilidad o transacciones identificadas de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito.
2. Cada Parte estipulará sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para tales omisiones y falsificaciones con respecto a los libros contables, registros, cuentas y estados financieros de dichas empresas.

Art. 9. *Ayuda Jurídica Recíproca*

1. En el grado máximo posible que permitan sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte para efectos de investigaciones y procedimientos penales iniciados por una Parte con respecto a delitos dentro del ámbito de esta Convención; y para actos no penales dentro del ámbito de esta Convención iniciados por una Parte contra una persona moral. La Parte requerida deberá informar sin demora a la Parte requirente sobre cualquier información o documentos adicionales necesarios para respaldar la petición de ayuda y, cuando así lo solicite, sobre la situación y resultado de la petición de ayuda.
2. Cuando una Parte condicione la ayuda jurídica recíproca a la existencia de la doble penalización; deberá considerarse que ésta existe si el delito por el cual se pide la ayuda está dentro del ámbito de esta Convención.
3. Una Parte no deberá declinar el prestar ayuda jurídica recíproca para asuntos penales dentro del ámbito de esta Convención aduciendo el secreto bancario.

Art. 10. *Extradición*

1. El cohecho de un servidor público extranjero deberá considerarse incluido como un delito que dará lugar a la extradición conforme a las leyes de las Partes y a los tratados de extradición entre ellas.
2. Si una Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado de extradición recibe una petición de extradición de otra Parte con la que no tenga tratado de extradición, podrá considerar esta Convención como el fundamento legal para la extradición con respecto al delito de cohecho de un servidor público extranjero.
3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que puede extraditar a sus nacionales o que puede procesar a sus nacionales por el delito de cohecho de un servidor público extranjero. Una Parte que decline una solicitud

para extraditar a una persona por el cohecho de un servidor público extranjero exclusivamente porque esa persona sea su nacional, deberá someter el caso a sus autoridades competentes para efectos de proceso judicial.

4. La extradición por cohecho de un servidor público extranjero está sujeta a las condiciones establecidas en el derecho nacional y en los tratados y acuerdos aplicables de cada Parte. Cuando una Parte condicione la extradición a la existencia de la doble penalización del delito, esa condición deberá considerarse cumplida si el delito por el cual se pide la extradición está dentro del ámbito del Artículo 1 de esta Convención.

Art. 11. *Autoridades Responsables*

Para los fines del párrafo 3 del Artículo 4, sobre consultas; del Artículo 9, sobre asistencia jurídica recíproca y del Artículo 10, sobre extradición; cada Parte deberá notificar al Secretario General de la OCDE quién es o quiénes son las autoridades responsables de la preparación y recepción de solicitudes, que servirán como vía de comunicación para dichos asuntos de esa Parte, sin perjuicio de otros acuerdos entre las Partes.

Art. 12. *Monitoreo y Seguimiento*

Las Partes deberán cooperar para llevar a cabo un programa de seguimiento sistemático para monitorear y promover la plena aplicación de la presente Convención. Salvo decisión en contrario tomada por consenso de las Partes, esto deberá realizarse en el marco del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales y de acuerdo con su mandato; o dentro del marco y de las atribuciones de cualquier órgano que lo suceda en esas funciones; y las Partes deberán costear los gastos del programa de acuerdo con las normas aplicables a ese órgano.

Art. 13. *Firma y Adhesión*

1. Hasta su entrada en vigor, esta Convención deberá estar abierta para la firma de los miembros y no miembros de la OCDE que hayan sido invitados a ser participantes de pleno derecho en su Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales.
2. Con posterioridad a su entrada en vigor, esta Convención deberá estar abierta a la adhesión de todo no signatario que sea miembro de la OCDE o que haya llegado a ser participante de pleno derecho en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales o de cualquier órgano que lo suceda en sus funciones. Para cada uno de dichos no signatarios, la Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.

Art. 14. *Ratificación y Depositario*

1. Esta Convención está sujeta a la aceptación, aprobación o ratificación por parte de los signatarios, de conformidad con sus leyes respectivas.
2. Los instrumentos de aceptación, aprobación, ratificación o adhesión serán depositados con el Secretario General de la OCDE, quien fungirá como depositario de esta Convención.

Art. 15. *Entrada en Vigor*

1. Esta Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después de la fecha en que cinco de los diez países que tengan las cuotas de exportación más grandes, según lo expuesto en el documento DAFFE/IME/BR(97)18/FINAL (anexo), y que representen por sí mismas al menos el sesenta por ciento de las exportaciones totales combinadas de esos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Para cada signatario que deposite su instrumento después de dicha entrada en vigor, la Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después del depósito de su instrumento.
2. Si después del 31 de diciembre de 1998 la Convención no ha entrado en vigor conforme al párrafo 1 antes citado, cualquier signatario que haya depositado su instrumento de aceptación, aprobación o ratificación podrá declarar por escri-

to al Depositario su buena disposición para aceptar la entrada en vigor de esta Convención, conforme a este párrafo 2. La Convención deberá entrar en vigor para dicho signatario en el sexagésimo día después de la fecha en que dicha declaración escrita haya sido depositada cuando menos por dos signatarios. Para cada signatario que deposite su declaración después de dicha entrada en vigor, la Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después de la fecha del depósito.

Art. 16. *Reformas*

Cualquier Parte puede proponer la reforma de esta Convención. Las propuestas de reforma deberán presentarse al Depositario, quien deberá comunicarlas a las demás Partes al menos sesenta días antes de convocar a una reunión de las Partes para estudiar la reforma propuesta. Una reforma aprobada por consenso de las Partes, o por otros medios que las Partes puedan determinar por consenso, deberá entrar en vigor sesenta días después del depósito de un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de todas las Partes, o en otras circunstancias que las Partes puedan especificar al momento de la aprobación de la reforma.

Art. 17. *Retirada*

Una Parte puede retirarse de esta Convención al presentar una notificación escrita al Depositario. La retirada surtirá efecto un año después de la fecha de recepción de la notificación. Después de la retirada, la cooperación entre las Partes y la Parte que se haya retirado deberá continuar en cuanto a todas las peticiones de ayuda o de extradición que sigan pendientes y que se hayan hecho antes de la fecha en que entrara en vigor dicha retirada.

ANEXO
ESTADÍSTICAS SOBRE EXPORTACIONES DE LA OCDE

	1990-1996 US $ millones	1990-1996 % de la OCDE total	1990-1996 % de las 10 más grandes
Estados Unidos	287 118	15.9%	19.7%
Alemania	254 746	14.1%	17.5%
Japón	212 665	11.8%	14.6%
Francia	138 471	7.7%	9.5%
Reino Unido	121 258	6.7%	8.3%
Italia	112 449	6.2%	7.7%
Canadá	91 215	5.1%	6.3%
Corea[1]	81 364	4.5%	5.6%
Países Bajos	81 264	4.5%	5.6%
Bélgica - Luxemburgo[*]	78 598	4.4%	5.4%
Total 10 más grandes	**1 459 148**	**81.0%**	**100%**
España	42 469	2.4%	
Suiza	40 395	2.2%	
Suecia	36 710	2.0%	
México [1]	34 233	1.9%	
Australia	27 194	1.5%	
Dinamarca	24 145	1.3%	
Austria*	22 432	1.2%	
Noruega	21 666	1.2%	
Irlanda	19 217	1.1%	
Finlandia	17 296	1.0%	
Polonia[1]**	12 652	0.7%	

Portugal	10 801	0.6%	
Turquía *	8 027	0.4%	
Hungría **	6 795	0.4%	
Nueva Zelanda	6 663	0.4%	
República Checa ***	6 263	0.3%	
Grecia *	4 606	0.3%	
Islandia	949	0.1%	
OCDE total	**1 801 661**	**100%**	

Notas: * 1990-1995; ** 1991-1996; *** 1993-1996;
Fuente: OCDE, (1) FMI

(*) *Respecto a Bélgica — Luxemburgo: las estadísticas comerciales de Bélgica y Luxemburgo sólo están disponibles en forma combinada para ambos países. Para efectos del párrafo 1 del Artículo 15 de la Convención, si Bélgica o Luxemburgo deposita su instrumento de aceptación, aprobación o ratificación o si ambos países depositan sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación, se considerará que uno de los países que tenga las diez cuotas de exportación más grandes ha depositado su instrumento y que las exportaciones conjuntas de ambos países serán contadas para el 60 por ciento de las exportaciones totales combinadas de esos diez países, que se requiere para la entrada en vigor, conforme a esta disposición.*

COMENTARIOS SOBRE LA CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997

GENERAL:

1. Esta Convención aborda un tema que en la jurisprudencia de algunos países se denomina "corrupción activa" o "cohecho activo"; eso significa que el delito es cometido por la persona que promete o da el soborno; a diferencia del "cohecho pasivo", en que el delito es cometido por el servidor que recibe el soborno. La Convención no utiliza el término "cohecho activo" simplemente para evitar que sea mal interpretado por el lector inexperto en temas técnicos; ya que implicaría que quien comete el cohecho toma la iniciativa y que quien lo recibe es una víctima pasiva. De hecho, en varias situaciones, quien recibe el cohecho habrá inducido o presionado a quien lo comete y, en ese sentido, habrá sido el más activo.
2. Esta Convención busca garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de una Parte.

Art. 1. *El delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*

Ref. Párrafo 1:

3. El artículo 1 establece una norma que debe ser cumplida por las Partes, pero no les exige que utilicen sus términos precisos para que definan el delito conforme a sus leyes nacionales. Una Parte puede usar varios métodos para cumplir con sus obligaciones, siempre y cuando la condena de una persona por el delito no exija probar más elementos que los que se exigiría probar si el delito se definiera como aparece en este párrafo. Por ejemplo, una ley que prohíba el cohecho de representantes en general que no consigne de manera específica el cohecho de un servidor público extranjero, y una ley específicamente limitada a este caso; ambas podrían cumplir con lo estipulado en este artículo. De manera similar, una ley que definiera el delito en términos de pagos "para inducir el incumplimiento del deber de un servidor" podría cumplir la norma siempre que se entendiera que todo servidor público tuviera el deber de ejercer su juicio o criterio de manera imparcial y ésta fuera una definición "autónoma" que no requiera comprobación de la ley del país de un servidor en particular.
4. Es un delito dentro del significado del párrafo 1 sobornar para obtener o quedarse con negocios o con otras ventajas indebidas, ya sea que la compañía interesada fuera o no el licitante mejor calificado; o de lo contrario, una compañía a la que se le hubiera adjudicado debidamente el negocio.
5. "Otra ventaja indebida" se refiere a algo a lo cual la compañía interesada claramente no tendría derecho; por ejemplo, un permiso de operación para una fábrica que no cumple con los requisitos de ley.
6. El comportamiento descrito en el párrafo 1 es un delito, ya sea que la oferta o promesa se haga o que la ventaja pecuniaria o de otra índole se conceda para beneficio propio de esa persona o para beneficio de cualquier otra persona física o persona moral.
7. También es un delito independientemente de, inter alia, el valor de la ventaja, sus resultados, las ideas de la costumbre local, la tolerancia de esos pagos por parte

de las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida.

8. Sin embargo, no es un delito si la ventaja fuera permitida o requerida por un reglamento o ley escrita del país del servidor público extranjero, incluido el derecho jurisprudencial.
9. Los "pagos de facilitación" no constituyen pagos hechos para "obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida" dentro del significado del párrafo 1 y, por consiguiente, tampoco son un delito. Esos pagos que en algunos países se hacen para inducir a los servidores públicos a cumplir con sus funciones, como expedir licencias o permisos, en general son ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deben atacar este fenómeno corrosivo mediante otros recursos, como el apoyo a los programas de buena gobernanza. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de otros países no parece una medida complementaria práctica ni eficaz.
10. Conforme al régimen jurídico de algunos países, una ventaja prometida o concedida a cualquier persona, antes de que ésta se convierta en servidor público extranjero, queda incluida en el ámbito de los delitos descritos en el Artículo 1, párrafo 1 o 2. Conforme al régimen jurídico de muchos países, esto se considera técnicamente distinto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Sin embargo, existen la preocupación e intención generalizadas de atacar este fenómeno mediante trabajo adicional.

Ref. Párrafo 2:

11. Los delitos expuestos en el párrafo 2 se entienden en cuanto a su contenido normal en los regímenes jurídicos nacionales. Por consiguiente, si la autorización, incitación o alguno de los demás actos indicados, que no den por resultados tomar medidas más a fondo, no es castigable en sí mismo conforme al régimen jurídico de una Parte; entonces, tampoco se le exigirá a la Parte que lo haga sancionable con respecto al cohecho de un servidor público extranjero.

Ref. Párrafo 4:

12. "Función pública" incluye cualquier actividad de interés público, delegada por un país extranjero; por ejemplo, el cumplimiento de una tarea delegada por éste en relación con adquisiciones públicas.
13. "dependencia pública" es un órgano constituido conforme al derecho público para llevar a cabo tareas específicas de interés público.
14. Una "empresa pública" es cualquier empresa, independientemente de su figura legal, sobre la cual un gobierno o gobiernos puedan directa o indirectamente ejercer una influencia dominante. Éste se considera debe ser el caso, *inter alia,* cuando el gobierno, o gobiernos, es el tenedor de la mayor parte del capital suscrito de la empresa, controla la mayoría de los votos suscritos a las acciones emitidas por la empresa, o puede nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de supervisión, del órgano administrativo o directivo de la empresa.
15. Deberá considerarse que un servidor de una empresa pública cumple una función pública a menos que la empresa opere en forma comercial normal en el mercado del sector; es decir, de una manera sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin subsidios preferenciales ni otros privilegios.
16. En circunstancias especiales, la autoridad pública de hecho puede ser presidida por personas (por ejemplo, los funcionarios de un partido político en estados monopartidistas) que oficialmente no han sido designadas como servidores públicos. Esas personas, mediante el cumplimiento de facto de su función pública, pueden considerarse como servidores públicos extranjeros, conforme a los principios jurídicos de algunos países.
17. "Organismo público internacional" incluye a cualquier organismo internacional constituido por estados, gobiernos y por otros organismos públicos internacionales; cualquiera que sea el tipo de organización y el ámbito de competencia; incluido, por ejemplo, un organismo de integración económica regional como las Comunidades Europeas.

18. "País extranjero" no se limita a los estados, sino que incluye cualquier entidad o área extranjera constituida desde el punto de vista legal, por ejemplo un territorio autónomo o una zona franca independiente.
19. Un caso de cohecho que ha sido contemplado conforme a la definición del párrafo 4, es cuando el ejecutivo de una compañía da un soborno a un funcionario de alto rango de un gobierno, para que este funcionario use su cargo —aunque sea actuando fuera de su competencia— para hacer que otro funcionario adjudique un contrato a esa compañía.

Art. 2. *Responsabilidad de las personas morales*

20. En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales; no deberá requerírsele a esa Parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal.

Art. 3. *Sanciones*

Ref. Párrafo 3:

21. El "producto" del cohecho se refiere a las ganancias o a otros beneficios que el autor del cohecho obtiene de la transacción o de otra ventaja indebida que se hubiera obtenido o conservado mediante el cohecho.
22. El término "decomiso" incluye la confiscación cuando proceda; y significa la privación permanente de bienes por orden de un tribunal o de otra autoridad competente. Este párrafo es sin perjuicio de los derechos de las víctimas.
23. El párrafo 3 no descarta fijar límites adecuados a las sanciones monetarias. Ref. Párrafo 4:
24. Entre las sanciones administrativas o civiles, aparte de las multas no penales, que podrían imponerse a las personas morales por el acto de cohecho de un servidor público extranjero figuran: la exclusión del derecho a recibir ayuda o beneficios públicos; la descalificación temporal o permanente para participar en adquisiciones públicas o para ejercer otras actividades comerciales; la colocación bajo supervisión judicial; y una orden judicial de liquidación.

Art. 4. *Jurisdicción*

Ref. Párrafo 1:

25. El fundamento territorial para la jurisdicción deberá interpretarse ampliamente de manera que no se requiera una conexión física extensa con el acto de cohecho.

Ref. Párrafo 2:

26. La jurisdicción de nacionalidad debe acreditarse de acuerdo con las condiciones y principios generales del régimen jurídico de cada Parte. Estos principios abordan temas como el de la doble penalización. Sin embargo, debe considerarse que se cumple con el requisito de doble penalización si el hecho es ilegal en el lugar donde ocurrió; incluso si es conforme a una ley penal diferente. Para los países en los que aplique la jurisdicción de nacionalidad sólo para determinados tipos de delitos, la alusión a "principios" incluye los principios conforme a los cuales se base esa selección.

Art. 5. *Aplicación*

27. El Artículo 5 reconoce la naturaleza fundamental de los regímenes nacionales de discrecionalidad para procesar. También reconoce que para proteger la independencia del proceso judicial, esa discrecionalidad debe ejercerse con base en motivos profesionales y no estar sujeta a la influencia inadecuada de preocupaciones de naturaleza política. El Artículo 5 se complementa con el párrafo 6 del Anexo a la Recomendación Corregida de la OCDE DE 1997 para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, C(97)123/FINAL (en lo sucesivo denominada "Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997") que recomienda, *inter alia,* que las quejas de cohecho de servidores públicos extranjeros deben ser investigadas seriamente por las autoridades competentes; y que los gobiernos nacionales deben proporcionar los recursos adecuados para permitir el proceso judicial eficaz de ese cohecho. Las Partes aceptarán esta recomendación, incluidas sus medidas de seguimiento y monitoreo.

Art. 7. *Lavado de dinero*

28. En el Artículo 7, el "cohecho de sus propios servidores públicos" está pensado en sentido amplio; de manera que el cohecho de un servidor público extranjero se convierta en delito predicado para la legislación sobre el lavado de dinero en los mismos términos, cuando una Parte haya convertido el cohecho activo o el pasivo de sus propios servidores públicos en un delito de ese tipo. Cuando una Parte haya convertido únicamente al cohecho pasivo de sus propios servidores públicos en un delito predicado para efectos del lavado de dinero; este artículo exige que el lavado del pago del soborno se sujete a la legislación sobre el lavado de dinero.

Art. 8. *Contabilidad*

29. El Artículo 8 se relaciona con la sección V de la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997, que todas las Partes habrán aceptado y que se sujeta al seguimiento del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales. Este párrafo contiene un conjunto de recomendaciones respecto a los requisitos contables, la auditoría externa independiente y los controles internos de la compañía; cuya aplicación será importante para la eficacia general de la lucha contra el cohecho en los negocios internacionales. Sin embargo, una consecuencia inmediata de la aplicación de esta Convención por las Partes será que las empresas a las que se exige publicar sus estados financieros dando a conocer sus pasivos contingentes materiales necesitarán tomar en cuenta las posibles deudas completas conforme a esta Convención, en especial sus Artículos 3 y 8, así como otras pérdidas que podrían derivarse de la condena por cohecho de la compañía o de sus representantes. Esto también tiene implicaciones para el cumplimiento de las responsabilidades profesionales de los auditores en lo que respecta a indicios de cohecho de servidores públicos extranjeros. Además, los delitos contables a los que se hace referencia en el Artículo 8 en general ocurren en el país de origen de la compañía, cuando el delito de cohecho en sí mismo puede haberse perpetrado en otro país; y esto puede cubrir lagunas en el alcance eficaz de esta Convención.

Art. 9. *Ayuda Jurídica Recíproca*

30. Las Partes también habrán aceptado, mediante el párrafo 8 de los Elementos Comunes Acordados anexos a la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997, examinar y acometer medios para aumentar la eficiencia de la ayuda jurídica recíproca.

Ref. Párrafo 1:

31. Dentro de lo contemplado en el párrafo 1 del Artículo 9, mediante solicitud, las Partes deben facilitar o promover la presencia o disponibilidad de personas, incluida la de personas en custodia, que accedan a ayudar en las investigaciones o participar en las diligencias. Las Partes deben tomar medidas, en los casos en que proceda, para poder trasladar temporalmente a dicha persona en custodia a la Parte que lo solicite y acreditar el tiempo en custodia en la Parte solicitante a la sentencia de la persona trasladada en la Parte requerida. Las Partes que deseen usar este mecanismo también deben tomar medidas, como Parte solicitante, para mantener a la persona trasladada en custodia y devolverla sin necesidad de trámites de extradición.

Ref. Párrafo 2:

32. El párrafo 2 aborda el tema de la coincidencia de las normas en el concepto de penalización doble. Las Partes con leyes tan disímiles como una ley que prohíba el cohecho de representantes en general y una ley dirigida específicamente al cohecho de servidores públicos extranjeros deben poder cooperar plenamente con respecto a los casos cuyos hechos queden comprendidos en el ámbito de los delitos descritos en la presente Convención.

Art. 10. *Extradición*

Ref. Párrafo 2:

33. Una Parte puede considerar la presente Convención como el fundamento legal para la extradición si —para una o varias categorías de casos comprendidos en

esta Convención— ésta requiere un tratado de extradición. Por ejemplo, un país puede considerarla como fundamento para la extradición de sus nacionales si ésta requiere un tratado de extradición para esa categoría, pero no lo exige para la extradición de no nacionales.

Art. 12. *Monitoreo y Seguimiento*

34. Las atribuciones actuales del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho que tienen relación con el monitoreo y el seguimiento se exponen en la Sección VIII de la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997. Éstas estipulan:
    i) la recepción de notificaciones y de otra información presentada a éste por los países [participantes].
    ii) revisiones constantes de las medidas tomadas por los países [participantes] para aplicar la Recomendación del Consejo y hacer propuestas, cuando proceda, para ayudar a los países [participantes] en su aplicación; estas revisiones se basarán en los siguientes sistemas complementarios:
        - un sistema de autoevaluación, en el que las respuestas dadas por los países [participantes], con base en un cuestionario, proporcionarán el fundamento para evaluar la aplicación de la Recomendación del Consejo;
        - un sistema de evaluación mutua, en el cual el Grupo de Trabajo sobre Cohecho examinará por turno a cada país [participante], con base en un informe que proporcionará una valoración objetiva del progreso del país [participante] al aplicar la Recomendación del Consejo.
    iii) el examen de problemas específicos que se relacionen con el cohecho en las transacciones comerciales internacionales;
    v) el suministro al público de información constante sobre su trabajo y actividades; y sobre la aplicación de la Recomendación.
35. Para los miembros de la OCDE, los costos del monitoreo y el seguimiento se manejarán mediante el proceso presupuestario normal de la OCDE. Para los que no sean miembros de la OCDE, las normas vigentes crean un sistema equivalente de participación en los costos, que se describe en la Resolución del Consejo respecto a Cuotas para Países Observadores Regulares y para Participantes de Pleno Derecho no Miembros de los Órganos Subsidiarios de la OCDE, C(96)223/FINAL.
36. El seguimiento de cualquier aspecto de la Convención que tampoco sea seguimiento de la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997 o cualquier otro instrumento aceptado por todos los participantes en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE será realizado por las Partes de la Convención y, según sea conducente, los participantes que sean parte de otro instrumento correspondiente.

Art. 13. *Firma y Adhesión*

37. La Convención estará abierta a no miembros que se conviertan en participantes de pleno derecho en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE en las Transacciones Comerciales Internacionales. La participación de pleno derecho de no miembros en este Grupo de Trabajo se promueve y organiza de acuerdo con procedimientos sencillos. Por consiguiente, el requisito de participación de pleno derecho en el Grupo de Trabajo, que se deduce de la relación de la Convención con otros aspectos de la lucha contra el cohecho en los negocios internacionales, no debe verse como un obstáculo por parte de los países que desean participar en esa lucha. El Consejo de la OCDE ha hecho un llamado a no miembros para que se adhieran a la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997 y participen en cualquier mecanismo institucional de seguimiento o de aplicación; es decir, en el Grupo de Trabajo. Los procedimientos vigentes respecto a la participación de pleno derecho de no miembros en el Grupo de Trabajo pueden hallarse en la Resolución del Consejo respecto a la Participación de Economías No Miembros en el Trabajo de Órganos Subsidiarios de la Organización, C(96)64/REV1/FINAL. Además de aceptar la Recomendación Corregida del Consejo para Combatir el Cohecho, un participante de pleno derecho también acepta la Recomendación sobre la Deducibilidad Fiscal de Cohechos de Servidores Públicos Extranjeros aprobada el 11 de abril de 1996, C(96)27/FINAL.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO PARA FORTALECER LA LUCHA CONTRA EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009

EL CONSEJO,

Teniendo en cuenta los Artículos 3, 5a) y 5b) de la Convención sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos del 14 de diciembre de 1960;

Teniendo en cuenta la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales del 21 de noviembre de 1997 (en lo sucesivo denominada "la Convención Anticohecho de la OCDE);

Teniendo en cuenta la Recomendación Corregida del Consejo para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales del 23 de mayo de 1997 [C(97)123/FINAL] (en lo sucesivo denominada "la Recomendación Corregida de 1997") a la cual sucede la presente Recomendación;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 25 de mayo de 2009 [C(2009)64], la Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos para la Exportación Apoyados Oficialmente del 14 de diciembre de 2006 [C(2006)163], la Recomendación del Comité de Ayuda Oficial para el Desarrollo sobre Propuestas Anticorrupción para Adquisiciones con Ayuda Bilateral del 7 de mayo de 1996 [DCD/DAC(96) 11/FINAL], y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales del 27 de junio de 2000 [C(2000)96/REV1];

Considerando el avance logrado en la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de la Recomendación Corregida de 1997 y reafirmando la continua importancia de la Convención Anticohecho de la OCDE y de los Comentarios a la Convención;

Considerando que el cohecho de servidores públicos extranjeros es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico sustentable y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;

Considerando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales;

Reiterando la importancia de la aplicación integral y enérgica de la Convención Anticohecho de la OCDE, en especial con respecto a su observancia, como se reafirmara en la Declaración sobre un Compromiso Compartido para Luchar contra el Cohecho Internacional, aprobada por los Ministros de las Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE el 21 de noviembre de 2007, la Declaración de Principios sobre el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho el 19 de junio de 2009, y las Conclusiones aprobadas por la Reunión del Consejo de la OCDE a Nivel Ministerial del 25 de junio de 2009 [C/MIN(2009)5/FINAL];

Reconociendo que la Convención Anticohecho de la OCDE y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) se complementan y apoyan mutuamente, y que la ratificación y aplicación de la CNUCC apoya un método integral para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales;

Congratulándose de otras actividades que promueven más a fondo la comprensión y la cooperación internacionales para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, incluidas las medidas del Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos;

Congratulándose de los esfuerzos de empresas, organizaciones comerciales, sindicatos mercantiles así como de otras organizaciones no gubernamentales para combatir el cohecho;

Reconociendo que para alcanzar el progreso en este campo no sólo se requieren esfuerzos a nivel nacional sino también la cooperación multilateral, así como un monitoreo y seguimiento rigurosos y sistemáticos.

GENERAL:

I. **HACE NOTAR** que la presente Recomendación para Fortalecer la lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales deberá aplicarse a los países miembros de la OCDE y a los demás países que sean parte de la Convención Anticohecho de la OCDE (en lo sucesivo denominados "países miembros").

II. **RECOMIENDA** que los Países Miembros sigan tomando medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el cohecho de los servidores públicos extranjeros relacionado con las transacciones comerciales internacionales.

III. **RECOMIENDA** que cada País Miembro tome medidas específicas y coherentes con arreglo a sus principios jurisdiccionales y a otros principios jurídicos básicos para examinar las siguientes áreas o para hacerlo más a fondo:

i. iniciativas para crear conciencia en el público y en el sector privado para prevenir y descubrir el cohecho internacional;
ii. las leyes penales y su aplicación, de acuerdo con la Convención Anticohecho de la OCDE, así como con las secciones IV, V, VI y VII, y la Guía de Buenas Prácticas como se plantea en el Anexo 1 de esta Recomendación;
iii. la legislación fiscal, los reglamentos y la práctica, para eliminar cualquier apoyo indirecto al cohecho internacional, conforme a la Recomendación del Consejo de 2009 sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, y la Sección VIII de esta Recomendación;
iv. las disposiciones y las medidas para asegurar la denuncia del cohecho internacional, de acuerdo con la Sección IX de esta Recomendación.
v. la contabilidad del negocio y de la compañía, auditoría externa, así como control interno, ética y cumplimiento de requisitos y prácticas, de acuerdo con la Sección X de esta Recomendación;
vi. las leyes y los reglamentos sobre bancos y otras instituciones financieras para garantizar que se mantengan los registros adecuados y que estén disponibles para inspección e investigación;
vii. los subsidios públicos, las licencias, los contratos de adquisiciones públicas, los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, los créditos para la exportación apoyados oficialmente o las ventajas públicas de otro tipo; de manera que esas ventajas puedan rechazarse como una sanción por cohecho en los casos pertinentes, y de acuerdo con las secciones XI y XII de esta Recomendación;
viii. las leyes y los reglamentos civiles, comerciales y administrativos para combatir el cohecho internacional;
ix. la cooperación internacional en las investigaciones y en otros procedimientos jurídicos, de acuerdo con la Sección XIII de esta Recomendación.

PENALIZACIÓN DEL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS

IV. **RECOMIENDA,** para garantizar la aplicación integral y enérgica de la Convención Anticohecho de la OCDE, que los países miembros tomen plenamente en cuenta la Guía de Buenas Prácticas expuesta en el Anexo I del presente, que es una parte esencial de esta Recomendación.

V. **RECOMIENDA** que los países miembros emprendan la revisión periódica de sus leyes para aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE y de su táctica para hacerla efectiva a fin de combatir con eficacia el cohecho internacional de los servidores públicos extranjeros.

VI. **RECOMIENDA,** en vista del efecto corrosivo de pagos de facilitación, en especial sobre el desarrollo económico sustentable y sobre el estado de derecho, que los países miembros:

i. deben emprender la revisión periódica de sus políticas y enfoque sobre los pagos de facilitación para combatir eficazmente el fenómeno del cohecho;
ii. deben alentar a las empresas para que prohíban o se opongan al uso de pagos de facilitación en los controles internos de la compañía, las medidas o programas de ética y cumplimiento; al reconocer que los pagos de ese tipo en general son ilegales en los países donde se hacen, y en todos los casos deben justificarse con precisión en los registros financieros y en los libros contables de esas empresas.

VII. **EXHORTA** a todos los países para crear conciencia entre sus servidores públicos con respecto a sus leyes internas sobre tentativas de corrupción y cohecho con el propósito de detener esas tentativas de corrupción y la aceptación de pagos de facilitación.

DEDUCIBILIDAD FISCAL

VIII. **EXHORTA** a los países miembros para:

i. que apliquen plenamente y con prontitud la Recomendación del Consejo de 2009 sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, que recomienda en especial "que los países miembros y otras Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE rechacen de manera explícita la deducibilidad fiscal de los cohechos a servidores públicos extranjeros, para todos los fines fiscales en forma eficaz" y que " de acuerdo con sus regímenes jurídicos instituyan un marco administrativo y jurídico eficiente y proporcionen asesoría para facilitar que las autoridades fiscales denuncien sospechas de cohecho internacional surgidas a raíz del cumplimiento de sus deberes, a las autoridades competentes nacionales adecuadas".
ii. que apoyen el monitoreo efectuado por el Comité de Asuntos Fiscales según lo estipulado en la Recomendación del Consejo de 2009 sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

DENUNCIA DE COHECHO INTERNACIONAL

IX. **RECOMIENDA** que los países miembros deben garantizar:

i. que existan sistemas fácilmente accesibles para denunciar a las autoridades competentes presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de acuerdo con sus principios jurídicos;
ii. que existan medidas adecuadas para facilitar la denuncia por parte de servidores públicos, en especial de los comisionados en el exterior —directa o indirectamente mediante un mecanismo interno— a las autoridades competentes de presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales que hayan descubierto en el transcurso de su trabajo, conforme a sus principios jurídicos;
iii. que existen medidas adecuadas para proteger contra actividades discriminatorias o disciplinarias a empleados de los sectores público y privado que denuncien de buena fe y con motivos razonables ante las autoridades competentes presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

REQUISITOS CONTABLES, AUDITORÍA EXTERNA Y CONTROLES INTERNOS, ÉTICA Y CUMPLIMIENTO

X. **RECOMIENDA** que los países miembros tomen las medidas necesarias, considerando cuando proceda las circunstancias individuales de una empresa; por ejemplo, su tamaño, tipo, estructura legal, así como el sector geográfico e industrial de operación; de manera que las leyes, normas o prácticas relacionadas con los requisitos contables, las auditorías externas, los controles internos, la ética y el cumplimiento estén a la par de los siguientes principios y se usen de manera plena para prevenir y descubrir el cohecho de servidores públicos extranjeros en negocios internacionales, de acuerdo con sus principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos.

A. Requisitos contables adecuados

i. Conforme al Artículo 8 de la Convención Anticohecho de la OCDE, los países miembros deberán tomar las medidas necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos, respecto a mantener libros y registros contables, divulgar estados financieros, usar normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros, llevar una doble contabilidad o transacciones identificadas de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito.

ii. Los países miembros deben exigir a las empresas que divulguen en sus estados financieros toda la variedad de pasivos contingentes materiales.

iii. Conforme al Artículo 8 de la Convención Anticohecho de la OCDE, los países miembros deberán estipular sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para tales omisiones y falsificaciones con respecto a los libros, los registros, las cuentas y los estados financieros de dichas empresas.

B. Auditoría externa independiente

i. Los países miembros deben examinar si los requisitos a las empresas para presentar una auditoría externa son adecuados;

ii. Los países miembros y las asociaciones profesionales deben mantener normas adecuadas para asegurar la independencia de los auditores externos; ya que eso les permite proporcionar una evaluación objetiva de las cuentas, los estados financieros y los controles internos de la compañía;

iii. Los países miembros deben exigir al auditor externo que descubra indicios de un presunto acto de cohecho de un servidor público extranjero denunciarlo a la dirección general y, según corresponda, a los órganos supervisores de la compañía.

iv. Los países miembros deben exhortar a las empresas que reciban denuncias de presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros de parte de un auditor externo, para que atiendan esas denuncias en forma activa y eficaz;

v. Los países miembros deben considerar si se exige al auditor externo que denuncie presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros ante las autoridades competentes ajenas a la compañía, como las autoridades reguladoras o las encargadas de velar por el cumplimiento de la ley; y en los países donde se permitan esas denuncias, garantizar que se proteja contra acción judicial a los auditores que las presenten de buena fe y manera razonable.

C. Controles internos, ética y cumplimiento Los países miembros deben alentar:

i. a las empresas para que diseñen y adopten controles internos adecuados, medidas o programas de ética y cumplimiento para la prevención y detección del cohecho internacional;

ii. a las asociaciones comerciales y las organizaciones profesionales, según corresponda, en los esfuerzos que realizan para fomentar y ayudar a las empresas, en especial a las pequeñas y medianas empresas, para que diseñen controles internos, medidas o programas de ética y cumplimiento para prevenir y descubrir actos de cohecho internacional;

iii. a la dirección de la compañía para que declare en sus informes anuales o divulgue públicamente o de otra manera sus controles internos, medidas o programas de ética y cumplimiento, incluidos los que contribuyan a prevenir y detectar el cohecho.

iv. la creación de órganos supervisores, independientes de la dirección general, como comités de auditoría, juntas directivas o consejos de supervisión;

v. a las empresas para que ofrezcan vías de comunicación y protección a las personas que no estén dispuestas a violar las normas profesionales ni la ética por instrucciones o presión de superiores jerárquicos, así como a las personas dispuestas a denunciar de buena fe y con motivos razonables violaciones a la ley, las normas profesionales o a la ética ocurridas dentro de la compañía; y deben exhortar a las empresas para que tomen las medidas adecuadas con base en esa denuncia;

vi. a las autoridades del gobierno para que —en lo que incumba a las transacciones comerciales internacionales y cuando proceda— consideren incluir controles

internos, programas o medidas de ética y cumplimiento en sus decisiones para otorgar ventajas públicas, por ejemplo: subsidios públicos, licencias, contratos de adquisiciones públicas, contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo y créditos para la exportación apoyados oficialmente.

VENTAJAS PÚBLICAS, INCLUIDAS LAS ADQUISICIONES PÚBLICAS

XI. **RECOMIENDA:**

i. Que las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender —en un grado adecuado— de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros contraviniendo las leyes nacionales de ese país miembro y; en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, que esas sanciones se apliquen por igual en el caso de cohecho de servidores públicos extranjeros;[1]

ii. De acuerdo con la Recomendación del Consejo de 1996 del Comité de Ayuda para el Desarrollo sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral, los países miembros deben exigir medidas contra la corrupción en las adquisiciones financiadas con ayuda bilateral, promover la aplicación adecuada de disposiciones contra la corrupción en las instituciones de desarrollo internacional y trabajar en estrecha colaboración con las naciones asociadas en materia de desarrollo para combatir la corrupción en todos los trabajos de cooperación para el desarrollo.[2]

iii. Los países miembros deben apoyar los esfuerzos del Comité de Gobernanza Pública de la OCDE para aplicar los principios contenidos en la Recomendación del Consejo de 2008 sobre Aumentar la Integridad en las Adquisiciones Públicas [C(2008)105], así como trabajar en la transparencia de las adquisiciones públicas en otros organismos gubernamentales internacionales como las Naciones Unidas, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Unión Europea; además, se les exhorta a adherirse a las normas internacionales pertinentes como el Acuerdo de la OMC sobre Adquisiciones Gubernamentales.

CRÉDITOS PARA LA EXPORTACIÓN APOYADOS OFICIALMENTE

XII. **RECOMIENDA:**

i. Los países Parte de la Convención Anticohecho de la OCDE que no sean miembros de la OCDE deben adherirse a la Recomendación del Consejo de la OCDE de 2006 sobre Cohecho y Créditos para la Exportación Apoyados Oficialmente;

ii. Los países miembros deben apoyar los esfuerzos del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Créditos para la Exportación y Garantías Crediticias para ejecutar y supervisar la aplicación de los principios contenidos en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 2006 sobre Cohecho y Créditos para la Exportación Apoyados Oficialmente.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

XIII. **RECOMIENDA** que para combatir eficazmente el cohecho de los servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, con arreglo a sus principios jurisdiccionales y a otros principios jurídicos básicos, los países miembros tomen las siguientes medidas:

i. consultar y cooperar de otro modo con las autoridades competentes de otros países y; según proceda, con redes internacionales y regionales dedicadas a la aplicación estricta de la ley que incluyan a países miembros y no miembros, en investigaciones y en otras diligencias jurídicas respecto a casos específicos de co-

---

[1] Los sistemas de los países miembros para aplicar sanciones por el cohecho de servidores nacionales difieren en cuanto a si la determinación del cohecho se basa en una condena penal, la consignación o en un procedimiento administrativo; pero en todos los casos se fundamenta en pruebas sustanciales.

[2] Este párrafo resume la recomendación del CAD, que se dirige sólo a los miembros del CAD; y la dirige a todos los miembros de la OCDE y en un momento dado a los países no miembros que se adhieran a la Recomendación.

hecho internacional, a través de recursos como compartir información de manera espontánea o mediante solicitud; suministro de pruebas, extradición, así como la identificación, embargo preventivo, incautación, decomiso y recuperación del producto del cohecho de servidores públicos extranjeros;

ii. investigar seriamente las acusaciones creíbles de cohecho de servidores públicos extranjeros remitidas a ellos por organismos gubernamentales internacionales, como los bancos de desarrollo internacionales y regionales;

iii. aprovechar completamente los acuerdos y convenios vigentes en materia de ayuda jurídica internacional recíproca y, cuando sea necesario, suscribir nuevos acuerdos o convenios para ese propósito;

iv. asegurar que sus leyes nacionales ofrezcan un fundamento adecuado para esta cooperación; en especial, con arreglo a los Artículos 9 y 10 de la Convención Anticohecho de la OCDE;

v. estudiar formas para facilitar la ayuda jurídica recíproca entre países miembros y con países no miembros en los casos de ese tipo de cohecho, incluido lo que respecta a umbrales probatorios para algunos países miembros.

SEGUIMIENTO Y ACUERDOS INSTITUCIONALES

XIV. **ORDENA** al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales que haga un programa permanente de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención Anticohecho de la OCDE y de esta Recomendación, en colaboración con el Comité de Asuntos Fiscales, el Comité de Ayuda para el Desarrollo, el Comité de Inversiones, el Comité de Gobernanza Pública, el Grupo de Trabajo sobre Créditos para la

Exportación y Garantías Crediticias, así como con otros órganos de la OCDE, según corresponda. En especial, este seguimiento incluirá:

i. la continuación del programa de monitoreo riguroso y sistemático de la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de esta Recomendación por parte de los países miembros, para promover la aplicación plena de estos instrumentos, por ejemplo mediante un sistema permanente de evaluación mutua, en el que cada país miembro sea examinado por turno por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho, con base en un informe que proporcionará una valoración objetiva del progreso del país miembro en la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de esta Recomendación, y que se pondrá a disposición del público;

ii. la recepción de notificaciones y de otra información presentada a éste por los países Miembros respecto a las autoridades que sirvan de vías de comunicación para facilitar la cooperación internacional al aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE y esta Recomendación;

iii. la preparación sistemática de informes sobre las medidas tomadas por los países miembros para aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE y esta Recomendación, por ejemplo, información no confidencial sobre investigaciones y procesos;

iv. reuniones voluntarias de funcionarios judiciales y policiales que participen directamente para hacer cumplir la ley con respecto al delito de cohecho internacional, a fin de analizar las mejores prácticas y los temas horizontales relativos a la investigación y el enjuiciamiento del cohecho de servidores públicos extranjeros;

v. el examen de las tendencias imperantes, temas y contramedidas en cohecho internacional; por ejemplo, mediante trabajo sobre tipologías y estudios comparados entre países.

vi. el diseño de herramientas y de mecanismos para aumentar el efecto del seguimiento y el monitoreo, además de crear conciencia; por ejemplo, a través de la presentación voluntaria y la elaboración pública de informes de datos no confidenciales sobre la aplicación de la ley, la investigación y valoraciones de amenazas de cohecho;

vii. el suministro al público de información constante sobre su trabajo y actividades; y sobre la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de esta Recomendación.

XV. **SEÑALA** la obligación de los países miembros de cooperar en estrecha colaboración en este programa de seguimiento, de acuerdo con el Artículo 13 de la Conven-

ción sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos del 14 de diciembre de 1960, y el Artículo 12 de la Convención Anticohecho de la OCDE.

XVI. **ORDENA ADEMÁS** al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales que revise por orden de prioridad el tema de las buenas prácticas por parte de las empresas para prevenir y detectar el cohecho internacional; y para que informe sus conclusiones al Consejo a finales de marzo de 2010, con miras a la aprobación de la Guía de Buenas Prácticas como un anexo adicional a esta Recomendación para junio de 2010.

COOPERACIÓN CON NO MIEMBROS

XII. **HACE UN LLAMADO** a los países no miembros que sean exportadores importantes y a los inversionistas extranjeros para que se adhieran a la Convención Anticohecho de la OCDE y a esta Recomendación, apliquen ambas y además participen en cualquier mecanismo institucional de aplicación o seguimiento.

XIII. **ORDENA** al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales que proporcione un foro para consultas con países que aún no se han adherido, para promover una participación más amplia en la Convención Anticohecho de la OCDE, así como en esta Recomendación y su seguimiento.

RELACIONES CON ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES Y CON ORGANISMOS GUBERNAMENTALES INTERNACIONALES

XIX. **INVITA** al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, a consultar y colaborar con los organismos internacionales y con las instituciones financiera internacionales activas en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; y a consultar con regularidad a organizaciones no gubernamentales y representantes de la comunidad empresarial activa en este campo.

ANEXO I:
GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA APLICAR ARTÍCULOS ESPECÍFICOS DE LA CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES

INTERNACIONALES

Teniendo en cuenta los hallazgos y las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internaciones en su programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (la Convención Anticohecho de la OCDE), como lo exige el Artículo 12 de la Convención, la práctica adecuada sobre aplicar plenamente artículos específicos de la Convención ha evolucionado como sigue:

A) *Art. 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE: el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*

El Artículo 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE debe aplicarse de tal manera que no ofrezca defensa ni excepción cuando el servidor público extranjero solicite un soborno.

Los países miembros deben emprender campañas públicas para crear conciencia al respecto y proporcionar orientación escrita específica al público sobre sus leyes para aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE y los Comentarios a la Convención.

Los países miembros deben proporcionar información y capacitación, según proceda, a sus servidores públicos comisionados en el exterior sobre sus leyes para aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE; de manera que ese personal pueda proporcionar información fundamental a sus empresas en países extranjeros y ayuda adecuada cuando esas empresas enfrenten instigaciones de cohecho.

B) *Art. 2 de la Convención Anticohecho de la OCDE: responsabilidad de las personas morales*

Los sistemas de los países miembros para la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no deben limitar la responsabilidad a los casos en que las personas o la persona física que cometieron el delito sean procesadas y condenadas.

Los sistemas de los países miembros para la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales deben tomar uno de los siguientes enfoques:

(a) el nivel de autoridad de la persona cuya conducta provoca la responsabilidad de la persona moral es flexible y refleja la amplia variedad de sistemas para la toma de decisiones en las personas morales; o

(b) el enfoque es equivalente en términos funcionales al precedente aunque éste sólo es provocado por actos de personas con la autoridad directiva de más alto nivel, porque los siguientes casos están comprendidos:
   - Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel ofrece, promete o da un soborno a un servidor público extranjero;
   - Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel ordena o autoriza a una persona de nivel más bajo que ofrezca, prometa o dé un soborno a un servidor público extranjero, y
   - Una persona con la autoridad directiva de más alto nivel no logra evitar que una persona de nivel más - bajo soborne a un servidor público extranjero, por ejemplo, fallando al supervisarlo o mediante el fracaso para implementar controles internos adecuados, medidas o programas de ética y cumplimiento.

C) *Responsabilidad por soborno mediante intermediarios*

Los países miembros deben garantizar que, de acuerdo con el Artículo 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE y con el principio de equivalencia funcional del Comentario 2 a la Convención Anticohecho de la OCDE, una persona moral no puede evitar la responsabilidad al usar intermediarios; incluidas las personas morales relacionadas, para ofrecer, prometer o dar sobornos en su nombre a un servidor público extranjero.

D) *Art. 5: Aplicación*

Los países miembros deben mantenerse alertas para asegurar que las investigaciones y procesos judiciales del cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no se vean influidos por consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o morales implicadas, de acuerdo con el Artículo 5 de la Convención Anticohecho de la OCDE;

Las quejas de cohecho de servidores públicos extranjeros deben ser investigadas seriamente y las acusaciones creíbles deben ser evaluadas por las autoridades competentes.

Los países miembros deben proporcionar recursos adecuados a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la ley de manera que se permita la investigación y el enjuiciamiento eficaces del cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; tomando en consideración el Comentario 27 a la Convención Anticohecho de la OCDE.

ANEXO II
GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE CONTROLES, ÉTICA Y CUMPLIMIENTO

Esta Guía de Buenas Prácticas reconoce las recomendaciones y los hallazgos pertinentes del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales en su programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (en lo sucesivo denominada Convención Anticohecho de la OCDE); las contribuciones del sector privado y la sociedad civil mediante las consultas del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en su revisión de los instrumentos anticohecho de la OCDE; y trabajo previo de la OCDE para prevenir y descubrir el cohecho en los negocios, así como órganos internacionales del sector privado y de la sociedad civil.

INTRODUCCIÓN

La Guía de Buenas Prácticas (en lo sucesivo denominada la "Guía") está dirigida a las empresas para que instituyan y garanticen la eficacia de los controles internos, las

medidas o los programas de ética y cumplimiento para prevenir y descubrir el cohecho de servidores públicos extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales (en lo sucesivo denominado "cohecho internacional") y a las asociaciones comerciales y organizaciones profesionales que desempeñan una función indispensable al ayudar a las empresas en estos esfuerzos. Reconoce que para que sean eficaces, esas medidas o programas deben estar interconectados con el sistema de cumplimiento general de la compañía. Está planeada para que sea una guía sin fuerza legal para que las empresas instituyan controles internos, medidas o programas de ética y cumplimiento que sean eficaces, para prevenir y detectar el cohecho internacional.

La Guía es flexible y se planeó para que sea adaptada por las compañías; en especial las pequeñas y medianas empresas (en lo sucesivo las "PyME), de acuerdo con sus circunstancias individuales, por ejemplo su tamaño, tipo, estructura legal y el sector geográfico e industrial de operación; así como los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos conforme a los cuales operan.

A) Guía de Buenas Prácticas para las empresas

Los controles internos, las medidas o programas de ética y cumplimiento eficaces para prevenir y detectar el cohecho internacional deben diseñarse con base en una evaluación de riesgos dirigida a las circunstancias individuales de la compañía; en especial, los riesgos de cohecho internacional que ésta enfrenta (tal como su sector geográfico e industrial de operación). Esas circunstancias y riesgos deben supervisarse, revaluarse y adaptarse con regularidad; según sea necesario, para asegurar la eficacia continua de los controles internos y de las medidas o programas de ética y cumplimiento de la compañía.

Las empresas deben considerar, *inter alia,* las siguientes buenas prácticas para garantizar controles internos y medidas o programas de ética eficaces, así como el cumplimiento de medidas o programas para prevenir y detectar el cohecho internacional:

1. un apoyo fuerte, explícito y evidente, así como el compromiso de los directivos de alto rango para los controles internos, las medidas o programas de ética y cumplimiento de la compañía para prevenir y detectar el cohecho internacional.
2. una política empresarial articulada y trasparente que prohíba el cohecho internacional;
3. acatar esta prohibición y los controles internos, las medidas o programas de ética y cumplimiento respectivos es el deber de las personas en todos los niveles de la compañía;
4. vigilar las medidas o programas de ética y cumplimiento concernientes al cohecho, incluida la autoridad para denunciar asuntos directamente a órganos supervisores independientes como comités de auditoría, juntas directivas o consejos de supervisión, es el deber de los funcionarios de alto rango de la empresa, con un nivel adecuado de autonomía de la administración, los recursos y la autoridad;
5. las medidas o programas de ética y cumplimiento para prevenir y detectar el cohecho internacional, aplicables a todos los directores, funcionarios y empleados; y aplicables a todas las entidades sobre las cuales la compañía tenga un control eficaz, como subsidiarias, inter alia, en las siguientes áreas:
   i) regalos
   ii) hospitalidad, agasajos al cliente y gastos de representación;
   iii) viajes de clientes;
   iv) contribuciones políticas;
   v) donaciones para fines benéficos y patrocinios;
   vi) dádivas e
   vii) instigación y extorsión
6. las medidas o programas de ética y cumplimiento diseñados para prevenir y detectar el cohecho internacional aplicables a terceros, cuando proceda y sujeto a planes contractuales, como agentes y otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, contratistas y proveedores, consorcios y socios en coinversión (en lo sucesivo denominados "socios empresariales"; incluidos, inter alia, los siguientes elementos indispensables:

i) la debida diligencia respaldada por riesgos documentados correctamente en lo concerniente a la contratación, así como la vigilancia constante y adecuada de los socios empresariales;
ii) informar a los socios empresariales sobre el compromiso de la compañía para acatar las leyes sobre las prohibiciones contra el cohecho internacional; y las medidas o programa de ética y cumplimiento de la compañía para prevenir y detectar ese cohecho; y
iii) buscar un compromiso recíproco de los socios comerciales.

7. un sistema de procedimientos financieros y contables, por ejemplo un sistema de controles internos, diseñado razonablemente para asegurar que se lleven libros, registros y cuentas fieles y exactas para asegurar que no puedan usarse con fines de cohecho internacional ni de ocultar ese delito;
8. medidas diseñadas para asegurar la comunicación periódica, y la capacitación documentada de todos los niveles de la compañía, sobre las medidas o programa de ética y cumplimiento de la compañía respecto al cohecho internacional y, cuando proceda, para las subsidiarias:
9. medidas adecuadas para fomentar y apoyar de manera positiva el cumplimiento de las medidas o programas de ética y cumplimiento contra el cohecho internacional, en todos los niveles de la compañía;
10. procedimientos disciplinarios adecuados para abordar en todos los niveles de la compañía, entre otras cosas, las violaciones a las leyes sobre el cohecho internacional, así como las medidas o programa de ética y cumplimiento de la compañía con respecto al cohecho internacional;
11. medidas eficaces para:
    i) proporcionar asesoría y orientación a directores, funcionarios, empleados y, cuando sea apropiado, a socios empresariales sobre el acatamiento de las medidas o el programa de ética y cumplimiento de la compañía, incluido cuando necesiten asesoría urgente sobre situaciones difíciles en jurisdicciones extranjeras;
    ii) la protección y denuncia interna y cuando sea posible confidencial por parte de directores, funcionarios empleados y, cuando aplique, de socios empresariales, no dispuestos a violar la ética ni las normas profesionales por instrucciones o presión de superiores jerárquicos, así como para directores, funcionarios, empleados y, cuando aplique, socios empresariales, dispuestos a denunciar de buena fe y con motivos razonables violaciones a la ley, las normas profesionales o la ética ocurridas dentro de la compañía; y
    iii) comprometerse a tomar las medidas adecuadas en respuesta a esas denuncias;
12. revisiones periódicas de las medidas o programas de ética y cumplimiento, diseñadas para evaluar y aumentar su eficacia para prevenir y detectar el cohecho internacional; tomando en cuenta adelantos pertinentes en el campo y las normas internacionales e industriales en evolución.

B) Medidas de las Asociaciones Comerciales y las Organizaciones Profesionales

Las asociaciones comerciales y las organizaciones profesionales pueden desempeñar una función imprescindible ayudando a las empresas, en especial a las PyME, para que diseñen controles internos, medidas o programas de ética y cumplimiento que sean eficaces para prevenir y detectar el cohecho internacional. Ese apoyo puede incluir, *inter alia:*

1. divulgar información sobre temas de cohecho internacional, por ejemplo, respecto a adelantos pertinentes en foros regionales e internacionales, y acceso a las bases de datos adecuadas;
2. hacer disponibles la capacitación, la prevención, la debida diligencia y otras herramientas de cumplimiento;
3. asesoría general para llevar a cabo la debida diligencia, y
4. asesoría general y apoyo para resistirse a la corrupción e instigación de corrupción.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE MEDIDAS FISCALES PARA COMBATIR MÁS A FONDO EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES

COMERCIALES INTERNACIONALES
Adoptada por el Consejo el 25 de mayo de 2009

EL CONSEJO,

Teniendo en cuenta los Artículos 5, b) de la Convención sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos del 14 de diciembre de 1960;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo sobre la Deducibilidad Fiscal de Cohechos a Servidores Públicos Extranjeros [C(96)27/FINAL] (en lo sucesivo denominada la "Recomendación del Consejo de 1996") a la cual sucede la presente Recomendación;

Teniendo en cuenta la Recomendación Corregida del Consejo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales [C(97)123/FINAL];

Teniendo en cuenta la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la cual son Parte todos los miembros de la OCDE y ocho no miembros, tal y como son en el momento de aprobarse esta Recomendación (en lo sucesivo denominada la "Convención Anticohecho de la OCDE");

Teniendo en cuenta los Comentarios sobre la Convención Anticohecho de la OCDE;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo respecto al Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio (en lo sucesivo denominado "Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE") [C(97)195/FINAL];

Congratulándose de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de la cual son Estados Partes la mayoría de las partes de la Convención Anticohecho de la OCDE y en especial del Artículo 12.4, que estipula que "cada Estado Parte deberá rechazar la deducibilidad fiscal de gastos que constituyan sobornos";

Considerando que la Recomendación del Consejo de 1996 ha tenido un efecto importante tanto al interior como fuera de la OCDE, y que ya se han tomado medidas importantes por parte de los gobiernos, el sector privado y dependencias no gubernamentales para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros; pero que el problema sigue siendo generalizado y exige redoblar medidas;

Considerando que legislación explícita rechazando la deducibilidad de cohechos aumenta la conciencia general dentro de la comunidad empresarial sobre la ilegalidad del cohecho de servidores públicos extranjeros; y dentro de la administración fiscal, sobre la necesidad de detectar y de rechazar las deducciones por pagos de sobornos a servidores públicos extranjeros, y

Considerando que compartir información por parte de las autoridades fiscales con otras autoridades competentes puede ser una herramienta importante para detectar e investigar delitos de cohecho transnacionales;

Acerca de la propuesta del Comité de Asuntos Fiscales y el Comité de Inversiones;

I. **RECOMIENDA** que:

i. Los países miembros y otras Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE rechacen de manera explícita la deducibilidad fiscal de los cohechos a servidores

públicos extranjeros, para todos los fines fiscales de manera eficaz. Ese rechazo debe instituirse por ley o por cualquier otro medio obligatorio que tenga el mismo efecto, por ejemplo:

- prohibir la deducibilidad fiscal de los cohechos a servidores públicos extranjeros;
- prohibir la deducibilidad fiscal de todos los sobornos o gastos incurridos en apoyo a una conducta corrupta que contravenga la ley penal o cualquier otra legislación de una Parte de la Convención Anticohecho.

La denegación de la deducibilidad fiscal no está supeditada a la apertura de una investigación por parte de las autoridades competentes ni de un procedimiento judicial.

ii. Cada país miembro y otra Parte de la Convención Anticohecho de la OCDE revisan, en forma permanente, la eficacia de sus marcos normativos, administrativos y jurídicos, así como las prácticas para rechazar la deducibilidad fiscal de los cohechos a servidores públicos extranjeros. Estas revisiones deben evaluar si se proporciona orientación adecuada a los contribuyentes y a las autoridades fiscales en cuanto a los tipos de gastos que se considera constituyen cohechos a servidores públicos extranjeros; y si esos cohechos son verdaderamente detectados por las autoridades fiscales.

iii. Los países miembros y otras Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE estudian incluir en sus acuerdos fiscales bilaterales el idioma opcional del párrafo 12.3 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, que permite "a las autoridades tributarias compartir información fiscal con otros organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes y con autoridades judiciales sobre determinados asuntos de gran prioridad (por ejemplo, combatir el lavado de dinero, la corrupción, el financiamiento del terrorismo)" que dice lo siguiente:

No obstante lo anterior, la información recibida por un Estado Contratante puede ser usada para otros propósitos cuando esa información pueda ser usada para esos otros propósitos conforme a las leyes de ambos Estados y la autoridad competente del Estado que la proporciona autorice dicho uso.

II. RECOMIENDA además que los países miembros y otras Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE, de acuerdo con sus regímenes jurídicos, instituyan un marco administrativo y jurídico eficiente y proporcionen asesoría para facilitar que las autoridades fiscales denuncien sospechas de cohecho internacional surgidas a raíz del cumplimiento de sus deberes, a las autoridades competentes nacionales adecuadas.

III. INVITA a no miembros que aún no sean Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE a aplicar esta Recomendación en el grado máximo posible.

IV. ORDENA al Comité de Asuntos Fiscales junto con el Comité de Inversiones que supervisen la aplicación de la Recomendación y que la promuevan en el contexto de contactos con no miembros y que reporten al Consejo, según corresponda.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE COHECHO Y CRÉDITOS OFICIALES PARA LA EXPORTACIÓN

Adoptada por el Consejo el 14 de diciembre de 2006

EL CONSEJO

Teniendo en cuenta la Convención sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos del 14 de diciembre de 1960 y, en especial, el Artículo 5 b) de la misma;

Teniendo en cuenta la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (en lo sucesivo denominada Convención Anticohecho) y la Recomendación Corregida de 1997 del Consejo para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales [C(97)123] (en lo sucesivo denominada la Recomendación del Consejo de 1997);

Teniendo en cuenta la Declaración de Medidas de 2006 sobre el Cohecho y los Créditos Oficiales para la Exportación;

Considerando que combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales es un asunto prioritario y que el Grupo de Trabajo sobre Créditos para la Exportación y Garantías Crediticias es el foro adecuado para asegurar la aplicación de la Convención Anticohecho y de la Recomendación del Consejo de 1997 con respecto a las transacciones comerciales internacionales que se benefician del apoyo oficial otorgado a los créditos para la exportación;

Haciendo notar que la aplicación de las medidas expuesta en el Párrafo 2, por parte de los miembros, de ninguna manera modera la responsabilidad del exportador ni de otras partes en las transacciones que se benefician del apoyo oficial para: (i) cumplir con todos los reglamentos y las leyes aplicables, por ejemplo, disposiciones nacionales para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, o (ii) proporcionar la descripción adecuada de la transacción para la cual se busca el apoyo, incluidos todos los pagos pertinentes;

Acerca de la propuesta del Grupo de Trabajo sobre Créditos para la exportación y Garantías Crediticias (en lo sucesivo citado por sus siglas en inglés ECG):

1. RECOMIENDA que los Miembros tomen las medidas adecuadas para impedir el cohecho[3] en las transacciones comerciales internacionales que se beneficien del apoyo oficial otorgado a los créditos para la exportación, de acuerdo con el régimen jurídico de cada país miembro, el carácter del crédito para la exportación[4] y sin que perjudique los derechos de cualquiera de las partes no responsable de los pagos ilegales, por ejemplo:

Informar a los exportadores y, cuando proceda, a los aspirantes que soliciten apoyo, sobre las consecuencias jurídicas del cohecho en transacciones comerciales internacionales conforme a su régimen jurídico nacional incluidas sus leyes nacionales que prohíben ese cohecho y los alientan para que diseñen, apliquen y documenten sistemas de control administrativo adecuados para combatir el cohecho.

---

[3] Según lo definido en la Convención Anticohecho.

[4] Se reconoce que no todos los créditos para la exportación favorecen la aplicación uniforme de la Recomendación. Por ejemplo, en pólizas de seguros de corto plazo que cubran créditos para la exportación de compradores múltiples y por todas las mercancías; cuando proceda, los Miembros pueden aplicar la Recomendación con base en la póliza del crédito para la exportación más que con base en la transacción.

Exigir a los exportadores y, cuando proceda, a los aspirantes, que proporcionen una garantía / declaración de que ni ellos ni cualquiera que actúe en su nombre, como representantes, han participado o lo harán en actos de cohecho en la transacción.

Verificar y observar si los exportadores y, cuando proceda, los aspirantes, figuran en las listas públicas que informan si han sido excluidos de las siguientes instituciones financieras internacionales: Banco Mundial, Banco Africano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo.[5]

Exigir a los exportadores y, cuando proceda, a los aspirantes, que revelen si ellos o cualquier persona que actúe en su nombre con respecto a la transacción están actualmente acusados en un tribunal nacional o han sido acusados durante los cinco años anteriores a la solicitud, han sido condenados en algún tribunal nacional o han estado sujetos a medidas administrativas nacionales equivalentes por violar las leyes contra el cohecho de servidores públicos extranjeros de cualquier país.

Exigir a los exportadores y, cuando proceda, a los aspirantes, que revelen cuando se les solicite: (i) la identidad de las personas que actúan en su nombre con respecto a la transacción, y (ii) la cantidad y el propósito de las comisiones y honorarios pagados, o acordados para pagar, a esas personas.

Prometer que la debida diligencia sea mayor si: (i) los exportadores y, cuando proceda, los aspirantes, aparezcan en las listas públicas de una de las instituciones financieras internacionales a las que se alude en el inciso c) anterior informando que han sido excluidos, o (ii) el Miembro se entera de que los exportadores y, cuando proceda, los aspirantes o cualquiera que actúe en su nombre con respecto a la transacción, actualmente están acusados en un tribunal nacional, o han sido acusados durante los cinco años anteriores a la solicitud, han sido condenados en algún tribunal nacional o han estado sujetos a medidas administrativas nacionales equivalentes por violar las leyes contra el cohecho de servidores públicos extranjeros de cualquier país; o (iii) el miembro tiene motivos para creer que puede haber cohecho implicado en la transacción.

En el caso de una condena de un tribunal nacional o de medidas administrativas nacionales equivalentes por violar las leyes contra el cohecho de servidores públicos extranjeros de cualquier país dentro de un periodo de cinco años, verificar si se han tomado las medidas internas preventivas y correctivas adecuadas,[6] si se han mantenido y documentado.

Diseñar e implementar procedimientos para revelar a sus autoridades competentes ejemplos de pruebas creíbles[7] de cohecho en el caso de que esos procedimientos no existan.

Si hay pruebas creíbles de que en cualquier momento hay cohecho implicado en la adjudicación o en la celebración del contrato de exportación, informar a sus autoridades competentes con prontitud.

Si, antes de que se apruebe el crédito, la cobertura o el apoyo de otra índole, existen pruebas creíbles de que hay cohecho implicado en la adjudicación o en la celebración del contrato de exportación; suspender la aprobación de la solicitud durante el proceso de mayor debida diligencia. Si la mayor debida diligencia concluye que hay cohecho implicado en la transacción, el Miembro deberá rehusarse a aprobar el crédito, la cobertura o el apoyo de otra índole.

---

(5) La aplicación del párrafo 1 c) puede ser una declaración de los mismos exportadores y, cuando proceda, de los aspirantes; respecto a si figuran en las listas públicas de instituciones financieras internacionales informando que han sido excluidos.

(6) Esas medidas podrían incluir: sustituir a las personas que han estado implicadas en el cohecho, adoptar sistemas adecuados de control administrativo anticohecho, someterse a una auditoría y poner a disposición del público los resultados de esas auditorías periódicas.

(7) Para los efectos de esta Recomendación, pruebas creíbles son pruebas de una calidad tal que, después de un análisis crítico, un tribunal las consideraría razonable y suficientemente fundamentadas como para basar su decisión sobre el asunto, en caso de no haber sido presentadas pruebas en contrario.

Si después de que se apruebe el crédito, la cobertura o el apoyo de otra índole se prueba que ha habido cohecho, tomar las medidas adecuadas, como negación del pago, indemnización o devolución de las sumas proporcionadas.

2. ORDENA al ECG que continúe para:

a) Intercambiar información sobre cómo se toman en cuenta la Convención Anticohecho y la Recomendación del Consejo de 1997 en los sistemas nacionales de créditos oficiales para la exportación.

Recopilar y cartografiar la información intercambiada con el propósito de considerar medidas extras para combatir el cohecho con respecto a créditos para la exportación apoyados oficialmente.

Intercambiar opiniones con los interesados directos adecuados.

3. INVITA a las Partes de la Convención Anticohecho que no sean miembros de la OCDE a adherirse a esta Recomendación.

RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE AYUDA PARA EL DESARROLLO SOBRE PROPUESTAS ANTICORRUPCIÓN PARA LAS ADQUISICIONES CON AYUDA BILATERAL

Recomendación respaldada por el Comité de Ayuda para el Desarrollo (CAD) en su reunión de alto nivel celebrada los días 6 y 7 de mayo de 1996

1. Los miembros del CAD comparten la preocupación por la corrupción:
   - Socava el buen gobierno.
   - Malgasta los escasos recursos para el desarrollo, ya sea que provengan de ayuda o de otras fuentes públicas o privadas, con efectos de largo alcance en toda la economía.
   - Socava la credibilidad de la cooperación para el desarrollo así como el apoyo público que recibe, y devalúa la reputación y los esfuerzos de todos los que trabajan para apoyar un desarrollo sustentable.
   - Compromete la competencia abierta y transparente teniendo en cuenta el precio y la calidad.
2. Por consiguiente, el CAD, respalda con firmeza la necesidad de combatir la corrupción mediante la prohibición eficaz, coordinada en un marco multilateral, para asegurar la aplicación homologada. También se requieren otras medidas específicas y coherentes para asegurar la transparencia, la rendición de cuentas y la probidad en el uso de los recursos públicos en los sistemas propios de los Miembros del CAD y en los de los países asociados, quienes a su vez están cada vez más preocupados por este problema.
3. En sus esfuerzos para poner freno a la corrupción, el CAD reconoce que pueden existir oportunidades para prácticas corruptas en las adquisiciones financiadas con ayuda. Junto con otros esfuerzos para lidiar con la corrupción, por este medio el CAD expresa su firme intención de trabajar para eliminar la corrupción en las adquisiciones financiadas con ayuda.
4. **Por consiguiente, el CAD recomienda que los Miembros introduzcan o exijan disposiciones anticorrupción para regular las adquisiciones financiadas con ayuda bilateral. Este trabajo debe efectuarse en coordinación con otro trabajo emprendido en la OCDE y en otros sitios para eliminar la corrupción, y en colaboración con los países beneficiarios. El CAD también recomienda que sus miembros trabajen para garantizar la aplicación adecuada de sus disposiciones anticorrupción y que señalen a la atención de las instituciones internacionales de desarrollo a las cuales pertenezcan, la importancia de la aplicación adecuada de las disposiciones anticorrupción contempladas en sus normas de operación.**
5. **El CAD investigará si esta Recomendación se ha hecho efectiva dentro de un año.**
6. **Los miembros del CAD trabajarán en estrecha colaboración con los asociados del desarrollo en todas las tareas de cooperación para el desarrollo.**

GUÍA DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES - SECCIÓN VII

VII. Combatir el cohecho, la solicitud de soborno y la extorsión.

Las empresas no deben, directa o indirectamente, ofrecer, prometer, dar o pedir sobornos o cualquier otro tipo de ventaja indebida para obtener o mantener negocios

o cualquier otra ventaja indebida. Las empresas también deben evitar solicitar sobornos o extorsión. En particular las empresas deben:

1. Abstenerse de ofrecer, prometer o dar pagos indebidos u otro tipo de ventajas a oficiales públicos o a empleados de empresas socias. Igualmente, las empresas no deben solicitar, acordar o aceptar beneficios indebidos u otro tipo de ventajas por parte de servidores públicos o de empleados de empresas socias. Las empresas no deben usar terceras personas, como agentes u otro tipo de intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, consorcios, contratistas, proveedores y socios de —*joint ventures*" para canalizar pagos indebidos u otro tipo de ventajas a servidores públicos, a empleados de las empresas socias, familiares o a sus socios.
2. Desarrollar y adoptar controles internos adecuados, programas o medidas de ética y cumplimiento para prevenir y detectar el cohecho, desarrollar en las bases de riesgos de evaluación dirigidos a situaciones individuales de la empresa, en particular los riesgos de cohecho a los que se enfrenta (como su localización geográfica y su sector industrial de operaciones). Estos controles internos, éticos y programas o medidas de cumplimiento deben incluir un sistema de procedimientos financieros y contables, incluyendo un sistema de controles internos, diseñado razonablemente para asegurar la conservación de libros, documentos y registros contables, para garantizar que no pueden ser usadas con el propósito de sobornar o de ocultar sobornos. Estas circunstancias y riesgos de cohecho deben de ser monitoreadas regularmente y reevaluadas para atestiguar que los controles internos de la empresa, los programas de ética y cumplimiento y las medidas adoptadas continúan siendo efectivas y mitigan los riesgos de las empresas en convertirse en cómplices de cohecho, oferentes de soborno y extorsión.
3. Prohibir o desalentar, en los controles internos de la compañía, o en los programas o medidas de ética y cumplimiento, el uso pequeños pagos de facilitación, que generalmente son ilegales en los países en los que se llevan a cabo y, cuando esos pagos se realicen, que éstos sean debidamente documentados en los registros contables.
4. Asegurar, tomando en cuenta los riesgos particulares a los que se enfrenta la empresa, procesos adecuadamente documentados de *due diligence* concernientes a la contratación, así como las adecuadas y regulares omisiones de los agentes, y que la remuneración de los agentes sea apropiada únicamente para los servicios legítimos. Cuando sea relevante, se debe realizar y tener una lista de los agentes involucrados en las transacciones con los órganos públicos y empresas del estado y hacerlas del conocimiento de las autoridades competentes, en concordancia con los requerimientos públicos.
5. Incrementar la transparencia de sus actividades relacionadas con el combate al cohecho, la solicitud de sobornos y la extorsión. Las medidas pueden incluir compromisos públicos contra el cohecho, la solicitud de sobornos y extorsión; así como la divulgación de los sistemas de gestión y controles internos, programas y medidas de ética y cumplimiento o las medidas adoptadas por las empresas para cumplir esos compromisos. Las empresas también deberían fomentar la apertura y el dialogo con el público para promover la sensibilización y la cooperación para el combate al cohecho, la solicitud de sobornos y extorsión.
6. Promover la sensibilización y el debido cumplimiento, por parte de los empleados de las políticas de la compañía y de los controles internos, de los programas y medidas de ética y cumplimiento contra el cohecho, la solicitud de sobornos y extorsión, a través de la apropiada diseminación de dichas políticas, programas o medidas y también a través de programas de capacitación y procedimientos disciplinarios.
7. No ofrecer contribuciones ilegales a los candidatos para puestos de gobierno, partidos políticos o a otras organizaciones políticas. Las contribuciones políticas deben obedecer completamente a los requerimientos públicos y deben ser reportados a los niveles gerenciales más altos.

COMENTARIO EN EL COMBATE AL COHECHO, LA SOLICITUD DE SOBORNO Y EXTORSIÓN

El cohecho y la corrupción están dañando a las instituciones democráticas y la gobernanza de las corporaciones. Desalienta a la inversión y distorsiona las condiciones de competitividad internacional. En particular, la desviación de fondos a prácticas corruptas mina las posibilidades de los ciudadanos de alcanzar niveles económicos y sociales más altos y dificulta los esfuerzos para reducir la pobreza. Las empresas tienen que jugar un rol importante para combatir estas prácticas.

La entereza, integridad y transparencia en ambos sectores, público y privado, son claves para combatir la corrupción, la solicitud de sobornos y extorsión. La comunidad empresarial, las organizaciones no gubernamentales, el gobierno y organizaciones intergubernamentales han cooperado para fortalecer los esfuerzos y apoyar las medidas para combatir la corrupción y para resaltar la transparencia y la concientización de los problemas derivados de la corrupción y el cohecho. La adopción de prácticas corporativas apropiadas es un elemento esencial para diseminar una cultura de ética entre las empresas.

La *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* (la *Convención Anticohecho)* entró en vigor el 15 de febrero de 1999. La *Convención Anitcohecho,* junto con las *Recomendaciones para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009* (las *Recomendaciones Anticohecho 2009)* , las *Recomendaciones de Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009* y las *Recomendaciones sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación de 2006* son los instrumentos de la OCDE que se orientan a combatir la oferta del cohecho en transacciones. Pretenden eliminar el lado de la "oferta" del cohecho a servidores públicos, en la que cada país asume responsabilidad de las actividades de sus empresas y de lo que ocurre en su propia jurisdicción.[8] Un programa riguroso y sistemático de monitoreo ha sido establecido para promover el pleno cumplimiento de la *Convención Anticorrupción.*

Las *Recomendaciones Anticohecho 2009* recomiendan a los gobiernos en particular, a fomentar que las empresas a desarrollen y adopten controles internos adecuados, programas o medidas de ética y cumplimiento, con el objetivo de prevenir y detectar el cohecho internacional, tomando en cuenta la *Guía de Buenas Prácticas en Controles Internos, Ética y Cumplimiento,* incluido en el Anexo II de la *Recomendaciones Anticohecho 2009.* Esta *Guía de Buenas Prácticas en Controles Internos, Ética y Cumplimiento* está dirigida tanto a empresas como a organizaciones comerciales y asociaciones profesionales, y resalta las buenas prácticas para asegurar la efectividad de sus controles internos, de los programas y medidas de ética y cumplimiento para prevenir y detectar el cohecho internacional.

Las iniciativas del sector privado y de la sociedad civil también ayudan a diseñar e implementar políticas efectivas en materia anticohecho.

La *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC),* que entró en vigor el 14 de diciembre de 2006, distingue una amplia gama de estándares, medidas y

---

[8] Para los propósitos de la Convención, el "cohecho" se define como la..."oferta, promesa o la realización de un pago indebido u otra ventaja, sea directamente o a través de intermediario, a un servidor público en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquier otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales". Los Comentarios de la Convención (párrafo 9) aclaran que "los pequeños pagos para "facilitar" trámites no constituyen pagos realizados para "obtener o mantener negocios u otras ventajas indebidas" dentro del significado del párrafo 1 y, por lo tanto, no se consideran un delito. Dichos pagos que, en algunos países, se realizan para inducir a los servidores públicos a desempeñar sus funciones, tales como la emisión de licencias o permisos, generalmente se consideran ilegales en el país extranjero en cuestión. Otros países pueden y deberían tratar este corrosivo fenómeno por medio de apoyos para el establecimiento de programas de buen gobierno".

reglas para combatir la corrupción. Bajo la CNUCC, a los Estados Partes se les exige prohibir a los servidores públicos recibir sobornos o a las empresas de realizar cohecho doméstico a servidores públicos nacionales, así como a servidores públicos extranjeros y a servidores de organizaciones internacionales, y a considerar la prohibición de cohecho privado. La *CNUCC* y *la Convención Anticohecho* se complementan y apoyan mutuamente.

Para abordar el lado de la solicitud del cohecho, las buenas prácticas de gobierno son elementos importantes para prevenir que a las empresas se les pida sobornos. Las empresas pueden apoyar iniciativas colectivas para resistir la demanda de coimas y extorsiones. Tanto el gobierno de origen como el huésped deben apoyar a las empresas a las que les fue solicitado el soborno o la extorsión. La *Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención* contenido en el Anexo I de las *Recomendaciones Anticohecho de 2009,* debe ser implementada de tal forma que no provea una defensa o excepción donde el servidor público extranjero solicite una extorsión. Adicionalmente, la *CNUCC* exige la criminalización de la solicitud de coimas por funcionarios públicos nacionales.

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y EL CRIMEN ORGANIZADO
Se terminó de imprimir en el mes de abril de 2017, en los talleres gráficos de SYRGOS S.A.C., Jr. Pachacútec N° 915, Lince-Perú.