

HÉCTOR OLASOLO
BEATRIZ GOENA VIVES
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Directores Académicos

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO
SOFÍA LINARES BOTERO

Coordinadoras

36

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Particular atención a la corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional

PARTE II

**Financiación ilegal de partidos políticos y
campañas electorales, delitos tributarios,
lavado de activos, delitos de favorecimiento
real y delitos de obstrucción a la justicia**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE
LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL**

**Particular atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional**

PARTE II

*Financiación ilegal de partidos políticos y campañas
electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de
favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia*

Volumen 36

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Particular atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional

PARTE II

*Financiación ilegal de partidos políticos y campañas
electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de
favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia*

Volumen 36

Directores Académicos

HÉCTOR OLASOLO
BEATRIZ GOENA VIVES
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Coordinadoras

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO
SOFÍA LINARES BOTERO



tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-457-1
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación de Colombia por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A María Juliana Conde Arias, Valentina Ramírez Barrera y Pedro Montaña Vélez, por su apoyo durante la preparación del manuscrito.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadoras	17
Autores.....	19
Abreviaturas.....	23
Prólogo	25
JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (ESPAÑA)	
Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre <i>Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional</i> , su Grupo de Derecho Penal y la presente obra colectiva.....	29
HÉCTOR OLASOLO (ESPAÑA/COLOMBIA)	
BEATRIZ GOENA VIVES (ESPAÑA)	
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (COLOMBIA)	
1. La financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales.....	53
CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ (BRASIL)	
ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA (BRASIL)	
WANESSA CARNEIRO MOLINARO FERREIRA SERAFIM (BRASIL)	
2. El delito tributario	95
BEATRIZ GOENA VIVES (ESPAÑA)	
3. El delito de lavado de activos	237
JUANA DEL-CARPIO-DELGADO (ESPAÑA)	
4. Los delitos de favorecimiento real: encubrimiento, receptación y testaferrato	313
BEATRIZ GOENA VIVES (ESPAÑA)	

5. A obstrução à justiça	425
BRUNO AMARAL MACHADO (BRASIL)	
PABLO RANGELL MENDES RIOS PEREIRA (BRASIL)	
ROGÉRIO AUGUSTO VIANA GALLORO (BRASIL)	
6. Conclusiones	465
HÉCTOR OLASOLO (ESPAÑA/COLOMBIA)	
BEATRIZ GOENA VIVES (ESPAÑA)	
DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL (ESPAÑA)	
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (COLOMBIA)	
7. Recomendaciones para América Latina y Colombia.....	525
HÉCTOR OLASOLO (ESPAÑA/COLOMBIA)	
BEATRIZ GOENA VIVES (ESPAÑA)	
DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL (ESPAÑA)	
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (COLOMBIA)	
Adéndum. El delito urbanístico asociado a la criminalidad organizada: principales retos y propuestas	565
JUAN PABLO PANTOJA RUIZ	
CAROLINA BENJUMEA CARDONA	

Directores Académicos

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Beatriz Goena Vives (España)

Doctora en Derecho Penal y Profesora acreditada como agregada en Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Investigadora posdoctoral María Zambrano en el marco del proyecto de la Unión Europea-NextGenerationEU.

Norberto Hernández Jiménez (Colombia)

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en Derecho Penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en De-

recho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que hace parte del Programa de Investigación 70593 de MinCiencias (Colombia) sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

Coordinadoras

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Estudiante de la maestría en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Consultora del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre Respuestas del Derecho Internacional a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

Sofía Linares Botero (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultora del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre Respuestas del Derecho Internacional a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Autores

Amaral Machado, Bruno (Brasil)

Profesor de los Programas de Graduación, Maestría y Doctorado en Derecho del Centro Universitario de Brasilia-Uniceub (Brasil). Investigador Asociado del Centro de Estudios de la Violencia-Departamento de Sociología de la Universidad de Brasilia. Máster en Sistema Penal Europeo y Problemas Sociales y Doctor en Derecho (especialidad en Sociología Jurídico-Penal) por la Universidad de Barcelona. Estudios posdoctorales en el Departamento de Sociología de la Universidad de Brasilia, con estancias de investigación en Fordham y John Jay (ORCID 0000-0002-7425-7066).

Benjumea Cardona, Carolina (España)

Abogada por la Universidad de la Sabana y estudiante de la especialización en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Abogada asociada de las áreas de Derecho Penal & Compliance en Deloitte Legal (Colombia).

Del-Carpio-Delgado, Juana (España)

Profesora Titular acreditada como catedrática de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). ORCID: 0000-0002-7392-9422.

Galloro, Rogério Augusto Viana (Brasil)

Ex Director General de la Policía Federal. Asesor Especial de la Presidencia del Supremo Tribunal Federal. Asesor Especial de la Presidencia del Tribunal Superior Electoral y Secretario de Justicia de la Nación. Agregado de Policía en la Embajada de Brasil en Washington, representó a las Américas en el Comité Ejecutivo de INTERPOL 2017/2021. Magíster en Derecho. Especializado en Relaciones Internacionales de la UnB, un MBA en Gestión de Políticas de Seguridad Pública de la FGV y es alumno de la Harvard Kennedy School en Seguridad Nacional e Internacional (ORCID 0000-0003-1931-9970).

Goena Vives, Beatriz (España)

Ver sección de directores académicos.

Hernández Jiménez, Norberto (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Japiassú, Carlos Eduardo Adriano (Brasil)

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Penal, Universidade Federal do Rio de Janeiro y Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordinador del Programa de Posgrado de la Universidade Estácio de Sá. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Presidente del Instituto Brasileños de Ejecución Penal.

Olasolo, Héctor (España)

Ver sección de directores académicos.

Rios Pereira, Pablo Rangell Mendes (Brasil)

Magíster en Derecho por el Centro Universitario de Brasília-Uni-CEUB (Brasil). Tiene especialización en Derecho Penal y Criminología de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul-PUCRS, Porto Alegre, Brasil. (ORCID 0000-0001-7894-3533).

Pantoja Ruiz, Juan Pablo (Colombia)

Estudiante de la Maestría en Derecho en la Universidad Católica de Lovaina (KU Leuven), Bélgica. Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia y Acreditado en Compliance por la International Federation of Compliance Associations (IFCA) y por la Universidad de Pensilvania.

Sansó-Rubert Pascual, Daniel (España)

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Criminólogo y Licenciado en Ciencias

Políticas y de la Administración por la misma universidad. Maestría en Seguridad por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente, secretario académico de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Secretario Académico del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (OCOT) de la Universidad de Salamanca (España) y profesor de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO sede Ecuador).

Serafim, Wanessa Carneiro Molinaro Ferreira (Brasil)

Juez federal de la Sección Judicial de Río de Janeiro, Brasil y master en Derecho Penal de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, UERJ.

Tavares Ferreira, Ana Lucía (Brasil)

Doctor en Derecho. Profesora del Programa de Posgrado de la Universidade Estácio de Sá. Primera Vicepresidente del Instituto Brasileños de Ejecución Penal.

Abreviaturas

ADUANAS	Superintendencia Nacional de Aduanas
BEPS	Erosión de la base imponible y traslado de beneficios
CCV	Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas
CDI	Convenios para evitar la Doble Imposición
CE	Comunidad Europea
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CF	Código Fiscal
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o Convención de Mérida
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo
COT	Crimen organizado transnacional
CP	Código penal
CPP	Código de procedimiento penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CT	Código tributario
CUAC	Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
DL	Decreto Legislativo
E.E.U.U.	Estados Unidos de América
FATCA	Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras
FCPA	Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos o <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FFI	Instituciones financieras extranjeras
FGN	Fiscalía General de la Nación de Colombia
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional

GL	Guía legislativa
GLCM	Guía legislativa para la aplicación de la CNUCC
GLCP	Guías legislativas para la aplicación de la CNUDOT y sus Protocolos
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal o Policía Internacional
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>
ISR	Impuesto sobre la renta
IVA	Impuesto al valor agregado
LA	Lavado de activos
LPT	Ley penal tributaria
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos u Organização dos Estados Americanos
PEP	Personas expuestas políticamente
PIB	Producto interno bruto
SEC	Security Exchange Commission
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
SUNAT	Superintendencia Nacional de Administración
TIC	Tecnologías de la información y las comunicaciones
TS	Tribunal Supremo de España
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
USC	<i>United States Code</i>
UTM	Unidades tributarias mensuales

Prólogo

Hace casi cuatro años, en agosto de 2020, el ilustre colega y apreciado amigo Héctor Olasolo me contactó a propósito de un ambicioso proyecto de investigación sobre corrupción asociada al crimen organizado transnacional. En plena paralización global como consecuencia de la pandemia del Covid-19, Héctor pretendía construir un amplio equipo de investigadores y embarcarse en un ambicioso proyecto multidisciplinar, para ofrecer respuestas novedosas y científicamente sólidas a aquella forma de criminalidad.

En este contexto, el profesor Olasolo necesitaba un penalista de trayectoria solvente y capaz de afrontar cuestiones complejas desde una perspectiva comparada. Tras reflexionar brevemente, no tuve dudas en recomendarle a mi discípula, la Dra. Beatriz Goena, seguro de que podría aportar valor añadido a un proyecto tan novedoso en método y contenido. Cuatro años después, he podido ver la obra que el lector tiene en sus manos para advertir con alegría que Beatriz es, junto con los profesores Héctor Olasolo y Norberto Hernández, coordinadora académica de aquella. Ahora bien, sobre todo me ha permitido constatar que el esfuerzo de numerosos investigadores, coordinado por ellos, ofrece a la comunidad internacional del derecho penal un resultado espectacular.

El libro que tengo el honor de presentar, fruto de un proyecto en el que se integran cuarenta expertos de diversas nacionalidades, tiene un mérito singular. Por un lado, recoge un estudio riguroso de la situación legislativa en diversos países. Por otro, propone soluciones a problemas comunes con base en la experiencia comparada. En efecto, durante casi cuatro años de trabajo ininterrumpido, los autores de este libro han analizado detenidamente el desarrollo legislativo de diferentes jurisdicciones, con especial atención al caso colombiano. Ello les ha permitido examinar los desafíos comunes e identificar las que, a su juicio, son mejores prácticas en la reacción estatal contra la delincuencia de la corrupción y el crimen organizado transnacional. Así, los capítulos que integran esta obra abordan las muy diversas facetas del fenómeno, poniendo claramente de relieve cuáles son los desafíos y las oportunidades de este difícil macro problema.

A estas alturas nadie desconoce que la delincuencia de la corrupción representa una amenaza tanto para la integridad de las instituciones públicas, como también para la justicia social y el desarrollo económico de las naciones. Además, su naturaleza transnacional, entremezclada con manifestaciones del crimen organizado, hace de ella un fenómeno particularmente complejo. En este contexto, estudios como el que tengo el gusto de presentar tienen la virtud de mostrar la importancia de la coordinación y cooperación internacional. Pero no sólo eso, a ello se añade en este caso un original enfoque de derecho comparado y una eminente vocación práctica. A mi juicio, la investigación jurídica, si pretende calificarse propiamente de tal, debe tender fundamentalmente a esto. En concreto, tiene que proponer soluciones adecuadas a la complejidad de los problemas reales, sin reducirlos a la medida de construcciones teóricas preconcebidas. Pues bien, tal cosa es imposible si no se intenta comprender la complejidad del mundo globalizado en el que vivimos; si no se adoptan perspectivas internacionales y multidisciplinarias, como las que han caracterizado el proyecto que ha dado a luz el libro que ahora presento.

A lo largo de los capítulos de esta obra, el lector podrá conocer la legislación y la jurisprudencia de diversos países de Iberoamérica, de España, de Italia y de los Estados Unidos, así como las recomendaciones de los organismos internacionales y regionales. No es fácil hallar estudios que ofrezcan una perspectiva de derecho comparado tan completa y que en los que esta, más allá de la mera erudición, se oriente de forma tan clara a ofrecer soluciones reales, en un interesante y enriquecedor diálogo entre países con distintas tradiciones. Ahora bien, incluso más allá de todo lo anterior, el volumen muestra otra característica que lo dota de un interés especial. A saber, que en él se abordan conductas delictivas tradicionalmente no vinculadas con la corrupción; de “corrupción *sui generis*”, si se quiere.

Así, un objeto singular de los capítulos que integran este libro son las conductas que favorecen (previamente), o bien ocultan y perpetúan (posteriormente) los actos de corrupción. Estas, pese a su importancia para materializar los gravísimos efectos de esta forma de criminalidad, solo han sido objeto de la legislación y de estudio por parte de la doctrina especializada en tiempos muy recientes. Como

resultado de ello, el lector encontrará un análisis detallado de manifestaciones de la delincuencia de la corrupción distintas del soborno o del cohecho en sentido estricto. En particular, del lavado de activos, los delitos tributarios, la financiación ilegal de partidos políticos, el encubrimiento o la obstrucción a la justicia. Como puede advertirse, cada uno de estos tipos de delito permite adoptar una perspectiva especial y, con ello, ofrecer una contribución valiosa al entendimiento del fenómeno global, subrayando la necesidad de un enfoque integral en la formulación de políticas y estrategias jurídicas.

Hace veintitantos años, con ocasión de la segunda edición de mi obra sobre la expansión del derecho penal, ubiqué la criminalidad organizada transnacional entre los objetos de un cuestionable «derecho penal de tercera velocidad». Con ello quise mostrar la necesidad de adoptar mecanismos legales específicos para afrontar los desafíos esenciales que los Estados democráticos tienen frente a sí. Tales mecanismos deben garantizar ciertamente la eficacia de los sistemas de justicia penal frente a las amenazas que trascienden fronteras y comprometen la estabilidad de sociedades enteras. Sin embargo, a la vez tienen que conservar las garantías que permitan que su contenido sea digno de seguir llamándose derecho penal. El reto no es menor. Con todo, el libro que el lector tiene en sus manos constituye una excelente respuesta a él. Por ello, la obra que aquí presento debe ser un obligado objeto de estudio para legisladores, aplicadores del derecho e investigadores jurídicos. La novedad de su enfoque, la calidad académica del grupo investigador en el que se ha gestado y la riqueza de su contenido la sitúan, desde luego, como una de las obras de referencia al respecto.

En Barcelona, al 30 de abril de 2024

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de derecho penal

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional*, su Grupo de Derecho Penal y la presente obra colectiva

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

(1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario.

(2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suel Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

(3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional del narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las

experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el derecho penal transnacional y el derecho internacional penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho

constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal>.
- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen>

men-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional.

– Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.

– Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.

– Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-fiinanciero-y-cambiario>.

– Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

– Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.

– Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthegague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y>

crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional.

– Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.

– Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.

– Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.

– Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.

– Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos>.

– Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848-Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/>

seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado.

– Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861-Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.

– Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software NetLogo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limi-

taciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

A. Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B. Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).

C. Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho

- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en ma-

teria civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).

D. Respuestas desde el Derecho Internacional

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E. Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A. Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).

- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
- La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B. Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C. El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).
- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).
- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprehensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

A. Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas

Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.

Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.

Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.

B. Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto

Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.

Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

C. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D. Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E. Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F. Recomendaciones en materia de financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G. Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

H. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I. Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J. Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K. Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M. Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO PENAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho penal (el Grupo) de la Red, en ejecución del Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho público comparado.

El Grupo es coordinado por los profesores Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817, y Norberto Hernández Jiménez (Colombia), en su condición de coinvestigador principal del Proyecto 71848 al cual se inscribe el Grupo. Así mismo, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de la joven investigadora y consultora Sofía Linares Botero (Colombia) y la consultora Ana María Martínez Agudelo (Colombia), ambas vinculadas a las Universidad del Rosario (Colombia).

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en al menos una de las cuatro obras colectivas desarrolladas desde agosto de 2020:

1. Amaral, Bruno (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
2. Amati, Enrico (Italia): Universidad de Udine (Italia)
3. Ariza, Libardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
4. Ballesteros Sánchez, Julio (España): Universidad de Salamanca (España)
5. Barón, Luca (Italia): Universidad de Udine (Italia)
6. Beguelín, José Raúl (Argentina): Procuraduría Buenos Aires (Argentina)
7. Blanco, Isidoro (España): Universidad de Alicante (España)
8. Cancio Meliá, Manuel (España): Universidad Autónoma de Madrid (España)
9. Carneiro Molinaro, Wanessa (Brasil): Universidad do Estado do Río de Janeiro (Brasil)

10. Del-Carpio-Delgado, Juana (España): Universidad Pablo de Olavide (España)
11. Collantes Camacho, Juan Carlos (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
12. de la Cuesta, José Luis (España): Universidad del País Vasco (España)
13. Dias, Leandro (Argentina): Universidad de Wurzburg (Alemania)
14. Figueroa Ochoa, Juan Sebastián (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
15. Galloro, Rogerio (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
16. Gil Nobajas, María Soledad (España): Universidad de Deusto (España)
17. Goena, Beatriz (España): Universidad Pompeu Fabra (España)
18. Japiassú, Carlos (Brasil): Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil)
19. Jiménez Jiménez, Daniel Fernando (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
20. León Tamayo, Fernando (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
21. López Velásquez, María Paula (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
22. Matus, Jean Pierre (Chile): Universidad de Chile (Chile)
23. Naval Linares, Virginia (Perú): Abogada (Perú)
24. Odriozola, Miren (España): Universidad del País Vasco (España)
25. Pantoja Ruiz, Juan Pablo (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
26. Prado, Víctor (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

27. Romero Espinosa, David Ricardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
28. Ramírez Moncayo, Andrés Fernando (Colombia)
29. Rangell, Pablo (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
30. Santos Prada, Andrea (Colombia): Universidad Cooperativa (sede Santa Marta, Colombia)
31. Sansó-Rubert Pascual, Daniel (España): Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España)
32. Scoletta, Marco (Italia): Universidad de Milano (Italia)
33. Szenkman, Agustina (Argentina): Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas (Buenos Aires, Argentina)
34. Tavares Ferreira, Ana Lucía (Brasil): Universidad Estácio de Sá (Brasil)
35. Taverriti, Sara (Italia): Universidad de Milano (Italia)
36. Trevejos Núñez, Jessie (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
37. Valdez Silva, Francisco (Perú): Abogado (Perú)
38. Vargas, Ligia (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
39. Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia): Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)
40. Yshii Meza, Luis (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
41. Zúñiga Rodríguez, Laura (España/Perú): Universidad de Salamanca (España)

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de las cuatro obras colectivas que ha llevado a cabo.

Además, el día 11 de octubre de 2022 celebró un seminario virtual abierto para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede seguir en el siguiente enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 3 del Programa 70593.

El Seminario fue coordinado académicamente por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez, y administrativamente por Sofía Linares Botero, abordando las siguientes temáticas:

Panel 1: Respuestas desde el derecho penal general:

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: causas para su aceptación o rechazo
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialidades en materia de actos preparatorios punibles, tentativa y formas de autoría y participación
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Especialidades en materia de penas principales y accesorias y de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes
- Sistemas de cumplimiento penal para las personas jurídicas que incurrir en actos de corrupción pública o privada causados por el crimen organizado transnacional
- Las amnistías y los indultos por delitos de corrupción otorgados de manera graciable por el gobierno

Panel 2: Respuestas desde el derecho penal especial:

- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y en el sector privado
- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas
- La malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público
- Los delitos electorales (incluyendo financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales)

- Los delitos tributarios, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito

Además, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez en diversos seminarios internacionales, incluyendo:

1. El III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.

2. La X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional², celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

3. El Seminario Internacional celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Pontificia Universidad Javeriana bajo el título “Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: presentación de resultados del Proyecto 71848”, cuya grabación se puede seguir en el enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 19 del Programa.

Finalmente, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido presentadas a la Dirección General “Dirección de Política Criminal y Penitenciaria” del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Javeriana.

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

La presente obra analiza el desarrollo e implementación de herramientas legislativas de tipo penal presentes en diferentes jurisdicciones, enfocadas en combatir la corrupción. Como se ha observado a lo largo de la investigación, no fue hasta el siglo XXI que inicio una “ola” de actualización normativa de manera generalizada, como respuesta a la identificación de conductas autónomas o dependientes a la corrupción, pero que, innegablemente, poseen la capacidad de apoyar, potenciar y sostener las conductas clásicas de corrupción.

Uno de los puntos centrales respecto a la identificación de estas “nuevas” conductas delictivas ha girado alrededor de la determinación de los bienes jurídicos afectos por estas. Si bien es cierto que la corrupción puede afectar la materialización de principios clásicos como la igualdad/redistribución y la equidad/justicia, también es cierto que, debido a la evolución de esta y la cooptación cada vez mayor de diferentes áreas del Estado, se ha logrado identificar la vulneración de otros intereses o bienes jurídicamente relevantes dentro de ámbitos electorales, tributarios, financieros, entre otros, a partir del análisis de estas nuevas conductas tipificadas.

Lo anterior responde a lo que los investigadores han catalogado como una relación simbiótica entre la clase política y los grupos de criminalidad organizada, en la cual los primeros ofrecen servicios, una vez estos alcanzan posiciones dominantes dentro del sistema público, mientras que los segundos apoyan la materialización de este objetivo. En esa medida, se genera un ciclo en el que uno apoya al otro y mantienen una especie de equilibrio a través del que buscan maximizar ganancias personales, usualmente atadas a la consolidación del poder, a costas de recursos e intereses colectivos.

Otro de los elementos que le suma a la complejidad de esta situación se identifica con la naturaleza transnacional que estas relaciones han adquirido. Esto ha generado, que, como se evidencia en la presente obra, las herramientas y tácticas de combate en contra de la criminalidad organizada requieran de mayores grados de coordinación y cooperación internacional. Lo que ha evidenciado la falta de voluntad o capacidad, en algunos casos, de ejecutar los cambios pertinentes.

En esa medida, el presente volumen se ha centrado en analizar el desarrollo legislativo de diferentes países latinoamericanos, haciendo énfasis en el caso colombiano, y otros sistemas no latinoamericanos. Puntualmente, el trabajo desarrollado se ha enfocado en estudiar la tipificación de conductas delictivas complejas en los ordenamientos analizados, reseñando los estándares internacionales relacionados con esta materia y su implementación en diferentes jurisdicciones.

Siguiendo esta línea de ideas, Japiassú et al., desarrollan en el Capítulo 1 un análisis frente a la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales. Uno de los elementos centrales trabajados por los autores se relaciona con la diferenciación entre la corrupción política y administrativa, en la medida en que ambas hacen parte del género “corrupción pública”. Sumado a esto, se indica que la corrupción política puede ser separada en dos clases dependiendo del tipo de beneficio que se busque obtener, bien sea individual o colectivo. Este último es identificado por los investigadores como una de las manifestaciones más graves de corrupción pues uno de sus principales efectos es la pérdida de legitimidad de los sistemas democráticos y la desincentivación ciudadana por el control y la participación en el sistema.

Por su parte, Goena, en el segundo capítulo de esta obra, centra su trabajo en diferentes delitos tributarios, centrándose en: la defraudación fiscal, el delito contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario. En este punto, como indica la investigadora, existe una discusión acerca del reconocimiento del bien jurídico tutelado por este tipo de delitos pues existen dos posiciones predominantes. Así, dependiendo de cual se elija el examen de antijuridicidad y, por lo tanto, la asignación de responsabilidad cambiará sustancialmente, demostrando la necesidad de unificar conceptos alrededor del bien protegido.

En el capítulo 3, Del-Carpio-Delgado se ocupa del delito de lavados de activos, el cual es descrito como un proceso que busca darle apariencia de legalidad a los bienes de origen ilícito. El especial interés alrededor de este delito se relaciona, pero no se limita, al aumento de casos de desvío de fondos destinados a la ejecución de políticas asistencialistas o el sobre costo de los bienes necesarios para su materialización. Nuevamente, en este capítulo se evidenciará una controversia alrededor del reconocimiento del bien jurídico, esto en

la medida en que algunos autores consideran que no existe bien jurídico afectado por la conducta de lado, mientras que la investigadora sostendrá que el bien jurídico tutelado se relaciona con el orden económico y social.

El cuarto capítulo, desarrollado por Goena, se ocupa de una serie de delitos de favorecimiento, y en esa medida subsidiarios, de otras conductas delictivas. Puntualmente, la investigadora trabajó los delitos de encubrimiento, receptación y testaferrato. Como es descrito en el capítulo, estas formas delictuales pretenden “proteger” del decomiso los bienes relacionados con otros delitos, por lo que son clasificadas como de favorecimiento real. En esa medida, la autora resalta el valor de la persecución de estas conductas como un medio para disminuir la capacidad de encubramiento y fortaleza de las redes de finanzas criminales.

Finalmente, Machado et al., en el capítulo 5, cierran esta obra con un análisis de cinco conductas encaminadas a favorecer personalmente a aquellos involucrados en investigaciones penales. La primera conducta analizada es la genérica “obstrucción a la justicia”: tras su estudio, los investigadores inician a trabajar sobre conductas más específicas relacionadas con el crimen organizado revisando las conductas de coacción en el curso del proceso, el fraude procesal y el falso testimonio o peritaje, para finalmente cerrar con la obstaculización de la investigación de un delito que involucre a una organización criminal.

El volumen concluye con los capítulos 6 y 7 donde los directores académicos de la obra, con la colaboración de Sansó-Rubert, sistematizan las principales conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia realizadas por los autores a lo largo de los distintos capítulos, y con el interesante adendum escrito por Pantoja & Benjumea sobre los principales retos que presenta en la actualidad el delito urbanístico asociado a la criminalidad organizada. Temática esta última que, sin duda, merece continuar profundizándose en futuros trabajos de investigación.

En Bogotá (Colombia) y Barcelona (España), a 25 de enero de 2024

**HÉCTOR OLASOLO, BEATRIZ GOENA VIVES
& NOBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

1. La financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ*

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA**

WANESSA CARNEIRO MOLINARO FERREIRA SERAFIM***

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción ha sido tradicionalmente definida como un delito común cometido por funcionarios deshonestos o “comportamiento de personas con tareas públicas o privadas que lesionan sus obligaciones para lograr ventajas injustificadas”, caracterizado por “[...] abuso de poder o irregularidad cometida en un proceso de toma de decisiones a cambio de un incentivo o ventaja indebidos” (De la Mata Barranco, 2016).

Sin embargo, el concepto jurídico penal tradicional de corrupción ha resultado insuficiente en vista del carácter estructural y sistémico de la llamada corrupción mayor (o corrupción a gran escala)¹,

* Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Penal, Universidade Federal do Rio de Janeiro y Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordinador del Programa de Posgrado de la Universidade Estácio de Sá. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Presidente del Instituto Brasileños de Ejecución Penal.

** Doctor en Derecho. Profesora del Programa de Posgrado de la Universidade Estácio de Sá. Primera Vicepresidente del Instituto Brasileños de Ejecución Penal.

*** Juez federal de la Sección Judicial. de Río de Janeiro, Brasil y master en Derecho Penal de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, UERJ.

¹ La corrupción a gran escala o corrupción mayor consiste, según la Guía de Transparencia Internacional, en “actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común.” (Transparencia Internacional, 2009, p. 23). Por otro lado, Rodríguez (2020) define la Gran Corrupción como actos cometidos en los niveles más

lo que requiere una redefinición normativa que esté a la altura del verdadero alcance del fenómeno, incluido un elemento contextual (con énfasis en las conductas practicadas a nivel estatal y corporativo).

Además, existe una tendencia hacia la internacionalización de la corrupción que se deriva de la propia evolución de la economía globalizada y del desarrollo de las nuevas tecnologías (De la Cuesta Arzamendi, 2003; Japiassú, 2007; Céré & Japiassú, 2019).

El carácter internacional del fenómeno también se ve reforzado por el hecho de que la corrupción representa un instrumento de conexión estructural entre el crimen organizado transnacional (COT) y las autoridades, que permite la captura del Estado por parte de poderosos actores económicos, impidiendo la distribución justa de los bienes públicos en la sociedad (Olasolo, 2021).

Uno de los principales instrumentos de captura del Estado es la corrupción política, a través de la cual se promueve la sustitución de la resolución legítima y públicamente aceptada de conflictos de intereses de individuos o grupos por el dominio de un individuo o grupo en particular, lo cual, a menudo, se inserta en amplias redes del COT.

La corrupción política es un tipo de corrupción pública en la que intervienen personas que acceden al ejercicio de la administración pública mediante elecciones o designación personal derivada de un partido político (de la Mata Barranco, 2016)².

Así, es necesario distinguir la corrupción política, llevada a cabo por personas que ocupan cargos de elección popular o que genera responsabilidad hacia los ciudadanos, de la corrupción administra-

altos del gobierno, que importan la distorsión de las políticas o funciones del Estado y que permiten a los líderes beneficiarse del bien común.

² En el mismo sentido, Bustos Gisbert (2013) señala que el tipo propuesto por Gambetta (2002 —que involucra a tres agentes en lugar de dos, como ocurre en una operación comercial simple, a saber: el Fideicomitente (t), el fiduciario (F) y el Corruptor (C)— se aplica perfectamente a la corrupción política. En esta perspectiva habrá corrupción política cuando F (político), que administra los intereses como consecuencia de una relación d y confianza con el pueblo (T), viole las normas de conducta establecidas por un precio pagado por un corruptor (C).

tiva, que es llevada a cabo por quienes no se encuentran en esta situación, y consiste en la transferencia ilegítima de recursos de un fin legítimo a otro, ajeno a los fines del servicio público, practicada por un sujeto que actúa en el ejercicio de las funciones públicas.

El concepto de corrupción política implica también una subdivisión, que distingue la corrupción política genérica, en la que el sujeto desvía la toma de decisiones con un interés espurio centrado en el beneficio personal para sí mismo o para el tercero; y la corrupción política en sentido estricto, cuando el interés espurio es colectivo, en beneficio de una organización política en particular.

Esta última se considera la forma más grave de corrupción política, ya que afecta a las estructuras mismas del sistema democrático (Benítez Ortúzar, 2021), generando la pérdida de legitimidad tanto de los partidos políticos ante el electorado, como de las instituciones en las que operan los funcionarios públicos, lo que, a su vez, provoca una baja participación en las elecciones para cargos públicos y la falta de interés en la vida política. Por lo tanto, el costo de este tipo de corrupción es el daño causado a los propósitos del proceso democrático y al desarrollo de la cultura política (Cock, 2021).

La corrupción política ha afectado a las instituciones democráticas latinoamericanas, especialmente la corrupción electoral, caracterizada por la llamada captura del Estado a través de la financiación ilícita de partidos y campañas electorales, con el fin de obtener beneficios económicos a través de la influencia en la formulación de leyes, reglamentos y políticas públicas que no se corresponden con las expectativas y necesidades de la mayoría de los ciudadanos.

Además, el intercambio de ventajas ilícitas otorgadas a los cargos públicos (especialmente a través de la financiación de partidos políticos), a cambio de contratos rentables con empresas públicas, garantías incumplimiento de las obligaciones fiscales e impunidad penal, entre otras cosas, contribuye al fortalecimiento de la conexión estructural entre el COT y las autoridades (ejecutivas, legislativas y judiciales).

La corrupción política se materializa en diversas actividades políticas, es decir: (a) mediante la violación de la pureza del sufragio, con actividades corruptas para llegar a dirigir las entidades gubernamentales; (b) a través de la articulación de redes clientelares por parte de

los partidos políticos para perpetuarse en el poder; y (c) mediante la financiación irregular de los partidos políticos.

En este sentido, el presente capítulo aborda las respuestas jurídico-criminales a la corrupción política, tratando específicamente la criminalización autónoma de la financiación irregular de los partidos políticos y las campañas electorales, en la perspectiva de la lucha contra el COT.

En la sección 2, se analizará la regulación internacional sobre la materia, a nivel universal y regional, buscando identificar mecanismos directa o indirectamente relacionados con esta cuestión en los principales instrumentos anticorrupción. A continuación, en la sección 3, se abordarán las reformas legislativas que promovieron la criminalización de la financiación irregular de los partidos políticos y de las campañas electorales en los sistemas jurídicos no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) que se toman de referencia en la presente obra colectiva, buscando identificar especificidades relacionadas con el COT.

En la sección 4 se estudia la experiencia colombiana en la criminalización de la corrupción política, analizando las figuras típicas relacionadas con la financiación electoral introducidas en el CP colombiano por la Ley 1864 de 2017, para pasar a abordar en la sección 5 las posibilidades y desafíos del tratamiento penal de la corrupción política en relación con el COT en el contexto latinoamericano.

Finalmente, en la sección 6 de conclusiones, se presenta un resumen de los debates centrales sobre las respuestas del derecho penal a la corrupción política y las cuestiones en las que parece necesario profundizar en futuras investigaciones. Además, se recomienda la adopción de dos grupos de medidas: el primero para responder a ciertas problemáticas generales identificadas en América Latina, y el segundo para abordar ciertas cuestiones que afectan específicamente al sistema colombiano.

2. CORRUPCIÓN POLÍTICA Y DERECHO INTERNACIONAL

La globalización de la corrupción y su vínculo con el COT puede ser considerada hoy uno de los temas que mayor interés despiertan

en la comunidad internacional, lo que ha llevado a aprobar varios tratados internacionales y regionales, que abordan la corrupción política y, más específicamente, las normas sobre la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales

2.1. Corrupción política en la normativa internacional

La definición de corrupción política no se encuentra en las normas internacionales, pero se pueden identificar varias disposiciones que contribuyen a la formación de un marco jurídico internacional a partir del cual es posible delimitar la corrupción pública y, más específicamente, la corrupción política.

Aunque varios instrumentos internacionales se han ocupado de la corrupción desde la década de 1990, bajo la influencia del derecho estadounidense, la corrupción política ha sido un tema abordado solo colateralmente. De hecho, ni siquiera se menciona en la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Transnacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (Convención OCDE) (1997), considerada el hito inaugural de la política criminal internacional contra la corrupción, y donde se adopta un concepto amplio de funcionario público, que incluye a toda persona nombrada o elegida para cualquier cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000), es el primer documento internacional en reconocer expresamente la conexión entre la corrupción y el COT, proporcionando el marco jurídico necesario para la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero, entre otros delitos. Contiene además disposiciones destinadas a combatir la estrecha relación entre la delincuencia organizada y la captura del Estado, imponiendo en el art. 8(b) a los Estados la obligación de tipificar como delito la conducta de un funcionario público que busque o acepte, directa o indirectamente, un beneficio indebido para sí o para otra persona o entidad, con el fin de practicar o abstenerse de realizar un acto en el desempeño de sus funciones oficiales. Sin embargo, la

Convención de Palermo no se refiere específicamente a ninguno de los tipos de corrupción política, restringiendo las hipótesis contempladas a la corrupción administrativa o burocrática.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003), recoge, a su vez, en el art. 6(4), una recomendación dirigida a los Estados para adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas a fin de aumentar la transparencia de la financiación de las campañas políticas y, cuando proceda, de los partidos políticos. Además, define en el art. 2(a) y (b) al funcionario público como toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, y al funcionario público extranjero como toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero. Con ello, la CNUCC establece un ámbito subjetivo de amplia aplicación³.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que existe una tendencia incipiente a incluir la corrupción política en los tratados internacionales anticorrupción, a pesar de que el tema se solo se ha abordado periféricamente en disposiciones que contienen recomendaciones para la adopción de medidas administrativas. Además, la corrupción política también es parte de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, como uno de los 17 puntos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que vincula la construcción de instituciones democráticas sólidas con la lucha contra la corrupción.

2.2. Corrupción política en la normativa regional

El enfoque de la corrupción política es escaso en el Derecho internacional de ámbito regional, tanto en el marco de la Organización

³ Todavía a nivel mundial, la Convención sobre la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales adopta un criterio aún más amplio cuando se trata del concepto de funcionario público, incluida toda persona designada elegida para cualquier cargo administrativo o judicial en un país extranjero, independientemente de la legislación del Estado extranjero afectado. (De la Cuesta Arzamendi, 2003).

de los Estados Americanos (OEA), como en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea (UE).

En la OEA, esta cuestión no es abordada expresamente, ni en el Programa Interamericano de Lucha contra la Corrupción (1996), ni en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996), si bien el art. 1, párrafo segundo, de esta última define a un funcionario público como “cualquier funcionario o empleado de un Estado o de sus entidades, incluidos aquellos que han sido seleccionados, nombrados o elegidos para realizar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Con ello, se acoge un enfoque amplio que incluye a los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo (Ramina, 2009).

Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Comunicación publicada en diciembre de 2019 sobre temas interamericanos sobre corrupción y derechos humanos (OEA, 2019: 370; 389), ha subrayado la relación entre los órganos de control electoral y los partidos políticos y la corrupción, destacando que la financiación fraudulenta de la política, la compra de votos y el clientelismo político son las principales formas de corrupción política, que deben ser erradicadas por el Estado a través de medidas normativas de control de los partidos políticos.

En la misma línea, los Jefes de Estado reunidos en la VIII Cumbre de las Américas (2018) se comprometieron, en el llamado Compromiso de Lima, a promover la adopción y el fortalecimiento de medidas que promuevan la transparencia, la rendición de cuentas, una contabilidad adecuada y el registro de los ingresos y gastos de las organizaciones y partidos y campañas políticas, asegurando el origen lícito de las contribuciones, así como el castigo por recibir contribuciones ilícitas⁴.

La misma tendencia se observa dentro de las instituciones europeas, tanto en la normativa del Consejo de Europa como en el marco jurídico de la UE. Así el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999) se ocupa de la corrupción de los miem-

⁴ OEA. El compromiso de Lima. Gobernabilidad democrática frente a la corrupción. VIII Cumbre de las Américas. (2018)

bros de las asambleas legislativas nacionales (art. 4) y extranjeras (art. 6), así como de los miembros de las asambleas parlamentarias internacionales (art. 10), remitiendo el concepto de funcionario público a las leyes nacionales, en lugar de adoptar un enfoque armonizador.

A pesar de no haber sido mencionado en la Convención Penal el tema fue objeto de regulación específica en la Resolución 97(24) del Consejo de Europa, que trata de las Veinte Directrices Principales para la lucha contra la corrupción, y en la Recomendación Rec(2003)4 del propio Consejo. De esta manera, de conformidad con el principio 15 de la Resolución 97 (24), debe promoverse la adopción de códigos de conducta para representantes electos y normas de financiación de los partidos políticos y las campañas electorales,

Así mismo, la Recomendación 1516 (2001) del Consejo, sobre la financiación de los partidos políticos, busca promover que el Comité de Ministros adopte normas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales.

En cuanto a la Rec(2003)4, esta establece algunas normas generales sobre medidas para la prevención de la corrupción en la financiación de partidos políticos y campañas electorales, como limitar las donaciones a partidos y el gasto asociado a las campañas electorales, además de establecer que la violación de estas normas genera la imposición de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias.

Dentro de la UE, el Convenio sobre la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades de la Unión Europea aborda la necesidad de una armonización legislativa para combatir la corrupción, sin ninguna disposición que se refiera expresamente a la corrupción política.

Por otra parte, la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, titulada “una política global de la UE contra la corrupción” (COM,2003: 317), establece, entre los principales elementos de una futura política de lucha contra la corrupción, la «intensificación de la lucha contra la corrupción política y la financiación ilegal de los agentes sociales y otros grupos de interés», promoviendo la preparación de un estudio para analizar la naturaleza de los ámbitos de interacción entre el sector público y los partidos políticos, y promo-

ver la transparencia en la financiación del gasto electoral (Comisión Europea, 2003).

Además, el Reglamento (CE) n° 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el Estatuto y la Financiación de los Partidos Políticos a escala europea, no contiene ninguna referencia a la legislación sancionadora (comunitaria o nacional), si bien establece una serie de obligaciones y prohibiciones para los partidos políticos (Martín, 2006).

Sin embargo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye la corrupción y la delincuencia organizada entre los delitos especialmente graves con una dimensión transfronteriza, lo que permite al Parlamento y al Consejo Europeos establecer, mediante directivas, normas mínimas que regulen la definición de dichas infracciones penales.

2.3. Análisis comparativo entre los ámbitos universal y regional

Existe una tendencia generalizada a reconocer el vínculo entre la corrupción, especialmente la corrupción política, y el COT. Además, la necesidad de aplicar medidas concretas contra la corrupción política se ha puesto de relieve en los instrumentos internacionales anticorrupción de ámbito universal y regional, especialmente en lo que se refiere a las medidas para controlar y limitar la financiación de los partidos políticos.

Sin embargo, los instrumentos internacionales que promueven la criminalización de la corrupción (incluyendo las conductas de los legisladores y del sector privado), y la armonización con respecto a la sanción de las prácticas corruptas, no hacen referencia a la tipificación de las violaciones a las normas de financiación política.

Además, las disposiciones sobre financiación política incluidas en los instrumentos internacionales se limitan a establecer principios y normas genéricas e imprecisas, dejando el desarrollo de su regulación en manos de los órganos supranacionales que actúan en el marco de las respectivas convenciones.

Por lo tanto, está claro que, aunque la sociedad internacional ha reconocido hace mucho tiempo el vínculo entre la corrupción política, especialmente la financiación ilegal de los partidos políticos, y el COT, esta percepción no se refleja en la promoción de la criminalización, la armonización o la cooperación judicial, como es el caso, por ejemplo, de la corrupción privada.

A falta de una referencia normativa internacional específica, se amplía el margen de discrecionalidad de los legisladores nacionales respecto de las decisiones sobre la criminalización de la financiación irregular de los partidos políticos, lo que ha llevado a reformas legislativas guiadas por diferentes modelos teóricos, con figuras típicas, bienes jurídicos y alcances totalmente distintos. Además, esta falta de armonización de las legislaciones nacionales termina, a su vez, siendo un obstáculo para la implementación de los mecanismos de cooperación judicial internacional, lo que dificulta la respuesta a la corrupción asociada al COT.

3. SISTEMAS NACIONALES NO LATINOAMERICANOS: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

En esta sección abordamos el tratamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales. Esto es particularmente relevante porque, como los sobornos pueden pagarse mediante la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales, algunos organismos encargados de hacer cumplir la ley consideran que el delito de financiación ilegal de un partido político es una herramienta central para combatir la corrupción.

3.1. España

La Ley Ordinaria 1, de 30 de marzo de 2015, introdujo en el CP español los delitos de financiación ilícita de partidos políticos, a través de los arts. 304 bis y 304 ter, en un nuevo título XIII *bis* sobre “los delitos de financiación de los partidos políticos”. Este título es inmediatamente posterior al que trata los delitos contra la propiedad y contra el orden socioeconómico.

Hasta la introducción del nuevo tipo penal, los tribunales españoles aplicaban otros tipos penales como el blanqueo de capitales, la asociación ilícita, los delitos electorales, la corrupción, las falsedades, entre otros, como ocurrió, por ejemplo, en el caso Filesa, en el que el Tribunal Supremo condenó a ocho de los once acusados por delitos de falsedades, asociación ilícita y contra la Hacienda Pública (Martín, 2006).

La decisión legislativa de tipificar como delito la financiación ilícita de los partidos políticos refleja la alarma social producida por una serie de escándalos relacionados con la corrupción política y se basa en el reconocimiento, por parte de la mayoría de la doctrina, de la necesidad de proteger un bien jurídico autónomo, aunque no se pongan de acuerdo sobre sobre cuál debería ser el mismo (De la Mata Barranco, 2016) (Arnau, 2015).

Así, una parte de la doctrina justifica la introducción del nuevo tipo penal debido a la necesidad de proteger el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, guiado por la transparencia en su financiación, la igualdad de oportunidades para todas las orientaciones políticas y la necesaria confianza de los ciudadanos en el sistema político.

Sin embargo, un segundo grupo de autores señalan como bienes jurídicos de referencia para el nuevo delito las funciones constitucionales de los partidos políticos, consagradas en el art. 6 de la Constitución Española, a saber: la expresión del pluralismo político, la formación y manifestación de la voluntad popular y el ser un instrumento fundamental de participación pública.

El debate no se restringe a los aspectos teóricos de la cuestión, ya que la primera posición sostiene que incluso conductas que violan, en principio, la democracia interna de los partidos, terminan presentando trascendencia externa, afectando el correcto funcionamiento del sistema político en su conjunto. Por su parte, la segunda posición restringe la aplicación del derecho penal, al condicionar la criminalización a la demostración de que la conducta tuvo una trascendencia fuera del partido, afectando la manifestación de la voluntad popular y la democracia misma (Odrizola Gurrutxaga, 2018).

En el art. 304 bis⁵ del CP español, el legislador utilizó una norma penal en blanco para establecer como conducta típica la recepción de cantidades destinadas a partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores en contravención del art. 5 de la Ley Orgánica 8/2007 (LOFPP) (Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. Boletín Oficial del Estado, 160).

Según esta disposición, los partidos no pueden aceptar o recibir directa o indirectamente: (a) donaciones asociadas a una finalidad concreta, revocables o condicionales; (b) donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales (excepto bienes inmuebles aceptados mediante certificación expedida por el partido en la que se haga constar la identificación del donante y el documento público u otro documento que acredite la entrega del

⁵ El art. 304 bis del CP español señala lo siguiente: “1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5. Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido. b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7. Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros. 3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. 4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores. 5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre 1995; Código Penal. 24 de noviembre de 1995.

bien donado haciendo mención expresa del carácter irrevocable de la donación); y (c) donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

La conducta típica consiste en recibir o entregar por sí misma, o por una persona interpuesta, donaciones o aportes destinados a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores en violación de lo dispuesto en el art. 5.1 de la LOFPP (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

En cuanto al sujeto activo de delito (quien entrega) es la persona física o jurídica que directamente realiza la donación o aportación al partido político, o que se sirve de otra para realizarla. Por su parte, el sujeto pasivo (quien recibe) debe ser una persona que tenga la capacidad legal para recibir donaciones en nombre y a favor del partido político (ya sea su representante, el responsable de la gestión económica y financiera, el presidente, el secretario general y otras personas calificadas que tengan vínculos con el partido) (Sáinz-Cantero Caparrós, 2016).

Con respecto al objeto material, el legislador limitó el nuevo tipo penal a la financiación de origen privada, enumerando algunas conductas específicas. Son ilícitas todas las donaciones anónimas (LOFPP art. 14.5). Los partidos tienen el deber de identificar todas las donaciones a fin de que el Tribunal de Cuentas pueda fiscalizarlos. También son ilícitas las donaciones finalistas, es decir, las que se destinan a objetivos concretos, y las donaciones revocables. Se tipifican igualmente las donaciones de más de 50.000 euros y/o las provenientes de personas jurídicas (Pérez Rivas & Sanjurjo Rivo, 2020).

En cuanto al tipo subjetivo, el legislador optó por sancionar exclusivamente las conductas dolosas, de forma que aquel que recibe o aquel que entrega la donación o aporte debe saber que el destino de esta es el partido político (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

La sanción prevista para el tipo básico del art. 304 bis del CP (párrafo 1) es una multa equivalente a tres veces hasta el quintuplicado del monto de la donación. No hay previsión de pena privativa de libertad. Por su parte los numerales 2 y 3 de esta disposición detallan cuestiones relacionadas con los montos involucrados en la conducta, mientras que el numeral 4 se refiere a que se refiere a se impondrán

las mismas penas a quienes realicen las donaciones o aportaciones de manera directa, o indirectamente a través de persona interpuesta. Finalmente, el número 5 del mismo artículo establece la aplicación de la sanción a las personas jurídicas.

El art. 304 *ter* establece la figura de la participación a través de estructuras u organizaciones que se centren en la financiación de partidos, federaciones, coaliciones o grupos electorales, sin perjuicio de cualquier otra sanción prevista en la ley. Los números 2 y 3 del art. establecen los motivos para aumentar la pena⁶.

Cabe señalar que, según el ordenamiento jurídico español, los partidos políticos pueden ser considerados responsables de los delitos de financiación ilícita de partidos políticos, a partir de lo previsto en la Ley Orgánica No 7 de 2012, que viabilizó la responsabilidad penal de los partidos políticos. Según León Alapont “La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, ‘excluía de la exclusión’ a los partidos políticos, haciéndolos destinatarios de un modelo de responsabilidad penal inicialmente ideado para empresas”.

Además, la LO 3/2015 introdujo en el art. 9 de la LO 6/2022, reguladora de los partidos políticos, la obligación de implantar en las formaciones políticas un programa de cumplimiento normativo (instrumento de autorregulación originado en el entorno empresarial), que puede conllevar la mitigación o exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica (2019: 148).

⁶ El art. 304 *ter* del CP español señala lo siguiente: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

3.2. Italia

El delito de financiación ilícita de los partidos políticos se introdujo en la legislación italiana a través del art. 7.3 de la Ley 195 de 25 de mayo de 1974, que se ocupa del aporte del Estado a la financiación de los partidos políticos (*dell'illecito di finanziamento di partiti*), el cual ha sido posteriormente modificado por las leyes 13 de 2014 (Decreto Ley 149 de 2013 convertido en la Ley 13 de 2014) y 3 de 2019 (conocida como *Legge Spazzacorroti*) (Coduti, 2020).

El art. 7.3 de la Ley 195 de 1974 establece la prohibición de entrega y recepción de financiación a favor de partidos políticos y grupos de parlamentarios, salvo aportes no prohibidos por ley que sean aprobados por el órgano competente y registrados regularmente en el estado financiero. La pena impuesta en caso de incumplimiento es de reclusión de 6 meses a 4 años, y de multa de hasta tres veces el valor de la contribución.

Además, establece que no es posible en ningún caso que los partidos políticos o las agrupaciones parlamentarias puedan ser financiadas por organismos públicos, entidades públicas, empresas con participación de capital público superior al 20% o controladas por capital público (aunque sean de carácter privado), cooperativas y consorcios sociales.

De hecho, la enmienda legislativa aprobada en 2013 (Decreto Ley 149 de 2013 convertido en la Ley 13 de 2014) abolió por completo la financiación pública de las actividades de los partidos políticos y de las campañas electorales, prohibiendo el reembolso de los gastos del partido y de los candidatos.

Por otro lado, el art. 10 del Decreto Legge 149 de 2013 solo permite contribuciones y donaciones de particulares por valor de hasta 100.000 euros anuales. Además, a Ley No. 3 de 2019 (*Legge Spazzacorroti*) ha sometido a las fundaciones privadas asociadas con los partidos políticos al mismo régimen restrictivo, haciendo ilícitas las donaciones hechas a estos últimos a través de sus fundaciones (Bramdimarti, 2022).

En consecuencia, a la luz de lo anterior, se puede afirmar que el hecho típico tiene una triple configuración, distinguiendo (a) la

financiación pública (totalmente prohibida); (b) la financiación corporativa oculta (que o bien no ha sido aprobada por los órganos competentes de la persona jurídica correspondiente, o bien no ha sido registrada regularmente en su balance); y (c) la financiación por montos superiores a los establecidos. Todas las conductas descritas en el tipo presuponen la transferencia y la aceptación de la contribución. Sin embargo, la financiación oculta sólo se considera configurada cuando se produzca el incumplimiento de las obligaciones de ser primero aprobada por el órgano social correspondiente y luego registrada regularmente en el balance (Forzati, 1996).

En cuanto a la prohibición del pago de fondos públicos, se trata de un delito propio. El sujeto activo viene determinado bien por la fórmula de prohibición absoluta (queda prohibida la financiación o aportaciones de cualquier forma) como por la enumeración de entidades públicas (organismos de la administración pública, organismos públicos, empresas con participación superior al 20% del capital público o sociedades controladas por estas últimas (sin perjuicio de su carácter privado)). En otras modalidades, el crimen es común.

Los bienes jurídicos protegidos son el patrimonio público, la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración pública, buscando limitar la constante influencia política del partido sobre el ejercicio de la discrecionalidad administrativa (Forzati, F, 1996). Se trata, por tanto, de una figura típica que anticipa la protección penal de manera instrumental en relación con los delitos contra la administración pública previstos en el Código Penale Italiano.

3.3. *Estados Unidos*

La criminalización de la financiación ilícita de las campañas electorales y los partidos políticos en los Estados Unidos se remonta a la introducción de la Ley Federal de Campañas Electorales (FECA) de los Estados Unidos de América, en 1971.

La FECA fue reformada en 2002 por la Ley de Reforma de la Campaña Bipartidista (BCRA), también conocida como «La Ley McCain-Feingold», introduciendo nuevas conductas delictivas y sanciones

penales, y recomendando penas más severas para los tipos penales ya existentes (Williamson, Amann, Athans, Bansal, & Zahedi, 2019).

Los principales tipos de delitos relacionados con la financiación de campañas son los siguientes: (a) la violación de la prohibición de contribuciones y gastos por parte de personas y entidades cuyo potencial de influencia en el gobierno democrático ha sido históricamente demostrado; (b) la violación de las limitaciones al valor de las contribuciones; y (c) la violación de las reglas de transparencia en las campañas.

Así, en primer lugar, la sección 30119 del título 52 del Código de los EE. UU. prohíbe cualquier contribución o promesa de contribución de los contratistas a cualquier entidad política durante el período comprendido entre el comienzo y el final de las negociaciones con el gobierno. Así mismo, la sección 30121 prohíbe también a cualquier ciudadano extranjero hacer contribuciones directas o indirectas a cualquier elección, federal o no federal, y que dichas contribuciones sean solicitadas por cualquier persona. Las prohibiciones se extienden también a las donaciones que se puedan hacer en estos casos a través de un tercero o de persona interpuesta (sección 30119 del título 52 de la USC).

En segundo lugar, la sección 30116 del título 52 del USC prohíbe al candidato o al comité político aceptar contribuciones o realizar gastos, conscientemente, por encima de los límites especificados. Sin embargo, en *Buckley c. Valeo*, los límites establecidos por esta disposición fueron considerados válidos por la Corte Suprema solo con respecto a las contribuciones, declarando que esta regla no era aplicable a los gastos independientes o *independent expenditures* (entendiendo por tales cualquier compra, pago, distribución, préstamo, anticipo o regalo de dinero o de valor realizado por un individuo para influir en una elección), debido a la violación de la cláusula de libertad de expresión de la primera enmienda a la Constitución Estadounidense (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1975).

El mismo entendimiento restrictivo fue adoptado por la Corte Suprema en el caso *Citizens United* en relación con las empresas y organizaciones laborales, porque para aquella los candidatos pueden aceptar gastos independientes realizados por las entidades antes

mencionadas sin ninguna limitación cuantitativa (Kennedy & Corte Suprema de los Estados Unidos, 2009).

La sección 30125 del título 52 del USC prohíbe las contribuciones en efectivo (dólares estadounidenses o cualquier otra moneda) por valor de más de 100 dólares en cualquier campaña electoral federal o elección primaria. La limitación es acumulativa y se aplica a lo largo de la campaña del candidato. Las donaciones de bitcoins están permitidas siempre y cuando permanezcan dentro de los límites de las donaciones en efectivo. En todo caso, la mayoría de las conductas requieren el uso de una suma total de al menos 2.000 dólares para delitos menores, punibles con multa, prisión de hasta un año o ambos, y de 25.000 dólares para delitos más graves, punibles con multa y prisión de hasta 5 años o ambos (Williamson et. al., 2019).

La sección 30125 llenó, de esta manera, el vacío en cuanto al llamado «dinero blando», que había permitido a los comités de los partidos políticos utilizar fondos no regulados para diversos fines, como el registro de votantes, los esfuerzos para obtener votos y las comunicaciones genéricas con el público, entre otros (Williamson, Amann, Athans, Bansal, & Zahedi, 2019).

Con respecto al elemento subjetivo, la FECA establece que los delitos deben cometerse conscientemente (*knowingly*) e intencionalmente (*willfully*). El establecimiento del *mens rea* exige, por lo tanto, que se demuestre que el autor actuó con conocimiento de la ilegalidad de la conducta y que tenía experiencia y conocimiento sobre las elecciones y la financiación de las campañas (Williamson, Amann, Athans, Bansal, & Zahedi, 2019).

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la FECA se adoptó como una estrategia anticorrupción, asumiendo que «los agentes electos son influenciados para actuar en contra de sus obligaciones de cargo por la perspectiva de ganancia financiera para sí mismos o de infusión de dinero en sus campañas» (Torres-Spelliscy, 2018). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte sobre el concepto de corrupción restringe el significado del término para incluir solo aquellas conductas que impliquen una relación de intercambio entre los sujetos del delito, a fin de limitar la aplicación de las normas que penalizan la financiación ilícita de las campañas y los partidos políticos.

En este sentido, conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema adoptó inicialmente una visión expansiva, considerando la corrupción política como un problema sistémico que abarcaba el acceso especial a los legisladores y la influencia ejercida por los principales donantes de la campaña, lo que provocaba la subversión del proceso político. Sin embargo, más recientemente, la jurisprudencia ha adoptado una concepción más restrictiva de la corrupción, al considerar que se trata de un fenómeno personal caracterizado por el *quid pro quo*, por el cual un individuo o una entidad realiza una contribución a cambio de un acto por parte de un agente público (Torres-Spelliscy, 2018).

3.4. Análisis comparativo

La financiación ilícita de los partidos políticos ha sido tipificada como crimen autónomo en España, Italia e EE. UU., aunque el contenido de las conductas típicas varía en cada uno de los sistemas penales.

En cuanto a las conductas tipificadas, la legislación española presenta la ventaja de prohibir las donaciones por personas jurídicas y por entes sin personalidad jurídica. Además, ha establecido dos mecanismos que amplían el alcance de las normas penales en esta materia, al admitir la responsabilidad penal de los partidos políticos por la práctica de financiación ilícita y la obligatoriedad de que las formaciones políticas cuenten con un programa de cumplimiento normativo, introduciendo en las mismas un instrumento de autorregulación que tiene origen en el ámbito empresarial.

Sin embargo, la legislación española presenta al mismo tiempo importantes debilidades. En primer lugar, no se tipifican las donaciones ilícitas de origen público, ni las donaciones de inmuebles, que permanecen como meras infracciones administrativas. En segundo lugar, tampoco se tipifican las condonaciones de deuda y los acuerdos en la fijación de las condiciones de pago de la deuda, aunque los impagos de las deudas bancarias y las condonaciones de los créditos obtenidos a través del sistema financiero son frecuentemente utilizados para burlar las prohibiciones de la LOFPP. En tercer lugar, las operaciones asimiladas y las relativas a falsedad en la contabilidad

tampoco son constitutivas de delito (Odriozola Gurrutxaga, 2018). Finalmente, la financiación de las fundaciones y de las entidades vinculadas o dependientes tampoco tiene relevancia penal, por lo que estas entidades pueden recibir donaciones sin límite alguno, lo que no ocurre en otras legislaciones, como la legislación italiana.

En cuanto al sistema italiano, destaca la tipificación de cualquier donación de origen público y la equiparación de las fundaciones políticas a los partidos. Sin embargo, no son constitutivas de delito las donaciones de las personas jurídicas, salvo cuando no están debidamente contabilizadas, lo que debilita el sistema si tenemos en cuenta la reconocida capacidad de las grandes empresas para influenciar las elecciones. Esta situación se palía en cierta medida por el límite máximo de 100.000 euros que establece la legislación italiana para todas las donaciones lícitas.

Finalmente, la normativa de los EE.UU. presenta como principales aspectos positivos la prohibición de las donaciones de extranjeros y de las personas jurídicas que tengan contratos vigentes con la administración pública, así como la limitación a un máximo de 100 dólares de las donaciones en efectivo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha limitado el alcance de las normas penales, excluyendo los gastos independientes de su ámbito de aplicación. Además, ha vinculado el reconocimiento de la ilicitud de la financiación a la demostración de una relación sinalagmática, adoptando de esta manera una interpretación restrictiva la cual deja de tener en cuenta el carácter sistémico de la corrupción política (Williamson, et. al., 2019).

4. SISTEMAS NACIONALES LATINOAMERICANOS: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. Argentina

Actualmente no existe en el ordenamiento jurídico argentino ningún delito electoral de financiación ilegal de los partidos políticos o de las campañas electorales. Sin embargo, existen expectativas de que el nuevo CP prevea, al menos, el delito de financiación ilegal de los partidos políticos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018).

En consecuencias, mientras se produce esta reforma, lo único que existe en la actualidad es la Ley 26.215, de 15 de enero de 2007, que establece en sus arts. 62 et seq. sanciones no penales por la infracción de las normas sobre la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales que allí se recogen, incluyendo la recepción de contribuciones de personas jurídicas para las campañas (prohibición que se introdujo en el art. 44 *bis* de la Ley 26.571, de 2 diciembre de 2009, que modificó la Ley 26.215).

Según esta legislación, los partidos políticos argentinos no pueden aceptar o recibir, directa o indirectamente, contribuciones o donaciones anónimas de: (a) entidades públicas, centralizadas o descentralizadas, nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad de Buenos Aires; (b) empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, las provincias, los municipios o la Ciudad de Buenos Aires; (d) personas físicas o jurídicas que exploten juegos de azar; (c) gobiernos o entidades públicas extranjeras; (e) personas físicas o jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país; (f) personas que hubieran sido obligadas por sus superiores jerárquicos o empleadores; (g) asociaciones sindicales, patronales y profesionales. Además, dada la importancia del correcto mantenimiento de los libros contables, el art. 21 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (Ley 23.298) establece que, en caso de incumplimiento, se producirá la extinción de la personalidad política del partido⁷.

⁷ Artículo 21. Libros contables rubricados: “Los partidos políticos deberán llevar, además de los libros prescriptos en el artículo 37 de la Ley 23.298 Orgánica de Partidos Políticos; el libro Diario y todo otro libro o registro que la agrupación estime menester para su mejor funcionamiento administrativo contable. Todos los libros deben estar rubricados ante la justicia federal con competencia electoral del distrito correspondiente. El incumplimiento de lo previsto en este artículo hará pasible al partido político de la caducidad de su personalidad política en concordancia con lo regulado por el artículo 50, inciso d), dispuesta por el Título VI de la Ley 23.298-Orgánica de los Partidos Políticos”.

4.2. *Brasil*

No existe actualmente en el ordenamiento jurídico brasileño un delito autónomo de financiación ilegal de los partidos políticos o de las campañas electorales. La conducta omisiva de no realizar la declaración ordinaria ante la Justicia Electoral de una donación recibida en campaña electoral (conocida como como Caja Dos o Caja B electoral) constituye, según la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) (Supremo Tribunal Federal (2018), un delito de falsedad ideológica electoral, recogido en el art. 350 del Código Electoral (Ley n.º. 4.737/1965)⁸.

Conforme al mismo, se castiga la omisión o la declaración falsa, o diferente de la que debería recogerse, en un documento público o privado. Este delito engloba la conducta de fraude contable en la contabilidad electoral. Además, no impide que las donaciones electorales que no hayan sido adecuadamente declaradas puedan dar lugar a una ventaja indebida a los efectos del delito de corrupción pasiva (si los demás elementos de este último están presentes).

La conducta típica es omitir la declaración que debería constar o incluir una declaración falsa o diversa da la que se debería recoger. El delito se configura, aunque no cause daño en el proceso electoral en el que se cometa. El dolo es genérico.

El sujeto activo puede ser cualquier ciudadano, pero si el agente de la falsedad documental tiene una función pública y comete el delito usando de su posición, o si la falsificación o alteración es la del registro civil, la pena se agrava (art. 350, párrafo único, Código Electoral) (Velloso & Agra, 2020). El objeto material puede ser documento público o privado. El bien jurídico protegido, como en todos

⁸ El artículo 350 del Código Electoral de Brasil señala lo siguiente: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena-reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular. **Parágrafo único.** Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada” (Ley 4.737, 15 julio 1965).

los delitos electorales, es la transparencia del proceso electoral y el pluralismo político (Puente, 2020).

La pena prevista es de prisión hasta cinco años y el pago de cinco a quince días de multa, si el documento es público, y de prisión hasta tres años y el pago de tres a diez días de multa, si el documento es privado. Si el sujeto activo es funcionario público y realiza la conducta utilizando el cargo o se falsifican o alteran los asientos del registro civil, la pena es agravada.

Diversos proyectos de leyes (PLS 348/2016, PL 6.368/2016, PL 1/965 de 2019) se tramitan actualmente en el Congreso Nacional para tipificar específicamente como delito la conducta de recoger, recibir, mantener, mover o utilizar cualquier recurso, valor, bienes o servicios estimados en efectivo, paralelamente a la contabilidad exigida por la legislación electoral. La pena prevista es de 2 a 5 años, si el hecho no constituye un delito más grave (Leite & Teixeira, 2017).

4.3. Chile

En Chile, existe un catálogo extenso de delitos electorales en diversas leyes, destacando la Ley 20.900 (2016), que complementa la regulación de la financiación de los partidos políticos ya establecida por la Ley 19.884 (2003).

La Ley 20.900 ha optado por una criminalización autónoma, guiada por la protección de bienes jurídicos como la confianza, la credibilidad y la integridad del sistema electoral y de los mecanismos de financiación de la política (Náquira Riveros & Salim-Hanna, 2021).

La primera conducta típica consiste en otorgar u obtener aportes a candidaturas o partidos (art. 27.1), cuyo monto exceda del 40% del límite permitido. En hipótesis de exceso inferior, la sanción será de carácter administrativo (art. 29 de la Ley 19.884). Los verbos rectores son otorgar u obtener, es decir, el delito es de resultado y, por lo tanto, no es suficiente la mera solicitud u ofrecimiento del aporte.

En cuanto al objeto material la doctrina entiende que la restricción se aplica exclusivamente a las donaciones privadas, toda vez que las limitaciones destiñanse en impedir la influencia de particulares en el proceso político en su conjunto.

El sujeto activo puede ser cualquiera. El dolo es genérico y la doctrina mayoritaria entiende que basta con un conocimiento aproximado de su significado normativo. El bien jurídico protegido es la probidad en el proceso político.

La pena es presidio menor en sus grados mínimo (desde 61 días a 540 días) a medio (desde 541 a 3 años y 1 día), y multa equivalente al triple del valor obtenido.

El segundo crimen es el otorgamiento u obtención de aportaciones realizadas por personas jurídicas (art. 27.2), independientemente de su cuantía. La conducta típica es otorgar o obtener aportes por o de una persona jurídica, sin importar el monto del aporte. Los verbos rectores son otorgar u obtener, es decir, el delito es de resultado y, por lo tanto, no es suficiente la mera solicitud u ofrecimiento del aporte.

El sujeto activo es cualquier persona que haya actuado materialmente en nombre de la persona jurídica. El bien jurídico protegido es la probidad en el proceso político.

La pena fijada es de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, y multa equivalente al triple del valor obtenido.

Sin embargo, si el aporte es aislado, no existe habitualidad y el monto es inferior a 1580 euros, la autoridad electoral podrá no presentar denuncia o querrela respecto a estos hechos.

Finalmente, la tercera conducta típica consiste en ofrecer o solicitar indebidamente aportaciones electorales (art. 27 bis (3)). Este hecho típico no exige resultado alguno, toda vez que basta la realización de la acción descrita. El dolo es genérico.

El sujeto activo puede ser cualquiera. La sanción es una multa equivalente al doble de la ofrecida o solicitada. El bien jurídico protegido es la probidad en el proceso (Náquira Riveros & Salim-Hanna, 2021).

4.4. México

El título XXIV del CP Federal de México recoge los delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos, en un solo capítulo (arts. 401 al 413). Entre los delitos electorales, no se prevé un

delito directamente vinculado a la financiación ilegal de los partidos políticos o de las campañas electorales, aunque existe una propuesta para tipificar como delito la financiación proveniente de fuentes ilícitas, mediante la inclusión de los arts. 413 bis y 413 *ter* al CP federal (Jimenez Jurado, 2015).

Sin embargo, el art. 406.VII del CP federal prevé el delito electoral para un funcionario de partido o candidato que obtenga y utilice dolosamente, para su campaña electoral fondos con origen en actividades ilícitas⁹.

Esta disposición, establece como conducta típica la obtención y uso de valores que se sabe que provienen de actividades ilegales en una campaña electoral. Se trata, además, de un delito especial, ya que solo el candidato y el funcionario pueden ser sujetos activos. El dolo es genérico. La pena es de uno a seis años de prisión y multa de cien a doscientos días (Sánchez Macías, 1998).

El bien jurídico tutelado es el adecuado desarrollo de la función pública electoral, que abarca la organización y realización de los procesos electorales para elegir al Titular del Poder Ejecutivo Federal y a los integrantes del Congreso de la Unión (Jiménez Jurado, 2015).

Finalmente, también está tipificada en el art. 407.III del CP federal¹⁰ la conducta de un servidor público que desvía bienes públicos en beneficio de un partido o candidato político, tales como fondos, bienes o servicios, sin perjuicio del delito de peculado.

⁹ El art. 406 del CP federal de México establece lo siguiente: “Se impondrán de cien a doscientos días multa y prisión de uno a seis años, al funcionario partidista o al candidato que: [...]. **VII.** Obtenga y utilice a sabiendas y en su calidad de candidato, fondos provenientes de actividades ilícitas para su campaña electoral.

¹⁰ El art. 407 del CP federal de México establece lo siguiente: “Se impondrán de doscientos a cuatrocientos días multa y prisión de uno a nueve años, al servidor público que: [...] **III.** Destine, de manera ilegal, fondos, bienes o servicios que tenga a su disposición en virtud de su cargo tales como vehículos, inmuebles y equipos, al apoyo de un partido político o de un candidato, sin perjuicio de las penas que pueda corresponder por el delito de peculado”.

El autor debe ser servidor público, pero se requiere que estos gocen de cierto mando u autoridad jerárquica. La pena es de doscientos a cuatrocientos días multa y prisión de un a nueve años. (Becerra Chávez, 1994).

El bien jurídico tutelado consiste en preservar las condiciones legales a que se debe ajustar la contienda electoral, preservar la administración pública y evitar que esta se vea distorsionada por la utilización de fondos, bienes o servicios estatales para fines diversos a los institucionales. (Patiño Camarena, 2012)

4.5. *Perú*

La Ley 30.997 (2019) reformó el CP peruano para añadir los arts. 359-A, 359-B y 359-C, que abordan, respectivamente: (a) la financiación ilícita de las organizaciones políticas y el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas; (b) el falseamiento de la información sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas; y (c) las fuentes de financiación ilícitas. Estas disposiciones fueron incluidas en el capítulo II (delitos contra la participación democrática) del título XVII (delitos contra la voluntad popular) del CP, de forma que los bienes jurídicos protegidos por la nueva legislación son la voluntad del pueblo y, más concretamente, la participación democrática (Carlos Sandoval, 2022).

Todas las conductas típicas encima mencionadas buscan proteger el adecuado funcionamiento del sistema de partidos, que tiene implicancias, en última instancia sobre el sistema democrático, es decir, “el normal desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos” (Carlos Sandoval, 2022)

El tipo básico del delito de financiación prohibida, recogido en el art. 359 A del CP, presenta como conducta típica el solicitar, aceptar, entregar o recibir aportaciones, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio derivado de una fuente de financiación legalmente prohibida, directa o indirectamente.

La financiación prohibida pasiva (configurada por las conductas de solicitar, aceptar, recibir) se configura como un delito especial. Los sujetos activos son quienes tienen la capacidad de adoptar deci-

siones sobre la vida económica de una organización política, como el tesorero, el responsable de campaña, el representante legal o el administrador de hecho o de derecho de los recursos del partido (Carlos Sandoval, 2022).

La financiación prohibida activo (entrega de donaciones) puede ser cometido por cualquier persona, pudiendo realizar la entrega de la aportación prohibida de forma directa o indirectamente.

Así mismo, en relación con el elemento subjetivo, el art. 359-A castiga solo las conductas dolosas, es decir, el sujeto activo conoce, o debe conocer (admitiéndose el dolo eventual, pero no la imprudencia) el origen ilícito de los valores y beneficios que solicita, acepta, entrega o recibe para una organización política o alianza electoral.

El tipo básico conlleva una pena privativa de libertad de entre 2 y 5 años, así como sesenta a ciento ochenta días multa y la inhabilitación (Carlos Sandoval, 2022).

En cuanto a la determinación de la pena, el legislador ha previsto una circunstancia agravante en relación con el sujeto activo que pertenece a una organización criminal, incluidos los agentes periféricos no integrales, es decir, las personas vinculadas a la organización y las personas que actúan a pedido de la organización.

Con respecto a las fuentes de financiación prohibidas, estas son según el art. 359-C del CP peruano las siguientes; (a) las recibidas de entidades de derecho público o empresas con participación o propiedad del Estado, salvo disposición legal para su financiación; (b) una cantidad superior a dos unidades tributarias; (c) las recibidas de personas condenadas o con orden de prisión preventiva por determinados delitos, incluidos los delitos contra la administración pública; y (d) las derivadas de personas jurídicas peruanas o extranjeras condenadas penal o administrativamente por la comisión de un delito o por la infracción de la Ley 10424, que regula la responsabilidad de las personas jurídicas¹¹.

¹¹ El art. 359-C del CP, relativo a las fuentes de financiación legalmente prohibidas, prevé lo siguiente: “Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de: 1. Cualquier entidad de derecho público o empresa de propiedad del Estado o con participación de este, distintas de

Finalmente, el delito recogido en el art. 359-B del CP¹² prevé la conducta de falsedad en la información sobre los aportes y los gastos de las organizaciones políticas o las campañas electorales, así como en la información anual entregada al ente fiscalizador. Es una figura similar al modelo del delito previsto en el art. 350 del Código Electoral Brasileño.

La conducta típica consiste en proporcionar información falsa relacionada con los aportes e ingresos recibidos, los gastos efectuados en la campaña electoral y la información financiera anual que se entrega a la entidad supervisora. El sujeto activo es el tesorero o responsable de la campaña política, el administrador de facto o de derecho, o el miembro de la organización política. En cuanto al tipo subjetivo, el delito solo admite dolo directo, no admitiendo la posibilidad de dolo eventual (Paucar, 2021).

la financiación público directo o indirecto a las organizaciones políticas. 2. Los aportes anónimos dinerarios superiores a dos (2) unidades impositivas tributarias. 3. Personas naturales condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, o con mandato de prisión preventiva vigente por delitos contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, tala ilegal, trata de personas, lavado de activos o terrorismo, según información obtenida a través del procedimiento de la ley sobre la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, en lo que resulte aplicable. La prohibición se extiende hasta diez (10) años después de cumplida la condena. 4. Los que provengan de personas jurídicas nacionales o extranjeras sancionadas penal o administrativamente en el país o en el extranjero por la comisión de un delito, o que se les haya sancionado conforme a lo señalado en la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, o se les haya aplicado las consecuencias accesorias previstas en el presente código”. (Código Penal. 3 de abril de 1991).

¹² El art. 359-B del CP peruano, relativo al falseamiento de la información sobre aportaciones, ingresos y gastos de organizaciones políticas, prevé lo siguiente: “El tesorero, el responsable de campaña, el representante legal, el administrador de hecho o de derecho, o el miembro de la organización política que, con pleno conocimiento, proporciona información falsa en los informes sobre aportaciones e ingresos recibidos o en aquellos referidos a los gastos efectivos de campaña electoral o en la información financiera anual que se entrega a la entidad supervisora será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Penal”.

En lo que se refiere a la pena, el sujeto activo será castigado con pena privativa de libertad de entre 2 y 6 años e inhabilitación.

4.6. Análisis comparativo

La financiación ilícita de los partidos políticos fue recientemente tipificada en dos de los países latinoamericanos abordados, a saber, Chile, y Perú, mientras que en México, existe una conducta típica autónoma para un funcionario de partido o candidato que obtenga y utilice dolosamente para su campaña electoral fondos con origen en actividades ilícitas¹³.

La financiación ilegal de los partidos políticos no ha sido, por tanto, integralmente criminalizado en Argentina, México y Brasil. Además, los dos únicos casos de tipificaciones autónomas fueran apenas recientemente introducidas (en 2016 en Chile y en 2019 en Perú), lo que sucedió a la luz de la reforma de la legislación española que introdujo en 2015 el art. 304 Bis en el CP español. Esto, con independencia de que existan proyectos de ley en México y Brasil que buscan la tipificación de las conductas que lesionan el proceso electoral.

En Chile, la legislación penal ha adoptado un abordaje más restrictivo, al buscar la tutela de la credibilidad del sistema electoral, con la tipificación de la financiación ilegal de las campañas políticas, enfocándose por tanto en el aporte de recursos a las candidaturas electorales y no a las organizaciones políticas de forma general.

La legislación peruana adopta, por el contrario, una concepción más amplia, instituyendo como bien jurídico tutelado la voluntad popular y, por consiguiente, la propia participación democrática. Así, configura como conducta típica la financiación de las organizacio-

¹³ El art. 406 del CP federal de México establece lo siguiente: “Se impondrán de cien a doscientos días multa y prisión de uno a seis años, al funcionario partidista o al candidato que: [...]. **VII.** Obtenga y utilice a sabiendas y en su calidad de candidato, fondos provenientes de actividades ilícitas para su campaña electoral.

nes políticas, independientemente de las candidaturas o elecciones. Además, la legislación peruana parece más adecuada para casos de corrupción sistémica, visto que tipifica también el falseamiento de la información sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas, lo que anticipa la intervención penal en relación con la contabilidad de los partidos.

El análisis del cuadro normativo latinoamericano demuestra, por lo tanto, una tendencia general en el sentido de la criminalización de las donaciones ilícitas a los partidos y/o a las campañas electorales. Sin embargo, se verifica una gran disparidad de concepciones y abordajes en los diferentes ordenamientos al menos en cuanto a los bienes jurídicos tutelados y a las conductas tipificadas. Estas diferencias son inevitables, visto que reflexionan las especificidades de los sistemas electorales.

Por otro lado, son numerosos los ejemplos de injerencia de relativamente pequeño número de personas jurídicas, que actúan en los sistemas democráticos de diversos países de la región, configurándose así una compleja red de criminalidad organizada transnacional a través de la corrupción política. Esta situación demuestra, a su vez, que los diferentes ordenamientos jurídicos adolecen de una adecuada protección frente a este fenómeno.

Es evidente, por tanto, la necesidad de armonización, es decir, de desarrollo de estándares comunes mínimos, en cuanto a la corrupción política, especialmente en cuanto a la tipificación autónoma de la financiación de los partidos políticos, los bienes jurídicos protegidos y el alcance de la intervención penal para abordar el fenómeno de la corrupción sistémica.

Además, en el contexto latinoamericano se requiere la adopción de una convención internacional sobre política criminal electoral, estableciendo parámetros mínimos para la persecución penal de la financiación ilícita de las organizaciones políticas, con vistas a proporcionar a las autoridades herramientas más adecuadas para luchar contra la corrupción política de manera más efectiva.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. Desarrollo normativo

La Ley 1864 (2017) introdujo la figura típica de financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas en el art. 396 A del CP, ubicado en el título XIV sobre delitos contra los mecanismos de participación democrática (conformado por los arts. 386 a 396C del CP, además de otros delitos electorales). Los bienes jurídicos protegidos por esta nueva disposición son la participación política y el libre ejercicio del sufragio y, más específicamente, la transparencia de las campañas electorales, el proceso electoral y el derecho al voto (Escobar, 2022).

Según la nueva figura típica, el gerente de la campaña electoral que permita la recepción de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales incurrirá en prisión de cuatro a ocho años, multa de 400 a 1.200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. En la misma sanción incurrirán: (a) el candidato respectivo cuando se trate de cargos uninominales y listas de votación preferentes que realicen la conducta descrita en el párrafo anterior; y (b) el candidato de una lista de voto no preferente que, o bien intervenga en la consecución de bienes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral; y (c) el que aporte recursos de fuentes prohibidas por la ley electoral.

La conducta consiste en permitir la obtención, o intervenir en la obtención, o proporcionar bienes o recursos de fuentes prohibidas por la ley, para financiar campañas electorales, adoptando la técnica de la norma penal en blanco como objeto material. El elemento subjetivo es el dolo de realizar la conducta, no requiriendo un dolo específico.

La Ley 1475 de 2011 establece as fuentes prohibidas, no solo de financiación de campañas electorales, sino que de los partidos y movimientos políticos. Se prohíben las fuentes que: (a) provengan, directa o indirectamente, de gobiernos o personas naturales o jurídicas extranjeras, excepto las que se realicen a título de cooperación técnica para el desarrollo de actividades distintas a las campañas electo-

rales; (b) que se deriven de actividades ilícitas o tengan por objeto financiar fines antidemocráticos o atentatorios del orden público; (c) las contribuciones o donaciones de personas titulares del derecho real, personal, aparente o presunto, de dominio, respecto de bienes sobre los cuáles se hubiere iniciado un proceso de extinción de dominio; (d) las contribuciones anónimas; (e) las de personas naturales contra las cuáles se hubiere formulado acusación o imputación en un proceso penal por delitos relacionados con la financiación, pertenencia o promoción de grupos armados ilegales, narcotráfico, delitos contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; (f) las que provengan de personas que desempeñan funciones públicas, excepto de los miembros de corporaciones públicas de elección popular, quienes podrán realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenezcan, con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen, de acuerdo con los límites a la financiación privada previstos en el art. 25 de la presente ley; y (g) las que provengan de personas naturales o jurídicas cuyos ingresos en el año anterior se hayan originado en más de un cincuenta por ciento de contratos o subsidios estatales; que administren recursos públicos o parafiscales, o que tengan licencias o permisos para explotar monopolios estatales o juegos de suerte y azar.

La Ley 1864 (2017) también agregó al CP el art. 396B que prevé el delito de violación de los límites en las campañas electorales. Según esta disposición, quien administre los recursos de una campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

En este caso, el verbo del tipo es administrar, de modo que, aunque el sujeto activo es indeterminado, se infiere por el verbo que el sujeto activo ha de desempeñar un papel específico que le permita gestionar los recursos de la campaña electoral. El elemento subjetivo es el dolo de realizar la conducta, no requiriendo un acto específico.

También en este caso, se adoptó la técnica de la norma penal en blanco, de formas que la aplicación del dispositivo debe buscar los parámetros en la Ley 1475 de 2011 (art. 23), que establece que nin-

gún partido, movimiento, grupo significativo de ciudadanos, candidato o campaña, podrá obtener créditos ni recaudar recursos originados en fuentes de financiación privada, por más del valor total de gastos que se pueden realizar en la respectiva campaña. Tampoco podrá recaudar contribuciones y donaciones individuales superiores al 10% de dicho valor total.

Otro tipo penal incorporado por la nueva legislación es el relativo a la omisión de información del contribuyente (art. 396 C), estableciendo que el que no informe de sus aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en la ley, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientos 400 a 1.200 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se trata de un delito de omisión propia, ya que la conducta consiste en no informar y se consuma cuando llega el momento de informar sin que se cumpla esta obligación. El sujeto activo es el aquel que aporta (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) & Fiscalía General de la Nación (FGN), 2018).

Finalmente, la Ley 2195 (2022), que adopta medidas no penales de prevención y lucha contra la corrupción, incluyó los delitos electorales (junto con los delitos contra la administración pública, el medio ambiente y el orden económico y social, financiación del terrorismo y grupos organizados de delincuencia) en el concepto de acto de corrupción (art. 59), a los efectos de la responsabilidad por daños contra la propiedad pública.

5.2. Análisis comparativo de las fortalezas y debilidades del sistema colombiano

Colombia fue uno de los primeros países de Latinoamérica en criminalizar la financiación ilegal de las campañas electorales (lo hizo en 2017, sólo detrás de Chile que, siguiendo lo dispuesto en la reforma española de 2015, introdujo este delito en 2016).

La decisión del legislador colombiano de tipificar la financiación ilícita como delito autónomo demuestra la adopción de una concepción jurídico penal de corrupción que se aleja de las figuras tradicionales del derecho penal, fuertemente influenciadas por el modelo

sinalagmático. Se trata, por tanto, de una iniciativa pionera en materia de política criminal que se dirige a abordar de forma más comprehensiva el fenómeno de la corrupción política.

Una de las principales fortalezas de la legislación colombiana es la inclusión de los delitos electorales en el concepto de acto de corrupción, art. 59 de la Ley 2195 de 2022, lo que hace posible el uso en el contexto de la corrupción política de los mecanismos recogidos en los instrumentos anticorrupción del derecho penal transnacional.

Asimismo, la nueva legislación supone la definición de una política criminal electoral por el Ministerio de Justicia y del Derecho en coordinación con la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral (o quien haga sus veces), la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Educación Nacional, la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Policía Nacional, en un término no mayor a un año (art. 17 del CP), lo que indica una perspectiva de desarrollo continuo de mecanismos pedagógicos y de prevención con el fin de generar respeto y conciencia frente a la importancia del voto y los demás mecanismos de participación democrática.

Además, la tipificación de la omisión de la obligación de informar sobre los aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en el art. 396B del CP supone otra importante ventaja de la normativa colombiana, toda vez que contribuye a la transparencia en los aspectos financieros de las campañas electorales.

En cuanto a las debilidades de la nueva normativa, se destaca que el legislador colombiano adoptó, siguiendo el ejemplo de Chile, una concepción restrictiva de la corrupción política, en la medida en que ha limitado su atención a la financiación de las campañas electorales, dejando sin abordar la cuestión de la financiación ilegal de las organizaciones políticas.

Asimismo, se observa una incongruencia entre la normativa penal y las reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, en los procesos electorales (Ley 1475 de 2011), puesto que esta última abarca la financiación política como un todo, mientras la ley penal se limita a las contribuciones a las campañas. Si

tenemos en cuenta el carácter sistémico de la corrupción política, un abordaje más amplio, como el adoptado por el legislador peruano, hubiera sido más adecuado para el desarrollo de una política criminal destinada a la tutela del bien jurídico protegido por la norma: la participación política y el libre ejercicio del sufragio.

Además, el legislador colombiano no ha tipificado el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas, y sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas, como si se recoge en la legislación peruana, lo que limita la efectiva protección de los bienes jurídicos tutelados.

Finalmente, la tipificación del art. 396 A del CP colombiano (sobre financiación de las campañas electorales con fuentes prohibidas) adopta el verbo rector “permitir”, teniendo como objeto “la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales”, sin establecer con precisión las conductas efectivamente sancionadas, como ha hecho la legislación peruana, en la cual se utilizan los verbos “solicitar”, “aceptar”, “entregar” y “recibir”. La norma penal colombiana se configura, por lo tanto, de una forma demasiado amplia, lo que, en nuestra opinión, supone una afectación al principio de legalidad.

6. ESPECIFICIDADES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

En el contexto latinoamericano, se observa la tendencia a implementar reformas legislativas que criminalizan de forma autónoma la financiación irregular de los partidos políticos y/o de las campañas electorales (como ha ocurrido en Chile, Colombia y Perú), con el fin de reforzar la eficacia de la lucha contra esta práctica. Para ello, se ha utilizado, principalmente, la fórmula de la norma penal en blanco.

Además, las conductas tipificadas son independientes de la demostración de su carácter sinalagmático (*quid pro quo*), configurándose el delito con la recepción o con el aporte de recursos a las organizaciones políticas. Con ello se ha adoptado una concepción amplia que se separa de las concepciones tradicionales jurídico-penales sobre la corrupción.

De esta manera, se ha desarrollado una normativa que criminaliza conductas típicas de la actuación de la delincuencia organizada transnacional, es decir, la captura del Estado por medio de la corrupción política, materializada las más de las veces en la financiación de las organizaciones políticas y/o de las campañas electorales.

Sin embargo, a pesar de los desarrollos mencionados, ninguna de las legislaciones nacionales analizadas contiene especificidades dirigidas a responder a la interrelación entre el COT y la corrupción política.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La legislación anticorrupción se ha ampliado en los dos últimos decenios, consolidándose en importantes instrumentos internacionales y legislaciones nacionales, especialmente de naturaleza penal, con una fuerte tendencia a la armonización de los tipos penales y al fortalecimiento de la cooperación jurídica internacional (especialmente en lo que respecta a los mecanismos para combatir la corrupción asociada al COT en el marco de la globalización). Sin embargo, en lo que se refiere específicamente a la corrupción política, las medidas para responder a la misma se han limitado a algunas disposiciones genéricas de la CNUCC y a ciertas recomendaciones de algunos órganos supranacionales sin efecto vinculante.

A pesar de lo anterior, se puede observar en la América Latina una cierta tendencia a la criminalización autónoma de la financiación irregular de los partidos políticos y/o de las campañas electorales en los sistemas jurídicos nacionales (como se hecho en Chile, Perú y Colombia), como instrumento para prevenir la corrupción política. Esta decisión del legislador, que busca la protección de bienes jurídicos como el derecho de sufragio, la transparencia del proceso electoral y la pluralidad política, entre otros, contribuye a ampliar el ámbito de aplicación de los delitos electorales, y trata, ante todo, de evitar que los grupos de interés influyan, a través de donaciones a partidos políticos o a campañas electorales, en futuras decisiones políticas.

En cuanto al impacto real de las nuevas figuras delictivas en la corrupción política (y en la capacidad del COT de capturar el Estado), esto depende también, en gran medida, de cómo se configuran las normas no penales sobre la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales. En consecuencia, si bien los nuevos delitos representan un avance, las brechas y contradicciones en el contenido de dichas normas pueden neutralizar su impacto. Ejemplo paradigmático de esta situación es el hecho de que la mayor parte de las legislaciones existentes (en particular, la española y las latinoamericanas) dejan fuera de su ámbito de aplicación: (a) las donaciones realizadas a fundaciones vinculadas a partidos políticos o a candidatos; (b) los bienes inmuebles con un valor superior al límite establecido para las donaciones a los partidos y a las campañas; y (c) la renegociación o condonación de sus deudas por las instituciones bancarias.

Además, existe una considerable disparidad entre las normas penales de los diversos ordenamientos jurídicos (fruto de la diversa configuración de las normas nacionales sobre la financiación política). Esta disparidad es aún más pronunciada entre los países latinoamericanos, dada la inexistencia de una regulación regional sobre la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales, como ocurre, por ejemplo, en los marcos normativos del Consejo de Europa y la UE. Como resultado, es difícil utilizar en la práctica los mecanismos de cooperación jurídica internacional para prevenir la corrupción asociada a los delitos electorales.

Por esta razón, el establecimiento de una legislación internacional latinoamericana que contenga criterios para armonizar las diversas leyes sobre financiación política en América Latina redundaría, sin duda, en un mayor impacto de los tipos penales analizados en el presente capítulo.

7.1. Propuesta de Acción para América Latina

A la luz de las conclusiones generales que se acaban de presentar, y teniendo en cuenta el estudio realizado en relación con los sistemas latinoamericanos que se han tomado como referencia en la presente obra colectiva, se recomienda adoptar las siguientes medidas como propuesta de acción para América Latina.

En segundo lugar, se recomienda, también, la creación de un organismo supranacional para monitorear la implementación de la convención en el ámbito de los Estados miembros, con poderes para emitir y publicar informes de evaluación periódicos.

7.2. Propuesta de acción para Colombia

En relación específicamente con Colombia, se sugiere adoptar las siguientes medidas como estrategia de acción: (a) buscar la ampliación del concepto jurídico penal de financiación ilegal para abarcar, no solo los aportes a las campañas electorales, sino también todas las formas de financiación ilícita de las organizaciones políticas (como las recogidas en la Ley 1475 de 2011 y en otras leyes no penales que puedan ser adoptadas en un futuro); (b) la tipificación del falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas y sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas, tal y como se recoge en la legislación peruana; y (c) la modificación de la redacción del art. 396A del CP colombiano (sobre la financiación de las campañas electorales con fuentes prohibidas), con el fin de que dotar de mayor precisión y exactitud a la norma y con ello se garantice el respeto del principio de legalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Supremo Tribunal Federal. (2018). Agravo Regimental na Petição n. 7.354. Ministro Días Toffoli. 6 marzo 2018.

Doctrina

Arnau, M. (2015). “Corrupción pública: reformas procesales vs. reformas sustantivas”. En: Gómez Colomer, J. L. (Eds.). *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*. España: Universitat Jaume I.

- Benítez, I. (2021). “Corrupción política: Concepto, contenido y límites”. En: Morillas Cueva, L., & Benítez Ortúzar, I. F. (Eds.). *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*. Madrid: Dykinson.
- Céré, J., & Japiassú, C. E. A. (2019). *Corruption et Droit pénal*. L’Harmattan: Paris.
- Chávez, P. (1994). “El sistema electoral mexicano: Las reformas de 1994”. En: Valdés, L. (Eds). *Elecciones y partidos políticos en México*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Itzapalapa.
- Cock, V. (2021). “La regulación de la financiación de las campañas políticas en Colombia: especial atención a la financiación ilícita de las campañas como forma de corrupción política que afecta a la democracia y los desafíos del estado a la luz del Acuerdo de Paz. En: Olasolo et. al. (Eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De la Cuesta, J. (2003). *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. Madrid: Eguzkilore.
- De la Mata, N. (2016). “La lucha contra la corrupción política”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 18(1). Pp. 1-25.
- Espinosa, M. “Los delitos electorales y la reforma política mexicana.” *Letras Jurídicas*. Vol 2. Pp. 111-134.
- Forzati, F. (1996). “I Fatti di Illecito Finanziamento ai Partiti Politici: Prospettive Dommatiche e di Politica Criminale”. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*. Vol. 2 (3). Pp. 660-704.
- Gambetta, D. (2002) “Corruption: An Analytical Map”. En: *Political Corruption in Transition: a Sceptic’s Handbook*. Budapest: Central European University Press.
- Gisbert, R. (2012). “Corrupción política y derecho”. En: Gómez de la Torre, I.B. & Liberatore Bechara, A. L. (Coord.). *Estudios sobre la Corrupción*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Japiassú, C. (2007). “A corrupção em uma perspectiva internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 65. Pp. 29-56.
- Jurado, F. (2015). “Justicia penal electoral federal y del Registro Nacional de Ciudadanos en México: necesidad de una actualización.” *Revista de Derecho Electoral*. Vol. 19. Pp. 238-271.
- Martín, A. (2006). “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”. En: *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: euro delitos de corrupción y fraude*. La Mancha: Universidad de Castilla. Pp. 117-138.

- Olasolo, H. & Mané, C. S. (2021). “La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal. Especial énfasis en la corrupción asociada al crimen transnacional organizado”. En: Olasolo, et al. (Eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Osorio, R. (2022). “Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz del principio de proporcionalidad”. *Nuevo Foro Penal*. Vol. 18(98). Pp. 73-114.
- Ramina, L. (2009). “A Convenção Interamericana Contra a Corrupção: uma breve análise”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Vol. 6. Pp. 1-11.
- Rivas, N. & Sanjurjo, V. (2020). “La financiación privada de los partidos políticos a través de sus fundaciones: ¿una puerta abierta a su financiación indirecta e ilegal?” *Revista general de derecho constitucional*. Vol. 33.
- Rodríguez, L. (2020). “La captura del Estado peruano por el narcotráfico: el caso de los “cuello blanco del puerto”. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional* Vol. 6(2). Pp. 175-191.
- Sáinz-Cantero, J. (2015). “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos.” En: *Estudios sobre el código penal reformado*. Madrid: Dykinson. Pp. 659-689.
- Sánchez, J. (1998). “Consideraciones sobre los delitos electorales en México.” *Justicia Electoral*. Pp. 51-63.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Com. IDH. (6 diciembre 2019). “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc”. 6 diciembre 2019.
- Comisión Europea. (de 28 de mayo de 2003). “Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción”.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM:l33301>.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). “Penarán el financiación ilegal de los partidos políticos”.
- <https://www.argentina.gob.ar/noticias/penaran-el-financiación-ilegal-de-los-partidos-politicos>.
- Organización de los Estados Americanos (2018). “El compromiso de Lima. Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”. *VIII Cumbre de las Américas*.

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN). (2018). “Principales tipologías de corrupción en Colombia”.

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-VIII.pdf>.

2. *El delito tributario*

BEATRIZ GOENA VIVES*

1. INTRODUCCIÓN AL DELITO TRIBUTARIO

1.1. *Breve explicación de los delitos tributarios*

En una economía cada vez más globalizada y con enormes avances tecnológicos, las vulnerabilidades de nuestros sistemas financieros pueden tener un significativo y devastador impacto en la seguridad nacional. De ahí que sea preciso luchar contra esas amenazas y perseguir los flujos financieros ilícitos derivados de la evasión y las estructuras fiscales defraudatorias internacionales (Estellita & Silva, 2015: 13 et seq.). Como tratará de mostrarse en las páginas que siguen, las conductas contrarias al sistema de ingresos y gastos públicos son uno de los principales protagonistas del escenario criminológico actual y, en concreto, constituyen una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción (Estellita, 2018: 153 et seq.).

Así se desprende de las afirmaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), al afirmar que los delincuentes en todo el mundo blanquearon alrededor de 1.6 billones de dólares de dinero sucio en 2009, cantidad que supone tanto como el 2.7% del Producto Interno Bruto (PIB) mundial, siendo que el “dinero negro” (que incluye el procedente de la evasión de impuestos), asciende a 2.1 billones de dólares, lo que representa un 3.6% del PIB global, con el agravante de que los Estados apenas consiguen incautar el 1% de los flujos financieros ilícitos. Asimismo, el Observatorio de Multinacionales de América Latina ofrece algunas cifras sobre los

* Doctora en Derecho Penal y Profesora acreditada como agregada en Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Investigadora posdoctoral María Zambrano en el marco del proyecto de la Unión Europea-NextGenerationEU. La presente contribución se realiza en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-115863GB-I00).

delitos económicos y las pérdidas que generan para los países. Así, según la organización Global Financial Integrity, entre el año 2000 al 2009, los países del Sur perdieron 8,4 billones de dólares en flujos ilícitos que proceden del crimen organizado y tráfico de drogas, de sobornos, corrupción y de la evasión fiscal. En esto las grandes transnacionales tienen un papel destacado: el 53,9% de tales montos procede de la facturación fraudulenta en el comercio internacional, generalmente entre matrices y filiales de las transnacionales, para evitar el pago de impuestos. Además, se calcula que los países periféricos pierden 124.000 millones de dólares al año por la fuga de capitales a paraísos fiscales (González Erika, 2018).

Ante esta situación, el presente capítulo se centrará en abordar estas conductas de evasión y fraude fiscal, así como su prevención y su reacción. Sintéticamente, se hará referencia a dicho objeto de estudio como “delito tributario”. Con esta referencia se hace referencia a una conducta intencional que viola una ley tributaria, de un modo lo suficientemente amplio como para acomodar las diferentes definiciones legales de los ordenamientos nacionales.

El análisis del delito tributario se centrará en las distintas formas antijurídicas de afectación al patrimonio de la Hacienda Pública. No se ignora que, en algunos ordenamientos como España o Argentina, los delitos tributarios contra la Hacienda Pública se regulan junto a los delitos contra la Seguridad Social. Esta última constituye una forma especializada de Hacienda Pública, destinada a garantizar al ciudadano aquellas condiciones materiales indispensables para una vida en comunidad realmente libre. Y si bien son dos instituciones diferenciadas, por razones de espacio y de armonización entre todos los ordenamientos jurídicos de referencia, el presente texto se centrará en los delitos específicamente orientados a proteger la Hacienda Pública, pudiendo trasladarse muchas de las conclusiones a los delitos contra la Seguridad Social.

Además, antes de entrar al análisis concreto de cada forma delictiva, debe matizarse que los tipos penales que se analizarán en las líneas que siguen, son una muestra de que el derecho penal económico es, en muchos casos, una Ley penal en blanco (Silva Sánchez, 2019, 51). Es decir, depende de la normativa extrapenal y requiere ser interpretada a la luz de normas administrativas, mercantiles,

etc. A efectos de la prevención y castigo de la corrupción desde un punto de vista global (incluyendo, la vinculada al crimen organizado transnacional (COT)), esta dependencia del delito tributario de lo que prevean otras normativas puede dificultar su castigo y, en consecuencia, también su prevención. Especialmente, si se tiene en cuenta que no todos los países están alineados en materia tributaria y que existen “paraísos fiscales” y territorios de baja tributación, que no castigan como delito lo que sí lo es en otras jurisdicciones. También, si se considera que son conductas que frecuentemente se cometen a través de empresas, siendo que no todos los países de referencia prevén una responsabilidad penal de personas jurídicas. O que hay nuevos instrumentos cuya regulación a efectos fiscales es todavía un reto pendiente.

Además, los delitos tributarios muestran que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra bienes eminentemente personales (vida, integridad física, etc.), la sanción penal cumple un fin más propio del Derecho administrativo (Coca Vila, 2019: 572 et seq.). A saber, garantizar la recaudación estatal y la financiación del gasto público. Por eso, se trata de un ámbito en el que, como se verá, tienen mucha importancia los actos “reparadores” posteriores a la comisión del delito (Sánchez-Ostiz, 2002: 20 et seq.). Por ejemplo, la exención/atenuación del castigo a cambio de regularizar la defraudación tributaria y/o de colaborar con las autoridades. Por este motivo, es habitual que el procedimiento por delito fiscal termine con una sentencia de conformidad. Es decir, un pacto en el que el acusado reconoce los hechos, repara el daño y abona la cantidad debida, a cambio de una rebaja de pena (Coca Vila, 2019: 573).

1.2. Descripción de la estructura con la que se desarrollará el objeto de estudio del capítulo

A los efectos de analizar el delito tributario, este capítulo comenzará por hacer una breve aproximación a la discusión en torno al bien jurídico protegido en los delitos propios del derecho penal tributario (sección 2). A continuación, se atenderá a los estándares y recomendaciones de organismos internacionales (sección 3). Después, se llevará a cabo un estudio separado de las distintas modalida-

des delictivas que integran el derecho penal tributario (secciones 4 y 5). Para cada una de estas modalidades se realizará un estudio de Derecho comparado. Se comenzará por países no latinoamericanos de referencia. A tal efecto, se hará especial énfasis en la legislación española y estadounidense (subsecciones 4.1 y 5.1). Se continuará con un estudio de los ordenamientos jurídicos de América Latina objeto de estudio en la presente obra colectiva. A saber, Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (subsecciones 4.2 y 5.2). Finalmente, se llevará a cabo un estudio de la regulación en el caso de Colombia (subsecciones 4.3 y 5.3).

En el análisis de cada delito se seguirá una misma estructura. A saber: (a) exposición de la regulación normativa del sistema nacional de que se trate; (b) breve referencia a cuál es el bien jurídico protegido por el sistema nacional de que se trate; (c) sujeto pasivo; (d) sujeto activo; (e) conducta objetiva típica; (f) tipo subjetivo; y (g) penas previstas. Además, se analizarán las especificidades normativas para cada delito en relación con la corrupción asociada al COT, y se propondrán una serie de recomendaciones para América Latina por un lado, y para Colombia por otro lado, con el fin de incrementar su eficacia en la lucha anticorrupción.

Habitualmente, el estudio de los delitos tributarios divide en dos grupos diferenciados el análisis de las modalidades comisivas de los delitos tributarios. Por un lado, los delitos contra los ingresos de la Hacienda Pública y, por otro lado, las conductas que atentan contra su sistema de gastos. Las primeras se identifican con dejar de ingresar la cantidad debida en las arcas del Estado. Estas, de acuerdo con lo que suele ser habitual en los ordenamientos jurídicos de referencia, son el fraude fiscal y otras como el delito contable tributario. Por su parte, las conductas contrarias a los gastos de la Hacienda Pública son aquellas orientadas a generar un coste para el Estado, sin que concurren los requisitos para ello. Por ejemplo, el fraude de subvenciones y el disfrute ilegítimo de beneficios fiscales.

Sin embargo, a en atención a la estructura de la presente obra colectiva, en este texto se ha procedido a clasificar y analizar los delitos tributarios en función del bien jurídico, del objeto de la conducta típica y del *modus operandi*. Así, el análisis se divide en dos partes:

1. Delitos de defraudación tributaria, entendida en sentido amplio: En este grupo se analizarán las conductas que recaen específicamente sobre los tributos o beneficios fiscales y que requieren una maquinación fraudulenta como *plus* a la infracción administrativa.

2. Delitos vinculados a la contabilidad y otros: En este grupo se analizarán las conductas que recaen indirectamente sobre los tributos y que no siempre requieren un ardid o engaño. En muchos casos, ni tal siquiera requieren un perjuicio. En estos casos, es más patente la administrativización del derecho penal, toda vez que lo que distingue al delito de la infracción es la pena.

1.3. Descripción de la metodología y tratamiento de fuentes

Para llevar a cabo el presente análisis se ha atendido, en primer lugar, a instrumentos normativos. En concreto, se han tomado en consideración las legislaciones de los países de referencia, así como los estándares internacionales que guían su configuración. A tal efecto, y en razón de la materia aquí abordada, se ha incidido especialmente en las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en tanto que se trata de un organismo de cooperación internacional al que pertenece Colombia y otros de los países de referencia (EE.UU., Italia, España, México y Chile).

En segundo lugar, se han tenido en cuenta los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia, a fin de verificar la aplicabilidad y los problemas de las legislaciones vigentes. También, cuando ha sido oportuno y en la medida de lo posible, se ha recurrido a datos estadísticos, mediante estudios existentes sobre corrupción y delito fiscal.

El objetivo de este trabajo es ofrecer propuestas de mejora de los instrumentos vigentes para prevenir y castigar la corrupción transnacional (incluyendo los frecuentes supuestos en que está vinculada al COT) asociada a los delitos tributarios. A tal efecto, el tratamiento de las fuentes no es solo descriptivo, sino que incide en las distintas regulaciones desde una perspectiva valorativo-crítica.

1.4. Bien jurídico protegido en los delitos tributarios

Para fundamentar la punibilidad de los delitos tributarios y delimitar el alcance de las figuras típicas, la doctrina normalmente recurre al concepto de bien jurídico protegido. Sin embargo, el derecho penal tributario es un caso paradigmático de discordia dogmática, toda vez que la discusión doctrinal es muy amplia y, todavía, carente de un consenso generalizado (Ferré Olivé, 2014: 78 et seq.; Martínez-Buján Pérez, 1995: 123 et seq.; Montero, 2021: 325 et seq.). Al respecto, es un lugar común distinguir entre las tesis patrimonialistas, que conciben a la defraudación tributaria como conducta que lesiona los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública, y las tesis funcionales, que entienden a la defraudación tributaria como una conducta que afecta la dimensión funcional de la Hacienda Pública. La opción por una u otra posición conduce a conclusiones diversas, pues si se hace primar una visión exclusivamente funcional, no será preciso que se constate un efectivo perjuicio para la Hacienda Pública (Pérez Royo, 1986: 20 et seq.). Sin embargo, entender que el delito fiscal es esencialmente patrimonial (asimilable a la estafa) limita la legitimidad de la sanción a los casos en los que efectivamente se produzca una lesión en el patrimonio Estatal del cual es garante la Autoridad tributaria (Martínez-Buján, 2015: 618 et seq.).

Como se verá a continuación, en los países de referencia analizados es frecuente que la doctrina mayoritaria se posicione en favor de una tesis mixta, que diferencia entre bien jurídico inmediato y mediato (Martínez-Buján, 2015: 619 et seq.; Gallego Soler, 2001: 686 et seq.; Ayala, 2004: 106; Silva Sánchez, 2013: 959). Ahora bien, el lenguaje cada vez más poroso y abierto de los tipos penales relativos a los delitos tributarios (detectado en muchos de los ordenamientos jurídicos de referencia analizados en el presente estudio), parece sugerir que la actual configuración de los delitos tributarios parecería aproximarlos a los delitos de peligro. Como se verá, algunos ordenamientos jurídicos no requieren un perjuicio, ni un umbral económico mínimo de tipicidad. Lo cual, como ha criticado parte de la doctrina, conduce a una “hiperprotección del patrimonio público”, carente de legitimidad y de lesividad concreta o afectación real y, por ende, ilegítima (Silva Sánchez & Salvador Coderch, 1999: 139 et seq.).

Por este motivo, nos sumamos a quienes defienden que, en todo caso, será preciso acreditar una afectación real a la dimensión institucional, mediante la lesión (potencial o efectiva) del Erario público (Martínez-Buján 2015, 618 et seq.) Así, el bien jurídico mediato será la Hacienda Pública, entendida como actividad financiera del Estado y desarrollada en el marco del orden público económico. En cambio, el bien jurídico inmediato varía según se trata de delitos contra el sistema de ingresos o contra el sistema de gastos (Ferré Olivé, 2014: 93). Respecto al sistema de ingresos, se produce una nueva diferenciación. En el momento de liquidación del tributo (delito de defraudación tributaria y delito contable tributario) el bien jurídico inmediato es la fe pública para la determinación tributaria del *quantum debeatur* (Martínez-Buján, 2015: 620). En el momento de la recaudación del tributo (insolvencias, alzamiento, etc.) el bien jurídico protegido inmediato es el patrimonio público (Martínez-Buján, 2015: 620 et seq.). En cuanto a los delitos contra el sistema de gastos (fraude de subvenciones), el bien jurídico protegido se resume en las condiciones legalmente requeridas para la concesión o disfrute de la subvención. (Brandariz, 2000: 347 et seq.; Silva Sánchez, 2019: 959). Todos estos argumentos conducen, en definitiva, a considerar que en las distintas modalidades estudiadas de delitos contra la Hacienda Pública estamos ante delitos de lesión, que requieren un resultado (Brandariz, 2000: 483 et seq.; Martínez-Buján, 2015: 633)

Ahora bien, debe ponerse de relieve el déficit de legitimidad retributiva que caracteriza a la norma de comportamiento quebrantada mediante los delitos tributarios (Montero 2021, 325). Precisamente por eso, como se verá en las páginas que siguen, muchos de los ordenamientos de referencia regulan estas formas delictivas al margen del CP, mediante instrumentos legislativos de tinte administrativo. Y, además, dotan a estos delitos de una “lógica flexibilizadora de la represión” (Coca Vila, 2020: 598 et seq.), en la que la no regularización tributaria y la no colaboración se aproximan a una condición objetiva de punibilidad.

2. EXPERIENCIAS Y RECOMENDACIONES CON RELACIÓN A DICHA RESPUESTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES (ÁMBITOS UNIVERSAL Y REGIONAL)

2.1. *Instrumentos internacionales objeto de estudio*

La prevención del fraude fiscal es uno de los objetivos prioritarios de las agendas ejecutivas, los planes estratégicos y las prioridades legislativas de muchos de nuestros líderes mundiales y organismos gubernamentales. Ello se refleja, entre otras cosas, en la existencia de instrumentos internacionales que ofrecen pautas sobre cómo abordar este delito de un modo armonizado. Lo cual, como se verá, comprende multitud de acciones a nivel administrativo o estructural, como condición necesaria para hacer efectiva la regulación penal. Por cuestiones de espacio, este trabajo se limitará a enumerar los instrumentos internacionales que se han considerado más relevantes, por su transversalidad o aceptación generalizada en los países objeto de estudio.

2.1.1. Instrumentos internacionales de ámbitos universal

Uno de los organismos internacionales más relevantes en materia de derecho penal tributario es la OCDE. Los países de referencia en este estudio se encuentran voluntariamente vinculados a sus directrices, a través del Convenio OCDE de 1997 y las disposiciones que lo desarrollan, en constante actualización. De entre todas ellas, aquí se destacarán tres: los principios globales en la lucha contra los delitos fiscales, las medidas BEPS y el Convenio OCDE/Consejo de Europa de colaboración en materia tributaria.

Por lo que se refiere a los principios, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE aprobó una guía de *best practices* en fecha 10 de octubre de 2017 (OCDE, 2019), por la que concreta cuáles son los diez principios universales que se entienden necesarios para promover sistemas eficaces de lucha contra los delitos tributarios. Estos son los siguientes: (a) penalización de las infracciones tributarias; (b) tener una estrategia efectiva para abordar los delitos tributarios; (c) tener poderes investigativos adecuados; (d) poder efectivamente

embargar/incautar y confiscar activos; (e) tener una estructura organizacional con estructuras definidas; (f) contar con recursos adecuados para la prevención de delitos tributarios; (g) regular el delito tributario como un delito predicado o subyacente para el delito de lavado de dinero; (h) tener un marco efectivo para la cooperación interinstitucional e inter-agencia; (i) asegurar que los mecanismos de cooperación estén disponibles; y (j) regular los derechos de los sospechosos.

Junto a estos principios, es pertinente hacer referencia a las acciones BEPS de la OCDE. Estas surgen de la necesidad de establecer instrumentos para que los Estados a través de sus gobiernos puedan combatir las estructuras que están direccionadas a la disminución de las bases imponibles locales y a la deslocalización de impuestos en los territorios de baja o nula tributación. En julio de 2013, la OCDE presentó un Plan de Acción que diagnosticaba los principales problemas que había que afrontar relativos a las BEPS. Este fue respaldado por el G20 y publicado en octubre de 2015, con medidas para mejorar la coherencia de los estándares impositivos internacionales, reforzar su focalización en la sustancia económica y garantizar un entorno fiscal de mayor transparencia (OCDE, Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, 2015). En concreto, en este plan de acción se incluían quince medidas cuyo desarrollo debía permitir combatir el problema de la evasión fiscal de las empresas multinacionales. A saber:

Acción 1: hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital

Acción 2: neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos

Acción 3: reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional

Acción 4: limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros

Acción 5: incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo cuenta la transparencia y la sustantividad

Acción 6: impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (CDI)

Acción 7: impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente.

Acciones 8 a 10: garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor.

Acción 11: establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión

Acción 12: requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.

Acción 13: nuevo análisis de la documentación sobre precios de transferencia.

Acción 14: hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos).

Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.

Desde 2016 dieron comienzo los procesos de *peer review* (revisión entre regímenes homólogos) para asegurar que las acciones identificadas se estaban implementando por cada una de las distintas jurisdicciones de manera efectiva de acuerdo al estándar acordado. De acuerdo con el último informe sobre la materia (OCDE, 2021), se han llevado a cabo las revisiones de las acciones 5, 6, 13 y 14 y actualmente, se está trabajando en otras acciones BEPS, teniendo en cuenta los desafíos fiscales derivados de la COVID-19 y de la digitalización de la economía.

Por último, cabe destacar el Convenio Multilateral de Asistencia Mutua en Materia Tributaria, modificado por el Protocolo de 2010 (OCDE & Consejo de Europa, 2011)¹. Tiene como objetivo ayudar a

¹ El Convenio original fue desarrollado conjuntamente por el Consejo de Europa y la OCDE y se abrió a la firma de los Estados miembros de ambas organizaciones el 25 de enero de 1988. El Convenio original fue enmendado en 2010 para alinearlo con la norma internacional sobre intercambio de información con fines fiscales y abrirlo a todos los países, respondiendo al llamado del G20 de facilitar que todos los países obtengan los beneficios del nuevo entorno fiscal cooperativo. La Convención enmendada entró en vigor el 1 de junio de 2011.

los gobiernos de los Estados parte a hacer cumplir sus leyes fiscales y proporciona un marco legal internacional para la cooperación entre países en la lucha contra la elusión y la evasión fiscal internacional. Además, ofrece una variedad de herramientas para la cooperación administrativa en materia tributaria, proporcionando todas las formas de intercambio de información, asistencia en la recaudación de impuestos y servicio de documentos. También facilita las auditorías conjuntas y el intercambio de información para contrarrestar otros delitos graves (por ejemplo, blanqueo de capitales, corrupción) cuando se cumplen determinadas condiciones (OCDE & Consejo de Europa, 2011).

2.1.2. Instrumentos internacionales de ámbito regional

2.1.2.1. Unión Europea

En diciembre de 2015 el Consejo de la Unión Europea adoptó dos bloques de acuerdos sobre los que se asienta todo el intenso trabajo en el ámbito BEPS que se ha desarrollado en la UE a lo largo de 2016 y que sigue desarrollándose en la actualidad.

En el primero de ellos, tomando como base sus conclusiones de diciembre de 2014, destacó la necesidad de encontrar soluciones comunes, pero flexibles, a escala de la UE que sean coherentes con las conclusiones del proyecto BEPS de la OCDE. Algunas de las medidas que se han derivado de dicho acuerdo son las siguiente: (a) por un lado, la Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad (UE, Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016); y (b) por otro lado, la Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, aprobada como Directiva 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016 (UE, 2016). Esta norma, que está siendo traspuesta por los Estados miembros, establece una norma general anti-abuso, un nuevo régimen de transparencia fiscal internacional, el tratamiento de las denominadas asimetrías híbridas, la limitación de la deducibilidad de intereses y la regulación de la llamada imposición de salida o *tax exit*.

Finalmente, cabe destacar también la Directiva 2018/822/UE del Consejo de 25 de mayo de 2018 (conocida como DAC-6), que modifica por sexta vez la Directiva 2011/16/UE de febrero de 2011 sobre intercambio de información tributaria e Estados Miembros de la Unión Europea. Esta Directiva establece la obligación de comunicar determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva y se orienta a incrementar el intercambio de información entre las Administraciones Tributarias de la Unión Europea y crear un entorno de mayor equidad tributaria en el mercado interior (Velarde Armayo 2021: 232 et seq.). A tal efecto, define lo que considera mecanismos transfronterizos “potencialmente agresivos” e introduce una serie de deberes de comunicación e información a los agentes e intermediarios encargados de diseñar, comercializar, organizar, gestionar, o ejecutar dichos mecanismos. Ahora bien, el Consejo de la Unión Europea optó por dejar en manos de los Estados Miembros la regulación de la dispensa de la obligación de proporcionar información (*mandatory disclosure rules*) si con ello se vulnera el secreto profesional. El problema es que la trasposición de este punto de la Directiva se ha hecho de forma muy dispar y ello puede redundar en una aplicación asimétrica del secreto profesional y de la dispensa de información dentro de la Unión Europea (Velarde Armayo, 2021: 245).

En el segundo bloque de acuerdos, centrado en el papel del Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas, se propone reforzar el protagonismo del Grupo para proseguir con los trabajos dentro de la UE sobre la eliminación de las medidas fiscales perniciosas, elaborando directrices generales a fin de evitar la elusión fiscal, la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

2.1.2.2. América Latina

Destaca la labor llevada a cabo desde la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). El 19 de noviembre de 2018, los ministros, viceministros y funcionarios de alto nivel de países latinoamericanos se reunieron al margen de la Reunión Plenaria del Foro Global celebrada en Punta del Este (Uruguay), reconociendo que la región se enfrenta a importantes retos en materia de recaudación de

ingresos. A tal efecto, se elaboró el informe “Transparencia Fiscal en América Latina 2021”, orientado a avanzar en la transparencia fiscal y la agenda de intercambio de información (EOI por sus siglas en inglés) en América Latina, con el fin de combatir la evasión fiscal, la corrupción y otros delitos financieros.

Debe destacarse que estas propuestas a nivel regional no tienen carácter penal específico, pese a orientarse a combatir los referidos delitos de evasión fiscal y corrupción. En cambio, son medidas eminentemente administrativas, centradas en mejorar el sistema de recaudación como principal estrategia. Destacan las siguientes, mencionadas como “hoja de ruta” en el antedicho informe “Transparencia Fiscal en América Latina 2021”:

1. Promover la facturación electrónica digital en los países de la región: Esta herramienta permite tener un mejor conocimiento de las operaciones nacionales de cada contribuyente y lo coloca automáticamente bajo el control de las autoridades tributarias nacionales. Además de reducir el uso del papel, la existencia de estos documentos en formato digital permite encontrar de forma rápida errores en las declaraciones y registros contables o detectar indicios de evasión fiscal. De esta manera, el ente regulador puede realizar un seguimiento de cada eslabón de la actividad económica, mejorar la eficacia de la fiscalización de cada contribuyente y, finalmente, aumentar la recaudación tributaria efectiva (Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2020: 104 et seq.).

2. Instrumentar una adecuada medición de la evasión como punto de partida para mejorar la gestión tributaria: Ello no se haría solo mediante la referida facturación electrónica, sino también con otras herramientas tales como la elaboración y consolidación de metodologías (ascendentes y descendentes), ampliación de las estimaciones a los principales impuestos (especialmente ISR y seguridad social), segmentación de contribuyentes, regímenes simplificados para pequeños contribuyentes, automatización de las operaciones de registro (declaraciones juradas, pagos y otras) o la facilitación del cumplimiento a través de medios digitales.

3. Un enfoque internacional para expandir el control tributario más allá de las fronteras geográficas.

4. Medidas de cooperación: participación activa en distintas iniciativas internacionales que promuevan el necesario intercambio automático de información con otras jurisdicciones y articular acciones en el marco de la Erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS).

5. Medidas unilaterales enfocadas en la actualización y el fortalecimiento de los marcos legales en materia de precios de transferencia, normas de subcapitalización y pagos entre empresas vinculadas, redefiniciones del concepto de establecimiento permanente y normas anti-abuso de convenios bilaterales.

6. Promover la coherencia integral del sistema tributario: Se apela a la necesidad de instrumentar reformas tributarias que propicien la convergencia de los países de la región hacia una estructura tributaria más eficiente, más equitativa, mejor administrada y más creíble, que permita aumentar la recaudación obtenida por los sistemas tributarios de la región. Por ejemplo, priorizando la equidad y la simplificación en el diseño de los impuestos, fortaleciendo el nivel de recursos disponibles, etc. Dicha coherencia es relevante no solo a nivel nacional, sino también con una perspectiva de la región en conjunto. De este modo se podría evitar cualquier movimiento de competencia tributaria entre los distintos países y se reafirmaría la importancia de establecer canales de diálogo y coordinación regional en estas estrategias.

7. Medidas que a las que se tiende con carácter general/común en todos estos instrumentos.

Además del castigo penal de las conductas de defraudación tributaria —que, como se verá, es algo que se ha generalizado en los ordenamientos jurídicos de referencia—, los instrumentos internacionales y regionales están insistiendo en dos clases de medidas. Por un lado, las que se orientan a facilitar la cooperación internacional y el intercambio de información, en aras a una mayor transparencia fiscal y mejor persecución de la corrupción. Por otro lado, las medidas que tratan de garantizar un mejor funcionamiento estructural del sistema recaudatorio, sin los cuales el sistema penal carece de eficacia. Todo ello, alineado con el objetivo de dar impulso a la digitalización en materia tributaria: mediante el recurso a las tecnologías de la in-

formación y las comunicaciones (TIC) para facilitar la recaudación y mediante la previsión legislativa de los nuevos escenarios de tributación que plantea la digitalización de la economía.

3. DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Como se mostrará a continuación, en lo que se refiere a la definición de las conductas de defraudación fiscal (entendida en sentido amplio), existe una base común bastante homogénea entre los ordenamientos objeto de estudio. Todos los ordenamientos objeto de análisis cuentan con tipos penales que castiguen las conductas de engaño, orientadas a defraudar el pago de una cantidad debida a la Hacienda Pública. Pero, como se verá a continuación, el modo de conceptualizar dicha conducta en los distintos ordenamientos presenta diferencias sustanciales en numerosos aspectos. Así, en lo que respecta a la regulación, algunos países castigan esta conducta en el CP (Colombia, España, EE.UU.), otros en leyes especiales (Italia, Perú, Brasil) y otros en el código tributario (Chile, México). En cuanto al bien jurídico, solo algunos exigen un umbral mínimo de defraudación a modo de resultado, que exige una vinculación de la conducta típica con aspectos patrimoniales (Colombia, España, Italia, Argentina, México), destacando el caso de Italia, donde no se castiga la tentativa. En cambio, el resto de los países analizados deja esta cuestión abierta, facilitando así la concepción del delito de defraudación fiscal como un delito de peligro contra un bien jurídico entendido de un modo exclusivamente funcional y, por ende, casi ilimitado, destacando el caso de EE.UU. que hace de la tentativa la principal forma de defraudación. También existen diferencias en cuanto a las penas, pues solo en algunos ordenamientos es posible compatibilizar la multa penal con la pena de prisión (España, Brasil), mientras que, en el resto, la pena es exclusivamente corporal (quedando la sanción de multa reservada al ámbito administrativo). Además, aunque todos los países reconocen algún beneficio penológico a la regularización, en unos términos y con unos requisitos muy similares, algunos países no permiten la exención de pena cuando se da esta circunstancia (Italia, Chile). Además, no todos los países castigan a las personas jurídicas por estos delitos.

En cambio, existe bastante consenso —al menos a primera vista— en la delimitación del sujeto activo y del *modus operandi*. En lo que respecta al sujeto activo, la defraudación fiscal se configura en la mayor parte de ordenamientos de referencia como un delito propio del obligado tributario. Solo algunos acercan la regulación a la de los delitos comunes (por ejemplo, México). Sin embargo, en todos ellos la doctrina lleva años cuestionando la conveniencia político-criminal de las restricciones interpretativas a las que conduce la teoría de los delitos especiales y cobran fuerza otras posturas que permiten ampliar el círculo de autores, tales como la teoría de las infracciones de deber o la de los delitos de posición. Por lo que se refiere al *modus operandi*, todos los ordenamientos jurídicos de referencia entienden las distintas modalidades de defraudación como una maquinación, ardid o engaño fraudulento perpetrado con dolo. Sin embargo, y pese a que, en muchas ocasiones, la ley exige expresamente la concurrencia de estos elementos en términos muy significativos, la doctrina denuncia que la práctica presume de forma automatizada su efectiva concurrencia. Lo cual, acerca el derecho penal tributario a la racionalidad cuasi-objetiva del derecho administrativo.

3.1. Países no latinoamericanos de referencia: España, Italia y Estados Unidos

3.1.1. España

3.1.1.1. Normativa

El delito de fraude fiscal está previsto en el título XV del CP español de 1995, en los arts. 305 a 310 bis. Ahora bien, en la doctrina existe consenso en afirmar que la referida regulación es una clara manifestación de Ley penal en blanco, puesto que depende de normativa extrapenal. La regulación de los delitos tributarios en el Derecho español ha sido objeto de distintas reformas, destacando las operadas por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 7/2012 (De la Mata Barranco 2018: 531 et seq., 567 et seq.; Linares 2020: 31 et seq.; Martínez-Buján, 2019: 615 et seq.; Sánchez-Ostiz, 2012: 463 et seq.).

Además, cabe mencionar que todavía no se ha transpuesto la Directiva DAC6, lo cual supone un incumplimiento del plazo previsto en su art. 2, que exigía hacerlo antes del 31 de diciembre de 2019. De modo que algunas conductas que bajo dicha Directiva se hubieran considerado como de “planificación fiscal agresiva”, hoy por hoy estarían jurídicamente permitidas (Velarde Armayo, 2021: 232 et seq.).

3.1.1.2. *Bien jurídico protegido*

Más allá de la discusión entre las tesis patrimonialistas y funcionalistas, puede afirmarse que el delito de fraude fiscal tributario ampara el modelo social económico adoptado por la Constitución de 1978 a través de la función recaudatoria de la Hacienda Pública. Esta se orienta a obtener una distribución equitativa de la renta, en atención a los principios de capacidad económica de los sujetos y de eficiencia y economía en la realización del gasto (art. 31 CE). Lo cual tutela y ampara, a su vez, los intereses vitales y las voluntades de los individuos que componen la sociedad (Coca Vila, 2019: 598 et seq.; De la Mata Barranco, 2018: 531 et seq.; Martínez-Buján, 2019: 616 et seq.).

Bajo este paraguas se ubican las distintas modalidades defraudatorias del derecho penal tributario español que, sin embargo, presentan particularidades en atención a cada conducta delictiva. Así, mientras que en el delito de fraude fiscal del art. 305 se protege el sistema de ingresos de la Hacienda Pública, en el delito de fraude de subvenciones del art. 308 se protege el sistema de gastos.

3.1.1.3. *Sujeto activo*

Se trata de un delito especial, que únicamente pueden ser imputados a título de autoría al obligado tributario (persona física o jurídica) o al destinatario del beneficio fiscal/subvención, así como a los administradores (de hecho, o de derecho) y/o representantes de los obligados personas físicas/jurídicas que actúen en su nombre (art. 31CP).

En España no existe un precepto que castigue separadamente a los asesores fiscales u otros sujetos distintos del obligado frente a la

Hacienda Pública con posibilidad de intervenir en el delito de un modo normativamente decisivo. No obstante, desde la reforma operada por la LO 15/2003 es posible castigar a los *extranei* mediante la cláusula penológica prevista en el art. 65.3 CP, en cuya virtud: “[...] los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate” (Peñaranda Ramos 2008: 1422 et seq.). Sin embargo, si se acogen el planteamiento de entender el delito fiscal como un delito de posición, sí sería posible castigar como autor mediato al *extraneus* o como autor directo en los casos de usurpación de la posición. Los partidarios de este planteamiento entienden que fuera de los casos de delitos especiales de deber rigen las reglas generales de la intervención, siendo innecesario, además de dogmáticamente incorrecto por carecer de una razón material suficiente, recurrir al art. 65.3 CP (Robles Planas, 2007: 132 et seq.). Sin embargo, con la legislación y la jurisprudencia vigentes, tal vez lo más acertado sea una postura intermedia o matizada, en la que el delito de defraudación fiscal se entienda como un “delito especial de infracción de un deber con elementos de dominio” (Silva Sánchez, 2005: 65).

Además, las conductas de defraudación fiscal son susceptibles de generar responsabilidad penal para las personas jurídicas, si de su comisión por parte de un representante o directivo o de un empleado sobre el que no se ejerce la debida supervisión, se deriva un beneficio directo o indirecto para la entidad (art. 31 bis CP en relación con el art. 310 bis CP). De hecho, atendiendo a la jurisprudencia existente hasta la fecha, el delito fiscal es el delito por el que más se castiga a la persona jurídica. A fecha de enero de 2020 (diez años después de introducirse en el CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas), había ya 48 condenas a empresas, siendo el delito fiscal el caso más habitual.

3.1.1.4. *Sujeto pasivo*

La Hacienda Pública, en sus modalidades estatal, autonómica, local y europea. Así, junto a los tipos penales que amparan el patrimonio y la función de la Hacienda Pública a nivel nacional (arts. 305, 305 bis y 308 CP) se encuentra el delito de defraudación a la Hacienda Pública europea (art. 306 y 308 CP).

3.1.1.5. Tipo objetivo

La conducta típica del delito de defraudación fiscal consiste en la ocultación o modificación del hecho imponible, mediante la ocultación, alteración u omisión de datos relevantes y significativos que se proyectan y trasladan a la cuota tributaria. Ello, ya sea eludiendo el pago de cantidades debidas o beneficiándose indebidamente de devoluciones o beneficios fiscales. En el CP español hay tres tipos que castigan estas conductas: el tipo básico del delito de fraude fiscal (art. 305 CP), el delito contra la Hacienda Pública europea (art. 306 CP) y el fraude de subvenciones (art. 308 CP).

El tipo básico de fraude fiscal del art. 305 CP castiga a quien:

[...] por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros

De este modo, son tres los elementos que configuran el tipo objetivo. A saber, la infracción tributaria, la defraudación y el perjuicio superior a 120.000 euros. De acuerdo con lo que viene sosteniendo la jurisprudencia, el delito no radica en el mero impago, sino en el fraude ínsito al falseamiento u ocultamiento de hechos imponibles y/o de datos fiscalmente relevantes (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) n° 1505/2005, de 25 de noviembre). En concreto, el art. 305 CP exige que el impago o beneficio fraudulentos se de alguna de estas cinco formas distintas: (a) elusión del pago de tributos; (b) elusión de cantidades retenidas a cuenta o que se hubieran debido retener; (c) elusión de ingresos a cuenta de retribuciones en especie; (d) obtención indebida de devoluciones; y (e) disfrute de indebido de beneficios fiscales.

El Juez penal es quien fija la cuota defraudada, según lo que dispone la normativa administrativa, con base en las reglas descritas en el art. 305.2 del CP. Estas concretan cómo debe procederse ante la concurrencia de varios impuestos, de varios periodos impositivos, o

de distintas modalidades de comisión, etc. Ahora bien, a la hora de determinar la cuantía defraudada, se permite la aplicación de determinadas presunciones de renta. Así, la propia ley presume *iuris tantum* que existe defraudación en casos de ganancias de patrimonio no justificadas. Además, la jurisprudencia admite la prueba indiciaria como método para la determinación de bases imponibles. Es decir, se considera que bastan los indicios o sospechas respecto del patrimonio para estimar la base imponible, en lugar de datos completamente indiscutibles e indudables. En cuanto a la liquidación, no existe prejudicialidad penal y, por ello, la Administración Tributaria puede liquidar los conceptos y cuantías de la obligación tributaria y recaudar las deudas administrativas resultantes de las actuaciones administrativas practicadas, aunque no haya sentencia penal (art. 305.5). Todo ello da fe del propósito eminentemente recaudatorio del derecho penal tributario, alejándolo así de los fines del derecho penal nuclear.

En términos muy similares al art. 305 CP se expresa el art. 306 CP, relativo al fraude fiscal contra los fondos de la Hacienda Pública Europea (o delito de fraude comunitario), que castiga a quien:

[...] por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del art. 305, el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido.

Como puede observarse, la principal diferencia con respecto al fraude del art. 305 CP radica en que existirá perjuicio a partir de los 50.000 euros. Además, en los casos en los que la cantidad defraudada esté comprendida entre los 4.000 y los 50.000 euros, rige el subtipo atenuado del delito de fraude comunitario (art. 306.2 CP).

Finalmente, además de las referidas conductas contra el sistema de ingresos de la Hacienda Pública, las modalidades típicas de defraudación también alcanzan al sistema de gastos, mediante el castigo del fraude de subvenciones (art. 308 CP). En concreto, el CP tipifica dos modalidades defraudatorias distintas, que coinciden con

las conductas que aparecen descritas como infracción administrativa grave en el art. 58, letras a) y b) de la Ley 28/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS). A saber:

1. Obtención de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido (art. 308.1 del CP).
2. Aplicación de fondos públicos a fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos (art. 308.2 del CP).

La diferencia del delito de fraude de subvenciones con respecto a la infracción administrativa es que en el caso del delito se condiciona a que el monto de lo defraudado sea superior a los 100.000 €. Ahora bien, el delito no precisa de la constatación de ningún resultado de perjuicio patrimonial efectivo (STS nº 1030/2013, de 28 de noviembre). Este se consuma, o bien con el acto administrativo de concesión de la subvención o ayuda (art. 308.1 CP), o bien en el momento en el que se aplican los fondos a fines distintos a los requeridos (art. 308.2 CP).

3.1.1.6. Tipo subjetivo

De acuerdo con asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo español (cfr. Sentencias 1244/2003 de 3 de octubre y 31/2012, de 19 de enero), el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar. Es decir, el delito de fraude fiscal es un delito doloso y no es posible su castigo en la modalidad imprudente, porque el castigo de la imprudencia en España se rige por un sistema de *numerus clausus* y el delito fiscal culposo no se castiga. Por tanto, el autor deberá tener conocimiento del deber extrapenal de tributación, del fraude con el que altera la realidad tributaria, del perjuicio de 120.000 € y de las circunstancias objetivas y fácticas sobre las que se basa la necesidad de declarar. Además, en los delitos de omisión (por ejemplo, no ingresar las cantidades debidas), el dolo deberá abarcar el conocimiento de que ese resultado se hubiera evitado con la realización de la conducta omitida y de su capacidad para poder declarar efectivamente.

Si no pudiera constatarse la existencia de dolo, la conducta debería quedar impune. En este sentido, se discute sobre la naturaleza del error sobre los elementos de la norma extrapenal que configura el delito fiscal. Pese a una opinión inicial que preconizaba su tratamiento como error de prohibición, un sector doctrinal, cada vez más numeroso propone, con fundamentaciones diversas, su tratamiento como error de tipo (Martínez-Buján Pérez 1998a, 68). Lo cual avalaría la tesis de la impunidad al concurrir desconocimiento de la norma tributaria.

3.1.1.7. *Penas*

Las distintas modalidades defraudatorias en materia tributaria (ya sea fraude fiscal o de subvenciones) se castigan con una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía dejada de ingresar. Las penas se pueden agravar cuando se utilice a una persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario y también en atención a la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

En el caso del delito de defraudación de tributos del art. 305 CP, los autores del delito tienen la posibilidad de obtener una exención (art. 305.4 CP) o, desde el año 2012, mitigación de la pena (art. 305.6 CP), en casos de que se proceda a la regularización de la cuota defraudada. Algo de lo que también podrán beneficiarse los partícipes en el delito cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito. Ahora bien, la referida atenuación de pena en casos de regularización tardía del art. 305.6 CP ha sido muy criticada por la doctrina (Dopico, 2019: 43 et seq.): Además de suponer un incentivo a la delación propio de una política criminal “de excepción” más propia de la criminalidad organizada (Ferré Olivé, 2018: 247), es extensible a toda clase de defraudaciones fiscales y supone una ventaja que equivale a la compra de la impunidad.

Ahora bien, en el caso del delito de fraude de subvenciones, el legislador no es tan benévolo: solo es posible una mitigación de la pena para los autores en caso de reintegro y para los partícipes que colaboren en los mismos términos que los que acaban de referirse (art. 308.6 CP).

Finalmente, cabe señalar que el art. 308 bis establece una excepción al régimen general de suspensión de la pena, pues condiciona la suspensión de la ejecución de la pena de los delitos de defraudación fiscal al pago o compromiso de pago de lo defraudado.

En cuanto a las personas jurídicas, la responsabilidad penal por delitos de defraudación tributaria (de impuestos o de subvenciones) comprende las siguientes penas de multa: (a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años; y (b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. Además, se impondrán a la persona jurídica responsable las siguientes penas: (a) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas durante el período de tres a seis años; y (b) La pérdida del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Junto a ello, y potestativamente, el Juez está facultado a imponer cualquier otra de las penas previstas en los apartados (b) a (g) del art. 33.7 del CP. Debido a la naturaleza de los delitos tributarios, merece especial atención la pena de prohibición para contratar con la Administración Pública.

3.1.2. Italia

3.1.2.1. Normativa

El delito de fraude fiscal se prevé en el Decreto Legislativo 74/2000 (en adelante, DL). La norma se refiere a los delitos tributarios en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Valor Añadido, de modo que las defraudaciones de otros tributos diferentes a los mencionados no serán constitutivos de delitos, aunque sean cuantitativamente también muy importantes. Esto difiere de otros sistemas,

como el español, donde la defraudación de cualquier tributo puede ser constitutiva de delito si se cumplen los requisitos típicos.

Cabe precisar que el título del DL 74/2000 emplea el término *reato*, esto es, ilícito penal y con ello, apela tanto a delitos como a las contravenciones administrativas, según lo dispuesto en el art. 39 CP italiano. Sin embargo, dado que todas las penas previstas para las conductas de defraudación fiscal conllevan una pena de prisión, puede afirmarse que estamos ante delitos y no ante sanciones administrativas o contravencionales.

El Legislador italiano parece seguir la misma tendencia que el español, dirigida a incrementar y expandir la intervención penal en esta materia, ya sea mediante la criminalización de nuevas conductas o mediante el aumento de las penas. Ello, por ejemplo, ha sido patente a raíz de las reformas operadas por el Decreto Legislativo 158/2015 y Ley 157/2019. Mediante esta última, se incrementó el umbral de las penas, se extendió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas a determinados delitos fiscales y se reguló la denominada “confiscación ampliada” (Grigoras 2021, 1 et seq.).

El DL 74/2000 establece un amplio catálogo de delitos tributarios, autónomos entre sí, distribuidos en dos capítulos. El Capítulo I, se refiere a los delitos declarativos o *Delitti in materia di dichiarazione*. Se trata de delitos consistentes en evadir impuestos a través de declaraciones no veraces o fraudulentas. Por su parte, el Capítulo II, se refiere a los delitos documentales o *Delitti in materia di documenti* e pagamento di imposte y castigan dos clases de conductas: la alteración o destrucción de documentos contables y algunas conductas referidas al momento del pago del impuesto. En esta subsección se analizarán los delitos relativos a la evasión fiscal y los delitos declarativos contables se analizarán *infra*, en la subsección 5.

3.1.2.2. Bien jurídico protegido

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el enfoque político-criminal del derecho penal tributario italiano ha variado a lo largo de los años, dando lugar a configuraciones de los delitos comple-

tamente distintas (Melchionda 2020: 4 et seq.). En un inicio, el DL 74/2000 vigente apostó por una visión restrictiva de la intervención penal en el sistema tributario, en la que el bien jurídico protegido era eminentemente patrimonial: la correcta representación de la base imponible —y, con ello, el correcto funcionamiento de la Administración Tributaria— y el interés patrimonial del Estado para percibir los tributos. Ello se tradujo en la exigencia de un perjuicio en la mayor parte de los delitos, impidiendo el castigo de la tentativa y fijando umbrales mínimos en la cuantía defraudada. Sin embargo, las últimas reformas cuestionan esta configuración del bien jurídico al haber tipificado de delitos como el “pago omitido de retenciones adeudadas o certificadas” (art. 10-bis DL 74/2000), el “pago omitido de IVA” (art. 10-ter DL 74/2000) y el delito de “compensación indebida” (art. 10-quater DL 74/2000). Además, se han limitado las posibilidades de acceso al beneficio de la suspensión condicional y la negociación de la pena. Por tanto, y si bien el eje de la protección penal se mantiene centrado en la lesión tangible y significativa del interés patrimonial del Estado, parece también evidente que el desvalor de resultado de los hechos sancionados no se acompaña con el paralelo desvalor de la acción. Lo cual acerca al derecho penal tributario a un derecho penal del enemigo (Melchionda 2020, 5 et seq.).

3.1.2.3. *Sujeto pasivo*

Todas las conductas del Capítulo I del DL 74/2000 suponen el incumplimiento del deber de presentación de declaraciones tributarias —una obligación de carácter formal— del que se derive un perjuicio económico para el Erario Público.

3.1.2.4. *Sujeto activo*

Se trata de delitos especiales propios o *reati a soggettività ristretta* —delitos de subjetividad limitada—, en los que solo pueden ser sujetos activos únicamente los obligados tributarios

3.1.2.5. *Tipo objetivo*

Los delitos declarativos comprenden los siguientes: (a) declaración fraudulenta mediante el uso de facturas u otros documentos para transacciones inexistentes; (b) declaración fraudulenta mediante otros dispositivos; (c) declaración falsa; y (d) declaración omitida. Por su parte, los delitos documentales, que se analizarán *infra* en el apartado 5, se integran por las siguientes conductas: (a) la emisión de facturas u otros documentos para transacciones inexistentes; (b) la ocultación o malversación de documentos contables; (c) no pagar las retenciones de impuestos debidas o certificadas; (d) falta de pago del IVA; (e) compensación indebida; y (f) evasión fraudulenta del pago de impuestos.

El tipo básico es el del art. 2, relativo a la declaración de elementos pasivos ficticios, con el fin de evadir los Impuestos sobre la Renta o sobre el Valor Añadido, mediante facturas u otros documentos que reflejen operaciones inexistentes. Es esencial que la declaración fraudulenta —anual o periódica— se realice a través de los medios determinados en el precepto y, además, que sea relevante para la configuración del impuesto correspondiente. Este delito no prevé un umbral de punibilidad, pero sí establece penas distintas en atención a si lo defraudado supera o no los 100.000 euros.

El art. 3 tipifica el delito de declaración fraudulenta mediante el uso de otros artificios, en el que se castiga la presentación de una declaración tributaria falsa en la que se hagan constar elementos activos de valor inferior al real o créditos ficticios. A efectos de este delito, es necesario, además, que, con anterioridad a la realización de la declaración falsa, se hayan utilizado documentos falsos u otros medios idóneos para inducir a error a la Administración Tributaria. Como condición objetiva de punibilidad se exige que la cantidad evadida supere los 30.000 euros y, además, de forma alternativa, o bien que los elementos activos ocultados sean superiores al 5% de los declarados o superiores a 1.500.000 euros, o bien que el total de los créditos ficticios y de las deducciones supere el 5% del total del impuesto o supere los 30.000 euros.

Fuera de los casos contemplados en los arts. 2 y 3, el art. 4 tipifica el delito de declaración falsa, relativo a la presentación de una de-

claración tributaria anual orientada a evadir los Impuestos sobre la Renta o sobre el Valor Añadido, en la que se refleje un valor de los activos inferior al que tienen realmente o elementos pasivos ficticios o inexistentes, por encima de 100.000 euros.

El art. 5 cierra las modalidades típicas del capítulo I del DL 74/2000 y tipifica como delito la omisión de la declaración debida con el fin de evadir los Impuestos sobre la Renta o sobre el Valor Añadido, por valor superior a 50.000 euros.

En el capítulo II también se tipifican otras conductas de evasión fiscal, en los arts. 10 y 11. En concreto, el art. 10 bis castiga el delito de omisión de pago de retenciones debidas o certificadas, siempre que este supere los 150.000 euros en un mismo periodo impositivo. Por su parte, el art. 10 ter castiga como delito el mero impago del Impuesto sobre el Valor Añadido, por encima de los 250.000 euros. El art. 10 quater tipifica la compensación indebida de créditos a través de la compensación de créditos no vencidos o inexistentes por encima de 50.000 euros.

El art. 11. prevé dos delitos de sustracción fraudulenta del pago de impuestos. En el art. 11.1 se castiga a quien simule la enajenación de bienes propios o ajenos con la finalidad de evitar el pago del impuesto sobre la renta o sobre el valor añadido o de intereses o sanciones administrativas relacionadas con dichos impuestos, o para que el procedimiento de cobro coactivo devenga total o parcialmente ineficaz. El art. 11.2 castiga a quien presente documentación falsa en el procedimiento de transacción tributaria con la finalidad de obtener para sí mismo o para otros el pago parcial de tributos. En ambos casos, el umbral de punibilidad es de 50.000 euros, agravado en casos en los que el valor de los impuestos sustraídos supere los 200.000 euros.

3.1.2.6. Tipo subjetivo

Los delitos declarativos del capítulo I exigen un dolo específico consistente en cometer las conductas fraudulentas con la finalidad de evadir impuestos. Según el art. 1. d) del DL 74/2000, se trata de un complejo elemento subjetivo del injusto que abarca, junto al fin

de evadir impuestos y el fin de consentir a terceros la evasión, el fin de conseguir un reembolso indebido, el reconocimiento de un crédito inexistente a favor del contribuyente y de consentírselo a terceros.

Sin embargo, en los delitos documentales del capítulo II, relativos al impago de impuestos, no se exige ánimo defraudatorio alguno, siendo penalmente típico el mero impago doloso de la cantidad debida (en relación con los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre la Renta de las Personas Físicas), en una cantidad superior al umbral de punibilidad establecido para cada tipo en concreto. Lo cual ha suscitado críticas entre la doctrina italiana (Giglioli 2017: 203 et seq.).

3.1.2.7. *Penas*

Las distintas modalidades delictivas referidas anteriormente conllevan penas privativas de libertad, oscilando el límite mínimo entre los dos y los cuatro años de prisión, y el límite máximo entre los cuatro y los ocho años de privación de libertad.

Junto a ello, el art. 12 regula con carácter común a todas las modalidades comisivas las llamadas penas accesorias, a modo de refuerzo del sistema impositivo. Se trata de sanciones susceptibles de ser impuestas junto a la pena principal y son las siguientes: (a) prohibición para desempeñar funciones directivas en empresas; (b) incapacidad de contratar con la Administración Pública; (c) prohibición de ejercer funciones de representación y asistencia en materia tributaria; (d) prohibición permanente para ser miembro de la Commissione Tributaria (un órgano encargado de ejercer la jurisdicción tributaria a nivel estatal y regional, según el art. 1 del Decreto Legislativo 546/1992, de 31 de diciembre); y (e) publicación de la sentencia.

Aparte de las penas accesorias mencionadas, que podrán ser aplicadas a cualquier delito tributario, el art. 12.2 establece la prohibición para desempeñar cargos públicos si la condena fuera por un delito de declaración fraudulenta mediante uso de facturas u otros documentos para simular operaciones inexistentes (art. 2 del DL 74/2000), un delito de declaración fraudulenta mediante utilización de otros artificios (art. 3 del DL 74/2000).

Además, el DL 74/2000 contempla una serie de previsiones en las que se establecen excepciones al régimen general en materias como la prescripción o la suspensión de la ejecución de la pena. El plazo de prescripción es más amplio que en el régimen general y no se interrumpe hasta que no exista acta de comprobación de la infracción tributaria. En cuanto a la suspensión, esta no es posible si el impuesto evadido supera el 30% del volumen de facturación y, además, sobrepasa los tres millones de euros.

En cuanto a la regularización tributaria, desde el año 2015, esta goza de beneficios penológicos similares a los que contempla el CP español, pero no tan amplios, ni tan indiscriminados (Lanzi & Aldrovandi, 2017: 98 et seq.). Así, el art. 13 DL 74/2000 no permite la exención de pena si el delito fue de declaración fraudulenta de los arts. 2 y 3 y si el obligado tributario paga los tributos eludidos y las sanciones administrativas. Por otro lado, el art. 13 bis del mismo cuerpo legal prevé la posibilidad de atenuar la pena hasta la mitad si se devuelve la deuda tributaria en la que se incluyen los intereses y las sanciones administrativas antes de la declaración de apertura del juicio oral.

Finalmente, cabe señalar que el art. 25-quinquiesdecies del DL 231/2001 establece que las personas jurídicas son susceptibles de ser sancionadas por algunos de los delitos aquí tratados. En concreto, pueden responder en todo caso por los delitos de declaración fraudulenta mediante facturas u otros documentos por transacciones inexistentes (art. 2 DL 74/2000), con una multa de hasta cuatrocientas cuotas; por el delito de declaración fraudulenta mediante otros dispositivos del (art. 3 DL 74/2000), con una pena de hasta quinientas cuotas; y por el delito de evasión fraudulenta de impuestos (art. 11 DL 74/2000), con una multa de hasta cuatrocientas cuotas.

Además, el art. 25 quinquiesdecies, 1-bis prevé la posibilidad de castigar por el resto de los delitos aquí tratados, si estos se cometen en el marco de sistemas fraudulentos transfronterizos y con el fin de evadir el Impuesto sobre el Valor Añadido por un importe total no inferior a diez millones de euros, se aplican a la entidad las siguientes multas. Así, se prevén las siguientes penas: (a) por el delito de declaración infiel previsto en el art. 4, multa de hasta trescientas cuotas; (b) por el delito de declaración omitida previsto en el art. 5, multa de hasta cuatrocientas cuotas; y (c) por el delito de indemnización indebida previsto en el art. 10 quater, multa de hasta cuatrocientas cuotas.

Las referidas sanciones pecuniarias pueden ser agravadas en un tercio si el beneficio corporativo fuera significativo. Además, pueden añadirse sanciones interdictivas y pena de inhabilitación, así como el decomiso del beneficio del delito (es decir, del ahorro fiscal).

Finalmente, cabe destacar que, como regla general, el DL 74/2000 no permite el castigo de la tentativa en materia de delitos tributarios. Como se verá *infra*, se trata de una opción legislativa opuesta a la que ha adoptado el legislador federal estadounidense, que hace de la tentativa de evasión fiscal el delito principal del sistema.

3.1.3. Estados Unidos

El estudio de los delitos tributarios en el sistema penal estadounidense se ha limitado a los delitos federales y se ha puesto especial atención en los que pueden ser trasladables o equiparables a los de las otras legislaciones objeto de estudio en el presente trabajo. Cabe mencionar que se trata de conductas delictivas reguladas de una forma cualitativa y cuantitativamente muy amplia (para más detalles: Internal Revenue Service, 2009: 5 et seq.). Esto hace que sea difícil categorizar las conductas constitutivas de delitos tributarios de un modo parejo al del resto de países examinados. A los efectos de facilitar que el estudio de Derecho comparado sirva a los intereses de este proyecto de investigación, se ha llevado a cabo un esfuerzo de síntesis y de simplificación del análisis de una legislación tan distinta a la de los sistemas del *Civil Law* como la estadounidense. Así, el estudio de los delitos tributarios en EEUU se ha dividido en dos bloques diferenciados y armónicos con el resto de las legislaciones analizadas en el presente estudio: el delito de defraudación fiscal de la § 7201, que se analizará en la presente subsección y el resto de conductas para la subsección 5, destinada a otros delitos tributarios.

3.1.3.1. Normativa

La sección 26 del *US Code* (USC) lleva por nombre *Internal Revenue Code* (IRC), que podría conceptualizarse como el código fiscal de los EEUU (salvando las oportunas distancias, en cuanto a la compleja

cuestión de los matices con los que puede extenderse la concepción continental del principio de legalidad al ámbito angloamericano). Dentro del IRC, en el subtítulo F, capítulo 25, subcapítulo A, §§ 7201 et seq. Se encuentran regulados los distintos delitos que se pueden cometer contra la Hacienda Pública (Kemsley & Kemsley & Morgan, 2022: 589 et seq.).

Junto a la referida regulación, teniendo en cuenta el modo de operar del sistema federal estadounidense, que es el propio del *Common Law*, debe prestarse atención a los precedentes jurisprudenciales. Estos tienen la consideración de Derecho vigente, pese a no ser leyes escritas y aprobadas por un Parlamento. Por este motivo, a medida que se vayan explicando las distintas modalidades delictivas, se hará referencia a los precedentes jurisprudenciales más relevantes.

Finalmente, es preciso mencionar la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (*Foreign Account Tax Compliance Act*) o “FATCA”, en vigor desde el año 2013. La FATCA es la ley fiscal estadounidense de mayor alcance hasta la fecha, que exige a las Instituciones Financieras Extranjeras (“FFI”) que operan fuera de la jurisdicción de EE.UU., informar sobre las cuentas estadounidenses de las que sean titulares. Con ello, la ley trata de evitar que las *US Person* se sirvan de instituciones financieras extranjeras con el objetivo de evadir impuestos estadounidenses. En concreto, la ley FATCA cuenta con dos medidas unilaterales para frenar la evasión fiscal mediante el uso de cuentas en el extranjero en paraísos fiscales o territorios *offshore*. La FATCA logra este fin mediante dos vías: (a) por parte de los contribuyentes estadounidenses que revelan voluntariamente sus intereses en cuentas financieras en el extranjero; y (b) por parte de las Instituciones Financieras Extranjeras (“FEI”) que revelan forzosamente las estadounidenses de las que son titulares (White, 2018: 80 et seq.).

En primer lugar, en virtud de la 26 U.S.C § 6038D, se exige a los particulares que posean más de 50.000 \$ en “activos financieros extranjeros específicos” que informen al Departamento de Tesorería de los Estados Unidos (*Internal Revenue Service* “IRS”) sobre el uso de tales cuentas en el extranjero. En segundo lugar, en virtud del 26 U.S.C § 1471 exige a las FFI que informen directamente al IRS sobre las cuentas estadounidenses que poseen sus instituciones. De lo contrario, el IRS está habilitado para imponer una retención del 30% en

los pagos que perciban las instituciones financieras extranjeras (FFI) directamente de fuentes estadounidenses incluyendo intereses, dividendos, comisiones, cánones, alquileres, salarios, etc. La Ley no se limita a los particulares que hacen negocios con EE.UU. Al cubrir los denominados “pagos intermediarios” (*pass-through payments*), la FATCA amplía la jurisdicción del IRS sobre instituciones que no tienen cuentas en EE.UU. y no hacen negocios con EE.UU. y que no hacen negocios con Estados Unidos.

Aunque la ley no está exenta de polémica por poner en jaque el secreto bancario y la protección de datos de los usuarios (Kossachev, 2015: 224 et seq; White, 2018: 79 et seq.), la recaudación obtenida da cuenta de que es una medida eficaz para combatir la evasión de impuestos en el extranjero y, especialmente, a través de territorios *offshore* o de baja tributación. De ello da fe, por ejemplo, el programa de intercambio de información firmado con los bancos suizos o *Swiss Bank Program*², en cuya virtud se han recaudado más de \$1,36 billones, derivados de más de ochenta acuerdos de persecución diferida (Deferred Prosecution Agreements) o acuerdos de no persecución (Non Prosecution Agreements) (Chodikoff, 2017: 641 et seq.).

3.1.3.2. Bien jurídico protegido

Podría entenderse que en EE.UU. se defiende una concepción híbrida del bien jurídico protegido (Green, 2017: 57 et seq.). La redacción de los tipos penales y la de las reglas de determinación de la pena apela a las tesis patrimonialistas, pues el criterio rector es la pérdida o perjuicio que se ocasiona al Gobierno de la Nación. Ahora bien, la integridad del modelo económico en interés de la sociedad ha quedado enunciado en las *U.S. Sentencing Guidelines* como el principal objetivo al que tienden los delitos fiscales. Así, Capítulo 2, Sección T, dedicado a las denominadas “*Criminal Tax Sentencing Guidelines*” comienza aseverando que:

[...] las leyes fiscales penales están diseñadas para proteger el interés público de preservar la integridad del sistema fiscal de la nación. Los

² Vid.: Internal Revenue Service, Swiss Bank Program, 2023: <https://www.justice.gov/tax/swiss-bank-program>)

juicios fiscales penales sirven para castigar al infractor y promover el respeto a las leyes fiscales (U.S. Sentencing Guidelines).

La difusa pluriofensividad del bien jurídico protegido se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que en la regulación de los delitos fiscales que ofrece el título 26 del U.S. Code se incluyen otros delitos como el lavado de activos con intención de cometer un delito fiscal (18 U.S.C. § 1956(a)(1)(A)(ii)).

3.1.3.3. *Sujeto pasivo*

El delito de intento de evasión fiscal (así como los otros delitos tributarios de la legislación federal estadounidense) se configura como un delito contra el *Internal Revenue Service* (IRS) o Agencia tributaria de los EE.UU. Es la agencia federal del Gobierno de Estados Unidos, encargada de la recaudación fiscal y del cumplimiento de las leyes tributarias. Constituye una agencia encuadrada en el Departamento del Tesoro de Estados Unidos y también es responsable de la interpretación y aplicación de las leyes fiscales de carácter federal.

3.1.3.4. *Sujeto activo*

Podría entenderse que el delito de evasión fiscal es un delito común, ya que la § 7201 señala que el delito de tentativa de fraude fiscal podrá ser cometido por cualquier persona (“*any person*”). A estos efectos, el Manual de delitos fiscales del *Internal Revenue Service* (IRS) aclara que el concepto de persona a los efectos del delito de evasión fiscal incluye a un agente o empleado de una corporación, o un miembro o empleado de una sociedad, que está bajo una obligación de realizar el acto respecto al cual se produce la infracción, así como a los tutores y albaceas. Asimismo, el delito admite castigar a quien procede a la evasión intencionada de impuestos ajenos (vid.: *United States vs. Wilson*, 118 F.3d 228, 236 (4th Cir. 1997)).

Debe destacarse que, en el derecho penal de los EE.UU., las formas de participación se regulan como delitos de la parte especial (no como un modo de intervenir en un hecho ajeno). Así, el título 26 del

US Code incluye una remisión a la § 18 donde se regulan las formas de participación.

Las personas jurídicas también se consideran sujeto activo, por cualquier delito. En cada tipo penal se especifica la pena imponible a las corporaciones.

3.1.3.5. *Tipo objetivo*

La § 7201 prohíbe expresamente el intento de evadir impuestos “de cualquier manera”. Se trata de un tipo muy amplio en el que no hace falta un efectivo perjuicio, sino que basta con la acreditación de una obligación fiscal, una tentativa de incumplirla y una intención de defraudar a la Hacienda Pública³. Esto hace que los medios aptos para integrar el tipo objetivo sean prácticamente ilimitados, siempre que estemos ante una acción afirmativa por parte del contribuyente, efectuada con la intención de evadir el impuesto.

En este sentido, debe insistirse en que, en EEUU, las omisiones de actuar no satisfacen el requisito de acto afirmativo a los efectos del delito de defraudación fiscal. Por ejemplo, el mero hecho de no presentar una declaración, por sí solo, no puede constituir un intento de evadir impuestos. A efectos ilustrativos, el Tribunal Supremo en el caso *Spies* (*Spies v. United States*, 317 U.S. 492, 499 [1943]) expuso una serie de ejemplos de conductas que pueden constituir actos afirmativos de evasión: (a) Llevar una doble contabilidad; (b) realizar asientos falsos o alterados; (c) emitir facturas falsas; (d) destrucción de registros; (e) ocultación las fuentes de ingresos; (f) manipulación de transacciones para evitar los registros habituales; y (g) cualquier otra conducta susceptible de ocultar o engañar. (Véanse, además, los precedents: *United States v. Hoskins*, 654 F.3d 1086, 1091 (10th Cir. 2011); *United States v. Nelson*, 791 F.2d 336, 338 (5th Cir. 1986).

³ Debe recordarse que en Derecho angloamericano rige el principio *actus non fecit re nisi mens sit rea*, es decir: la definición del tipo subjetivo forma parte de la propia *offense*, de un modo más expreso que en muchos delitos del sistema continental (donde no siempre se explicita que sea precisa la concurrencia del dolo y mucho menos del grado de dolo que se requiere).

De acuerdo con el tenor literal de la § 7201, pueden distinguirse dos clases de evasión fiscal. A saber: a) el intento deliberado de eludir o evitar la liquidación de un impuesto; y b) el intento deliberado de eludir o evitar el pago de un impuesto. (*Sansone vs. United States*, 380 U.S. 343, 354 (1965). *United States vs. Shoppert*, 362 F.3d 451, 454 (8ª Cir.), cert. denegado, 543 U.S. 911 (2004); y *United States vs. Mal*, 942 F. 2d 682, 687-88 (9th Cir. 1991).

El *Tax Crimes Handbook* o Manual de delitos fiscales del *Internal Revenue Service* (IRS) señala que la evasión de la tributación suele llevarse a cabo mediante la presentación de una declaración falsa que omite ingresos y/o reclame deducciones a las que el contribuyente no tiene derecho. El impuesto declarado en la declaración es falsamente subestimado y crea una deficiencia. En consecuencia, esa infradeclaración intencionada constituye un intento de evadir o eludir el impuesto evadiendo la correcta determinación del mismo.

En lo que respecta a la evasión del pago, este delito generalmente ocurre después de que la existencia de un impuesto debido y adeudado haya sido establecida (ya sea por el contribuyente que reporta el monto del impuesto o por el IRS determinando el importe del impuesto que se considera debido y exigible) y casi siempre implica un acto afirmativo de ocultación de dinero o activos con los que se podría pagar el impuesto. A estos efectos, no es preciso que la Hacienda Pública haya realizado una evaluación de los impuestos adeudados y un requerimiento de pago.

Finalmente, cabe destacar una sub-modalidad de este delito de tentativa de evasión fiscal es la del delito de lavado de activos orientado a cometer un delito fiscal (18 U.S.C. § 1956(a)(1)(A)(ii)). De acuerdo con el tipo objetivo, el gobierno debe probar lo siguiente más allá de toda duda razonable: (a) el acusado llevó a cabo o intentó llevar a cabo una transacción financiera; (b) el acusado sabía que los bienes implicados en la transacción representaban el producto de alguna actividad ilegal; (c) los bienes representaban, de hecho, el producto de una actividad ilegal especificada, tal como se define en 18 U.S.C. § 1956(c)(7); y (d) el acusado tenía la intención de llevar a cabo una conducta que constituyera una violación de 26 U.S.C. § 7201 (evasión de impuestos) o 26 U.S.C. § 7206 (declaración falsa) (vid.: *United States v. Santos*, 553 U.S. 507 (2008); *United States v.*

Yusuf, 536 F.3d 178 (3d Cir. 2008); *United States v. Hosseini*, 679 F.3d 544 (7th Cir. 2012); *People v. Gutman*, 59 N.E.2d 621 (Ill.2010)).

3.1.3.6. *Tipo subjetivo*

El delito de evasión fiscal exige que la conducta se cometa “*willfully*”, es decir con la intención de evadir impuestos. El mero hecho de que haya habido un impago o una subestimación de impuestos es insuficiente; el Gobierno debe probar que el acusado cometió un acto afirmativo con la intención específica de evadir impuestos (*United States vs. Slutsky*, 487 F.2d 832, 844 (2d Cir. 1973); *United States vs. Coblenz*, 453 F.2d 503, 505 (2d Cir. 1972)).

3.1.3.7. *Penalidad*

Las distintas modalidades de delitos fiscales previstas en el título 26 del *US Code* contemplan penas de multa y de prisión en cada modalidad delictiva, imponibles alternativa o cumulativamente. Así, por ejemplo, en el delito de tentativa evasión fiscal de la § 7201 se prevé una pena máxima de 100,000 USD (500,000 USD en el caso de una corporación) y/o cinco años de prisión.

Para la determinación de la gravedad de la sanción, los jueces pueden emplear los criterios de las *Criminal Tax Sentencing Guidelines* de la *Sentencing Commission*, que establecen un sistema de medición por puntos, en función de la pérdida ocasionada al Gobierno. De acuerdo con un informe del *Department of Justice*, en el año 2020 el 68,7% de los condenados lo fue con penas de prisión, siendo la duración media de 16 meses de prisión.

Debe destacarse que, en el derecho penal tributario de los EE.UU., la acusación (el Gobierno federal) debe probar la concurrencia de cada uno de los elementos del *actus reus* y *mens rea* por encima de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*). Ello dificulta la persecución y penalidad de esta clase de delitos —a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos (como el español), donde el delito fiscal es un ejemplo paradigmático de excepciones a las reglas generales de estándar y carga de la prueba, al admitirse las presunciones—.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en EE.UU. tiene un gran protagonismo el sistema de pactos o *plea bargain*, por medio de los cuales se evita la celebración del juicio, a cambio de un reconocimiento de culpabilidad, pena y restitución de las cantidades debidas. (§ 9.6.2 *Internal Revenue Manual*; § 6B.1 U.S. *Sentencing Guidelines*).

Finalmente, resulta especialmente interesante el modo en el que se prevé la regularización tributaria o *Voluntary Disclosure* en el sistema federal estadounidense. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos no latinoamericanos de referencia analizados (España e Italia), la exención o atenuación de pena no es automática ni preceptiva una vez que se acreditan los requisitos de restitución y/o colaboración. En primer lugar, debe destacarse que las posibilidades de exención de pena por regularización están previstas en la § 9.5.11 de las políticas internas de la Administración tributaria o IRS⁴, que no tienen fuerza de ley. De modo que los tribunales podrían no otorgar a la regularización los mismos efectos que la IRS. Junto a ello, debe tenerse en cuenta que se trata de un proceso mucho más exigente que los analizados anteriormente, pues además de exigir la restitución y colaboración con anterioridad al inicio de las actuaciones civiles/penales o de que un tercero haya informado del incumplimiento al IRS, el contribuyente debe cumplir con una serie de requisitos que lo hagan idóneo o elegible para beneficiarse de una exención de pena (por ejemplo, no pueden acceder a esta práctica los contribuyentes con ingresos de origen ilegal). Además, la práctica de la *voluntary disclosure* no garantiza la inmunidad o una exención de responsabilidad criminal pues, como expresamente señala la IRS, tal práctica no crea ningún derecho sustantivo o procesal para los contribuyentes y la decisión de la IRS no está sujeta a ningún proceso de revisión o apelación administrativa o judicial (Memorandum from Deputy Attorney General Lisa Monaco, 2022).

Ahora bien, a los efectos de la persecución y castigo del delito fiscal en EE.UU., en los últimos años ha cobrado una especial importancia la política de recompensas a los *whistleblowers* que informen sobre evasiones fiscales de más de dos millones de dólares. La IRS gestiona una unidad especial denominada Oficina del Denunciante

⁴ Internal Revenue Manuals: <https://www.irs.gov/irm>.

(*Whistleblowers Office*), que supervisa el programa de denunciantes de EEUU. La IRS supervisa la información y determina a cuánto asciende la recompensa al denunciante. Gracias a las denuncias de *whistleblowers*, se ha incrementado notablemente el número de condenas y se ha facilitado la recaudación de capital evadido (Lee, Matthew D., 2016, 1 et seq.).

3.1.4. Análisis comparativo de los países no latinoamericanos de referencia

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores puede concluirse que existen una serie de características comunes a la regulación del delito fiscal en los tres sistemas analizados (España, Italia y EE.UU.). Así, los tres sistemas analizados entienden que el bien jurídico protegido por el derecho penal tributario es el Erario público, prevén la responsabilidad penal corporativa por estos delitos y hacen de la evasión de impuestos la principal figura de fraude fiscal. También es destacable que en todos los ordenamientos analizados se ha previsto el delito de defraudación tributaria en unos términos muy amplios (destacando, en este punto, el ordenamiento estadounidense), a fin de abarcar el mayor número de conductas posibles. Sin embargo, la legislación española presenta un déficit punitivo en relación con Italia o EE.UU.: al situar el umbral de pena en la defraudación de 120.000 euros, deja sin castigar las defraudaciones inferiores a ese importe (Dopico, 2019, 45).

Sin embargo, existen diferencias notables entre los tres sistemas. Aquí se destacarán tres: (a) el tratamiento de la tentativa; (b) la regulación del delito como especial o común; y (c) los beneficios punitivos asociados a las conductas de regularización o colaboración.

En lo que respecta a la tentativa, sorprende que el derecho penal italiano excluye expresamente su castigo, mientras que el derecho penal estadounidense hace de esta forma de comisión el principal delito, siempre que se acredite la voluntad defraudatoria (26 USC § 7201). Y es que, ciertamente, aunque los ordenamientos italiano y español hayan experimentado reformas encaminadas a incrementar la intervención penal en esta materia, podría sostenerse que el derecho penal estadounidense es aún más expansivo. En este, las conductas

se regulan de un modo mucho más amplio (sin límites cuantitativos y sin detallar las formas de comisión).

En esta línea, el derecho penal estadounidense prevé el delito de defraudación tributaria como un delito común, que puede ser cometido por más personas que el propio obligado tributario. En cambio, como se vio, en España y en Italia está previsto como un delito especial. Ahora bien, como ya se explicó al tratar estos delitos, existen fórmulas que permiten castigar al *extraneus* que interviene en el delito. Es el caso, por ejemplo, de la cláusula del art. 65.3 CP español, que permite castigar a quien no es obligado tributario como participe en el mismo o la cláusula del actuar por otro del art. 31 CP español, para castigar a quien ha administrado un patrimonio corporativo en perjuicio de la Hacienda pública, en los supuestos en los que el obligado tributario es una persona jurídica.

Finalmente, también la regularización tributaria y las conductas de colaboración reciben (al menos inicialmente) un trato distinto en los tres países de referencia. España es el ordenamiento jurídico aparentemente más benévolo, pues permite la exención o la super-atenuación por regularización incluso en casos de crimen organizado. Esto ha sido criticado por la doctrina, que se refiere a la regularización como compra de la impunidad y propone derogar la atenuante por lesionar los intereses generales (Dopico, 2019, 43 et seq.). En Italia se permite la exención de pena por regularización desde el año 2015, pero no es extensible a los casos de *dichiarazione fraudolenta* de los arts. 2 y 3 DL 74/2000, que son aquellos que incluyen falsedad en la factura, cuentas, etc. (Lanzi & Aldrovandi, 2017: 98 et seq.). Además, a diferencia del caso español, para acceder a la exención por regularización en Italia, es preciso abonar las multas administrativas (y no solo la deuda tributaria). Por su parte, en EE.UU., la exención de pena por regularización es algo meramente potestativo y no previsto en la Ley. No obstante, tal y como se refirió anteriormente, ello debe ponerse en relación con el sistema de *plea bargain* y de acuerdos de no persecución que rige en dicho país. De este modo, podría afirmarse que, de un modo o de otro, todos los ordenamientos de referencia analizados incentivan la regularización tributaria y las conductas de colaboración con importantes rebajas punitivas.

Finalmente, en las regulaciones de referencia analizadas, no se han encontrado especificidades en la regulación sustantiva del fraude fiscal asociado al COT, más allá de reforzar los deberes de información entre Estados. Así lo muestran la Directiva 2018/822/UE o DAC-6 sobre intercambio de información tributaria en Estados miembros de la Unión Europea o la Ley FATCA en EE.UU. En el caos de Europa, ya se vio que la DAC-6 establece la obligación de comunicar determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva, a fin de incrementar el intercambio de información entre las Administraciones Tributarias de la Unión Europea (Velarde Armayo, 2021: 232 et seq.). Sin embargo, la falta de una regulación uniforme en aspectos tan importantes como la dispensa por *profesional legal privilege* limita las expectativas de éxito.

Por su parte, la Ley FATCA estadounidense establece una serie de obligaciones de información a particulares y a instituciones, a fin de evitar que se recurra a la transnacionalidad para eludir impuestos. Sin embargo, además de que las mencionadas obligaciones de información no están exentas de polémica por su cuestionable encaje constitucional y por cómo están perjudicando los intereses de estadounidenses que operan en el extranjero (Kossachev, 2015: 224 et seq.), parece ser que los objetivos propuestos de la FATCA no se han cumplido plenamente. Entre otras razones (White 2018, 80 et seq.), la doctrina alude al papel de las criptodivisas en funcionar como nuevos paraísos fiscales para los ciudadanos que desean evitar la carga fiscal estadounidense, pues permiten convertir activos en datos que luego pueden liquidarse o intercambiarse por bienes. En segundo lugar, las empresas están renunciando a su ciudadanía basada en EE.UU. para evitar la pesada carga fiscal asociada. Finalmente, hay cada vez más casos de individuos que están renunciando a su ciudadanía estadounidense, sólo para evitar los impuestos. De modo que, podría decirse que la FATCA no está funcionando según lo previsto y el coste de hacer cumplir la ley supera los beneficios fiscales que produce para Estados Unidos. En vista de ello, se plantean posibles soluciones, como reducir la carga de los requisitos de la declaración individual, bajar el tipo del impuesto de sociedades, abaratar las declaraciones voluntarias, transferir un porcentaje de las sanciones cobradas a las FFI y, en general, abaratar el cumplimiento,

manteniendo la amenaza de la FATCA para los verdaderos evasores fiscales (White, 2018: 100 et seq.).

En conclusión, algo que ponen de manifiesto todos los ordenamientos no latinoamericanos de referencia analizados es que los delitos tributarios son uno de los focos de expansión del derecho penal, siendo cada vez más las conductas tipificadas. Además, en todos ellos, el bien jurídico protegido favorece que la recaudación se haga primar sobre el castigo, hasta el punto de permitir la exención de pena o importantes rebajas del castigo, a quien con su colaboración facilite el cobro por parte de la Hacienda Pública.

3.2. Países latinoamericanos de referencia. Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

3.2.1. Argentina

3.2.1.1. Normativa

Los delitos tributarios se regulan en una ley especial⁵, Ley 24.769 o Ley penal tributaria (LPT). El título I de la ley bajo el nombre de delitos tributarios define los siguientes: la evasión simple, la agravada, el aprovechamiento indebido de subsidios, la obtención fraudulenta de beneficios fiscales y la apropiación indebida de tributos⁶.

Además, el legislador argentino ha previsto el delito de asociación ilícita tributaria del art. 15 (c) LPT como delito autónomo e inde-

⁵ Conviene señalar que, en Argentina, cada uno de los Estados federados reserva para sí la regulación procedimental y delega al Congreso Nacional el Código de fondo. Así, existe un Código Penal único y tantos códigos procesales como provincias, además del código procesal federal para tal ámbito (Riquert 2018, 877 et seq.; Riquert 2016 50 et seq.; Riquert 2012b), 185 et seq.).

⁶ Por cuestiones de espacio, no se estudiarán aquí los delitos contra la Seguridad Social del título II, pese a estar configurados como delitos tributarios. Al igual que en el análisis de Derecho español, se parte de que se trata de delitos equiparables al delito fiscal, pero en lugar de cometerse contra el Fisco, se cometen contra una modalidad específica de autoridad recaudadora.

pendiente de aquellos delitos tributarios que los sujetos de la asociación pueden cometer o ayudar a cometer. Se tratará sobre dicho delito *infra*, en el apartado 3.2.1.8, reservando el resto de este análisis para los delitos tributarios en sentido estricto.

3.2.1.2. *Bien jurídico protegido*

Como en el resto de los ordenamientos jurídicos estudiados, en el caso de Argentina también está presente la discusión entre las tesis patrimonialistas y funcionalistas. Si bien, la tesis mayoritaria entiende que el bien jurídico tutelado es la Hacienda Pública, entendida esta no de un modo estático, sino como la actividad financiera que desarrolla el Estado a fin de obtener los recursos necesarios para hacer frente a los egresos que debe afrontar para cumplir con los objetivos que le vienen impuestos por la normativa constitucional (Riquert, 2012: 87 et seq.). Ello supone que no se castigan las conductas de peligro abstracto, sino solo delitos de resultado o daño directo contra el bien jurídico tutelado, o bien conductas que sólo lo ponen en peligro concreto.

3.2.1.3. *Sujeto pasivo*

La autoridad tributaria competente en función de cada impuesto. A saber: el fisco nacional, el fisco provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3.2.1.4. *Sujeto activo*

Aunque algunos autores se inclinan por entender que los delitos tributarios son delitos de infracción de deber —en los que la autoría se define en función de la competencia institucional y, por ende, admite castigar más allá del obligado tributario— la doctrina mayoritaria entiende que se trata de delitos especiales propios, que solo pueden ser cometidos por “el obligado” (arts. 1, 2 y 3), el destinatario de tales beneficios (art. 4) o el funcionario público encargado de la

recaudación (art. 6) (Altamirano, 2008: 835 et seq.; Riquert, 2012: 127 et seq.).

Junto a ello, debe tenerse en cuenta el art. 15, que contempla varios delitos de participación o facilitación de delitos tributarios por parte de quien no es obligado tributario. En primer lugar, el art. 15 (a) castiga a quienes dictaminen, informen, den fe, autoricen o certifiquen actos jurídicos, balances, estados contables o demás documentación con los que faciliten la comisión de alguno de los delitos tributarios. Asimismo, como se verá en detalle en el apartado 3.2.1.8, el art. 15 (c) LPT prevé el castigo de la asociación ilícita tributaria, en cuya virtud se castiga a quien integre una organización destinada a cometer delitos tributarios y, por ende, tampoco hace falta ser sujeto obligado para cometer el delito.

Además, en términos muy similares a la regulación española, el art. 14 prevé la posibilidad de castigar por estos delitos a los representantes de una persona jurídica y a la propia persona jurídica (García Caveró, 2008: 851 et seq.). Así, en primer lugar, se regula la cláusula de “actuar por otro”, en cuya virtud se aplica la pena de prisión prevista para el concreto delito a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados de una persona jurídica que hubieren actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de dicha entidad, cuando esta tuviere la condición de sujeto obligado. Junto a ello, se prevé el castigo de la propia persona jurídica por los delitos realizados en nombre o con la intervención, o en su beneficio.

3.2.1.5. Tipo objetivo

Se enumeran tres modalidades de evasión y de fraude fiscal, que tienen en común el *modus operandi*, consistente en servirse de declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión. Por ende, no bastaría con la mera elusión de tributos o con el mero aprovechamiento. Es preciso acreditar alguna clase de maniobra fraudulenta. En concreto, pueden distinguirse tres conductas o tipos objetivos:

1. Evasión simple (Yacobucci, 2008: 91 et seq.): declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratara de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año (art. 1).

2. Aprovechamiento indebido de subsidios (Meischenguiser, 2008: 565 et seq.): el obligado que, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechara indebidamente de reintegros, recuperos, devoluciones o cualquier otro subsidio siempre que el monto de lo percibido supere la suma de cuatrocientos mil pesos en un ejercicio anual (art. 3).

3. Obtención fraudulenta de beneficios fiscales (Lalanne, 2008: 513 et seq.): el que, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, obtuviere un reconocimiento, certificación o autorización para gozar de una exención, desgravación, diferimiento, liberación, reducción, reintegro, recuperos o devolución tributaria al fisco (art. 4).

Junto a estos delitos, se prevé una modalidad especial de impago, consistente en la apropiación indebida de tributos por parte del agente de retención o percepción de tributos (art. 6) (Meischenguiser, 2008: 565 et seq.)

3.2.1.6. *Tipo subjetivo*

Los delitos tributarios aquí analizados se sancionan exclusivamente las conductas dolosas, es decir los casos en los que haya habido la voluntad deliberada de cometer un delito. En la mayoría de los tipos penales se exige cometer el delito mediante engaño o malicia, lo cual exige actuar a sabiendas del carácter delictivo de la concreta conducta.

Mayores dudas puede presentar el art. 6, donde no se exige expresamente maquinación fraudulenta alguna al funcionario que se apropia de los impuestos. Sin embargo, habida cuenta de que realiza

tal conducta en el desempeño de su trabajo profesional y de su cargo, cabe afirmar que en la mayor parte de los casos se actuará con dolo.

3.2.1.7. *Penalidad*

Las penas por los referidos delitos son de prisión y se imponen sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales de multa que correspondan:

En el caso de la evasión simple del art. 1, la pena de prisión es de dos a seis años, pudiendo agravarse de tres años y seis meses a nueve años si concurre alguna de las cuatro circunstancias agravantes del art. 2. A saber: (a) Si el monto evadido superare la suma de cuatro millones de pesos; (b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de ochocientos mil pesos; (c) Si el obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de ochocientos mil pesos; y (d) Si hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falso.

En el caso del delito de aprovechamiento indebido de subsidios del art. 3, la pena es de tres años y seis meses a nueve años y en el caso de la obtención fraudulenta de beneficios fiscales del art. 4 es de uno a seis años de prisión.

Además, en los casos de los arts. 2°, inciso (c), 3° y 4°, además de las penas allí previstas se impondrá al beneficiario la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años.

Como puede apreciarse, en la mayor parte de las conductas descritas, se da una condición objetiva de punibilidad. A saber, que es preciso superar un umbral económico para afirmar la tipicidad. Fuera de estos casos, estaremos ante una infracción administrativa.

Al ser delitos de resultado, son tipos penales en los que es sancionable la tentativa (Mieres & Crede, 2008: 289 et seq.).

Está prevista, sin embargo, la posibilidad de eximir de pena al sujeto obligado (art. 16) que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él (Riquert, 2012: 291 et seq.).

Las penas a la persona jurídica se regulan en el art. 14 y consisten en: (a) multa de dos a diez veces de la deuda verificada; (b) suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco años; (c) suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder los cinco años; (d) cancelación de la personalidad jurídica, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; (e) pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; y (f) publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Estas sanciones corporativas se imponen conjunta o alternativamente y para graduarlas los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Además, la ley dispone expresamente que cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

3.2.1.8. *Especificidades en relación con el crimen organizado transnacional*

El legislador argentino ha previsto el delito de asociación ilícita tributaria del art. 15 (c) LPT. No es un supuesto específico para los casos de COT, pero indudablemente, se acerca a ello. Especialmente, si se tiene en cuenta que no es infrecuente que los delitos tributarios

se articulen a través de complejas operaciones de triangulación internacional y deslocalización de activos en cuentas *offshore* (Rezzoagli & Chiapelo, 2017: 35). Ahora bien, como se mostrará a continuación, la redacción del tipo es deficitaria y lo torna disfuncional para dar respuesta a los casos de COT de un modo satisfactorio.

La incorporación del tipo penal de asociación ilícita en la Ley penal tributaria, se hizo mediante la reforma de la Ley 25.874 de 2004 con el siguiente redactado:

El que a sabiendas: [...] c) Formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley, será reprimido con prisión de tres (3) años y seis (6) meses a diez (10) años. Si resultare ser jefe u organizador, la pena mínima se elevará a cinco (5) años de prisión.

El bien jurídico protegido con este delito es la paz pública en relación con el sistema tributario, pero no la Hacienda Pública, como en el caso del resto de delitos de la LPT (Rezzoagli & Chiapelo, 2017: 35). En esta medida, la asociación ilícita fiscal representa la protección de una faceta específica del orden público general; a saber, la tutela de la función tributaria como una parte específica del orden público socioeconómico (Villar, 2022: 999 et seq.).

Muestra de ello es que el tipo objetivo ha quedado configurado como un delito de peligro y de mera actividad, en el que el mero involucrarse con intención de cometer delitos tributarios en una asociación con carácter permanente y estable ya colma el fin de la norma (Rezzoagli & Chiapelo, 2017: 27 et seq.). En cuanto a la imputación subjetiva, se trata de un delito doloso, que exige conocer la existencia de la asociación y su finalidad delictiva en materia tributaria (sin necesidad de que se conozcan los planes delictivos detalladamente) (Rezzoagli & Chiapelo, 2017: 28 et seq.).

En cuanto al sujeto activo, debe señalarse que con este delito se pretendió extender la punibilidad de los delitos tributarios a los sujetos que, sin ser el obligado tributario directo, prestan colaboración para que esta se consume. Concretamente, se quiso incluir en la norma a las asociaciones delictivas conformadas por profesionales (fundamentalmente abogados, contadores y escribanos) que dan soporte

técnico, material y logístico para la perpetración de delitos fiscales. Esto es, organizaciones destinadas a la evasión. Sin perjuicio de tal intención legislativa, en el Derecho positivo ha quedado legislado como un delito común, para el que no es necesario ejercer una profesión determinada. Además, habida cuenta de que el art. 14 LPT permite sancionar a las personas jurídicas por los delitos tributarios, también podría castigarse aquí a las propias personas jurídicas bajo cuyo ropaje se hubiera cometido el delito. Algo habitual, por ejemplo, en el delito de facturas apócrifas.

Se trata de un delito que, por coherencia sistemática, conviene interpretar de forma armónica con el art. 210 CP Argentino, relativo al delito de asociación criminal (Villar, 2022: 999 et seq.). Ahora bien, mientras que dicho precepto se orienta a cualquier delito, el delito de asociación ilícita tributaria solo castiga los casos en los que el fin es cometer delitos tributarios. Por tanto, como requisito de imputación objetiva se exige que los delitos para los que se hace servir la estructura organizacional sean algunos de los previstos en la LPT (ej. evasión simple y agravada, aprovechamiento indebido de subsidios, obtención fraudulenta de beneficios fiscales y apropiación indebida de tributos, entre otros).

En términos generales, la doctrina se ha mostrado crítica con esta figura delictiva (Villar, 2022: 999 et seq.). Entre las principales objeciones, se reprueba la amplitud y lo genérico del redactado, que conduce a problemas interpretativos respecto de cuestiones importantes. Es el caso, por ejemplo, de la indeterminación del bien jurídico o de elementos típicos como la “habitualidad” o incluso la presunción de lesividad difícilmente compatible con el principio de culpabilidad respecto de conductas de peligro abstracto que no exigen que se realice el delito fin. También se critica que la pena es más baja que la del delito de asociación ilícita del art. 210 CP: este tiene una pena de tres a diez años de prisión, mientras que el delito de asociación ilícita tributaria prevé una pena de tres años y seis meses para la figura no agravada. En cualquier caso, con dicha pena queda vedada la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba (art. 26 CP).

Como se plasmará *infra* en las recomendaciones para el plan de acción en países de Latinoamérica y, específicamente, Colombia, una alternativa —quizá más funcional— a la existente, hubiera sido la de

regular específicamente los casos de delito tributario cometido en el marco de una organización criminal como una agravante del tipo básico y no como un delito autónomo. El delito del art. 15 c) LPT Argentina no está ni específicamente dirigido a la COT, era dudosamente necesario a la luz del delito de asociación ilícita del art. 210 CP Argentino que, además, castiga más severamente la asociación con fines delictivos (Villar, 2022: 1020).

3.2.2. Brasil

3.2.2.1. Normativa

En Brasil se distingue entre las infracciones administrativas o “*infrações fiscais*” y los delitos tributarios o “*crimes penais tributários*”. Estos últimos pueden ser a su vez de tres clases: *crimes contra a ordem tributária*, *crime de apropriação indébita previdenciária* y *crime de sonegação de contribuição previdenciária*. Los primeros se encuentran regulados en una ley especial (Lei n° 8.137/90 Ley de Delitos Tributarios), en tanto que los *crimes de apropriação indébita previdenciária* y los *crimes de sonegação de contribuição previdenciária* se encuentran tipificados en el CP. La presente investigación se centrará en los *crimes contra a ordem tributária* regulados en los arts. 1, 2 y 3 de la Lei n° 8.137/90, ya que en los otros dos casos se trata de delitos referidos a la Seguridad Social y exceden al objeto de este capítulo.

En concreto, a los efectos de armonizar el análisis de la ley brasileña con el resto de los ordenamientos analizados, se parte de la siguiente clasificación: las conductas que se corresponden con fraude y evasión fiscal son las de los arts. 1 (I-IV) y 2 (I-IV). En cambio, las conductas de los arts. 1.V, 2.V y 3 se analizarán *infra*, al tratar de delitos contable fiscal y otros delitos tributarios.

En general, debe destacarse que las modalidades de defraudación y evasión fiscal están previstas de un modo genérico, en el que no se requieren umbrales mínimos a partir de los cuales fijar el perjuicio y tampoco se exige un ánimo defraudatorio específico. Lo cual ha sido calificado como confuso por parte de la doctrina (Ioppi Virtuoso 2018, 233 et seq.). Además, debe tenerse en cuenta que Brasil no es un país miembro de la OCDE, por lo que existen divergencias en

materia penal tributaria con respecto a los países de referencia que sí son miembros de la antedicha organización (entre ellos, Colombia).

3.2.2.2. *Bien jurídico protegido*

Se define una concepción mixta, en cuya virtud se afirma que los delitos tributarios se orientan a proteger la integridad del Erario público y de la comunidad en su conjunto, dado que el Estado necesita recursos financieros para alcanzar sus objetivos constitucionalmente establecidos (Ioppi Virtuoso, 2018: 242).

3.2.2.3. *Sujeto pasivo*

La autoridad administrativa brasileña. A saber, la *Procuradoria General de Fazenda Nacional*. Esta, de acuerdo con el Código Tributario Nacional, tiene un plazo de cinco años para constituir el crédito tributario (arts. 142 y 173 CT).

3.2.2.4. *Sujeto activo*

Los delitos de evasión o fraude fiscal de los arts. 1 y 2 de la Lei n° 8.137/90 se encuentran regulados como delitos cometidos por particulares. Ahora bien, se trata de delitos especiales, toda vez que el sujeto activo debe tener la condición de obligado tributario.

Mención aparte merece la responsabilidad de las personas jurídicas. En el sistema brasileño no se prevé la responsabilidad penal de las entidades colectivas. Por ello, cuando el obligado tributario es la propia persona jurídica, se castiga a sus directivos o representantes. Lo cual no está exento de problemas interpretativos (Ioppi Virtuoso, 2018: 253 et seq.).

3.2.2.5. *Tipo objetivo*

La legislación brasileña tipifica en dos artículos las distintas modalidades de fraude o evasión fiscal.

En el art. 1 de la Lei n° 8.137/90, se castiga la supresión o reducción del impuesto, o la contribución social y cualquiera de sus accesorios, mediante las siguientes conductas:

1. Omitir información, o hacer una declaración falsa a las autoridades de Hacienda.
2. Defraudar a la inspección fiscal, insertando elementos inexactos u omitiendo operaciones de cualquier naturaleza, en documento o libro exigido por la ley tributaria.
3. Falsificar o alterar factura, factura, duplicado, boleta de venta o cualquier otro documento relacionado con el hecho imponible.
4. Preparar, distribuir, suministrar, expedir o utilizar documento que se sepa o deba saberse que es falso o inexacto.
5. Negar o dejar de proporcionar, cuando sea obligatorio, una factura o documento equivalente, relacionado con la venta de bienes o prestación de servicios, efectivamente realizada, o proporcionarla en desacuerdo con la legislación.

Se trata de un delito de resultado, en el que es preciso acreditar un perjuicio (salvo en el caso del art. 1. V).

El delito del art. 2 castiga otras conductas de evasión fiscal menos graves. A saber:

1. Hacer declaración falsa u omitir declaración sobre ingresos, bienes o hechos, o emplear otro fraude, para eximir, en todo o en parte, del pago de impuestos.
2. Dejar de recaudar, dentro del plazo legal, el monto del impuesto o contribución social, descontado o recaudado, como sujeto pasivo de obligación y que debe ser recaudado de las arcas públicas.
3. Exigir, pagar o recibir, para sí o para el contribuyente beneficiario, cualquier porcentaje sobre la parte deducible o deducida del impuesto o contribución como incentivo fiscal.
4. No aplicar, o aplicar en desacuerdo con el estatuto, incentivo fiscal o cuotas de impuestos liberados por una agencia o entidad de desarrollo.

5. Utilizar o divulgar un programa de procesamiento de datos que permita al sujeto pasivo tener información contable diferente a la que, por ley, se proporciona a la Hacienda Pública.

3.2.2.6. *Tipo subjetivo*

Todos los delitos tributarios son dolosos, sin que pueda presumirse el conocimiento del agente por su mera condición de obligado tributario (Machado 2002, 81). Sin embargo, en la práctica es frecuente que dicho dolo se presuma, cuando pueda acreditarse una vulneración formal de una norma administrativa, teniendo el error de tipo un reconocimiento muy limitado (Ioppi Virtuoso, 2018: 242 et seq.). La presunción de dolo es especialmente frecuente en el caso de los directivos de empresas, cuando estas son los obligados tributarios (Ioppi Virtuoso, 2018: 253 et seq.)

3.2.2.7. *Penalidad*

Ambos delitos conllevan penas de prisión y de multa. En el caso del art. 1, la pena de prisión es de dos a cinco años y en el caso del art. 2, reclusión, de seis meses a dos años. En ambos casos, la pena de multa se establecerá entre diez y trescientos sesenta días-multa, según sea necesario y suficiente para reprobar y prevenir el delito. El día de la multa será fijado por el juez en una cantidad no inferior a catorce ni superior a doscientos Billetes del Tesoro Nacional (BTN).

En cuanto a la exención de pena por regularización fiscal, esta se admitió inicialmente en el art. 14 de la Lei n° 8.137/90. Sin embargo, dicho precepto fue derogado poco después. En la actualidad, rige lo dispuesto en el art. 83 de la Lei n° 9.430: se permite la exención de pena siempre que el contribuyente se haya sometido a un programa de pago a plazos con anterioridad a la presentación formal de la acusación penal.

3.2.3. Chile

Fue el segundo país de Latinoamérica (después de México) en entrar en la OCDE, en el año 2010. Quizás este fue uno de los mo-

tivos que propiciaron que Chile fuese el ordenamiento jurídico de referencia en la reforma del año 2016 del Derecho colombiano en materia de delito fiscal.

A los efectos de la presente investigación, se partirá del esquema formal presentado por Van Weezel que, pese a ser una clasificación formal, permite la visión de conjunto que requieren las consideraciones siguientes. Así, pueden distinguirse cuatro categorías de delitos tributarios: (a) maquinaciones fradulentas (art. 97 números 4, 5, 10, 22, 23 y art. 100); (b) quebrantamiento de medidas conservativas y sanciones (art. 97 números 12, 13 y 14); (c) actividad económica informal (art. 97 números 9, 18, 26); y (d) abuso de franquicias y beneficios tributarios (art. 97, números 24 y 25) (van Weezel, 2007: 29 et seq.). De todas ellas, en este análisis solo se estudiarán la primera y la última, por ser las más directamente vinculadas con el objeto de análisis.

3.2.3.1. *Normativa*

Los delitos tributarios no están contemplados en una ley penal, sino que se encuentran regulados en el Código Tributario —Decreto Ley 830 de 1974— (en adelante, CT). En concreto, el título II regula el delito tributario junto a las simples contravenciones o infracciones administrativas tributarias. Todos los delitos fiscales se encuentran regulados en el art. 97, que enumera indistintamente los delitos y las infracciones administrativas tributarias. Estos se diferencian porque los delitos contemplan penas de prisión y, en general, exigen que la conducta típica se lleve a cabo de un modo “malicioso” o “fraudulento”.

3.2.3.2. *Bien jurídico protegido*

La doctrina mayoritaria chilena se inclina por entender que el bien jurídico protegido es el Erario público, la función de los tributos en un Estado social y democrático de Derecho (Bustos Ramírez, 2012: 16), o ambos. En este último caso, se habla de “patrimonio fiscal” (Mayer Lux, 2007: 78).

Sin embargo, tal y como se verá al tratar las distintas conductas típicas, el modo en el que se han regulado algunos tipos penales muestra que, en realidad, prima una visión poco patrimonial del delito de defraudación tributaria. Algunas de las modalidades típicas del art. 97 son tipos de mera actividad, que no requieren un verdadero perjuicio o afectación al sistema. Ello recuerda más al Derecho administrativo sancionador que al derecho penal, lo cual no es extraño en una legislación que regula indistintamente (y en un mismo artículo) infracciones y delitos.

3.2.3.3. *Sujeto pasivo*

Los delitos tributarios atentan contra el patrimonio y la función del Servicio Interno de Impuestos (en adelante SII), que es la Administración tributaria en Chile.

3.2.3.4. *Sujeto activo*

La mayor parte de la doctrina entiende que los delitos tributarios de defraudación y evasión fiscal son delitos especiales, en los que se requiere la comisión por parte de quien es el obligado tributario, como sujeto cualificado. De ahí que se afirme la incomunicabilidad de las circunstancias del sujeto cualificado respecto del resto de intervinientes, que podrán —en su caso— responder por un delito común (defraudación, falsedad, etc.).

Esto no sería así si se opta por entender que el delito tributario de defraudación y evasión fiscal sanciona la infracción de un deber positivo, del que son obligados todos los ciudadanos. Quienes defienden esta postura encuentran apoyo en el propio CT: Mientras que solo el contribuyente y las personas legalmente obligadas pueden responder con la pena de multa (art. 98 CT), la pena de prisión puede imponerse a dichos sujetos y “a quien debió cumplir la obligación” (art. 99 CT). Es decir, no solo al responsable de la obligación tributaria primaria (pago), sino también al resto de los ciudadanos, que ostentan un deber positivo de contribuir al bien común. Sin embargo, esta

tesis se ve como problemática y no ha sido acogida por la jurisprudencia (van Weezel, 2007: 112 et seq.).

En el caso de las personas jurídicas, las sanciones (pecuniarias y corporales) se imponen a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento, pero sólo en el caso que hayan personalmente incurrido en las infracciones. Se entenderá que incurren personalmente en las infracciones quienes hayan tomado parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite, o quienes, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

3.2.3.5. *Tipo objetivo*

El CT no distingue entre fraude y evasión fiscal. Dentro de las “maquinaciones fraudulentas” del art. 97, que se corresponden con distintas formas de fraude y evasión fiscal, pueden destacarse las siguientes conductas típicas:

1. Art. 97.4 CT: Disminución engañosa del monto del impuesto: La ley enumera distintas conductas:

- Realizar declaraciones manifiestamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior.
- Omitir maliciosamente asientos relativos a operaciones gravadas.
- Adulterar balances o inventarios dolosamente falseados.
- Presentar balances o inventarios dolosamente falseados.
- Usar boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas.
- Emplear otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto.

- Realizar cualquier maniobra tendente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones en impuestos sujetos a retención o recargo.
 - Simular una operación tributaria o realizar una maniobra fraudulenta por la que se obtienen devoluciones de impuesto que no corresponden.
 - Confeccionar, vender o facilitar maliciosamente guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre de Servicio, con el objeto de facilitar los delitos anteriores.
2. Art. 97.5 CT: Omisión de declaraciones exigidas por las leyes para la determinación del impuesto.
3. Art. 97.10 CT: Reiteración en el no uso o mal uso de documentos.
4. Art. 97.22 CT: Mal uso de medios verdaderos de autorización del Servicio para defraudar al Fisco.
5. Arts. 97.24 y 97.25: Abuso de beneficios tributarios. Dentro de este grupo se encuadrarían el delito de abuso de beneficios tributarios relativos a donaciones (art. 97.24) y el abuso de Zonas Francas (art. 97.25).

Como puede observarse, en las conductas referidas (y con la sola excepción del art. 97.4.3º y 97.24), puede apreciarse un adelantamiento de las barreras de protección, toda vez que algunas conductas son tipos de abiertos y de mera actividad, que no exigen el verdadero perjuicio al Erario público y otras son delitos de emprendimiento (Alvarado Urizar 2011, 168 s.). Además, a diferencia de lo que ocurre en otras de las legislaciones analizadas (p. ej. España), no es preciso que concurra el engaño en la conducta defraudatoria, sino que basta con la tendencia o intención exigida por el tipo, aunque no se provoque ni error, ni perjuicio (van Weezel, 2007: 46-49).

3.2.3.6. *Tipo subjetivo*

Solo se castigan los delitos dolosos. De hecho, y aunque se trata de un requisito exigido con carácter general en el derecho penal (arts.

2 y 10.3 CP), en los delitos tributarios se emplean expresamente las expresiones “maliciosamente” (art. 97 n° 4, 5, 22 y 23), “a sabiendas” (art. 97.8) y “dolosamente” (art. 97 n° 4 y 24) en la descripción típica. Además, hay otras figuras que refuerzan estas expresiones, añadiendo a la exigencia de obrar doloso/malicioso, la de una concreta tendencia. Por ejemplo, “encaminados a ocultar o desfigurar el monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto” (art. 97.4), “para defraudar al Fisco” (art. 97.5). La doctrina considera que son un refuerzo semántico de la exigencia de dolo y no un ánimo subjetivo particular, como podría serlo el ánimo de lucro (van Weezel, 2007: 68).

En aquellos casos en los que concurra un error, por “desconocimiento de las normas infringidas”, el art. 110 CT prevé la posibilidad de aplicar la eximente del art. 10.12 CP o, en su defecto, la atenuante del art. 11. 1 CP. Sin embargo, esto no aplica a cualquier clase de error de tipo: únicamente es válido respecto de las omisiones originadas por un error insuperable. Lo cual, según ha concretado la doctrina, aplica únicamente al contribuyente de recursos escasos e instrucción insuficiente (van Weezel, 2007: 43).

3.2.3.7. *Penalidad*

Como se viene refiriendo, a diferencia de lo que ocurre en otros países (por ejemplo, España), el delito tributario de evasión o fraude fiscal no exige un monto concreto defraudado y ni siquiera un perjuicio. Son tipos, en su mayoría, de mera actividad y se castiga la tentativa.

En los casos en los que está prevista una pena privativa de libertad o una multa, corresponde al SII determinar cuál es la pena imponible, en función del impuesto y de la cantidad que debía declararse/abonarse.

En cuanto a la restitución o regularización, el artículo 111 del código tributario (CT), establece que el pago es un atenuante de la responsabilidad penal. Así, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos no latinoamericanos y latinoamericanos de referencia analizados anteriormente, la regularización no permite la exonera-

ción de pena. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que una excepción a esto podría ser el art. 97.4.3 (el único que exige resultado), donde la auto-denuncia podría llevar a una renuncia de la acción penal (van Weezel, 2007: 130).

También se prevé como atenuante de la pena el hecho de que el ilícito cometido no hubiera generado un perjuicio para el fisco.

Por otro lado, el mismo art. 111 CT prevé dos circunstancias agravantes a saber: (a) el hecho de haberse cometido el ilícito con el asesoramiento de un experto tributario, utilizando documentación o información falsa, fraudulenta o adulterada, o que haya habido concertación con otros; y (b) la no emisión de la factura por parte de un contribuyente con calidad de productor con el fin de contribuir a la evasión de otros obligados.

3.2.4. México

3.2.4.1. Normativa

El código fiscal federal regula el delio fiscal de manera extensa y detallada (Aspe 2019, 161 et seq.). Tanto en la descripción de las distintas conductas típicas, como respecto de las distintas formas de intervención en el delito. Parte de ello puede derivarse del hecho de que México es uno de los tres países de Latinoamérica que forman parte de la OCDE y, como se vio anteriormente, las exigencias regulatorias por parte de esta institución son marcadas.

Este estudio centrará la atención en las modalidades típicas que se vinculan más directamente con los tributos y que tienen una correlación con las conductas analizadas al tratar los otros países de referencia. Por un lado, el delito de defraudación fiscal (art. 108 CF) y sus asimilados (art. 109 CF), que serán objeto de análisis en esta subsección. Por otro lado, el delito contable fiscal (art. 111 CF) y otros delitos tributarios (art. 110 a 115), que se analizarán *infra*, en la subsección 5⁷.

⁷ No se analizará el delito de contrabando, previsto en el art. 102 CF, toda vez que será objeto de otro capítulo.

3.2.4.2. *Bien jurídico protegido*

Prima una concepción mixta, en la que se entiende que se protege el sistema de recaudación de impuestos, incluyéndose en dicho sistema el patrimonio de la Hacienda Pública (Ferré Olivé, 2014: 79 et seq.).

3.2.4.3. *Sujeto pasivo*

El art. 92 del CF, prevé expresamente que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tendrá el carácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos fiscales previstos en dicha norma.

3.2.4.4. *Sujeto activo*

Se refiere a la persona física que prescinda realizar el pago de forma parcial o total de algún impuesto o reciba algún beneficio ilegal en detrimento del fisco.

De igual manera, aquellos que actuando como retenedores u obligados solidarios, ignoren pagos de tributos, siempre que esa negligencia sea debida a trampas o para aprovechar el error.

El art. 95 del CF prevé expresamente quiénes pueden ser considerados responsables del delito, más allá del propio obligado tributario. Así, señala que son responsables de los delitos fiscales, quienes:

- I. Concierten la realización del delito.
- II. Realicen la conducta o el hecho descritos en la Ley.
- III. Cometan conjuntamente el delito.
- IV. Se sirvan de otra persona como instrumento para ejecutarlo.
- V. Induzcan dolosamente a otro a cometerlo.
- VI. Ayuden dolosamente a otro para su comisión.
- VII. Auxilien a otro después de su ejecución, cumpliendo una promesa anterior.

VIII. Tengan la calidad de garante derivada de una disposición jurídica, de un contrato o de los estatutos sociales, en los delitos de omisión con resultado material por tener la obligación de evitar el resultado típico.

IX. Derivado de un contrato o convenio que implique desarrollo de la actividad independiente, propongan, establezcan o lleven a cabo por sí o por persona interpuesta actos, operaciones o prácticas, de cuya ejecución directamente derive la comisión de un delito fiscal.

Además, se prevé una agravación de la pena para el caso de que sea un funcionario quien intervenga en el delito (art. 97). No se prevé, sin embargo, responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos.

3.2.4.5. *Tipo objetivo*

Art. 108 CF: Defraudación tributaria: Castiga la conducta de quien, con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal. Ello comprende, indistintamente, los pagos provisionales o definitivos o el impuesto del ejercicio en los términos de las disposiciones fiscales.

El delito de defraudación fiscal y el delito previsto en el art. 400 Bis del CP federal, se podrán perseguir simultáneamente. Se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Art. 109 CF: Conductas asimiladas a la defraudación fiscal: Castiga con las mismas penas que el delito de defraudación fiscal a quien:

- Consigne en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba ingresos acumulables, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autori-

dad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

- Omite enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado.
- Se beneficie sin derecho de un subsidio o estímulo fiscal.
- Simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.
- Sea responsable por omitir presentar por más de doce meses las declaraciones que tengan carácter de definitivas, así como las de un ejercicio fiscal que exijan las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente. [...].
- Darles efectos fiscales a los comprobantes digitales cuando no reúnan los requisitos de los arts. 29 y 29-A del CF.

3.2.4.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de delitos dolosos, que solo pueden ser cometidos mediante una maquinación fraudulenta, lo cual implica un mínimo conocimiento. Sin embargo, la exigencia de dolo es discutible en delitos como los previstos en el art. 109 CF, que se prestan a presunciones de dolo (o, sencillamente, objetivación de la responsabilidad), porque —en unos términos más propios de una infracción administrativa— solo exigen haber realizado la conducta típica.

3.2.4.7. *Penalidad*

Penas del delito de defraudación fiscal (art. 108) y delitos semejables (art. 109): Comprenden distintos rangos, que van desde los tres meses hasta los nueve años de prisión, en función de la cantidad defraudada (de menos de \$1,932,330.00 a más de \$2,898,490.00).

Estas penas de los arts. 108 y 109 Pueden agravarse a la mitad, sin concurren las circunstancias enumeradas en el art. 108: (a) usar docu-

mentos falsos; (b) omitir reiteradamente la expedición de comprobantes por las actividades que se realicen, siempre que las disposiciones fiscales establezcan la obligación de expedirlos; (c) manifestar datos falsos para obtener de la autoridad fiscal devoluciones que no corresponden; (d) no llevar los sistemas o registros contables a que se esté obligado conforme a las disposiciones fiscales o asentar datos falsos en dichos sistemas o registros; (e) omitir contribuciones retenidas, recaudadas o trasladadas; (f) manifestar datos falsos para realizar la compensación de contribuciones que no le correspondan; (g) utilizar datos falsos para acreditar o disminuir contribuciones; (h) declarar pérdidas fiscales inexistentes; (i) utilizar esquemas simulados de prestación de servicios especializados o la ejecución de obras especializadas, o realizar subcontratación ilegal de personal; (j) Simular una prestación de servicios profesionales independientes; y (k) deducir, acreditar, aplicar cualquier estímulo o beneficio fiscal o de cualquier forma obtener un beneficio tributario, respecto de erogaciones que se efectúen en violación de la legislación anticorrupción, entre ellos las erogaciones consistentes en dar, por sí o por persona interpuesta, dinero, bienes o servicios, a servidores públicos o terceros, nacionales o extranjeros, en contravención a las disposiciones legales.

El art. 98 prevé expresamente el castigo de la tentativa con una pena de hasta dos terceras partes de la correspondiente al concreto delito, cuando, habiendo comenzado la ejecución, esta se paraliza por causas ajenas a la voluntad del agente. En cambio, el desistimiento voluntario conlleva la no sanción.

En este sentido, el art. 92 CF establece que se sobreseerá el proceso a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, “cuando los imputados paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien esos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría”. Asimismo, los arts. 108 y el 109, señalan en los términos equivalentes que no se formulará querrela si quien se encuentre en alguna de las situaciones descritas en dichos preceptos respecto del impago total o parcial de alguna contribución u obtención de un beneficio indebido, lo entera espontáneamente con sus recargos y actualización antes de cualquier actuación o requerimiento por parte de la autoridad fiscal.

3.2.4.8. *Especificidades en materia de corrupción asociada al crimen transnacional*

Se han encontrado dos especificidades en materia de corrupción asociada al COT. Por un lado, el art. 110 k) CF agrava las penas de los delitos de defraudación fiscal (art. 108 CF) y de los delitos asimilados a la defraudación fiscal (art. 109 CF) cuando la conducta delictiva consista en deducir, acreditar, aplicar cualquier estímulo o beneficio fiscal o de cualquier forma obtener un beneficio tributario, respecto de erogaciones que se efectúen en violación de la legislación anticorrupción, entre ellos las erogaciones consistentes en dar, por sí o por persona interpuesta, dinero, bienes o servicios, a servidores públicos o terceros, nacionales o extranjeros, en contravención a las disposiciones legales.

Por otro lado, el art. 108, relativo a la defraudación fiscal establece que dicha conducta se castigará sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 400 Bis del CP federal de México (y por extensión, ello es aplicable también a los delitos asimilados a la defraudación fiscal del art. 109, en tanto que se castigan con las mismas penas). Pues bien, el art. 400 Bis CP México castiga como delito específico de la corrupción asociada al crimen transnacional las “operaciones con recursos de procedencia ilícita” (anteriormente también regulado en el art. 116 del CF). Es decir, el lavado de activos o blanqueo de capitales. Y, a tal efecto, el art. 108 del CF señala expresamente que “se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita”.

A efectos ilustrativos, se transcribe lo dispuesto en el art. 400 bis del CP federal de México:

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

Por su parte, el art. 400 Bis 1 del CP federal prevé la agravación de la pena desde un tercio hasta en una mitad, cuando el que realice cualquiera de las conductas previstas en el art. 400 Bis del CP federal tenga el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona sujeta al régimen de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos.

Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión en personas morales sujetas al régimen de prevención hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Finalmente, se prevé una agravación ulterior por la que se duplican las penas si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los ex servidores públicos encargados de tales funciones que cometan dicha conducta en los dos años posteriores a su terminación. Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión im-

puesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Asimismo, las penas previstas se agravan hasta en una mitad si quien realice cualquiera de las conductas previstas en el art. 400 Bis, fracciones I y II, utiliza a personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que no tiene capacidad para resistirlo.

Para comprender el art. 400 bis CP México, es preciso tener en cuenta que, en México, el lavado de activos se concibió inicialmente como una infracción fiscal, regulada en el art. 115 bis del CF (Ojeda Bohórquez, 2008: 472 et seq.). Sin embargo, en el año 1996, el legislador mexicano trasladó dicha figura al art. 400 bis del entonces CP para el distrito federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal (actualmente denominado CP federal), bajo el nombre de delito de “operaciones con recursos de procedencia ilícita”. El nuevo *nomen iuris* supuso crear un delito orientado a proteger la administración de justicia y el orden socioeconómico nacional en general. Lo cual ya no se corresponde con el objeto de tutela del delito fiscal, que como vimos *supra* es la protección del patrimonio de la Hacienda Pública. Por tanto, lejos de ser una adaptación específica de la criminalización de delito fiscal para casos de COT, en realidad, el art. 400 bis CP México da cuenta de la evolución del delito de lavado de activos en dicho país y, por ende, se estudia con mayor detalle en el capítulo dedicado a dicho delito.

Ahora bien, a los efectos que aquí interesan, conviene destacar la singularidad de la regulación mexicana en este punto, al pronunciarse expresamente en favor de una presunción de fraude fiscal en los casos de lavado de activos transnacional. Concretamente, el tipo penal se refiere a que el delito se cometa “dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa”. El hecho de que el lugar de ejecución de la conducta integre el tipo objetivo supone que debe ser abarcada por el dolo del autor. En casos de delito fiscal, esto puede ser problemático (Martín Queralt, 2014: 41 et seq.) y, *de facto*, dificultar la persecución de dicho delito en el marco de la DOT: si el sujeto no se representa que la vulneración de la normativa fiscal esté direccionada dentro del propio territorio nacional, o de México al extranjero, o viceversa, su conducta puede quedar impune. Algo que

no será improbable, habida cuenta de que la definición de lo que constituye delito contra la Hacienda Pública entre los distintos países dista de ser uniforme.

A ello se une que la actual regulación de los arts. 108 y 109 Código Federal en relación con el 400 bis CP México es difícilmente compatible con el principio *non bis in idem*, así como el derecho a no confesarse culpable. Al igual que ocurre en otros países en los que se discute sobre la viabilidad de que el delito fiscal sea delito previo al blanqueo, estas objeciones son salvables desde una perspectiva crítico-valorativa, si se entiende que estamos ante un concurso ideal de delitos, en el que un solo hecho da lugar a dos hechos típicos. Sin embargo, la actual redacción del art. 400 bis CP Mexicano es tan amplia que abarca todo el disvalor típico de las conductas de los arts. 108 y 109 CF. Es decir: la convivencia del CF y del CP en este punto supone un doble castigo de la misma elusión de tributos, que pone en entredicho el principio de proporcionalidad en su vertiente *non bis in idem* (Aspe, 2019, 161 et seq.).

Junto a ello, la presunción del art. 108 CF en relación con el 400 bis CP México conduce a conclusiones difícilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia. Por un lado, presupone que todo blanqueo de capitales conlleva un delito fiscal, si existe denuncia por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por otro lado, parece dar por sentado que todo fraude fiscal puede considerarse delito antecedente del blanqueo, sin más requisitos. Pero: ¿hasta qué punto la cuota defraudada es un recurso de procedencia ilícita a los efectos del delito de lavado de activos? Esta cuestión ha sido objeto de gran discusión en Europa y aquí se coincide con la doctrina que entiende que el fraude fiscal no puede considerarse *per se* y en todo caso un delito antecedente del delito de lavado de activos (cfr. entre otros muchos: Díaz y García Conlledo, 2014: 628 et seq.; Martínez-Buján, 2015: 568 et seq.; Manjón-Cabeza Olmeda, 2012: 660 et seq.): la cuota defraudada no es un bien que pierda su origen lícito por el mero hecho de no ser declarado, y, por tanto, no puede ser un bien con origen en una actividad delictiva. Cuestión diferente son los supuestos en que se obtienen de manera indebida devoluciones o se disfruta indebidamente de beneficios fiscales, en los que el delito fiscal se configura como antecedente del blanqueo

de capitales sin ningún género de duda, puesto que se trata de bienes que tienen su origen en una actividad delictiva.

A la vista de todo ello, se sugiere *lege ferenda* modificar la regulación vigente a fin de no vulnerar el *non bis in idem* y la presunción de inocencia (Aspe, 2019: 209 et seq.). En cuanto a la presunción de que todo delito de lavado de activos supone un delito fiscal, estimo necesario suprimirla o, en su defecto, hacer una restricción. El aut blanqueo solo debería ser punible cuando no pueda considerarse mero disfrute, sino una conducta cualificada de encubrir u ocultar el origen ilícito de los bienes (teoría de los hechos posteriores copenados) (Bacigalupo Zapater, 2012: 21 et seq.) (en sentido diverso, por ejemplo: Blanco Cordero, 2015: 491; Abel Souto, 2006: 224). Concretamente, para apreciar un concurso real entre blanqueo de capitales y delito fiscal, sería preciso acreditar: (a) la idoneidad de la conducta fraudulenta para, además de eludir impuestos, incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y (b) que ello fuera abarcado por el dolo del autor, a través de su propósito de rentabilizar las ganancias obtenidas en canales financieros seguros. Algo, esto último, para lo que sería conveniente eliminar la exigencia del art. 400 bis CP México de que la conducta se realice “dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa” (Nájera González, 2018: 619). De lo contrario, se corre el peligro de solapar el actual delito de lavado de activos del art. 400 bis CP México con el fraude fiscal cometido en el marco de la DOT.

3.2.5. Perú

3.2.5.1. Normativa

La legislación peruana cuenta con una norma especial, el Decreto Legislativo N° 813 del 20 de abril de 1996 (Congreso de la República de Perú), por el cual se aprobó la Ley 106 Penal Tributaria, normativa en la que se encuentran reglamentados los delitos fiscales, a los cuales se les denomina en forma genérica “delitos tributarios” o “delitos de defraudación tributaria” (Gavilán et al., 2010: 103 et seq.)

En concreto, el delito de defraudación tributaria, se encuentra contenido en la sección II del capítulo II del título XI del libro se-

gundo del CP (arts. 268 y 269 CP); sin embargo, dada su especialidad y en razón de las materias jurídicas que confluyen —derecho tributario y derecho penal—, así como la vinculación del citado ilícito con la actuación de las respectivas administraciones tributarias, se regula también en la referida ley penal especial.

3.2.5.2. *Bien jurídico protegido*

La Exposición de Motivos de la Ley penal tributaria parece optar por la tesis funcionalista, al señalar que el delito de defraudación tributaria “afecta de manera significativa a la sociedad, por cuanto perjudica el proceso de ingresos y egresos a cargo del Estado, imposibilitando que éste pueda cumplir con su rol principal de brindar los servicios básicos a los miembros de la sociedad y generando además planes de desarrollo global”.

3.2.5.3. *Sujeto pasivo*

El titular del bien jurídico protegido es el Estado como ente recaudador (Ugaz Sánchez-Moreno & Ugaz Heudebert, 2017: 88 et seq.). En el sistema tributario peruano la ley confiere esta condición a dos entidades: La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y a la Superintendencia Nacional de Aduanas (ADUANAS).

Sin embargo, la acción penal no corresponde en exclusiva a la autoridad tributaria, toda vez que de acuerdo con el segundo párrafo del art. 60° del CT “[...] cualquier persona puede denunciar a la Administración Tributaria la realización de un hecho generador de obligaciones tributarias”. A fin de incentivar este sistema, la denuncia de terceros puede hacerse con solicitud de recompensa o sin ella, de acuerdo con los arts. el art. 12° y 13 de la Ley de Exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria.

3.2.5.4. *Sujeto activo*

El delito de defraudación tributaria en Perú no está configurado en sentido estricto como un delito especial, pues permite castigar a

quien evade fraudulentamente impuestos, en provecho propio o de un tercero. Cabe presuponer que, en primer término, será responsable el deudor u obligado tributario (Ugaz Sánchez-Moreno & Ugaz Heudebert, 2017: 88). No obstante, la redacción de los tipos penales es lo suficientemente abierta como para permitir el castigo de otras personas no obligadas frente a la Hacienda pública (representantes, asesores fiscales, etc.).

Finalmente, debe destacarse que en Perú no se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este delito. La Ley 30424 solo sanciona a las empresas administrativamente y por el delito de cohecho transnacional.

3.2.5.5. *Tipo objetivo*

El art. 1 contiene el tipo básico de defraudación tributaria, que castiga la conducta de quien 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.

El art. 2 contempla dos modalidades especiales de defraudación tributaria (Ugaz Sánchez-Moreno & Ugaz Heudebert, 2017: 90 et seq.), consistentes en: (a) ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos, para anular o reducir el tributo a pagar; y (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 fijan las leyes y reglamentos pertinentes.

El art. 4 castiga como modalidad agravada de defraudación: (a) la obtención de exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos; y (b) la simulación o provocación de estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos.

3.2.5.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de delitos dolosos, que deben ser cometidos con conocimiento del riesgo que entraña la conducta típica. Dado que la conducta defraudatoria exige algo más que el mero impago, se precisa de una intencionalidad exteriorizada a través de un engaño o ardid encaminado a eludir dicho pago o el disfrute de un beneficio indebido.

3.2.5.7. *Penalidad*

Las penas por las distintas conductas de defraudación tributaria se establecen de acuerdo a la intensidad del daño al bien jurídico. Ello se traduce en lo siguiente (Ugaz Sánchez-Moreno & Ugaz Heudebert, 2017: 90 et seq.): (a) el art.1, que contiene el tipo base, tiene una pena de prisión de 5 a 8 años; (b) el art. 2, relativo a otras modalidades del tipo base, fija la pena de prisión en un rango de 5 a 8 años; (c) el art. 3 prevé la modalidad atenuada, según la cantidad, si no supera las cinco unidades impositivas, con pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 meses a 1 año; y (d) el art. 4, relativo a modalidades agravadas, establece la pena de prisión en un margen de ocho a doce años.

En el art. 5-D se prevén las circunstancias agravantes para los delitos de defraudación de los arts. 1 y 2, que elevan la pena de prisión a un rango de ocho a doce años, si:

1. Se utilizan una o más personas naturales o jurídicas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero deudor tributario.
2. El monto del tributo o los tributos dejado(s) de pagar supere(n) las cien Unidades Impositivas Tributarias (UIT) en un periodo de doce meses o un ejercicio gravable.
3. El autor forma parte de una organización delictiva.

A estas penas de prisión, deben añadirse las multas administrativas. No se impone, por tanto, una multa penal por estos delitos, toda vez que —de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley— ello supondría sancionar dos veces por el mismo hecho.

Además, el art. 6 prevé la pena accesoria de inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de siete años, para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, incluyendo contratar con el Estado.

En Perú se prevé la posibilidad de eximir de pena cuando exista una regularización tributaria que cumpla con los requisitos del art. 189° del código tributario. A saber, que se efectúe por medio de una auto-denuncia voluntaria y el pago total de la deuda tributaria o devolución de los beneficios tributarios obtenidos indebidamente a través de medios fraudulentos. Todo ello, con carácter previo a cualquier clase de investigación.

3.2.6. Análisis comparado de los sistemas latinoamericanos

De acuerdo con lo explicado anteriormente, cabe señalar que existen una serie de características comunes a la regulación del delito fiscal en los cinco sistemas latinoamericanos analizados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). Tal y como se ha mostrado, todos ellos castigan penalmente la evasión fiscal, cuando puede acreditarse la existencia de un particular ánimo defraudatorio. Se trata de regulaciones amplias, que tratan de abarcar el mayor número de conductas posibles; ya sea mediante la enumeración de multiplicidad de conductas (Chile, México), como mediante la redacción amplia de los tipos penales (Brasil). Además, muchos de los referidos países coinciden en concebir estos delitos como infracciones difícilmente distinguibles del Derecho administrativo y, por ende, regulan los delitos tributarios a la par que las infracciones administrativas (por ejemplo, Chile o Brasil) o en legislaciones especiales (Argentina, Perú). Tan es así que, de hecho, en el caso peruano, la multa es una sanción administrativa que se impone además de la pena de prisión (sin que se prevea multa penal para estos delitos). Finalmente, en casi todos los ordenamientos analizados se prevén modalidades agravadas según la modalidad de comisión, la seriedad de la infracción o la posición institucional del sujeto activo.

Ahora bien, dado que solo Chile y México pertenecen a la OCDE, las previsiones en materia de delitos tributarios no son siempre homogéneas. Así, por ejemplo, únicamente Argentina prevé responsa-

bilidad penal de personas jurídicas para esta clase de delitos. Además, la regularización tributaria no recibe el mismo trato en todos los países: solo es fuente de exención de pena en algunos de ellos (Argentina, Perú), mientras que en otros únicamente puede desplegar un efecto atenuante del castigo (Chile) y, a veces, solo con carácter potestativo (Brasil). Tampoco es coincidente el modo de concretar el umbral de punibilidad: mientras que algunos países fijan un límite cuantitativo mínimo para dotar de relevancia penal a la conducta (Argentina), otros han optado por previsiones mucho más amplias y no necesariamente vinculadas a una defraudación ni a un perjuicio (Brasil, Chile). Además, aunque muchos de ellos configuran el delito como un ilícito especial, algunos países permiten su imputación en autoría a quien es *extraneus* (Perú). Esta heterogeneidad legislativa dificulta el diálogo entre jurisdicciones. No solo entre países de América Latina, sino también entre estos y otros sistemas no latinoamericanos, como los aquí estudiados (EE.UU., Italia y España). De ahí que, en el último apartado de este capítulo, se lleven a cabo una serie de propuestas, a fin de aunar y mejorar la persecución de los delitos tributarios en América Latina.

Finalmente, cabe destacar que ninguno de los cinco sistemas se han encontrado especificidades en la regulación del fraude fiscal que se haya debido específicamente a responder a la corrupción asociada al COT (excepto en lo que se refiere a un incremento de la pena por recurrir a una organización criminal para cometer el delito). Argentina

Únicamente en el caso de México se ha identificado una previsión directamente orientada al castigo de defraudaciones provenientes de ganancias ilícitas en el contexto transnacional: la presunción de delito fiscal del art. 108 CF cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita en el sentido del art. 400 bis CP México. Sin embargo, por los motivos señalados anteriormente, se estima que esta presunción: (a) no es una solución deliberadamente orientada a ofrecer una respuesta específica al delito fiscal en el contexto del COT, sino que resulta de la génesis legislativa del delito de lavado de activos en México; (b) no es una previsión compatible con los principios de proporcionalidad y culpabilidad; y (c) no es una opción político-criminalmente deseable

pues, contra lo que pudiera parecer, dificulta la prevención y castigo del delito fiscal cometido en el contexto del COT.

3.3. Colombia

3.3.1. Normativa

El delito de evasión fiscal fue introducido en el año 2018 y modificado tan solo un año después. Se encuentra regulado en el art. 434 B del capítulo XII del título XV de la Ley 599 de 2000 (CP), relativo a “[...] la omisión de activos, la defraudación y la promoción de estructuras de evasión tributaria”.

Se trata de un tipo tan amplio que la doctrina coincide en calificarlo como tipo penal en blanco, toda vez que la antijuricidad de la conducta se hace depender de normativa extrapenal, a la que remite la propia ley penal. Hasta tal punto es así, que la iniciación de la acción penal se deja a elección de la DIAN y se encuentra condicionada a que no exista una interpretación alternativa razonable conforme a Derecho aplicable, por la que los hechos y cifras declarados por el contribuyente sean completos y verdaderos. (art. 434 B, Párrafo 1°).

3.3.2. Bien jurídico protegido

Por un lado, podría entenderse que el bien jurídico protegido es el patrimonio público, pues así parece derivarse de la ubicación sistemática del delito que ahora se analiza. En concreto, y de acuerdo con la Ley 2010 de 2019, el delito de defraudación o evasión fiscal se encuentra tipificado como un delito contra la administración tributaria o Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que es una forma de Administración pública (César Sánchez et al. 2019).

Ahora bien, también podría considerarse que este delito protege el orden económico y social, pues su finalidad es garantizar la política económica a través del recaudo de los tributos, recursos que finalmente permiten el cumplimiento de los programas del Gobierno.

Como se verá infra, el hecho de que el bien jurídico protegido sea el patrimonio público permite que las personas jurídicas sean castiga-

das administrativamente por la comisión de este delito por parte de sus administradores o directivos.

3.3.3. Sujeto pasivo

El legislador reguló este delito en un título dedicado a los “delitos contra la Administración tributaria”. De modo que puede afirmarse que, el sujeto pasivo directo o inmediato, es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

3.3.4. Sujeto activo

Se trata de un delito especial, que solo puede ser cometido por el obligado tributario. Ahora bien, ex art. 30 del CP sería viable que los *extraneii*, como los contadores y revisores fiscales, podrían responder penalmente en calidad de partícipes (determinador y cómplice). Además, en el caso de que las personas jurídicas sean el sujeto obligado, el contribuyente responsable sería el representante legal y/o administrador de la sociedad (Jaramillo Posada/Restrepo Lopera, 2020: 20 et seq.).

Además, debe tenerse en cuenta que las personas jurídicas pueden también ser hechas responsables de los delitos tributarios, de acuerdo con la nueva redacción del art. 34 de la Ley 1474 de 2011, dada por la Ley 2195 de 18 de enero de 2022, en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. En dicho precepto se establece la responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras por actos de corrupción. De este modo, e independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las entidades de diversa naturaleza domiciliadas en Colombia pueden responder administrativamente cuando se den los siguientes supuestos:

1. Cuando exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada,

administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente.

2. Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios.

3. Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

Habida cuenta de que los delitos tributarios se conciben en Colombia como delitos contra el patrimonio público, las personas jurídicas pueden ser responsables si, ante la comisión de una defraudación fiscal, se cumplen los supuestos enumerados anteriormente.

3.3.5. Tipo objetivo

El tipo penal de defraudación o evasión tributaria contempla cuatro modalidades de conducta diferenciadas y alternativas. A saber: (a) el que estando obligado a declarar, no declare; (b) omitir ingresos en la declaración tributaria; (c) incluir costos o gastos inexistentes; o (d) reclamar créditos fiscales, retenciones o anticipos improcedentes. Por ende, se aprecia que el tipo penal identifica las conductas de evasión con las de elusión. Lo cual, que ha sido criticado por parte de la doctrina, debe llevar a admitir una comprensión indistinta y amplia de uno y otro concepto, pese a que en sentido estricto se corresponden con infracciones diferentes (Jaramillo Posada/Restrepo Lopera, 2020: 17).

Se trata de un delito subsidiario, aplicable solamente si la conducta no está penalizada con penas mayores. Consiste en omitir la obligación de declarar, u omitir ingresos al declarar, o declarar expensas, créditos fiscales, retenciones o anticipos improcedentes, siempre que el importe de las anteriores conductas alcance los 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

A diferencia de lo que ocurre con el tipo penal del art. 434 A, este delito no se refiere a una modalidad específica de obligación tributaria. Por ende, aplica para todos los impuestos administrados por la DIAN. Además, debe señalarse que se trata de un delito de resultado, pues junto a las conductas referidas, debe acreditarse que la respectiva liquidación oficial que con posterioridad se lleve a cabo por la administración tributaria debe arrojar impuesto a cargo del contribuyente por un valor igual o superior a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inferior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Ello opera a modo de condición objetiva de punibilidad, de modo que si no hubiera impuesto a cargo o este fuera inferior a dicho monto, no habría delito (César Sánchez et al., 2019: 199 et seq.).

3.3.6. Tipo subjetivo

Se trata de una modalidad delictiva dolosa, en la que el autor debe obrar con conocimiento y voluntad de estar defraudando a la Administración tributaria. Si la conducta fuese imprudente, no sería punible penalmente.

3.3.7. Penalidad

En primer lugar, y como acaba de apuntarse, el tipo del art. 434 B será de aplicación siempre que no exista otro precepto que castigue la misma conducta con una pena mayor.

En los casos en los que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 434 B, la gravedad de la sanción dependerá de la cuantía defraudada. Así, para los casos en los que se defraude por un valor igual o superior a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inferior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, definido por liquidación oficial de la autoridad tributaria, será sancionado con pena privativa de la libertad de 36 a 60 meses de prisión. En los casos en los que la defraudación sea superior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inferior a 8.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, las penas se incrementarán en una tercera parte. Finalmen-

te, en los casos que sea superior a 8.500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, las penas se incrementarán en la mitad.

De acuerdo con el párrafo segundo del art. 434 B, se extinguirá la acción penal cuando el contribuyente presente o corrija la declaración o declaraciones correspondientes dentro del término para corregir previsto en el Estatuto Tributario y, en todo caso, realice los respectivos pagos de impuestos, sanciones tributarias e intereses correspondientes.

Además, conforme a lo establecido en el art. 34 de la Ley 1474 de 2011, las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia podrán ser una o varias de las siguientes, debiendo quedar la sanción impuesta debidamente inscrita en el Registro:

1. Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la que se le sumará el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido. La autoridad de inspección, vigilancia y control podrá ordenar que hasta el 10% de la multa impuesta sea destinada a la adopción, fortalecimiento o actualización del programa de transparencia y ética empresarial de la persona jurídica responsable.

2. Inhabilidad para contratar con el sector público.

3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica del extracto de la decisión sancionatoria. Todo ello, a costa de la persona jurídica sancionada.

4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de diez años.

5. Remoción de los administradores u otros funcionarios o empleados de la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera domiciliada en Colombia que hayan sido condenados penalmente u objeto de un principio de oportunidad, salvo que dicha remoción la haya dispuesto el juez en la parte resolutive de la sentencia.

6. Remoción de los administradores u otros funcionarios o empleados de la persona jurídica que hubieren tolerado o consentido la conducta de la persona natural condenada penalmente o la conducta objeto de un principio de oportunidad.

3.3.8. Análisis comparado

Desde 2018, la legislación colombiana prevé un régimen de responsabilidad penal para castigar los delitos tributarios de los individuos personas físicas. Se trata de una regulación más próxima a la de EE.UU. y a la de algunos Estados latinoamericanos aquí analizados, que a la de otros países no latinoamericanos como España o Italia, también estudiados en la presente investigación. Así, por ejemplo, el delito de defraudación tributaria está redactado de un modo genérico y amplio, como vimos que ocurría en el caso de la § 26 USC de EE.UU. Asimismo, pueden encontrarse ciertas similitudes con el Derecho chileno, especialmente en lo que se refiere a la fuerte conexión de este delito con la legislación administrativa. Así, como se trató anteriormente, es un tipo sumamente abierto y subsidiario, que se remite casi de modo íntegro a la legislación extrapenal.

Sin embargo, en lo que respecta a exigir un mínimo económico como criterio de punibilidad, la legislación colombiana se acerca más a otras legislaciones que también lo hacen, como la española, la italiana, la peruana o la argentina.

Como en la mayor parte de los ordenamientos analizados, la legislación colombiana concede efecto eximente a la regularización. Y, a diferencia de sus vecinos latinoamericanos, sí prevé un sistema de responsabilidad para los entes colectivos por la comisión de estos delitos. De un modo similar al ordenamiento italiano, la legislación colombiana prevé una responsabilidad corporativa de naturaleza administrativa (no penal), pero por delitos tributarios. Los requisitos y las penas previstas son distintos de los que existen en dicho ordenamiento. Especialmente destacable es la pena de publicación de la sentencia a costa de la persona jurídica. Se trata de una suerte de *shaming sanction*, que no existe en los países de referencia analizados que prevén responsabilidad corporativa (solo se prevé, en su caso, para algún delito aislado. Por ejemplo, en España para los delitos contra el Mercado, art. 288 bis CP Español).

Por tanto, a modo de recapitulación, puede afirmarse que la legislación colombiana cubre un necesario vacío al castigar a individuos y a empresas por conductas de defraudación tributaria. Lo hace, como en otros ordenamientos, de modo amplio (quizás demasiado), y ase-

mejando la elusión con la evasión. Asimismo, como es la tendencia mayoritaria, se prioriza la recaudación, otorgando una relevancia eximente a la regularización. Asimismo, en Colombia, al igual que en el resto de legislaciones analizadas (excepto quizás México y, en su caso, con las salvedades apuntadas *supra* en 3.2.4.8 y 3.2.6,) no se prevé algún tipo de especialidad para el caso en que los delitos cometidos estén vinculados con el crimen organizado transnacional.

Asentado lo anterior, en la parte final de este capítulo se retomará este análisis, a fin de proponer mejoras en la regulación. Pero, antes de proceder a ello, se analizarán las otras modalidades de delitos tributarios distinguibles de la defraudación fiscal.

4. DELITO CONTABLE TRIBUTARIO Y OTROS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

La presente subsección engloba el análisis de tipos penales no siempre coincidentes entre los distintos ordenamientos jurídicos de referencia, pero que tienen en común su apartamiento con respecto al delito de defraudación fiscal en sentido estricto. Para ello se ha llevado a cabo un esfuerzo de sistematizar legislaciones que no siempre son armónicas, a fin de facilitar el estudio de cada forma delictiva de una forma ordenada y fiel a la común estructura de la presente obra colectiva. El criterio común que une a los delitos en este grupo es que atentan contra el sistema de tributos (y no directamente contra la labor de recaudación de tributos), mediante conductas de que —en muchos casos— facilitan o preparan la defraudación fiscal. Por este motivo, como se verá, es frecuente que muchas de las conductas analizadas en esta subsección sean tipos de mera actividad o de peligro, para los que no se exige una acción defraudatoria ni un ánimo reforzado o añadido al incumplimiento de la normativa fiscal. Tales delitos son, por ello, exponentes paradigmáticos de la accesoriedad del derecho penal o, si se prefiere, de su administrativización (Coca Vila, 2019: 572 et seq.). Lo cual se traduce, entre otras cosas, en una relación de los principios que inspiran al derecho penal, tales como el dolo, la culpabilidad o la *ultima ratio* (Silva Sánchez, 2019: 58 et seq.).

El análisis de cada país se ha hecho partiendo de dos subgrupos de delitos. Por un lado, el delito tributario contable y de facturas falsas, que se encuentra presente en todos los ordenamientos jurídicos de referencia. Por otro lado, otros delitos tributarios cuya previsión depende de la idiosincrasia regulatoria de cada país, sin que siempre haya sido posible encontrar un equivalente en los ordenamientos jurídicos de referencia. En aquellos países en los que el derecho penal tributario se ha configurado en una ley tributaria, es frecuente que la regulación sea más casuista (por ejemplo, Italia, México, EE.UU.). En cambio, los países en los que la regulación es exclusivamente penal —sea en el Código o en una ley especial— las modalidades delictivas son más reducidas (por ejemplo, Colombia, España, Perú).

4.1. Países no latinoamericanos de referencia: España, Italia y Estados Unidos

4.1.1. España

4.1.1.1. Normativa

El delito contable se regula en el art. 310 CP, dentro del título XIV sobre los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social del Libro II.

Por su parte, el delito de falsedad en documento mercantil (facturas falsas), se regula en el art. 392 CP, en el título XVI, relativo a los delitos contra la Fe Pública. No es, por tanto, un delito específica o formalmente tributario (De la Mata Barranco, 2018: 566 et seq.; Coca Vila, 2019: 601 et seq.).

4.1.1.2. Bien jurídico protegido

Para el delito contable, existe un bien jurídico protegido de carácter mediato que sería la Hacienda Pública entendida como actividad financiera del Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales desarrollada en el marco del orden público económico. En cuanto al bien jurídico inmediato se concreta en la correcta y concreta deter-

minación de la deuda tributaria (Coca Vila, 2019: 601 et seq.; De la Mata Barranco, 2018: 566 et seq.; Martínez-Buján, 2019: 758).

Es un delito de riesgo y de peligro abstracto, puesto que no requiere para su existencia que se haya producido un peligro real para la Hacienda Pública. El delito se consume con la realización de cualquiera/s de las modalidades comisivas referidas a continuación, sin que sea necesario el efectivo perjuicio o fraude a la administración tributaria. Si éste llegara a producirse el delito de fraude fiscal contemplado en el art. 305 CP absorbería al delito penal objeto de estudio.

Por su parte, el delito de falsedad en documento mercantil atenta contra la fe pública como bien jurídico protegido. El delito se consume con la mera emisión de facturas falsas, con los requisitos de imputación objetiva que se detallarán *infra*, a continuación.

4.1.1.3. *Sujeto activo*

El delito contable es un delito especial en cuanto a que sólo puede ser sujeto activo quien esté obligado por una norma tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; será, por tanto, sujeto activo, un contribuyente y empresario. Quien no reúna los requisitos necesarios para ser sujeto activo del delito no podrá ser autor, aun cuando pueda ser partícipe, inductor, cooperador necesario o cómplice (Coca Vila, 2019: 601 et seq.; De la Mata Barranco, 2018: 566 et seq.; Martínez-Buján, 2019: 779).

El delito de falsedad también es un delito especial. Los casos de falsedad por parte de un funcionario público se regulan en el art. 390 CP. En cambio, los casos de falsedad cometida por particulares se regulan en el art. 392 CP (con remisión al 390.2 CP). Para que esta última modalidad de falsedad sea punible, es preciso que estemos ante una falsedad material, es decir, que altere la realidad de un documento (art. 390.4 CP). Sin embargo, las llamadas falsedades ideológicas (es decir, las que narran hechos falsos) no son punibles cuando las comete un particular. El emisor de las facturas falsas, con independencia del delito de falsedad documental, si colabora en la comisión del delito fiscal, podrá incurrir también como cooperador necesario en dicho delito.

4.1.1.4. *Sujeto pasivo*

Lo será el acreedor tributario, tanto la Hacienda Estatal, como la Autonómica o Local, siempre que sean susceptibles de verse afectadas por el incumplimiento de las obligaciones contables (De la Mata Barranco, 2018: 530 et seq.; Martínez-Buján, 2019: 758).

4.1.1.5. *Tipo objetivo*

La conducta delictiva del delito contable (art. 310 CP) consiste en incumplir la obligación de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales, estando obligado a ello, mediante alguna de las modalidades comisivas siguientes (Coca Vila, 2019: 604 et seq.; De la Mata Barranco, 2018: 566 et seq.; Martínez-Buján, 2019: 763 et seq.):

– Art. 310.a CP: Incumplimiento absoluto de dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias. Esto es, que no exista ningún tipo de contabilidad respecto a todo un mismo período impositivo (Sánchez-Ostiz, 1995: 55 et seq.). Está excluido el sujeto pasivo tributario sometido al régimen de estimación objetiva singular. Se entenderá cometido este delito en esta modalidad cuando existiendo contabilidad en el ámbito del régimen de estimación directa, el obligado se niegue a ponerla a disposición de la Administración tributaria, o cuando el incumplimiento de los deberes contables fuera de tal naturaleza que se hiciera imposible la determinación de la base mediante estimación directa, siendo necesario recurrir a la estimación indirecta.

– Art. 310.b CP: Llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico, que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa. Es una de las modalidades más frecuentes de fraude fiscal. Las contabilidades distintas se refieren a lo que se conoce como “doble contabilidad”: una empleada para las declaraciones fiscales y otra que es la que refleja la situación real de la empresa. Sin embargo, esta modalidad casi nunca se lleva a cabo mediante la llevanza de dos contabilidades completas, una verdadera y otra falseada, sino que se lleva ésta última más las anotaciones en los libros o registros que corresponda de las operaciones no contabilizadas, ocultas. El elemento determinante de esta modalidad comisiva

es la publicidad, pues el tipo penal exige que se haga valer frente a terceros una contabilidad diferente a la exhibida a la Hacienda Pública. Quedan fuera del tipo los registros de carácter exclusivamente fiscal que deben llevar los profesionales no sujetos al régimen de contabilidad mercantil.

– Art. 310.c CP: No anotar en los libros obligatorios, negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o anotarlos con cifras distintas a las verdaderas, con finalidad de alterar datos con relevancia fiscal.

– Art. 310.d CP: Practicar en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

En estos dos últimos casos, para estar ante este ilícito penal, serán exigibles dos requisitos adicionales, cumulativos. En primer lugar, que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueran reflejo de su falsa contabilidad. En segundo lugar, que la cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética, de 240.000 euros por cada ejercicio económico. Esto quiere decir que para fijar el límite de los 240.000 euros habrá que sumar las rectificaciones que se hayan hecho en la contabilidad o registro con independencia del carácter positivo o negativo.

Por su parte, la conducta delictiva de la falsedad puede ser de cuatro tipos, siendo que, como ya se explicó, el particular no puede ser autor de la última modalidad:

– Art. 390.1.1.º CP: Alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

– Art. 390.1.2.º CP: Simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

– Art. 390.1.3.º CP: Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

– Art. 390.1.4.º CP: Faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Por tanto, si se detecta la existencia de facturas emitidas en las que se haya falseado alguna de sus partes (destinatario, importe, etc.)

pero en las que exista una operación real, no habrá delito de falsedad documental. Sí se podrá apreciar delito cuando las facturas reflejan operaciones inexistentes o simuladas, en tanto que dicha conducta casa con lo dispuesto en el art. 390.1.2º CP

4.1.1.6. Tipo subjetivo

Tanto el delito contable del art. 310 CP como el delito de falsedad del art. 390-392 CP exigen dolo. El tipo no señala un dolo específico, sin embargo, en la práctica totalidad de los casos la actuación del sujeto activo viene determinada por la intención de eludir las obligaciones tributarias de la empresa o falsear los documentos que las reflejen.

En la modalidad de llevanza de contabilidades distintas parece además inferirse el ánimo de ocultación o simulación de la verdadera situación de la empresa.

El concepto de engaño en el delito fiscal no difiere del engaño en la estafa. Consiste en afirmar algo falso como verdadero o el ocultamiento de lo verdadero. Por eso, las declaraciones incompletas, incorrectas o falsas resultan punibles pues, en definitiva, consisten en afirmar como verdadero lo que no lo es (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006).

4.1.1.7. Penalidad

A las personas físicas se les castiga con la pena de prisión de cinco a siete meses por el delito contable del art. 310 CP y con la pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses por el delito de falsedad del art. 392 CP. En cambio, si la falsedad la comete un funcionario, la pena es de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años (art. 390 CP).

Las personas jurídicas no responden por el delito de falsedad del 392 CP, pero sí por el delito contable del 310 CP (Martínez-Buján, 2019: 782 et seq.). En este último caso, las personas jurídicas son castigadas con la misma pena que el delito de defraudación fiscal. A saber, multa de seis meses a un año y pérdida de la posibilidad de

obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Además, con carácter temporal, pueden imponerse una o varias de las sanciones interdictivas enumeradas en el art. 33.7 (b) a (g), que incluyen las siguientes: prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, suspensión de las actividades, clausura de locales y establecimientos, inhabilitación para obtener subvenciones públicas y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, intervención e incluso disolución de la persona jurídica.

Conviene señalar también que, recientemente, se ha aprobado en España la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Con ello, se pretende incentivar la colaboración de los ciudadanos en la persecución y detección de los delitos. Y se hace una mención expresa a la información sobre conductas que constituyan delitos tributarios o infracciones contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Así, de acuerdo con el art. 2 de dicha ley, se protege a las personas que: (a) informen sobre conductas que afecten —entre otros— a los intereses financieros de la Unión Europea (art. 2.1.a). 2º); (b) sobre infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades (art. 2.1.a). 3º); o (c) sobre acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, por implicar un quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social (art. 2.1.b).

4.1.2. Italia

4.1.2.1. Normativa

Las distintas modalidades de delito contable tributario se regulan en el Capítulo II del DL 74/2000, únicamente respecto de los Im-

puestos sobre la Renta y sobre el Valor Añadido. Se trata de delitos regulados en los arts. 8 y 10 del DL 74/2000, que afectan a la documentación que sustenta y justifica las operaciones económicas del contribuyente, concretamente, las facturas y documentos contables (Grigoras, 2021: 22 et seq.; Lanzi & Aldrovandi, 2020: 437 et seq.).

4.1.2.2. *Bien jurídico protegido*

En el caso de este grupo de delitos y, particularmente en el caso del art. 8 relativo a la emisión de facturas falsas, el interés patrimonial del Estado no es el bien jurídico directamente afectado. Ahora bien, en último término, sí es el bien jurídico objeto de protección, toda vez que el derecho penal tributario italiano exige que de la conducta defraudatoria u omisiva se derive un perjuicio para el erario público. Hasta el punto de que la tentativa se encuentra expresamente excluida. De modo que, incluso en estos delitos de carácter documental, el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado (Grigoras, 2021: 8 et seq.; Lanzi & Aldrovandi, 2020: 437 et seq.).

4.1.2.3. *Sujeto pasivo*

En consonancia con lo anterior, debe afirmarse que el sujeto pasivo es la Administración tributaria. Ello conduce a entender que mediante estos delitos se protege el interés recaudatorio y el patrimonio del Estado (Grigoras, 2021: 16 et seq.; Lanzi & Aldrovandi, 2020: 171 et seq.).

4.1.2.4. *Sujeto activo*

A diferencia de lo que ocurre con los otros delitos tributarios del DL 74/2000 analizados anteriormente, ni el delito de omisión de facturas u otros documentos análogos para operaciones inexistentes (art. 8), ni el delito de ocultamiento o destrucción de documentos contables (art. 10), exigen ninguna cualidad especial alguna al sujeto activo. Además, permiten que la emisión de facturas falsas o la ocultación de documentos contables se puedan utilizar en beneficio propio

o de terceros. Todo ello convierte a estas formas delictivas en delitos comunes, que pueden ser imputados a título de autoría a cualquier sujeto (Grigoras, 2021: 17 et seq.).

4.1.2.5. *Tipo objetivo*

Existen dos conductas típicas diferenciadas relativas a la defraudación tributaria mediante documentación contable (Grigoras, 2021: 22 et seq.; Lanzi & Aldrovandi, 2020: 437 et seq.).

El art. 8 DL 74/2000 castiga la emisión de facturas o de otros documentos análogos relativos a operaciones inexistentes para facilitar que terceros evadan los Impuestos sobre la Renta o sobre el Valor Añadido. Este delito castiga a quienes emiten facturas utilizadas por terceros para disminuir su base imponible y, con ello, la cuantía a pagar en los correspondientes impuestos.

Por su parte, el art. 10 DL 74/2000, tipifica las conductas consistentes en ocultar o destruir, en su totalidad o de forma parcial, la documentación que refleje la contabilidad u otros documentos que deban ser conservados —por mandato legal—, con la finalidad de evadir los Impuestos sobre la Renta o sobre el Valor Añadido o para facilitar la evasión a terceros, de tal modo que todo ello impida la averiguación de la verdadera renta obtenida o del volumen de negocios o de facturación por parte de la Administración Tributaria.

4.1.2.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de delitos dolosos, en los que debe concurrir el especial ánimo de evadir impuestos y/o de favorecer que terceros evadan los impuestos a los que se refiere el DL 74/2000. en el derecho penal italiano rige el sistema de incriminación específica de la imprudencia (art. 42.2 CP) y como el DL 74/2000 no contiene ninguna previsión de este tipo, debe entenderse que las conductas imprudentes no serían típicas (Grigoras, 2021: 17 et seq.; Lanzi & Aldrovandi, 2020: 92).

4.1.2.7. *Penas*

El delito de emisión de facturas falsas (art. 8) castiga de igual modo a quien presenta una declaración fraudulenta valiéndose de facturas falsas que a quien emite dichas facturas. En ambos casos está prevista una pena de prisión de cuatro a ocho años de prisión, si la cuantía defraudada es superior a 100.000 euros y de un año y seis meses a seis años de prisión, si fuera inferior a dicha cuantía (Grigoras, 2021: 26 et seq.; Lanzi & Aldrovandi, 2020: 461 et seq.).

Por su parte, el delito de ocultar o destruir documentación contable (art. 10) tiene una pena de prisión de tres a siete años.

Junto a ello, debe recordarse la posibilidad de añadir a estas penas las penas accesorias del art. 12.1 y ya explicadas al tratar del delito de evasión fiscal (*supra*, subsección 4) y la previsión del art. 12.2 sobre la prohibición para desempeñar cargos públicos si la condena fuera por un delito de emisión de facturas u otros documentos para operaciones inexistentes (art. 8 del DL 74/2000).

En cuanto a la eventual responsabilidad de las personas jurídicas, estas pueden ser responsables por cualquiera de los dos delitos aquí analizados, ex art. 25-quinquiesdecies. La entidad sea castigada mediante multa de hasta cuatrocientas cuotas y sanciones interdictivas. Además, dan lugar al decomiso del beneficio del delito (es decir, del ahorro fiscal).

4.1.3. Estados Unidos

4.1.3.1. *Normativa*

Como se expuso anteriormente, el título 26 del *US Code* tipifica numerosas conductas constitutivas de delitos tributarios (Internal Revenue Service-Office of Chief Counsel-Criminal Tax Division 2009, 62 et seq.). Así, junto al delito de intento de evasión fiscal de la § 7201 analizado anteriormente, existen otros muchos delitos que podrían subdividirse en dos grupos. Por un lado, los delitos relativos a la documentación fiscal o contable y al pago de los tributos (§§ 7202, 7203, 7204, 7205, 7206, 7207, 7208, 7209 y 7211). Por otro lado, los delitos que interfieren en el proceso de recaudación o inspección por parte

de la Administración tributaria (§§ 7210, 7212, 7215, 7216 y 7217). Junto a estos delitos, se encuentran todos los asociados al título 18 *US Code*, relativos —en síntesis— a conductas de participación.

Todos los delitos referidos son delitos menores, en comparación con el delito de evasión fiscal analizado anteriormente que, en consecuencia, conllevan aparejada una pena menor, como se verá a continuación.

4.1.3.2. *Bien jurídico*

En la legislación federal estadounidense no se encuentra definido un bien jurídico concreto contra el que atenten los delitos tributarios, ya que el capítulo 26 del *US Code* no anuncia la protección de un interés determinado. Ahora bien, como se expuso anteriormente, el modo en el que están redactados los tipos penales y los precedentes jurisprudenciales sugieren una prevalencia de las tesis o visiones patrimonialistas.

4.1.3.3. *Sujeto pasivo*

Como se expuso anteriormente, los delitos tributarios de la legislación federal estadounidense se configuran como delitos contra el *Internal Revenue Service* (IRS) o Agencia tributaria de los EE.UU. Ello, pese a que algunos de los delitos aquí analizados se refieren al buen funcionamiento de las autoridades y, como se verá, se alejan de una concepción patrimonial de los delitos tributarios, en la que la institución parece primar sobre la efectiva afectación al Erario público.

4.1.3.4. *Sujeto activo*

En su mayoría, son delitos que puede cometer otra persona distinta del contribuyente. En la práctica, muchas de las conductas descritas en los delitos que ahora se analizan solo pueden ser cometidas por la persona que en cada caso sea destinataria de la concreta obligación tributaria (contribuyente, empleador, etc.). Sin embargo, son delitos extensibles a terceros que intervengan en el delito en nombre

de estas personas, como los facilitadores o asesores fiscales, pues los tipos penales están redactados de un modo abierto y, en algunos casos apelan a “cualquiera”.

A este respecto, debe tenerse presente la cláusula ómnibus de la §7212(a), a la que más adelante se hará referencia detallada. Se trata de una disposición que permite extender la condición de sujeto activo a cualquier sujeto, pues castiga “cualquier acto que obstruya o impida corruptamente, o trate de obstruir o impedir, la debida administración del *Internal Revenue Code* o Código de Impuestos Internos”.

Ahora bien, esto no aplica a algunas figuras delictivas que solo pueden ser cometidas por las autoridades. Es el caso, por ejemplo, del delito de cohecho previsto en el §7214(9), que solo puede ser cometido por el funcionario que acepte o solicite el soborno.

4.1.3.5. *Tipo objetivo*

Por lo que se refiere al primer grupo de delitos relativos a la documentación contable y al pago, pueden distinguirse las siguientes conductas:

– 26 USC §7202 castiga dos conductas relativas a la recaudación, contabilización y pago de impuestos: (a) un incumplimiento intencionado de la recaudación; y 2) un incumplimiento intencionado de contabilizar y pagar verazmente el impuesto (Internal Revenue Service-Office of Chief Counsel-Criminal Tax Division 2009, 30 et seq.). Así, los elementos del tipo objetivo que deben ser probados más allá de una duda razonable son los siguientes: 1) El deber de recaudación, y/o de contabilización y pago veraz; (b) el incumplimiento de la obligación de recaudar, o de contabilizar y pagar verazmente; y (c) la voluntariedad o *willfulness*.

– 26 USC §7203: Incumplimiento intencionado de la obligación de presentar la declaración, suministrar información o pagar el impuesto que no constituya una tentativa de evasión de la §7201 ni un incumplimiento de la § 7202: A diferencia de lo que ocurre en el delito de intento de evadir impuestos, en este caso, no es preciso que exista una acción afirmativa, sino que se penaliza la mera omisión dolosa.

– 26 USC §7205: Omisión o fraude respecto de la información sobre retenciones salariales, distinguiéndose la conducta de ocultar la información sobre retenciones salariales (USC §7205.a), de la de no informar sobre la retención de intereses y dividendos (USC §7205.b).

– 26 USC §7206: Presentación de declaraciones y documentos falsos firmados bajo apercibimiento de incurrir en falso testimonio (Internal Revenue Service, Office of Chief Counsel, Criminal Tax Division, 2009: 62 et seq.). Esta modalidad delictiva comprende distintas conductas típicas. A saber: (a) declaración fraudulenta o presentación de documentos fraudulentos bajo la expresa advertencia de pena de perjurio (§7206.1); (b) asistencia o asesoramiento en la preparación o presentación de una declaración, affidavit, reclamo u otro documento, fraudulento o falso (§7206.2); (c) eliminación u ocultación de cualquier bien, mercancía o propiedad sujeta a tributación (§7206.4); y (d) ocultar propiedades o retener, falsificar y destruir registros a fin de inducir a error sobre la condición financiera del contribuyente o de otra persona responsable del correspondiente impuesto en acuerdos de cierres de impuestos (§7206.5).

– 26 USC §7207: Presentación de devoluciones, declaraciones u otros documentos fraudulentos a la Hacienda pública o IRS (Internal Revenue Service, Office of Chief Counsel, Criminal Tax Division, 2009: 87 et seq.). A diferencia de lo que ocurre en el delito del § 7206, en este caso no es preciso que el documento esté firmado ni sujeto a apercibimiento de falso testimonio. En cambio, es suficiente con su presentación al IRS conociendo su carácter falso o fraudulento (United States v. Bishop, 412 U.S. 346, 358 (1973), 357-358).

– 26 USC §7208: Delitos de hacer un uso fraudulento de sellos fiscales (*tax stamps*).

– 26 USC §7209: Uso o venta no autorizada de sellos fiscales.

– 26 USC §7211: Declaraciones falsas a los compradores o arrendatarios en relación con el impuesto aplicable a la operación.

Junto a estas modalidades delictivas, vinculadas a la presentación y pago de los tributos, puede distinguirse un segundo grupo de delitos relacionados con el procedimiento recaudatorio y las actuaciones de la Administración tributaria. Son los siguientes:

– 26 USC §7210: Incumplimiento de la citación o requerimiento (*summons*) en un proceso fiscal.

– 26 USC §7212: Intentos de interferir con la administración de las leyes de impuestos internos: Este artículo contempla tres conductas distintas, separadas en dos párrafos. El § 7212(a) contiene dos cláusulas. La primera cláusula prohíbe las amenazas o los intentos de interferir con las autoridades de persecución en materia de los delitos del título 26. La segunda cláusula, más general, conocida como la “cláusula ómnibus”, prohíbe cualquier acto que obstruya o impida corruptamente, o trate de obstruir o impedir, la debida administración del *Internal Revenue Code*. Se trata de una cláusula que no debe utilizarse como sustituto de un cargo directamente relacionado con la responsabilidad fiscal, como la evasión de impuestos o la presentación de reclamaciones falsas, si dicha acusación es fácilmente demostrable. Sin embargo, la cláusula ómnibus puede utilizarse para complementar otros cargos, y es particularmente apropiada para castigar a los acusados por conductas que obstruyen o impiden las operaciones del IRS, incluidas las auditorías, los procesos de recaudación y las investigaciones. De este modo, cuando un acusado realiza una conducta destinada a obstruir o retrasar las operaciones del IRS operaciones o la aplicación y recaudación de impuestos, es de aplicación la § 72012 (a), independientemente de que esa misma persona también sea procesada por conspiración u otros delitos.

– 26 USC § 7213. Divulgación no autorizada de información.

– 26 USC § 7213A. Inspección no autorizada de las declaraciones o de la información de las declaraciones.

– 26 USC § 7214. Infracciones por parte de agentes y empleados de los Estados Unidos: Este delito contiene una lista de conductas que se corresponden con las explicadas anteriormente, pero para cuando son cometidas por un funcionario de los EE.UU., en relación con los delitos tributarios del título 26 USC. Además, el §7214(9) castiga expresamente al funcionario que admita o solicite un soborno para el compromiso, ajuste o arreglo de cualquier cargo por cualquier violación o supuesta violación de la ley en materia tributaria.

– 26 USC §7215: Delitos con respecto a los impuestos recaudados: Es un delito no cumplir con cualquier disposición del *Internal*

Revenue Code, que exige a los empleadores (entre otros), recaudar los impuestos sobre el empleo y depositar los impuestos retenidos en una cuenta bancaria especial mantenida en fideicomiso para los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso de los impuestos de la Seguridad Social o FICA (§ 3301) y los impuestos federales de desempleo o FUTA (§ 3302).

– 26 USC § 7216. Revelación o uso de información por parte de quienes preparan las declaraciones.

– 26 USC § 7217. Prohibición de la influencia del poder ejecutivo sobre las auditorías de los contribuyentes y otras investigaciones.

4.1.3.6. *Tipo subjetivo*

Como ha podido apreciarse al detallar los elementos del *actus reus*, la mayor parte de los delitos fiscales aquí analizados son dolosos, pues la conducta típica exige que se actúe o se omita “*willfully*”.

La excepción más significativa es la § 7215, que es un caso de responsabilidad objetiva o *strict liability*, en el que no es preciso acreditar ninguna clase de estado mental para castigar al sujeto, sino que es un supuesto de responsabilidad por el resultado (The United States Department of Justice 2020, chap. 18). En cambio, el caso de la § 7212(a), es distinto: aunque no describe un estado concreto de *mens rea* y, por ende, no requiere expresamente que el acusado haya actuado voluntariamente, el tipo penal exige que se haya actuado “corruptamente”, por lo que una referencia al estado mental del sujeto sería redundante. (Vid. United States vs. Kelly, 147 F.3d 172, 177 (2d Cir. 1998).

4.1.3.7. *Penalidad*

Los delitos aquí analizados son delitos menores (*misdemeanors*), que conllevan penas de prisión y de multa más leves que las previstas para los *felony offenses*, que pueden aplicarse conjuntamente. Se trata de penas de prisión que, en su mayoría, se sitúan en torno a un máximo de un año (salvo que el delito comprenda una infracción tributaria grave que permita agravar la pena a cinco años). Por su parte, la

multa distingue entre la cantidad imponible al autor persona física y la imponible a la persona jurídica (que puede llegar a umbrales más elevados). Las cantidades máximas se sitúan entre los 1000 USD y los 100.000 USD y, como se dijo anteriormente, la gravedad dependerá de lo que el IRS determine en cada caso. Algo para lo cual pueden servir (sin que sean preceptivas) las directrices de sentencia o *Criminal Tax Sentencing Guidelines* elaboradas por la U.S. *Sentencing Commission*.

4.1.4. Análisis comparativo de los países no latinoamericanos de referencia

Como se puede apreciar, la regulación de los delitos tributarios distintos del fraude fiscal en los sistemas de los países no latinoamericanos de referencia, solo pueden asemejarse en cuestiones mínimas. Así, se podría decir que la mayor parte de ellos requieren dolo y extienden al máximo los sujetos que pueden ser responsabilizados por estas conductas, regulando los delitos como comunes y previendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asimismo, son delitos de mera actividad, que conllevan penas menos graves que el delito de defraudación tributaria (por ejemplo, son clasificados como *misdemeanors* en la legislación norteamericana).

Más allá de estas mínimas coincidencias, las legislaciones analizadas en esta subsección presentan un esquema o estructura diferente. En Estados Unidos (que no cuenta con un Derecho administrativo sancionador) la cantidad de infracciones es mayor, pues se lista una casuística que no está presente en el derecho penal español, ni tampoco en la legislación especial italiana.

Las divergencias regulatorias son especialmente claras en el caso del delito de facturas falsas. Mientras que la legislación italiana incluye entre los delitos fiscales, el derecho penal español las regula al margen de los delitos tributarios, como un delito contra la fe pública. Y distingue entre la falsedad de funcionario y la de los particulares, otorgando un tratamiento penal muy divergente según sea un particular o un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión, el carácter cuasi administrativo del delito de defraudación fiscal es aún más claro en el caso de delitos tributarios distintos de aquél, como el delito contable o el delito de facturas falsas. Por tanto, la penalización de lo que de otro modo serían infracciones administrativas depende de la idiosincrasia de cada país, sin que puedan extraerse conclusiones demasiado generales comunes a los tres sistemas no latinoamericanos de referencia.

Por último, cabe mencionar que en ninguno de los tres sistemas se han encontrado especificidades en la regulación de los delitos contables tributarios y de facturas falsas que respondan específicamente a la corrupción asociada al COT.

4.2. Países latinoamericanos de referencia

4.2.1. Argentina

4.2.1.1. Normativa

Los delitos objeto de esta subsección se regulan, al igual que los de fraude y evasión fiscal, en la Ley 24.769. En concreto, ahora nos centraremos en el estudio de los denominados “delitos tributarios comunes” (título III, arts. 10 a 12 bis). Además, se analizarán las previsiones del art. 15, relativas al delito contable tributario y al delito de organización criminal vinculada a los crímenes contra la Hacienda Pública (Riquert, 2012: 203 et seq.).

4.2.1.2. Bien jurídico protegido

Al igual que en los delitos tributarios del título I, los delitos comentados en esta subsección buscan la protección de la Hacienda Pública, entendida como la actividad financiera que desarrolla el Estado a fin de obtener los recursos necesarios para hacer frente a los egresos que debe afrontar para cumplir con los objetivos que le vienen impuestos por la normativa constitucional.

4.2.1.3. *Sujeto pasivo*

La Administración tributaria nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4.2.1.4. *Sujeto activo*

A diferencia de los delitos de la Ley argentina analizados anteriormente, los estudiados en esta subsección son delitos comunes, en los que no es preciso ser un sujeto cualificado para ser sancionado como autor.

4.2.1.5. *Tipo objetivo*

Se pueden distinguir las siguientes conductas:

– Art. 10: Insolvencia fiscal fraudulenta (Laporta, 2008: 579 et seq.; Riquert, 2012: 207 et seq.): el que habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia, propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones.

– Art. 11: Simulación dolosa de pago (Catania & Garçón, 2008: 627 et seq.; Riquert, 2012: 213 et seq.): el que mediante registraciones o comprobantes falsos o cualquier otro ardid o engaño, simulare el pago total o parcial de obligaciones tributarias o de recursos de la seguridad social nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, sean obligaciones propias o de terceros.

– Art. 12 y 12 bis: Alteración dolosa de registros (Catania & Garçón, 2008: 641 et seq.; Riquert, 2012: 218 et seq.): Se distinguen dos modalidades. Por un lado, se castiga al que de cualquier modo sustrajere, suprimiere, ocultare, adulterare, modificare o inutilizare los registros o soportes documentales o informáticos del fisco nacio-

nal, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativos a las obligaciones tributarias o de los recursos de la seguridad social, con el propósito de disimular la real situación fiscal de un obligado. También, a modo de tipo residual, el art. 12 bis prevé el castigo a quien llevara a cabo alguna de las conductas anteriores, siempre y cuando dicha conducta fuere susceptible de provocar perjuicio y no resulte un delito más severamente penado.

– Art. 15(a) (Riquert, 2012: 247 et seq.): Delito contable tributario: El que a sabiendas dictaminare, informare, diere fe, autorizare o certificare actos jurídicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de los delitos de los arts. anteriores (arts. 1 a 12 bis).

Además, al igual que en el caso del fraude fiscal, debe tenerse en cuenta el delito de asociación ilícita tributaria del art. 15 (c) LPT, que castiga la conducta de pertenecer a una organización orientada a la comisión de delitos tributarios.

4.2.1.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de conductas dolosas, para las que el tipo penal exige obrar “a sabiendas”, “con conocimiento”, “ardid” o “engaño”. Por ende, no serán punibles en el caso de ser imprudentes.

Tal vez la única excepción podría ser la del art. 12 bis, en la que se requiere que la conducta sea idónea para causar un perjuicio, pero no obrar con un particular ánimo. Sin embargo, se trata de una conducta que difícilmente se llevará a cabo sin dolo, ya que podría defenderse que los verbos típicos conllevan un proceso deliberativo, en tanto que se refieren a acciones como “ocultar”, “sustraer” o “manipular”.

4.2.1.7. *Penalidad*

Las penas para los autores personas físicas por los delitos de esta sección son de prisión de dos a seis años, salvo en el caso del art. 12 bis, que es de uno a cuatro años. En el caso del delito contable, se sanciona al sujeto como partícipe en el concreto hecho y, además,

con la pena de inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Se trata de delitos que prevén la responsabilidad penal de la persona jurídica y de sus representantes, en los términos explicados anteriormente (art. 14) (Riquert 2012, 234 et seq.).

Es posible una exención de pena en el caso de que se proceda a la regularización (art. 16) en los términos explicados *supra* en 3.2.1.7. (Riquert 2018, 883 et seq.).

4.2.2. Brasil

4.2.2.1. *Normativa*

De acuerdo con la clasificación referida anteriormente, puede entenderse que, además de las conductas de fraude y evasión fiscal, la Lei n° 8.137/90 castiga el delito contable y otros delitos tributarios en los arts. 1.V, 2.V y 3. El primero de ellos se refiere a una modalidad de delito contable (o de preparación del mismo), mientras que el 2.V se refiere a desoír los requerimientos de la autoridad y el 3 a delitos de funcionarios (Estellita, 2001: 202 et seq.; Ferreira Fihlo, 2018: 165 et seq.).

4.2.2.2. *Bien jurídico protegido*

En lo que se refiere a los delitos de los arts. 1.V y 2.V, puede afirmarse que el bien jurídico es el tradicional en el delito fiscal: el Erario público y el funcionamiento del sistema socioeconómico. En cambio, en el caso del art. 3, relativo a los delitos tributarios de los funcionarios, podría entenderse que también se protege el buen funcionamiento de la Administración pública. Estos se regulan en el art. 3 de la Lei 8.137/90, como ley especial de otros delitos de funcionario del CP (título XI, capítulo I).

4.2.2.3. *Sujeto pasivo*

La autoridad administrativa brasileña. A saber, la *Procuradoria Geral de Fazenda Nacional*. Además, en el caso del art. 3, se entiende

perjudicada de un modo especial la sociedad, pues el Estado dejaría de prestar a sus ciudadanos el servicio al que están llamadas las autoridades.

4.2.2.4. *Sujeto activo*

Se trata de delitos especiales, que solo pueden ser cometidos por los sujetos que ostentan la condición de *intra-neus*. En el caso del 1.V, son los obligados tributarios. En el caso del 2.V, quienes son requeridos; Y en el caso del art. 3, los funcionarios.

4.2.2.5. *Tipo objetivo*

En el art. 1.V de la Lei n° 8.137/90 tipifica como delito la conducta de negar o dejar de proporcionar, cuando sea obligatorio, una factura o documento equivalente, relacionado con la venta de bienes o prestación de servicios, efectivamente realizada, o proporcionarla en desacuerdo con la legislación. Se trata de un delito de mera actividad, que no requiere resultado de perjuicio alguno. La ley fija el límite temporal en 10 días, que puede ser reconvertido a horas en los casos más graves (Estellita, 2001: 202 et seq.; Janczeski, 2005: 76 et seq.).

El delito del art. 2.V de la Lei n° 8.137/90 castiga una modalidad anticipatoria o preparatoria del delito contable, al tipificar la conducta de utilizar o divulgar un programa de procesamiento de datos que permita al sujeto pasivo tener información contable diferente a la que, por ley, se proporciona a la Hacienda Pública. Resulta llamativo que no se tipifique expresamente la llevanza de doble contabilidad y sí esta conducta preparatoria. No obstante, la conducta de doble contabilidad podría encuadrarse en alguno de los delitos de fraude o evasión fiscal referidos anteriormente, que son más genéricos (Janczeski, 2005: 82 et seq.; Estellita, 2001: 202 et seq.).

Finalmente, están los delitos tributarios cometidos por funcionario. El art. 3 de la Lei n° 8.137/90 castiga al funcionario que lleve a cabo cualquiera de las siguientes conductas (Estellita, 2001: 202 et seq.):

1. Extraviar un libro oficial, un expediente fiscal o cualquier documento que tenga bajo su custodia por razón de su función; retenerlo o inutilizarlo total o parcialmente, dando lugar al pago indebido o inexacto de un impuesto o contribución social;

2. Exigir, solicitar o recibir el pago de un impuesto o contribución social, para sí mismo o para un tercero, directa o indirectamente, incluso fuera del cargo o antes de ejercer su función, pero debido al ejercicio de la misma, una ventaja indebida; o aceptar la promesa de dicha ventaja, abstenerse de liquidar o recaudar impuestos o contribuciones sociales, o recaudarlos parcialmente. El delito de la cláusula II está relacionado con los delitos de concusión (art. 316 del CP) y de corrupción pasiva (art. 317 del CP).

3. Patrocinar, directa o indirectamente, un interés privado ante el impuesto Administración tributaria, valiéndose de la condición de funcionario público. La conducta recuerda mucho al delito de abogacía administrativa (art. 321 del CP). La única diferencia es que en este caso se hace referencia a la *administração fazendária*, no a la *administração pública*.

4.2.2.6. *Tipo subjetivo*

Todos son delitos dolosos, siendo de aplicabilidad lo señalados *supra* sobre el error de tipo.

4.2.2.7. *Penalidad*

Se trata de delitos que conllevan las penas de multa y de prisión referidas anteriormente y que son menores en el caso del art. 2.V. A saber: prisión de dos a cinco años y multa en el caso del art. 1.V y prisión de 6 meses a dos años y multa en el caso del art. 2. V.

En el caso del art. 3, las dos primeras modalidades conllevan pena de prisión de tres a ocho años, y multa. En el caso del 3.III la pena de prisión es de uno a cuatro años, y se añade la multa.

4.2.3. Chile

4.2.3.1. Normativa

Como se refirió *supra*, todos los delitos tributarios en Chile se castigan en los arts. 97 y 100 CT. Esto da lugar a que el sistema chileno de incriminación de las infracciones contables pueda ser calificado de mixto (Varela Ventura 2021, 103 et seq.), pues las descripciones de conductas que pueden ser calificadas de delitos contables tributarios están enquistados dentro de la descripción del delito de evasión de impuestos del Código Tributario (CT) (art. 97. 4 inc. 1° CT), y en tipos sancionatorios administrativos (art. 97. 3 y 7 CT).

De entre las distintas conductas referidas en el Código Tributario, las que interesan al presente estudio son —además de las referidas al tratar la modalidad de fraude y evasión fiscal— las maquinaciones fraudulentas respecto de la contabilidad (arts. 97. 3 y 100 CT).

4.2.3.2. Bien jurídico protegido

Aunque no es una cuestión indiscutida, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que en estas modalidades delictivas prima la tesis institucional o funcionalista, al defender que se atenta principalmente contra el sistema de ingresos y egresos del Estado (Bustos Ramírez 2012, 16).

4.2.3.3. Sujeto pasivo

Los delitos contables tributarios atentan contra el patrimonio y la función del Servicio Interno de Impuestos (SII), que es la Administración tributaria en Chile.

4.2.3.4. Sujeto activo

Se trata de delitos especiales, que solo pueden ser cometidos por el obligado tributario (art. 97.23) o por el contador (art. 100 CT). Es decir: la posición fijada por el deber legal concreto determina la rea-

lización de la conducta prescrita por la norma (Varela Ventura 2021, 115 et seq.). Así, frente a delitos contables tributarios cometidos por contribuyentes personas naturales, será el propio contribuyente el responsable a menos que haya delegado los deberes de entrega de información en un administrador o representante; y en el caso de que estos mismos delitos sean perpetrados por un contribuyente persona jurídica, responderán por ésta sus gerentes, administradores y socios concretos, quienes en virtud de la ley o contrato hayan asumido el cumplimiento de los referidos deberes

Además, el inciso segundo del art. 97 N° 23 castiga una modalidad especial de complicidad al que concertado facilitare los medios para que en las referidas presentaciones se incluyan maliciosamente datos o antecedentes falsos. Sin embargo, el efecto de la norma es limitado, pues es frecuente que los casos de auténtica complicidad se castiguen con la pena del autor, *ex* art. 15 CP Chileno. De modo que, puede afirmarse, que el único interés de la norma es la ampliación del sujeto activo.

4.2.3.5. *Tipo objetivo*

Se trata de un “delito de información”, a fin de determinar la base imponible y de liquidar el impuesto. Por tanto, las conductas sancionadas son de peligro y de mera actividad, pues el perjuicio patrimonial no es necesario para entender configurado el ilícito: es suficiente con poner en riesgo la recaudación (Varela Ventura 2021, 110 et seq.).

En lo que respecta a los delitos contables, pueden distinguirse dos grupos de conductas:

– Art. 97.23 CT: Falseamiento del estado inicial: Se trata de un delito de emprendimiento (Alvarado Urizar 2011, 240-50), que comprende dos conductas: (a) proporcionar maliciosamente información falsa en la declaración inicial de actividades o sus modificaciones; y (b) proporcionar maliciosamente información falsa en las declaraciones exigidas para obtener autorización de documentación tributaria.

– Art. 100 CT: Falsedad y dolo del contador: Comprende dos conductas: (a) incurrir el contador en falsedad al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o al actuar como encargado de la contabilidad de un contribuyente; y (b) incurrir el contador en actos dolosos al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o al actuar como encargado de la contabilidad del contribuyente.

4.2.3.6. *Tipo subjetivo*

Todos los delitos de esta modalidad requieren dolo. Las modalidades delictivas del art. 97.23 CT requieren que el autor obre “maliciosamente”. En el caso del art. 100 CT, refiere que la conducta consista en “actos dolosos”. Por ende, en caso de concurrir un error de tipo, la conducta no sería punible (salvo que aplique la excepcional regla del art. 110 CT para omisiones en error insuperable, tratada *supra*).

Es importante remarcar que, en el caso del delito tributario del contador, el art. 100 CT establece una presunción *iuris tantum* de ausencia de dolo si existe en los libros de contabilidad, o al término de cada ejercicio, la declaración firmada del contribuyente, dejando constancia de que los asientos corresponden a datos que éste ha proporcionado como fidedignos.

4.2.3.7. *Penalidad*

Las dos modalidades delictivas tratadas comprenden penas de prisión menores y multa. En el caso del delito de falsedad del contador (art. 100 CT), este será sancionado con multa de una a diez unidades tributarias anuales y podrá ser castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo, según la gravedad de la infracción, a menos que le correspondiere una pena mayor como copartícipe del delito del contribuyente, en cuyo caso se aplicará esta última. Además, se oficiará al Colegio de Contadores para los efectos de las sanciones que procedan.

Al igual que en el caso de las modalidades de defraudación y evasión tributaria analizadas anteriormente, no es posible la exención de pago por regularización. Pero sí se puede atenuar ex art. 111 CT.

4.2.4. México

4.2.4.1. *Normativa*

Junto a los delitos de defraudación fiscal y asimilados, el CF federal castiga el delito fiscal vinculado a la contabilidad y a la documentación (art. 111 CF), así como otros delitos tributarios asimilables a los analizados al tratar de otros países de referencia en esta subsección (arts. 110 a 115) (Aspe, 2019: 161 et seq.).

4.2.4.2. *Bien jurídico protegido*

Las conductas analizadas en esta subsección se encuentran más vinculadas al buen funcionamiento del sistema recaudatorio y de sus agentes o servidores públicos, que al daño patrimonial que se puede generar a la Hacienda Pública (Aspe 2019, 161 et seq.). Por tanto, se puede entender que el bien jurídico no es principalmente patrimonial ni tampoco unitario. Lo cual, como se verá a continuación, redundará en el castigo de conductas que no necesariamente conlleven un perjuicio (delitos de mera actividad y/o de peligro) y que ni tal siquiera requieren un actuar ni un ánimo defraudatorio entre sus elementos típicos. Prima, por tanto, una visión institucional, que conduce a una ampliación de las posibilidades de punición, acercando —en este punto— el derecho penal al derecho administrativo.

4.2.4.3. *Sujeto pasivo*

Aunque como se refirió anteriormente el art. 92 CF señala expresamente que es la Administración de tributos la afectada por los delitos regulados en este Código, es preciso destacar que algunos de los delitos analizados en esta subsección afectan también a otras víctimas. Por ejemplo, los delitos de los art. 114 CF relativo al abuso del cargo por parte de los servidores públicos encargados de embargos, entradas y registros, etc. El CP se refiere expresamente a que, en estos casos, el sujeto “amenace de cualquier modo a un contribuyente o a sus representantes o dependientes”.

La excepción en este punto lo constituye el delito de facturación falsa del art. 113 bis CF, que expresamente señala que se requerirá querrela por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para proceder penalmente por este delito.

4.2.4.4. *Sujeto activo*

Se trata de delitos que, salvo en el caso de los perpetrados por servidores públicos, no exigen una cualificación en el sujeto activo. De hecho, el propio art. 111 CF hace referencia a que el agente obre “por sí o por persona interpuesta”. Al igual que con los delitos de defraudación fiscal, la regulación mexicana es amplia en cuanto a la sancionabilidad del sujeto activo.

4.2.4.5. *Tipo objetivo*

Por un lado, se encuentran los delitos vinculados a la contabilidad, declaraciones y documentación. A saber: el delito contable (art. 111 CF) y el delito de facturas falsas (art. 113 bis CF).

El delito contable del art. 111 CF prevé distintas modalidades comisivas o conductas típicas. A saber: (a) registrar sus operaciones contables, fiscales o sociales en dos o más libros o en dos o más sistemas de contabilidad con diferentes contenidos; (b) ocultar, alterar o destruir total o parcialmente los libros sistemas o registros contables, así como la documentación relativa a los asientos respectivos, que conforme a las leyes fiscales el sujeto esté obligado a llevar o, estando obligado a tenerlos no cuente con ellos; (c) determinar pérdidas con falsedad; (d) ser responsable de omitir la presentación por más de tres meses, de la declaración informativa a que se refiere el primer párrafo del art. 178 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, o presentarla en forma incompleta; y (e) por sí, o por persona interpuesta, divulgar, hacer uso personal o indebido, a través de cualquier medio o forma, de la información confidencial que afecte la posición competitiva proporcionada por terceros.

Por su parte, el delito de facturas falsas del art. 113 bis CF castiga, en primer lugar, a quien por sí o por persona interpuesta, expida,

enajene, compre o adquiriera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados. Además, también sanciona con las mismas penas al que, a sabiendas, permita o publique, a través de cualquier medio, anuncios para la adquisición o enajenación de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Junto a esta modalidad delictiva, está otro grupo de delitos tributarios al que nos referiremos de forma genérica, listando a continuación las conductas típicas:

– Art. 110: Conductas relacionadas con el Registro Federal de Contribuyentes.

– Art. 112: Delito de interventores y depositarios.

– Art. 113: Delitos relativos a sellos, aparatos de control y marcas oficiales: Conductas típicas consistentes en: 1) alterar o destruir los aparatos de control, sellos o marcas oficiales colocados con fines fiscales o impida que se logre el propósito para el que fueron colocados; o 2) alterar o destruir las máquinas registradoras de operación de caja en las oficinas recaudadoras, o al que tenga en su poder marbetes o precintos sin haberlos adquirido legalmente o los enajene, sin estar autorizado para ello.

– Art. 114: Delitos realizados por servidores públicos en embargos, visitas domiciliarias y revisión ilegal de mercancías, al actuar en contra de los deberes de su cargo o con abuso de su función.

4.2.4.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de conductas dolosas, que requieren el conocimiento por parte del sujeto activo.

4.2.4.7. *Penalidad*

Se trata de delitos castigados con penas de prisión que, en su mayoría, se encuentran en un mínimo de seis meses o un año y un máximo de seis años. Sin embargo, el delito contable del art. 111 CF puede llegar hasta un máximo de tres años de prisión y el delito de facturas falsas del art. 113 bis puede alcanzar los nueve años de prisión.

Cabe la exención de pena por regularización en el caso del art. 111 CF, pero no en los otros delitos. Especialmente, en el caso del delito de facturas falsas del art. 113 bis CF, que además de castigarse con las penas previstas en esta ley, prevé una agravación si la conducta es cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones y puede castigarse de modo simultáneo con el delito del art. 400 bis CP (tal y como se verá a continuación).

4.2.4.8. *Especificidades en materia de corrupción asociada al crimen transnacional*

Para el delito de facturas falsas del art. 113 bis CF se prevé expresamente la posibilidad de un castigo simultáneo con el del art. 400 Bis CP México. Este, como se vio *supra* en la subsección 4 al tratar de los delitos de defraudación tributaria de los arts. 108 y 109, castiga como delito específico de la corrupción asociada al crimen transnacional las “operaciones con recursos de procedencia ilícita” (anteriormente también regulado en el art. 116 del CF). Ello, al igual que se expuso anteriormente, puede resultar difícilmente conciliable con el principio de proporcionalidad en su dimensión de *non bis in idem*. A fin de valorar de qué modo debería articularse la legislación para resolver este problema, nos remitimos a lo explicado *supra* en el apartado 3.2.4.8.

4.2.5. Perú

4.2.5.1. *Normativa*

El delito contable tributario se regula, junto con los delitos de defraudación tributaria analizados *supra*, en la Ley penal tributaria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 813 del 20 de abril de 1996.

4.2.5.2. *Bien jurídico protegido*

Tal y como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley penal tributaria (Decreto Legislativo 813), la razón de ser del art. 5, relativo al delito contable tributario, “responde a la constatación de la lesión

que se origina al bien jurídico (proceso de ingresos y egresos) en virtud del incumplimiento de normas contables básicas. Este tipo penal es una constatación de la extensión del bien jurídico, por cuanto el proceso de ingresos y egresos es un bien jurídico dinámico que está presente desde el momento en que se realizan hechos gravados y por ende no es necesario esperar a que exista un perjuicio económico para sostener que existe el delito de defraudación tributaria, sino basta con cualquier alteración seria que se produzca sobre este bien jurídico” (Yacolca Estares 2013, 39 et seq.).

4.2.5.3. *Sujeto pasivo*

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y a la Superintendencia Nacional de Aduanas (ADUANAS).

Recuérdese, además, lo señalado *supra* en relación con la posibilidad prevista en el art. 60 del Código Tributario de que sean los terceros los que denuncien, previéndose un sistema de recompensa para aquellos que así lo soliciten.

4.2.5.4. *Sujeto activo*

Los delitos contables tributarios, tal y como están regulados en la Ley penal tributaria, pueden dividirse en dos grupos, en función del sujeto activo. Por un lado, el art. 5, que regula el delito contable en sentido estricto y es un delito especial, que solo puede cometer quien está obligado a llevar libros y registros contables. Por otro lado, los arts. 5-A, 5-B y 5-C que son delitos comunes y no requieren ninguna cualificación en el sujeto activo, pudiendo ser atribuidos a título de autoría a cualquier sujeto que intervenga en el delito con dominio del hecho (Yacolca Estares, 2013: 47 et seq.).

4.2.5.5. *Tipo objetivo*

Art. 5: Delito contable tributario: se regula como una modalidad autónoma de defraudación al fisco por parte de quien está obligado a llevar libros y registros contables y realiza cualquiera de las siguien-

tes conductas: (a) incumpla totalmente dicha obligación; (b) no hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables; (c) realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables; (d) destruya u oculte total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación (Ugaz Sánchez-Moreno & Ugaz Heudebert 2017, 95 et seq.).

Junto a esta modalidad básica, se castigan otras tres modalidades delictivas, vinculadas con la labor contable en sentido amplio y a los que la doctrina se refiree como “delitos tributarios de peligro” (Yacolca Estares 2013, 47 et seq.):

– Art. 5-A. Información falsa en registros: el que a sabiendas proporcione información falsa con ocasión de la inscripción o modificación de datos en el Registro Único de Contribuyentes, y así obtenga autorización de impresión de Comprobantes de Pago, Guías de Remisión, Notas de Crédito o Notas de Débito.

– Art. 5-B. Almacenamiento de bienes: el que estando inscrito o no ante el órgano administrador del tributo almacena bienes para su distribución, comercialización, transferencia u otra forma de disposición, cuyo valor total supere las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), en lugares no declarados como domicilio fiscal o establecimiento anexo, dentro del plazo que para hacerlo fijan las leyes y reglamentos pertinentes, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes.

– Art. 5-C. Falsificaciones: el que confeccione, obtenga, venda o facilite, a cualquier título, Comprobantes de Pago, Guías de Remisión, Notas de Crédito o Notas de Débito, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de delitos tipificados en la Ley penal tributaria.

4.2.5.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, toda vez que para su comisión exige la perpetración de una maquinación fraudulenta.

4.2.5.7. *Penalidad*

En todos los supuestos analizados, la pena es de prisión de dos a cinco años y de multa de 6 meses a un año.

Es relevante destacar el posible concurso entre el delito contra la fe pública con el delito de defraudación tributaria, y de estos con el delito contable y los nuevos delitos tributarios de peligro. La clave para diferenciarlos es el vínculo con el bien jurídico que protegen: pro regla general, el delito de defraudación tributaria absorbe al delito contable o asimilados; y estos entra en concurso ideal con los delitos contra la fe pública, si la falsedad no afecta solo a la fe pública sino también a la Hacienda Pública (Yacolca Estares, 2013: 61 et seq.)

Además, también en este caso es posible la exención de pena por regularización tributaria, cuando la auto-denuncia vaya acompañada de pago íntegro y se haga antes de que dé inicio la acción penal.

4.2.5.8. *Análisis comparado de los sistemas latinoamericanos*

A lo largo de la presente subsección se ha abordado el tratamiento de otros delitos tributarios distintos del delito fiscal en varios países de Latinoamérica. Y, al igual que ocurrió en el caso de sistemas no latinoamericanos (cfr. *supra*, 4.1.4), debe concluirse que, pese a coincidir en aspectos tan sustanciales, las legislaciones son mayoritariamente divergentes entre sí.

Como principal similitud común a todos los sistemas de referencia aquí analizados, puede señalarse el hecho de que todos los países contemplan una modalidad de delito tributario contable. Quizás el único ordenamiento jurídico que no lo hace es el brasileño, en la medida en que sanciona la facilitación de la llevanza de una doble contabilidad, pero sin llegar a castigar dicha conducta. Muchos de dichos ordenamientos sancionan también las conductas de falsedad, incluso tipificando expresamente la falsificación de facturas u otros documentos relevantes para la determinación de la base impositiva. Por último, todos los ordenamientos regulan estos delitos tributarios exigiendo que concurra dolo.

Ahora bien, más allá de estas semejanzas, puede decirse que no estamos ante conductas siempre equiparables en un ordenamiento y otro. Al menos, no en aspectos esenciales como las penas o el perfil de quienes pueden ser sujetos activos. Así, en lo que respecta a las penas, cabe señalar que (como vimos que ocurría en España o EE.UU.), muchos de los ordenamientos prevén penas leves, asimilables a lo que normalmente se cataloga como sanciones administrativas. Quizás la excepción más notoria es la de México, que castiga el delito contable y otros con penas de entre seis y nueve años de prisión. Finalmente, en lo que respecta al destinatario de la norma, es preciso destacar que los países con legislaciones más novedosas han tendido a ampliar el círculo de sujetos con capacidad de ser sujeto activo, convirtiendo estos delitos en comunes; esto es: no siendo necesario ser el obligado tributario o el contador para poder ser sancionado por estos delitos. Esto último cuadra bien con los requisitos de la OCDE en materia tributaria, que se analizaron *supra* (subapartado 2). No obstante, la mayor parte de dichos delitos no prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos. Lo cual no concuerda con la tendencia a ampliar la legislación penal en materia tributaria y de la que dan fe legislaciones como la mexicana o la peruana.

Asimismo, como un elemento de la comparación, se puede afirmar que en ninguno de los cinco sistemas se han encontrado especificidades en la regulación del delito contable y de otros delitos tributarios orientados específicamente a responder a la corrupción asociada al COT. Al igual que en el delito fiscal (3.2.8), puede haber casos de delito contable que encajen en las previsiones del art. 400 bis CP Mexicano o en el del art. 15 (c) LPT Argentina. A tal efecto, se recuerda aquí que el art. 400 bis CP Mexicano prevé como delito específico de corrupción asociada al crimen transnacional las “operaciones con recursos de procedencia ilícita” y los delitos fiscales se incluyen en dicho concepto. Pero, como ya se ha apuntado en otras partes de este trabajo, se trata de un precepto más orientado a castigar las conductas de blanqueo de capitales que a combatir la COT de los delitos tributarios. Por su parte, el art. 15 (c) LPT Argentina castiga la asociación ilícita para cometer delitos fiscales y en esta medida, podría entenderse que se trata de una suerte de especificidad del delito fiscal para casos de COT. No obstante, dicho precepto se corresponde más con el castigo de la criminalidad organizada en sí

misma considerada (y no necesariamente transnacional), que con una respuesta específica de la regulación del delito contable encaminada a combatir la COT.

4.3. Colombia

Fuera de los casos de defraudación o evasión fiscal, en Colombia se castigan penalmente otras dos conductas que atentan contra el sistema tributario. A saber, la omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402 CP) y el delito contable tributario, al que se denomina “omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes” (art. 434 A CP) (Ruiz Sánchez et al., 2019: 26 et seq.).

4.3.1. Normativa

El delito de omisión del agente recaudador o retenedor está previsto en el art. 402 CP. Se trata de una conducta que ya estaba regulada en la legislación colombiana con anterioridad al año 2000. Sin embargo, con la aprobación del CP colombiano dejó de estar regulado en el art. 665 del estatuto tributario y pasó a regularse en el art. 402 CP, siendo objeto de una importante reforma en el año 2016, que le dio su redacción actual.

Por su parte, el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes del art. 434 A CP fue añadido al CP colombiano por el art. 338 de la Ley 1819 (2016), y modificado posteriormente por el art. 71 de la Ley 2010 (2019), del que se deriva su redacción vigente.

4.3.2. Bien jurídico protegido

En el caso del delito de omisión del agente retenedor o recaudador del art. 402 CP, el bien jurídico tutelado es el patrimonio público de la Administración pública, tal y como se desprende de la Sentencia C-285 de 1996, en la que la Corte Constitucional manifestó que “[...] la omisión de consignar las sumas retenidas o recaudadas afecta el patrimonio económico de la Nación, bien jurídico de gran relevancia”.

Por su parte, se discute si el art. 434 A CP es un delito que, además de atentar contra la Administración Pública, podría considerarse un delito contra la fe pública. Sin embargo, además de su ubicación sistemática en los delitos contra la Administración pública, el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes exige que se produzca el resultado perjudicial para el erario público, por lo que la sola afectación a la fe pública no sería relevante. Motivo por el cual, puede concluirse que el bien jurídico tutelado es, al igual que ocurre en los otros delitos tributarios aquí analizados, el Erario público (Rueda Mantilla, 2017: 111 et seq.).

4.3.3. Sujeto activo

Tanto en el caso del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, como en el de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, estamos ante delitos especiales, que exigen la concurrencia de determinadas cualidades en el sujeto activo, a fin de imputarle la conducta a título de autoría.

En el caso del art. 402 CP, por expresa indicación de la normativa penal, en el autor deben concurrir alguna de las condiciones siguientes: (a) ser un agente retenedor o autorretenedor; (b) ser un encargado de recaudar tasas y contribuciones públicas; (c) ser un responsable del Impuesto sobre las Ventas; o (d) ser un responsable del Impuesto Nacional al Consumo (Jaramillo Posada/Restrepo Lopera, 2020: 20 et seq.).

En el caso del art. 434 A CP, al igual que el art. 434 B tratado *supra*, el sujeto activo el contribuyente. Lo cual quiere decir que es esta persona la que se encuentra obligada tributariamente frente a la Hacienda Pública. A estos efectos, debe remarcar que el art. 434 A contiene un parágrafo 2 en el que se delimita que el concepto de contribuyente a los efectos de este tipo penal se identifica con el sujeto respecto de quien se realiza el hecho generador de la obligación tributaria sustancial.

4.3.4. Sujeto pasivo

Tal y como se ha explicado al tratar del bien jurídico protegido, el principal perjudicado por estos delitos es el Erario público. Por ende, puede afirmarse que el sujeto pasivo de estos delitos es la Administración pública. Y, en la medida en que nos centramos en el ámbito tributario, el sujeto pasivo directo o inmediato, es la DIAN.

4.3.5. Tipo objetivo

En el caso del delito de omisión del agente retenedor o recaudador se sanciona un “no hacer” por parte de quien tiene el deber de actuar. De este modo, la definición de la conducta que integra el tipo objetivo se hace depender de las obligaciones de cada uno de los sujetos activos cualificados mencionados en el art. 402 CP. Así:

1. Para el agente retenedor o autorretenedor, el tipo objetivo quedará colmado cuando no se practiquen las retenciones en la fuente y/o no se consignen las cifras retenidas o autorretenidas por este concepto dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente.

2. Para el encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas, la conducta típica consistirá en no consignar las cifras recaudadas dentro del término legal.

3. Para el responsable del impuesto sobre las ventas el tipo objetivo consiste en no consignar las sumas recaudadas por concepto de este impuesto dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

4. Finalmente, para el responsable del impuesto nacional al consumo la conducta omisiva penalmente típica consiste en no consignar las sumas recaudadas por concepto de este impuesto dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Cabe mencionar que no existe un umbral económico mínimo que deba ser superado para que la conducta sea punible en art. 402 CP sea punible.

Por su parte, el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes del art. 434 A CP castiga tres clases de conductas. Una de ellas, de omisión propia y las otras dos, conductas activas (Ruiz Sánchez et al, 2019: 26 et seq.) A saber: (a) omitir activos; (b) presentar información inexacta en relación con los activos; y (c) declarar pasivos inexistentes. En cualquiera de estas tres modalidades es preciso que se alcance un resultado con valor igual o superior a 7.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes que afecte a su impuesto sobre la renta y complementarios o el saldo a favor de cualquiera de dichos impuestos.

4.3.6. Tipo subjetivo

El delito de omisión del agente recaudador o retenedor del art. 402 CP no apela a la necesidad de que el sujeto obre con dolo. Por tanto, aunque si pudiera castigarse en su modalidad imprudente, debería señalarse expresamente, la redacción del tipo no impide en sentido estricto el castigo al margen del estado mental del sujeto (Ruiz Sánchez et al., 2019: 65 et seq.). De algún modo, podría sostenerse que se trata de un tipo penal en el que el dolo se identifica más con un deber, que con el fuero interno del sujeto.

El delito del art. 434 A CP está expresamente configurado como un tipo doloso, que solo puede ser cometido con conocimiento y voluntad de omitir la anotación de activos o de presentar información inexacta o inveraz y, con ello, ocasionar un perjuicio al erario público.

4.3.7. Penalidad

El art. 402 CP contempla dos sanciones acumulativas: pena de prisión de 48 a 108 meses y multa equivalente al doble de lo no consignado, sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

El art. 434 A CP también prevé una doble sanción, en unos términos parecidos al art. 402 CP. A saber, pena privativa de libertad de cuatro a nueve años (de 48 a 108 meses) y multa del 20% del valor del activo omitido, del valor del activo declarado inexactamente o del valor del pasivo inexistente. Nótese que, a diferencia de lo que ocurre con el delito de defraudación o evasión fiscal, que solo contempla penas privativas de libertad, en este caso se añade una pena de multa a la pena de prisión.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el art. 83 CP, la acción penal prescribirá en cinco años.

4.3.8. Análisis comparado

Tal y como ha puesto de manifiesto el análisis anterior, en Colombia se prevé el castigo del delito contable tributario, pero no el delito de facturas falsas como un tipo separado y específico. La regulación del delito contable en el régimen colombiano se caracteriza por contar con una redacción sumamente amplia e incluso genérica. Así, las tres conductas que contempla el tipo penal (omitir, presentar información inexacta o declarar pasivos inexistentes) no detallan formas comisivas propias de dichas conductas (por ejemplo, que exista doble contabilidad) ni tampoco exigen publicidad para terceros. Además, se trata de un delito con penas de prisión elevadas a las que, a diferencia de lo que ocurría en el delito de fraude fiscal, se añade la pena de multa.

La única restricción al tipo penal es la de exigir un mínimo económico a modo de umbral de punibilidad y también la de configurar la infracción como un delito especial. Y, en esto, Colombia se distingue de la mayor parte de legislaciones de Latinoamérica, que en general no exigían umbral mínimo para este delito y que frecuentemente se configura como un tipo común o, como mínimo, como un delito del que también pueden ser autores quienes desempeñan el cargo de contadores.

La conclusión que cabe extraer de lo anterior es que, a diferencia de lo que ocurre en otros de los países analizados, en el caso de Colombia se castiga el delito contable como una infracción verdadera-

mente penal, pese a que la conducta —en sí misma considerada, sin exigir un ánimo particular ni unos medios comisivos concretos— podría haber estado regulada como infracción tributaria en el Derecho administrativo.

Finalmente, debe destacarse que no se ha encontrado especificidades en Colombia en la regulación del delito contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública, a fin de responder a la corrupción asociada al COT. A tal efecto, tal y como se mostrará infra en el apartado 5.3., convendría que la legislación colombiana introdujese una regulación específica de los delitos tributarios asociados a la COT, mediante una agravación específica de la pena o exclusión expresa de beneficios punitivos, así como la posibilidad de castigar el delito contable tributario como delito subyacente al blanqueo de capitales (similar, aunque con las oportunas modificaciones que luego se sugerirán, a lo que ocurre en México).

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

5.1. Breve recapitulación y conclusiones

(1) De acuerdo con lo detallado a lo largo de la presente investigación, cabe concluir que el contexto regulatorio actual en materia de delitos tributarios se encuentra definido por dos grandes parámetros. Por un lado, la búsqueda de una homogeneidad legislativa entre los distintos países y jurisdicciones, en aras a facilitar la identificación, persecución y castigo de conductas elusivas o defraudatorias respecto de las autoridades de recaudación. Por otro lado, y vinculado a lo anterior, en el escenario político-criminal actual es clara una tendencia a la internacionalización de los delitos tributarios, a la vista de que muchas veces se vinculan o subyacen al delito de lavado de activos.

En concreto, las recomendaciones de los organismos internacionales y de los instrumentos internacionales de la lucha contra la corrupción, insisten en la necesidad de contar con estrategias legislativas y de persecución efectivas para investigar y castigar adecua-

damente los delitos tributarios. Entre otras, se recomienda castigar por la vía penal las infracciones tributarias y prever expresamente la posibilidad de que el delito tributario sea un delito predicado o subyacente del delito de lavado de dinero, contar con recursos institucionales e investigativos adecuados para la persecución de los delitos tributarios, poder efectivamente embargar/incautar y confiscar activos o crear un marco efectivo para la cooperación interinstitucional e inter-agencia, asegurando que los mecanismos de cooperación estén disponibles.

(2) En este marco, el presente capítulo se ha centrado en el estudio de dos grandes grupos de delitos tributarios en cada uno de los países de referencia: Delitos de defraudación tributaria, por un lado y delitos vinculados a la contabilidad, por otro. Se ha observado que las legislaciones de los países de referencia analizados son más coincidentes en relación con el delito de fraude fiscal que en relación con el resto de conductas (delito contable y otros). Todos los ordenamientos objeto de análisis cuentan con tipos penales que castigan las conductas de engaño doloso por parte del obligado tributario, orientadas a defraudar el pago de una cantidad debida a la Hacienda Pública. Sin embargo, el modo de conceptualizar dicha conducta en los distintos ordenamientos presenta diferencias sustanciales en numerosos aspectos. Así, en lo que respecta a la regulación, algunos países castigan esta conducta en el CP (Colombia, España, EE.UU.), otros en leyes especiales (Italia, Perú, Brasil) y otros en el Código tributario (Chile, México). En cuanto al bien jurídico, solo algunos exigen un umbral mínimo de defraudación a modo de resultado, que exige una vinculación de la conducta típica con aspectos patrimoniales (Colombia, España, Italia, Argentina, México), destacando el caso de Italia, donde no se castiga la tentativa. En cambio, el resto de los países analizados deja esta cuestión abierta, facilitando así la concepción del delito de defraudación fiscal como un delito de peligro contra un bien jurídico entendido de un modo exclusivamente funcional y, por ende, casi ilimitado, destacando el caso de EE.UU. que hace de la tentativa la principal forma de defraudación. También existen diferencias en cuanto a las penas, pues solo en algunos ordenamientos es posible compatibilizar la multa penal con la pena de prisión (España, Brasil), mientras que en el resto, la pena es exclusivamente de prisión (quedando la sanción de multa reservada al

ámbito administrativo). Además, aunque todos los países reconocen algún beneficio penológico a la regularización, en unos términos y con unos requisitos muy similares, algunos países no permiten la exención de pena (Italia, Chile). Además, no todos los países castigan a las personas jurídicas por estos delitos.

En lo que respecta a los delitos tributarios distintos del fraude fiscal, se aprecia que los ordenamientos de referencia analizados castigan conductas que atentan contra el sistema de tributos (y no directamente contra la labor de recaudación de tributos), mediante conductas de que —en muchos casos— facilitan o preparan la defraudación fiscal. Por ejemplo, mediante un delito tributario contable y de facturas falsas (presente en todos los ordenamientos jurídicos de referencia). Se trata de delitos que, en la mayor parte de ordenamientos, son comunes (es decir, perpetrables por sujetos distintos del obligado tributario), de peligro (porque no existen un perjuicio) y de tinte bastante administrativo (pues no requieren un ardid o engaño).

(3) Tanto en el caso del delito de fraude fiscal como en el caso de los delitos contables y otros delitos tributarios, se ha detectado un déficit en la respuesta penal en el marco de la COT. Existen previsiones que agravan la pena cuando el delito se da en el marco de una organización criminal (por ejemplo, cualificación del tipo básico en España o delito específico en Argentina) o que vinculan el delito fiscal al blanqueo de capitales (por ejemplo, México). Sin embargo, no se trata de respuestas específicas a la comisión de estos delitos como COT. A tal efecto, en las páginas que siguen se propondrá un plan de acción para América Latina (5.2) y, específicamente, para Colombia (5.3), atendiendo a las recomendaciones de organismos internacionales y a la experiencia comparada.

5.2. Recomendaciones para América Latina

Como se puso de manifiesto al inicio de este capítulo, los delitos tributarios son uno de los principales frentes en los que debe situarse la lucha contra la corrupción transnacional. Sin embargo, sorprende que —con la excepción de México— ninguno de los Estados de referencia analizados prevé una regulación específica de los delitos

tributarios en materia de corrupción asociada al COT. Y, como ya se advirtió anteriormente, la regulación mexicana no está exenta de problemas en relación con los principios del derecho penal.

La ausencia de una previsión específica para los casos de corrupción transnacional podría no ser un problema si la legislación a nivel nacional fuese satisfactoria en términos de técnica legislativa, político-criminales de efectividad recaudatoria y sustantivos. Sin embargo, el presente estudio ha mostrado que la regulación del derecho penal tributario a nivel nacional es cuestionable en muchos de los ordenamientos jurídicos analizados. Ello redundaría en que ni siquiera a nivel nacional los tipos penales tributarios logran los objetivos para los que fueron regulados. Lo cual, evidentemente, dificulta su eficacia a nivel transnacional en un fenómeno tan complejo como es la corrupción.

A continuación, se realizarán una serie de propuestas para los ordenamientos jurídicos de América Latina y, finalmente, se tratará específicamente del plan de acción para Colombia (Buitrago Díaz & Hernández Rivera, 2021: 545 et seq.). Para ello, se partirá de los diez principios universales que la OCDE ha enumerado como necesarios para promover sistemas eficaces de lucha contra los delitos tributarios y que fueron analizados *supra*, en la subsección 3. No se desconoce que, actualmente, solo tres de los países de referencia de Latinoamérica analizados forman parte de la referida institución. Sin embargo, estos principios se orientan a un objetivo común a países miembros y no miembros. Y, en la medida en que en otras regiones (como la Unión Europea) han dado lugar a medidas legislativas concretas, su consideración en un plan de acción para Latinoamérica puede ser ilustrativo y enriquecedor.

5.2.1. Recomendaciones relativas a la penalización de las infracciones tributarias, estrategia para abordar los delitos tributarios y regulación del delito tributario como predicado o subyacente del delito de lavado de dinero (Principios 1, 2 y 7 de la OCDE)

El informe de la OCDE en el que se definen los 10 principios en la lucha contra el fraude tributario señala que la lucha contra la corrupción en este punto será más eficaz si: (a) la ley define claramente

los delitos fiscales que son criminalizados; (b) se aplica una sanción penal si se acredita el delito tributario; (c) las infracciones más graves se castigan con sanciones penales más graves; (d) las sanciones penales se aplican en la práctica; (e) existe una estrategia de prevención y reacción frente a los delitos tributarios; y (f) se prevé una respuesta legislativa específica a la interrelación entre lavado de activos y delitos tributarios.

5.2.1.1. Definir homogénea y suficientemente el delito tributario

La elusión fiscal se convierte en un problema internacional cuando los contribuyentes aprovechan las diferencias existentes entre los distintos regímenes fiscales nacionales para reducir su obligación fiscal total (Vlcek, W., 2019: 345 et seq.). Así se pudo apreciar, por ejemplo, en el caso de los Papeles de Panamá.

A este respecto, es preciso que la Ley defina de forma homogénea y con mayor claridad cuestiones esenciales que, como se vio en los apartados anteriores, están reguladas de un modo excesivamente confuso y divergente en los países de referencia analizados. En concreto, se hace precisa una mejor delimitación del bien jurídico protegido con los delitos tributarios y, en el caso de algunos países, una regulación menos casuística de las distintas modalidades típicas. Se ha detectado que las conductas previstas como delitos tributarios cada vez se aproximan más a infracciones administrativas de peligro, en las que la conducta sancionada carece de un resultado lesivo. Además, se tiende a rebajar las exigencias respecto de la concurrencia de dolo, en favor de formas cercanas a la imprudencia objetiva. Se trata de estrategias que minan los principios del derecho penal y que, sin embargo, no han demostrado tener un impacto positivo en la recaudación ni en la prevención de la criminalidad tributaria. Por este motivo, se recomienda diferenciar los delitos tributarios de las meras infracciones administrativas, exigiendo una regulación penal y una concepción de los delitos tributarios similar a la del delito de estafa en sentido clásico. Así, las regulaciones penales deberían exigir: (a) una infracción tributaria fraudulenta; (b) dolosa; y (c) que conlleve un perjuicio efectivo al patrimonio público.

De este modo, se propone, por ejemplo, que la regulación de los delitos tributarios esté en el CP o en una ley especial penal (no tributaria, como en el caso de Chile). A ser posible, sin entrar en demasiada casuística, pues ello facilita que no existan lagunas de punibilidad, pero sin incurrir en descripciones demasiado genéricas. Así, por ejemplo, se considera que Perú debería concretar más la conducta de defraudación fiscal, pues la amplitud con la que la regula no ha redundado en una mayor recaudación ni en una prevención del delito más eficaz⁸. También, se recomienda fijar unos umbrales mínimos que permitan cualificar la conducta como delito sin vulnerar el principio de ofensividad (Brasil, Chile, Perú) y con reglas claras para determinar la cuantía defraudada. Asimismo, se recomienda rebajar las exigencias legales en cuanto al dolo, a fin de facilitar la prueba sobre el elemento subjetivo del delito. Que el fraude se cifre en la conducta objetiva, no en el ánimo, sustituyendo las referencias a un ánimo “malicioso”, por el requisito de un obrar “fraudulento”. Esto permitiría castigar los casos en los que hay dolo eventual, pero sin incurrir en una responsabilidad objetiva que presuma o prescinda del elemento subjetivo.

5.2.1.2. Aplicar una sanción penal si se acredita la participación en el delito

En este sentido, la principal recomendación que se efectúa a la luz del análisis llevado a cabo es que se amplíe la concepción de los sujetos activos del delito, castigando a los intervinientes en función de su dominio del hecho y no de su cualificación como obligados tributarios. En concreto, debe facilitarse la sanción de los asesores fiscales y facilitadores profesionales como autores del delito. A estos efectos, se recomienda seguir el ejemplo de la legislación mexicana que, sin ser tan amplia como la de EE.UU., permite el castigo de los verdaderos responsables del delito. O, alternativamente, incluir

⁸ A pesar de tener tipificado el delito de evasión fiscal, el nivel de recaudo de impuestos de este país fue uno de los más bajos de los países de la región, estando por debajo de Colombia en 3 puntos porcentuales —19.4% vs 16.4%— (OCDE, 2020, p. 31).

cláusulas penológicas generales, como lo son en el caso español la cláusula de actuar en lugar de otro (art. 31 CP español) o la de participación en delitos especiales (art. 65.3 CP español). En cualquier caso, y mientras la ley no cambie, se propone abandonar la doctrina de los delitos especiales, en favor de otras corrientes interpretativas, como la de los delitos de infracción de deber o la de los delitos de posición (Robles Planas et al., 2014: 3 et seq.).

Asimismo, se recomienda que países como Brasil, Perú o México regulen la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas por delitos tributarios. Este ha demostrado ser uno de los delitos por los que más se persigue a las empresas en países como España y los organismos internacionales insisten en la idoneidad de las estructuras empresariales para facilitar la comisión de esta clase de delitos. Lo cual exige no dejar este fenómeno al margen de una política-criminal que aspire a ser efectiva. Especialmente, en el contexto la corrupción transnacional.

5.2.1.3. Castigar más gravemente las sanciones más graves y aplicarlas realmente en la práctica

De acuerdo con lo estudiado, los países de Latinoamérica analizados contemplan penas de prisión y solo en algunos casos añaden una pena de multa. Además, en muchos casos, se contemplan penas accesorias (como la de inhabilitación), si el delito fue cometido por funcionarios. Sin embargo, en todos los países se trata de penas de prisión de corta duración (no más de 10 años) que, en el caso concreto de los delitos de corrupción a gran escala, no son en absoluto disuasorias.

A tal efecto, se propone articular mecanismos que permitan convertir la pena de multa en una sanción personalísima, cuyo traslado a un tercero se configure como un delito de obstrucción de justicia (Coca Vila 2021: 69 et seq.).

Además, tal y como ha sugerido la OCDE en atención a la experiencia de países distintos de los analizados en este capítulo, puede ser apropiado aplicar sanciones penales alternativas a la pena de prisión, dependiendo del caso (OCDE 2019, 20). Estas

pueden incluir servicio a la comunidad, “señalar y avergonzar” a los delincuentes o facilitadores, descalificación para mantener ciertas oficinas, suspensión de licencia u otros privilegios, órdenes específicas para perder o devolver activos, o una combinación de los anteriores.

Además, como medida específica contra los delitos tributarios vinculados a la corrupción transnacional, se propone prever formas de colaboración premiada, pero más limitada que la que prevén los ordenamientos de referencia. En concreto, se propone no eximir de pena, pues el desvalor de la conducta defraudatoria no queda abarcado con el pago. Se propone mitigar la pena en casos de colaboración activa, pero limitando dicho beneficio penológico al primero que colabore y supeditando la rebaja de pena a la condición de que la información sea nueva y decisiva, acompañada de una devolución íntegra de la deuda tributaria (cuota defraudada e intereses devengados), así como del pago de las multas administrativas (esto último, en similar sentido a lo que ocurre en Italia).

5.2.1.4. Contar con una estrategia de prevención y reacción frente a los delitos tributarios

Además de dotar a las Administraciones y autoridades de persecución de los medios e información necesaria, se propone promocionar otros mecanismos que facilitan la persecución de estos delitos. Así, además de lo referido en relación con la colaboración/regularización premiada, se propone facilitar el sistema de denuncias de los delitos tributarios. En este sentido, algunos de los países de referencia analizados, exigen una querrela por parte de la autoridad fiscal para iniciar el procedimiento penal (por ejemplo, México). Sin embargo, consideramos que es más funcional permitir que pueda ser un tercero quien dé parte a las autoridades. Y, a estos efectos, consideramos que es especialmente destacable el programa para *Whistleblowers* previsto en EE.UU., las legislaciones europeas de protección al denunciante (España o Italia) o el sistema de denuncia (con o sin recompensa) en Perú.

5.2.1.5. *Prever una respuesta legislativa específica a la interrelación entre los delitos tributarios y los delitos de corrupción transnacional*

El principio 7 de la OCDE recomienda la inclusión de los delitos tributarios como delito determinante para el lavado de dinero. Justifica la importancia de esta medida en el hecho de que ello permite la doble acusación por blanqueo y por delito fiscal, permitiendo a las autoridades un mayor alcance para asegurar una condena y/o para imponer mayores penas. Además, esto permitiría extender al ámbito del delito fiscal: (a) la obligación de presentar informes de transacciones sospechosas a la que están sujetas las instituciones financieras (incluyendo sospechas de delitos tributarios); (b) el análisis de las agencias de inteligencia especializada; y (c) los mecanismos de cooperación internacional de las Recomendaciones del GAFI. Todo ello incluye el intercambio directo de información y la asistencia judicial recíproca, tanto entre las autoridades fiscalizadoras y/o fiscales como entre las autoridades fiscales y no fiscales. Se trata de medidas que, en el campo del blanqueo se han demostrado útiles para una mejor cooperación interinstitucional, para un mejor acceso a la información, así como para facilitar el enjuiciamiento (OCDE 2019, 61).

Además, como plan de acción para los países de América Latina se recomienda vincular el delito fiscal como subyacente a los de corrupción y lavado de activos, especialmente en su dimensión transnacional. Como se vio anteriormente, esta es una medida específicamente regulada en México, mediante la interrelación entre los arts. 108 y 109 del CF federal y los arts. 400 bis 1 y 2 del CP federal de México. De hecho, se trata del único país de referencia en el que se ha identificado una mención expresa a la corrupción transnacional en relación con los delitos tributarios. No obstante, la regulación mexicana es mejorable: no solo desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, sino porque el art. 400 bis CP Mexicano no fue legislado pensando en el fraude fiscal internacional, sino en tipificar el lavado de activos en caso de actividades ilícitas previas distintas del delito fiscal. Se propone introducir una circunstancia agravante para los casos en los que el delito tributario haya sido cometido en el marco de la DOT, así como excluir la posibilidad de la exención total de pena por regularización en casos de DOT.

La corrupción tributaria se caracteriza por: (a) promoción de la competencia fiscal nociva a través de paraísos fiscales/territorios de baja tributación; (b) opacidad a la que pueden conducir las telecomunicaciones (dificultad del rastreo); y (c) heterogeneidad en la respuesta de los países, que puede traducirse en desregulación financiera. A estos efectos, se propone atender a la relación entre corrupción y delitos tributarios desde una doble perspectiva, remitiéndonos expresamente a propuestas más detalladas en este mismo sentido (Buitrago Díaz & Hernández Rivera, 2021: 545 et seq.; Olásolo et al, 2021):

1. La corrupción en la tributación: (a) necesidad de regular la disminución del erario público por actos de corrupción y la existencia de fondos de la corrupción que nunca entran en el erario; y (b) medidas legislativas de los Estados (en particular, Colombia) resultantes de foros globales (Marco inclusivo; Foro Global de Transparencia), nuevos estándares contra la elusión (intercambio automático de información y supresión del secreto bancario) y plan BEPS.

2. La tributación en la corrupción: (a) necesidad de dar respuesta a: (i) tratamiento de los ingresos derivados de la corrupción; (ii) conexión entre procedimientos fiscales y penales; y (iii) vinculación entre delitos fiscales y delitos de corrupción; y (b) medidas legislativas de los Estados en relación con: (i) la idoneidad del delito fiscal como alternativa a los procedimientos en los que es difícil acreditar la corrupción; (ii) la elaboración de listas de paraísos fiscales y de jurisdicciones sujetas a baja tributación; (iii) la formulación de tipos penales específicos para sancionar a los intermediarios; y (iv) el desarrollo a nivel interno del concepto «beneficiario efectivo».

Asimismo, consciente de las dificultades de establecer en el corto plazo un sistema de cooperación como el previsto en la Ley FATCA de los EE.UU. Especialmente, a la luz de la problemática constitucionales que plantean muchas de sus soluciones (Estellita, 2015: 13 et seq.). Por ello, se propone combatir el uso de paraísos fiscales para defraudar a la Hacienda Pública, mediante medidas legislativas más acotadas. En concreto, se sugiere el impulso del intercambio de información entre países de América Latina con un régimen similar (aunque mejorado) al de la DAC-6 Europea. Asimismo, se propone la introducción de las siguientes medidas en los Convenios de Doble

Imposición (CDI) (Mallada Fernández, 2012: 234): (a) no reconocer personalidad jurídica a aquellas sociedades que se constituyan en paraísos fiscales pero que deseen operar en territorio nacional; (b) establecer un gravamen especial para los flujos de capital con destino u origen en paraísos fiscales; y (c) no permitir el establecimiento de sucursales o filiales en entidades financieras nacionales en paraísos fiscales.

5.2.2. Recomendaciones relativas a los recursos y mecanismos estructurales, técnicos e informativos para la prevención y el castigo de los delitos tributarios (Principios 3, 4, 5, 6, 8 y 9 OCDE)

Desde un punto de vista organizacional y de recursos, es preciso asegurar que se cuentan con los poderes investigativos y con los recursos adecuados. Asimismo, debe estar previsto un mecanismo efectivo para embargar/incautar y confiscar activos.

También se propone regular adecuadamente el secreto profesional de los asesores fiscales. En el ámbito regional europeo, estos solo tienen derecho/deber de confidencialidad si actúan como letrados, es decir si asumen la posición jurídica del cliente. Como medida específica en la lucha contra la corrupción, se propone legislar sobre esta cuestión concreta, estableciendo excepciones claras y proporcionadas a esta prerrogativa (además de regular expresamente la responsabilidad penal de los asesores fiscales y facilitadores, según lo apuntado *supra* en 6.1.1).

Además, debe promocionarse la cooperación interinstitucional y entre agencias y asegurar que los mecanismos de cooperación estén disponibles. En este sentido, además de la necesidad de una mayor transparencia fiscal en el ámbito Latinoamericano, es preciso contar con metodologías adecuadas para medir la evasión fiscal.

Tal y como pone de manifiesto un reciente informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), pese a los avances a nivel nacional e internacional en los países de América Latina para reducir o acotar los niveles de evasión y elusión fiscal, se carece de un método adecuado de la cuantificación de los niveles de evasión fiscal (CEPAL, 2020: 86 et seq.). Ello es clave para conocer,

entre otras cuestiones: (a) la magnitud del problema en los distintos impuestos aplicados; (b) los canales a través de los cuales se pone de manifiesto; y (c) los segmentos de contribuyentes que resultan críticos en lo que se refiere a incumplimiento tributario. Según se afirma en el referido informe, los estudios disponibles sobre los países de América Latina y el Caribe suelen centrarse en cuantificar el monto de los recursos potenciales no ingresados, aunque no profundizan sobre las razones, circunstancias y efectos vinculados con el fenómeno de la evasión fiscal. Lo cual afecta y relativiza la comparabilidad internacional de los valores estimados. A tal efecto, la hoja de ruta propuesta por CEPAL, insiste en la importancia de adoptar herramientas y buenas prácticas para la cuantificación de la evasión y elusión fiscal, citando como ejemplo de buenas prácticas la metodología desarrollada por la Comisión Europea en relación con la evasión del IVA (CEPAL, 2020: 92 et seq.).

En este sentido, se propone la creación de una Fiscalía específica para combatir la corrupción, como existe en países como España o EE.UU. Debería estar dotada con facultades y recursos que le permitieran perseguir dichos delitos⁹.

5.3. Recomendaciones para Colombia

En primer lugar, se recomienda que las propuestas que acaban de hacerse para América Latina, se apliquen también en Colombia. Además, se añaden algunas especificidades propias del régimen colombiano.

Debe tenerse en cuenta que esta propuesta de plan de acción para Colombia se hace tan solo unos meses después de que el sistema colombiano haya sancionado, en enero de 2022, la Ley 2195, orientada a prevenir los actos de corrupción y restablecer los daños generados por ella. Para ello, dicha ley regula los siguientes aspectos, que se han tenido en cuenta para elaborar la presente propuesta: (a) el fortale-

⁹ Vid. a este respecto la propuesta efectuada en el informe del Consejo Asesor presidencial de Chile contra los conflictos de interés, tráfico de influencias y corrupción (2015).

cimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción (b) los sistemas de administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación y extinción de dominio (c) los beneficiarios finales (d) los sistemas de intercambio de información, articulación y colaboración en la lucha contra la corrupción; (e) la pedagogía para la promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción; (f) el fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción; (g) las modificaciones a la acción de repetición (h) las disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia; (i) las disposiciones en materia de daños y reparación de los afectados por actos de corrupción; y (j) las disposiciones en materia de responsabilidad fiscal.

5.3.1. Definir adecuadamente el delito tributario y prever una disposición específica para los casos de corrupción transnacional

Tal y como se vio al analizar los delitos de fraude fiscal y de fraude contable tributario, la regulación en Colombia es amplia y en ocasiones excesivamente genérica. A este respecto, es preciso que la Ley defina con mayor claridad cuestiones esenciales. Por ejemplo, es preciso delimitar el bien jurídico protegido, toda vez que de ello depende, entre otras cosas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos. A tal efecto, recuérdese que solo si son delitos contra la Administración pública podrán generar responsabilidad para las organizaciones. En este sentido, conviene recordar que, si bien la responsabilidad penal corporativa no está exenta de problemas interpretativos y objeciones sistemáticas, es la tendencia más clara a nivel internacional y lo que puede facilitar un marco legal común armónico entre los Estados y acorde a la responsabilidad por delitos (no por infracciones administrativas). En concreto, los compromisos internacionales han promovido la incorporación de la RPPJ en el Derecho interno de la mayoría de países latinoamericanos, siendo cuestionable que se prediquen sanciones meramente administrativas cuando una persona jurídica incurre en actividades calificadas como delitos por la legislación penal (lavado de activos, financiación del terrorismo, financiación de armas de destrucción masiva, soborno

transnacional o diversos tipos de actos de corrupción). Por tanto, aunque la opción por una responsabilidad administrativa no tendría por qué ser peor que la opción por una responsabilidad penal, dicha opción legislativa supone perder armonía con lo que es una tendencia internacional fuerte. Y en la lucha contra la COT intuyo que eso no es recomendable porque afecta a la eficacia de la respuesta sancionatoria: habida cuenta de que en la COT se fragmenta el *iter criminis*, si no hay una legislación armónica se dificulta el castigo y, con ello, se pierde la capacidad intimidatoria de la amenaza punitiva.

Asimismo, sería conveniente que quedase suficientemente delimitado el presupuesto penal que distingue el delito de la mera infracción administrativa. En ocasiones, la legislación colombiana no hace referencia al elemento defraudatorio, pues no exige ni una suerte de engaño ni un particular ánimo. De no regularse adecuadamente este aspecto, es fácil aproximar los delitos tributarios a las infracciones administrativas e incluso a la responsabilidad objetiva. Se trata de estrategias que minan los principios del derecho penal y que, sin embargo, no han demostrado tener un impacto positivo en la recaudación ni en la prevención de la criminalidad tributaria.

Por este motivo, al igual que se hizo para el resto de los países de América Latina, se recomienda diferenciar los delitos tributarios de las meras infracciones administrativas, exigiendo una regulación penal y una concepción de los delitos tributarios similar a la del delito de estafa en sentido clásico. Así, las regulaciones penales deberían exigir: (a) una infracción tributaria fraudulenta; (b) dolosa; y (c) que conlleve un perjuicio efectivo al patrimonio público.

Junto a ello, se propone una regulación específica de delitos tributarios en caso de corrupción transnacional. Además de lo expuesto respecto de los países de América Latina, extensible en muchas cuestiones al caso de Colombia, se considera necesario relacionar el delito tributario con las conductas de corrupción y de lavado de activos mediante disposiciones penales específicas. Al ser casos especialmente graves y vinculados con otros delitos como el lavado de activos, se propone otorgar un tratamiento penológico más estricto, que, como mínimo, cumpla con lo siguiente:

1. Limitar el beneficio punitivo de la regularización a una rebaja de sanción (no una exención de pena) y supeditarla a tres condiciones (preferiblemente cumulativas): (a) ser el primero en colaborar; (b) pagar la deuda defraudada íntegramente, así como las multas administrativas; y (c) aportar información nueva y decisiva.

2. Eliminar el plazo de prescripción de cinco años vigente actualmente (art. 83 CP Colombiano). Se trata de un plazo excesivamente breve, a la vista de la complejidad y la demora que conlleva la denuncia, identificación e investigación de estos delitos. Se propone que en estos delitos no haya plazo de prescripción.

3. Establecer penas agravadas para el caso de que el delito fiscal se haya cometido empleando paraísos fiscales y/o en estructuras organizadas.

5.3.2. Posibilidad de sancionar como (co)autores a los intervinientes en el delito, distintos del obligado tributario

En este sentido, se propone, tal y como se ha hecho en relación con los demás países latinoamericanos, ampliar la concepción de los sujetos activos del delito, castigando a los intervinientes en función de su dominio del hecho y no de su cualificación como obligados tributarios.

También podría revisarse el art. 37 de la Ley 2195, que establece la responsabilidad fiscal de las personas que, sin ser gestores fiscales, ocasionen daños al patrimonio público. Se propone que dicha responsabilidad sea penal y no solo o primariamente fiscal, cuando la participación de dichas personas lo sea en un delito tributario (y no solo en un perjuicio administrativo al patrimonio público).

5.3.3. Castigar penalmente a las personas jurídicas por delitos tributarios y fortalecer la estructura de cumplimiento mediante el «*tax compliance*»

Se recomienda prever expresamente la sanción de las personas jurídicas por este delito. Actualmente, se presupone su responsabilidad

administrativa, por ser un delito contra la Administración Pública. No obstante, convendría su introducción en el derecho penal. Especialmente teniendo en cuenta el contexto internacional, en el que muchos países contemplan esta figura.

En este sentido, se aconseja que el Derecho colombiano amplíe el círculo de sujetos que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. El motivo, es que la Ley 2195 prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras por los delitos de sus administradores o funcionarios. No obstante, convendría extender expresamente dicha responsabilidad a los casos en los que actúen/omitan sus socios, representantes, asesores, directivos y, en general, cualquier persona con capacidad de encarnar la voluntad corporativa.

Por otro lado, conviene que se prevea la posibilidad de sancionar a la empresa en los casos en los que el delito provenga de un trabajador o subordinado sobre el que no se hayan ejercido los deberes de vigilancia, supervisión o control. En este sentido, se propone extender el llamado “[f]ortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción” del art. 19 de la ley 2195 a los delitos tributarios. Se trata de un artículo en el que la responsabilidad administrativa de las empresas opera respecto de un círculo más amplio de sujetos con capacidad de generar responsabilidad para la empresa, pero únicamente para los delitos de cohecho.

5.3.4. Promover la prevención de los delitos tributarios mediante el refuerzo de la autorregulación empresarial

En este sentido, se plantean dos cuestiones. En primer lugar, se recomienda promover la implementación de estructuras de *compliance* mediante el otorgamiento de beneficios punitivos a quienes ya contasen con un programa de transparencia con anterioridad a la comisión del delito. O, incluso, sancionar el no haberlo tenido, mediante la previsión de un deber de diligencia sujeto a sanción, similar a lo que ya ocurre en el ámbito del lavado de activos. La Ley 2195 hace referencia en su art. 34.7 a los programas de transparencia y ética empresarial y en el art. 25 a que se promoverá su implementación. No obstante, no concreta cómo se traducirá esto en la práctica. Se

aconseja una regulación de la obligatoriedad, contenido y efectos de los programas de *compliance*, que sea más extensa y detallada. Así ocurre en muchos de los ordenamientos de referencia analizados (*U.S. Sentencing Guidelines*, art. 31 bis del CP español, arts. 6 y 7 del DL italiano 231/2001, Ley peruana de responsabilidad administrativa de personas jurídicas, etc.).

En segundo lugar, sería aconsejable exigir una estructura de *compliance* para beneficiar punitivamente la colaboración. Así, el art. 22 de la Ley 2195, que modifica el art. 19 de la Ley 1778 de 2016, prevé la posibilidad de exonerar de responsabilidad a una persona jurídica que colabore con las autoridades. Los requisitos son exigentes y muy similares a los exigidos en otros ordenamientos. Sin embargo, no se incluye la exigencia de contar con un programa de *compliance* entre los requisitos para la exoneración, como sí lo exigen la mayor parte de los ordenamientos de referencia analizados.

5.3.5. Revisar la regulación del procedimiento de investigación del delito tributario

Un sistema penal tributario no solo requiere una descripción de la conducta tributaria a sancionar penalmente, sino también reglas, procedimientos y otras medidas suficientemente claras para que el mismo logre ser efectivo (Jaramillo Posada & Restrepo Lopera 2020: 63 et seq.). No siendo posible abordar aquí todo lo que excede a lo estrictamente jurídico-penal, se concluye esta propuesta incidiendo en cuatro aspectos que debería considerar el legislador para lograr que dicho delito pudiese ser efectivo en el caso concreto de Colombia.

En primer lugar, se recomienda la existencia de una norma sobre el procedimiento para la aplicación de todos los delitos tributarios (no solo el de defraudación), en el que se esclarezcan las responsabilidades de la DIAN y las reglas para determinar la cuota defraudada. De este modo, se garantiza la imparcialidad de las autoridades, evitando riesgos de corrupción en el procedimiento que, de otro modo, podría terminar siendo excesivamente subjetivo.

En segundo lugar, sería aconsejable prever un sistema de denuncias similar al existente en Perú, con o sin recompensa, de manera

que se permita que el procedimiento se inicie por un tercero, y no necesariamente por la DIAN.

En tercer lugar, se recomienda regular el valor probatorio de los resultados de las investigaciones internas en una empresa y su incorporación al proceso.

Finalmente, también sería aconsejable contar con una Fiscalía especializada y con medios para poder investigar estos delitos, que suelen responder a estructuras muy complejas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abel Souto, M. (2005). *El delito de blanqueo en el Código Penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Altamirano, A. C. (2008). “El obligado en la ley penal tributaria”. En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 835-850.
- Alvarado Urizar, A. (2011). *Delitos de emprendimiento en el Código Tributario*. Santiago: Librotecnia.
- Aspe, J. (2019). *Lavado de Dinero y Defraudación Fiscal en el Derecho Positivo*. Ciudad de México: Mexicano.
- Ayala Gómez, I. (2004). “Delito de defraudación tributaria y prescripción de la facultad de exigir pago de la deuda”. En: de Toledo, E. O., Gurdíel Sierra, M., Cortés, E. & Ruiz Antón, L. F. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 97-118.
- Bacigalupo Zapater, E. (2012). *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*. Navarra: Cizur Menor.
- Blanco Cordero, I. (2015). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Cizur Menor.
- Brandariz García, J. A. (2000). “El delito de defraudación a la Seguridad Social”. *Tesis doctoral. Universidade da Coruña*. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1012>.
- Buitrago Díaz, E. & Hernández Rivera, D. A. (2021). “Corrupción y Derecho Tributario: ¿Una Solución Bajo Estándares Internacionales y Regionales?”. En: Olasolo Alonso, H., Buitrago Díaz, C., Mané Granados, S.

- & Sánchez Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de La Corrupción. Particular Atención al Ámbito Iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 545-595.
- Bustos Ramírez, J. J. (2012). *Control Social y Sistema Penal*. Bogotá: Temis.
- Catania, A. J. & Garçon, N. B. (2008). “La alteración dolosa de registros”. En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 641-655.
- Catania, A. J. & Garçon, N. B. (2008). “La simulación dolosa de pago” En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 627-640.
- Chodikoff, D. W. (2017). “Policy Forum: Whistleblowers and the Evidentiary Challenges in Offshore Tax Evasion Cases”. *Canadian Tax Journal*. Vol. 65(3). Pp. 637-649.
- Coca Vila, I. (2020). “La protección de las Haciendas Públicas”. En: Silva Sánchez, J. M. & Robles Planas, R. (eds.). *Lecciones de Derecho Penal Económico y de La Empresa*. Barcelona: Atelier. Pp. 571-638.
- Coca Vila, I. (2021). “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”. *InDret Penal*. Núm. 3. Pp. 69-99.
- Díaz & García Conlledo, M. (2014). “¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos de blanqueo?”. En: Maroto Calatayud (ed.). *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. Montevideo-Buenos Aires: BdF-Edisofer. Pp. 609-634.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2019). “La reforma del Derecho penal tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”. *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho*. Núm. 181. Pp. 12-20.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2019). “La superatenuación por «regularización tardía» y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”. En: Demetrio Crespo, E. & San Díaz Palacios, J.A. (eds.). *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*. Barcelona: Atelier. Pp. 43-63.
- Estellita, H. & Bastos, F. (2015). “Tax exchange of information and international cooperation in Brazil”. *Revista Direito GV*. Vol.11(1). Pp. 13-35.
- Estellita, H. (2018). “Tax and Tax Criminal Consequences of Corruption”. En: *Global Law: Legal Answers for Concrete Challenges*. Curitiba: Juruá Editora. Pp.153-166.
- Ferré Olivé, J. C. (2014). “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios” *Revista Penal de México*. Vol. 4(7). Pp. 77-93.
- Ferreira Filho, P. S. (2018). “Aspectos Introdutórios Dos Crimes Contra A Ordem Tributária: Uma Abordagem Econômica Do Crime”. En: Gizzi

- de Almeida Pedroso, F. G. & Camargo Outeiro Hernandes, L. E. (eds.). *Direito Penal Econômico: Temas Essenciais Para A Compreensão Da Macrocriminalidade Atual*. São Paulo: Juspodium. Pp. 165-193.
- Gallego Soler, J. I. (2002). *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Valencia: BdeF.
- García Cavero, P. (2008). “El actuar en lugar de otro en la ley penal tributaria”. En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 851-866.
- Gavilán, F. (2010). “El delito fiscal en América Latina.” *Instituto de Estudios Fiscales, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, edición online, pp. 1-143*. https://www.ciat.org/Biblioteca/AreasTematicas/DerechoTributario/DTSancionatorio/DelitosyPenas/2010_el_delito_fiscal_america_latina_eurosocial.pdf.
- Giglioli, M. (2017). “I Reati Esterni Alla Dichiarazione Overo i Delitti in Materia Di Documenti e Pagamento Di Imposte”. En: D’Avirro, A., Giglioli, M., Marco, M. & D’Avirro, M. (eds.). *Reati tributari e sistema normativo europeo*. Milán: Segui Wolters Kluwer. Pp. 203-212.
- Gómez Vélez, M., Jaramillo Posada, S. & Restrepo Lopera, N. (2020). *La sanción penal como herramienta para disminuir la evasión de impuestos en Colombia*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana.
- González, E. (2013). “Delitos económicos”. *Blog del Observatorio De Multinacionales En América Latina, publicación online*. <https://omal.info/spip.php?article4830>.
- Green, Stuart P. (2017). “Tax Evasion as Crime”. En: Bhandari, M. (ed.). *Philosophical Foundations of Tax Law*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 57-78.
- Grigoras, Ioana A. (2021). “Aproximación a los delitos tributarios en el ordenamiento jurídico italiano”. *Revista General de Derecho Penal*. Núm. 35. Pp. 1-36.
- Hernández Quintero, H. A. (2019). *Aspectos actuales del Derecho penal económico en Colombia*. Ibagué: Ediciones Unibagué.
- Internal Revenue Service-Office of Chief Counsel-Criminal Tax Division. (2009). “Tax Crimes Handbook”. *Estados Unidos*. https://www.irs.gov/pub/irs-utl/tax_crimes_handbook.pdf.
- Ioppi Virtuoso, J. (2018). “Aspectos Controvertidos Dos Crimes Contra a Ordem Tributária: Lei n. 8.137, de 27 de Dezembro de 1990”. *Revista Direito Tributario Atual*. Núm. 39. Pp. 233-262.
- Janczeski, C. A. (2005). “Crimes Fiscais: Tipo e elementos”. En: Magalhaes Peixoto, M., Elali, A. & Soares, C. (eds.). *Direito Penal Tributario*. São Paulo: MP Editores. Pp. 67-87.

- Kemsley, D., Kemsley, S. A. & Morgan, F. T. (2022). "Tax Evasion and Money Laundering: A Complete Framework". *Journal of Financial Crime*. Vol. 29(2). Pp. 589-602.
- Kossachev, A. C. (2015). "Worldwide Taxation and FATCA: A Constitutional Conundrum or the final Piece of the lax Evasion Puzzle?". *George Mason Journal of International Commercial Law*. Núm. 25. Pp. 217-224.
- Lalanne, G. A. (2008). "Obtención fraudulenta de beneficios tributarios y su aprovechamiento indebido". En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 513-538.
- Lanzi, A. & Aldrovandi, P. (2020). *Diritto Penale Tributario*. Milán: CEDAM.
- Laporta, M. H. (2008). "La insolvencia fiscal fraudulenta. Su estado de discusión y visión crítica". En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 579-626.
- Lee, M. D. (2016). "United States' Crackdown on Offshore Tax Evasion. What Does the Future Hold?". *Financier Worldwide Magazine, Special Report: White Collar Crime, versión online*. <https://www.financierworldwide.com/united-states-crackdown-on-offshore-tax-evasion-what-does-the-future-hold>.
- Linares, M. B. & Polaino Navarrete, M. (2020). *El delito de defraudación tributaria: análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código penal español*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Machado, H. B. (2002). *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas.
- Mallada Fernández, C. (2012). "Fiscalidad y blanqueo de capitales". *Tesis doctoral dirigida por Manuela Fernández Junquera, Universidad de Oviedo*. https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/12737/TD_CovadongaMalladaFernandez.pdf;jsessionid=198B21FF90498F4FB0BC53CF3253B8F8?sequence=1.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2012). "Ganancias criminales y ganancias no declaradas (El desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)". En: Álvarez García, F. J. et al. (eds.). *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 655-698.
- Martín Queralt, J. B. (2014). "Delito fiscal y delito de blanqueo de capitales". En: F. A. García Prats (eds.). *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Pp. 23-46.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1995). "El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria". *Estudios penales y criminológicos*. Núm. 18. Pp. 123-195.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1998). "El Delito de Defraudación Tributaria". *Revista Penal*. Núm. 1. Pp. 55-66.

- Martínez-Buján Pérez, C. (1998). “El delito de defraudación tributaria”. *Revista Penal*. Núm. 1. Pp. 55-66.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 6ª ed.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mayer Lux, L. (2007). “El patrimonio del estado como objeto de protección penal”, *Revista de Derecho*. Núm. 29. Pp. 205-234.
- Meischenguiser, I. (2008). “El delito de apropiación indebida de tributos”. En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 565-579.
- Melchionda, A. (2020). “Nuevos paradigmas del régimen penal tributario en la era post COVID-19. La experiencia italiana”. *Revista de Derecho penal tributario*. Núm. 26. Pp. 1-13.
- Mieres, P. R. & Crede, N. C. (2008). “Tentativa de evasión tributaria”. En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 289-308.
- Montero, F. (2021). “Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Comportamiento postdelictivo y significado comunicativo del hecho punible”. *Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona*. <https://repositori.upf.edu/handle/10230/48789>.
- Nájera González, X. (2018). “Estudio dogmático del tipo penal mexicano de operaciones con recursos de procedencia ilícita”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata*. Núm. 48. Pp. 607-664.
- Ojeda Bohórquez, R. (2008). “Análisis dogmático del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita”. En: Franco Guzmán, R. (ed.). *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán: 50 años de vida académica*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pp. 471-482.
- Olasolo Alonso, H., Buitrago Díaz, E., Mané Granados, C.S. & Sánchez Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de La Corrupción. Particular Atención al Ámbito Iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peñaranda Ramos, E. (2008). “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”. En: García Valdés, C. et. al. (eds.). *Estudios Penales En Homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer. Pp. 1419-1430.
- Rezzoagli, L. & Chiapelo, G. (2017). “La evasión fiscal organizada: la asociación ilícita tributaria como delito autónomo en la República Argentina”. *Revista Vía Iuris*. Núm. 23. Pp. 1-41.

- Riquert, M. (2012). *Régimen Penal Tributario y Previsional. Ley 27.430 Comentada y Anotada*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Riquert, M. A. (2012). “El régimen penal tributario y las haciendas públicas provinciales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. 11. Pp. 185-198.
- Riquert, M. A. (2016). “La reparación integral del perjuicio (art. 59 inc. 6, CP): ¿alcanza a los delitos tributarios en la provincia de Buenos Aires?”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. 5. Pp. 50-59.
- Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier.
- Rueda Mantilla, D. (2017). “Derecho penal tributario en Colombia: reflexiones a la luz de la Ley 1819 de 2016”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*. Núm. 76. Pp. 111-156.
- Sánchez, C. (2019). *Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (1995). *El delito contable tributario: Interpretación y análisis dogmático del art. 350 bis del Código penal*. Navarra: Cizur menor.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (2002). *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*. Navarra: Aranzadi.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (2003). “El elemento de fraude en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”. En: Sánchez, S. (ed.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 91-126.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (2012). “Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. En: Sánchez, S., Muñoz, P. (eds.). *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma de la LO 5/2010*. Madrid: La Ley. Pp. 463-474.
- Silva Sánchez, J. M. & Coderch, P.S. (1999). *Simulación y deberes de veracidad: Derecho Civil y Derecho Penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Navarra: Aranzadi.
- Silva Sánchez, J. M. (2005). *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). “Allende las fronteras de la «defraudación» típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima”. En: Álvarez García, F. J. et. al. *Libro Homenaje a Rodríguez Ramos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 953-959.
- Silva Sánchez, J. M. (2019). “La legislación penal económica”. En: Silva Sánchez, J. M. & Robles Planas, R. (eds.). *Lecciones de Derecho Penal Económico y de La Empresa*. Barcelona: Atelier. Pp. 47-72.

- Van Weezel, A. (2007). *Delitos Tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Varela Ventura, L. (2021). “El efecto Al Capone de los delitos contables tributarios”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Núm. 57. Pp. 101-131.
- Velarde Aramayo, M. S. (2021). “Revelación de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva y criminalización de los asesores fiscales”. En: Zúñiga Rodríguez, L. Ballesteros Sánchez, J. & Sansó-Rubert, P, D. (eds.). *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. Madrid: Dykinson. Pp. 217-252.
- Velázquez Elizarrarás, J. C. (2020). “Delitos económicos transnacionales y lavado de capitales en el derecho internacional penal y el ius puniendi del Estado mexicano”. *Revista Penal México*. Núm.19-20. Pp. 247-285.
- Villar, M. A. (2022). “El bien jurídico en la asociación ilícita y en la asociación ilícita fiscal”. *Temas de Derecho penal y procesal penal*. Núm. 4. Pp. 999-1022.
- Vlcek, W. (2019). “Tax Avoidance”. En: Shaw, T. M., Mahrenbach, L. C., Modi, R., & Yi-chong, X. (eds). *The Palgrave Handbook of Contemporary International Political Economy*. Londres: Palgrave. Pp. 345-357.
- White, R. (2018). “Fatca: who forgot to attach the carrot to the stick”. *George Mason Journal of International Commercial Law*. Vol. 10(1). Pp. 78-107.
- Yacobucci, G.J. (2008). “La conducta típica en la evasión tributaria (un problema de interpretación normativa”. En: Altamirano, A. C. & Rubinska, R. M. (eds.). *Derecho penal Tributario. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons. Pp. 91-127.
- Yacolca Estares, D. I. (2013). “Nuevos delitos tributarios en el Perú: Información falsa, facturas falsas y almacén no declarado”. *Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria-SUNAT*. <https://repositorio.sunat.gob.pe/entities/publication/364555ac-1d3c-44c7-8779-0d4c66ae45f6>.
- Zúñiga Rodríguez, L., Ballesteros Sánchez, J. & Sansó-Rubert P. D. (2021). *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. Madrid: Dykinson.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Comisión económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. (2020). *Panorama Fiscal de América Latina y El Caribe 2020*. Santiago de Chile.

- Consejo Asesor presidencial contra los conflictos de interés, tráfico de influencias y corrupción. (2015). “Informe ejecutivo”. *Chile, recurso en línea*. <http://consejoanticorrupcion.cl/informe/>.
- Deputy Attorney General. (2022). “Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussion with Corporate Crime Advisory Group”. *Monaco Memo*. <https://www.justice.gov/usao-nh/pr/united-states-attorneys-offices-voluntary-self-disclosure-policy>.
- Internal Revenue Service. (2023). “Swiss Bank Program”. <https://www.justice.gov/tax/swiss-bank-program>.
- OCDE & Consejo de Europa. (2011). “The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol”. *OECD Publishing*. <https://www.oecd.org/tax/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters-9789264115606-en.htm>.
- OCDE. (2015). “Nota explicativa, Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios”. *OECD Publishing*. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2014-deliverables-explanatory-statement-es.pdf>.
- OCDE. (2019). “Lucha contra los delitos fiscales: los diez principios globales”. *OECD Publishing*. <https://www.oecd.org/publications/lucha-contralos-delitos-fiscales-los-diez-principios-globales-segunda-edicion-ae62d-2ca-es.htm>.
- OCDE. (2021). “OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Progress Report July 2020-September 2021. S.L.”. *OECD Publishing*. <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-progress-report-july-2020-september-2021.htm>.
- The United States Department of Justice. (2020). “Criminal Tax Manual”. <https://www.justice.gov/tax/file/1290461/download>.
- Unión Europea. (2016). “Directiva 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016”. <https://www.boe.es/doue/2016/193/L00001-00014.pdf>.
- Unión Europea. (2016). “Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016”. <https://www.boe.es/doue/2016/146/L00008-00021.pdf>.

3. El delito de lavado de activos

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO*

1. INTRODUCCIÓN**

Resulta una obviedad afirmar que la corrupción está profundamente arraigada en la Administración Pública, en el sector privado, en la política y, en general, en importantes sectores de la sociedad civil. El cohecho, la malversación, el tráfico de influencias, y la comisión de otros delitos, parece ser una práctica habitual para conseguir determinadas prebendas. En España, el principal partido en la oposición al momento de escribir este capítulo ha sido condenado por tercera vez por haberse lucrado o beneficiado de las actividades corruptas realizadas por miembros y/o allegados a este. Mención especial merece Perú que tiene a sus cinco últimos mandatarios, investigados, procesados o condenados, sin olvidarnos de Alán García que se suicidó, por casos de corrupción.

* Profesora Titular acreditada como catedrática de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). ORCID: 0000-0002-7392-9422. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia).

** Abreviaturas. CCV, Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; CSJ, Corte Suprema de Justicia de Colombia; GLCM, Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; GLCP, Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

Ni siquiera en plena pandemia, aun sin superar, los corruptos dejaron de actuar, por el contrario, las investigaciones iniciadas en los distintos países denotan un incremento de casos de corrupción. El desvío de fondos destinados para ayudar a las personas desfavorecidas, el sobrecosto en la adquisición de los alimentos para las entregas humanitarias, del material sanitario y de protección, entre otras actividades, ha sido una constante en nuestros países.

Es cierto que se han iniciado investigaciones para determinar la responsabilidad por estos actos, pero no podemos alegar que nuestros países carecen de normativa para el control de la corrupción. Por ejemplo, Colombia es uno de los países que cuenta con el mayor número de normativa de diversa naturaleza que debería servir para el control y la prevención de estos casos, pero la realidad es distinta. La corrupción ha terminado por ser una práctica generalizada.

Por ello, no parece que sea necesario aprobar más leyes penales, y aunque se puede asumir la necesidad de modificar algunas de las que están vigentes, no debe hacerse únicamente porque “se exige desde afuera”. De hecho, como se verá a lo largo de este trabajo, las “objeciones, requerimientos o cuestionamientos del GAFI” (Grupo de Acción Financiera Internacional), o el entendimiento en los sistemas español e italiano de que “Europa nos obliga”, ha provocado que se hayan ido tipificando conductas que poco o nada tienen que ver con el lavado de activos o de dinero, el blanqueo de capitales o la legitimación de activos (LA).

En este sentido, conviene recordar que el LA irrumpió en el seno de la política criminal orientada a la “lucha” contra el tráfico ilícito de drogas en la década de los noventa del siglo pasado, tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 (Convención de Viena). Posteriormente, el creciente auge de la criminalidad organizada transnacional, no solo la relacionada con el tráfico de drogas, provocó que la comunidad internacional se planteara la necesidad de aprobar un instrumento internacional con el objetivo de que sirva como el marco jurídico necesario para combatir, entre otros, el lavado de activos. Así, en el año 2000, se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo).

Poco tiempo después, el LA se enmarca dentro de las actuaciones de las Naciones Unidas para contrarrestar la corrupción y es la primera vez que en un tratado internacional se reconoce expresamente la preocupación por su vínculo con otras formas de delincuencia, especialmente con la delincuencia organizada. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (CNUCC o Convención de Mérida), al igual que ya hiciera la Convención de Palermo, proporciona un doble tratamiento del LA, preventivo y represivo, y amplía el catálogo de los delitos de los cuales deben proceder los bienes objeto de lavado no sólo a los tipificados con arreglo a esta Convención, sino también a los que cada Estado parte considere oportuno.

Mucho tiempo ha pasado desde entonces y muchos cambios han sucedido, pero desde mi perspectiva, el delito de LA refleja el fracaso en la aplicación de normas de naturaleza distinta a la penal, como la administrativa, fiscal o aduanera, que deberían procurar la prevención y, a su vez, la vigilancia de las actividades económicas susceptibles o no de ser utilizadas para el LA. Es innegable que la corrupción asociada al crimen organizado, que ha terminado siendo transnacional, debe ser atajada con los instrumentos jurídicos con los que cuenta cada país y en este contexto el delito de LA puede cumplir un rol importante. Pero al mismo tiempo, la inexistencia o el deficiente sistema de vigilancia de control en la contratación pública, de un sistema electrónico que permita conocer todas las adjudicaciones o de un sistema de alerta temprana, contribuyen al auge de la corrupción. De hecho, el caso español refleja cómo, cuando se adoptan medidas eficaces para subsanar esta situación (y a pesar de que desde distintos sectores de la doctrina se ha criticado la extensión casi desmesurada de los sujetos obligados al cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales), parte de las investigaciones iniciadas por casos de corrupción pueden ser atribuidas a la mayor diligencia que están poniendo estos entes de control.

Con base en lo anterior, el objetivo fundamental de este trabajo es resolver la cuestión sobre si la regulación del delito de lavado de activos es adecuada para contrarrestar la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina y Colombia.

Para conseguir este objetivo, este trabajo tendrá la siguiente estructura. En la siguiente sección se analizará la cuestión relativa al

bien jurídico protegido, tema especialmente complicado porque a pesar de los esfuerzos de la doctrina y, de alguna forma, también de la jurisprudencia, no existe consenso al respecto, llegándose a afirmar, con cierta razón y especial cautela al respecto, que este delito no protege ningún bien jurídico (Bajo Fernández, 2009).

Como se desarrollará en la sección tercera, son los organismos internacionales y/o regionales que obligan a tipificar como delito las conductas consideradas como lavado de activos. Por ello, es necesario analizar el contenido de los tratados internacionales teniendo en cuenta fundamentalmente lo que al respecto se establece en sus respectivas guías legislativas, notas interpretativas o comentarios. También se examinarán otros instrumentos regionales como la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal y, aunque no tiene efecto vinculante, también se tendrá en cuenta el Reglamento modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA), sobre delitos de LA relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves.

En la sección cuarta se analizará la implementación de este “régimen” internacional y regional en las legislaciones no latinoamericanas (España, Italia y EE.UU.) y latinoamericanas (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú).

Finalmente, en la sección quinta se formularán algunas conclusiones y procuraré responder a la cuestión que constituye el objetivo principal de este trabajo: si tras este análisis de derecho internacional, comparado y nacional, tal como está regulado el delito de LA, es adecuado para contrarrestar la corrupción asociada al COT en América Latina y específicamente en Colombia.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Los esfuerzos de la doctrina para determinar el bien jurídico protegido por el delito de LA no han dado resultados satisfactorios. Son muchas las razones, pero en una labor de síntesis pode-

mos diferenciarlas entre las que están relacionadas con su génesis y sus posteriores reformas.

El primer tratado que contempla la tipificación como delito de las conductas que constituyen LA es la Convención de Viena y, tal como se reconoce expresamente en sus Comentarios (§ 3.41), el contenido y estilo del precepto que lo regula “dimanan en gran parte de la legislación en vigor en los Estados Unidos a este respecto”. Una legislación o un sistema penal que fundamenta la criminalización de determinadas conductas en principios distintos a los de origen germánico, como el *harm principle*, que pueden servir para determinar la legitimidad de sus normas penales, pero que carecen de una “teoría del bien jurídico”.

En este mismo tratado, el LA se configura como parte del ciclo económico del tráfico ilícito de drogas que genera considerables rendimientos financieros que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales corromper, entre otras, las estructuras de la Administración Pública. Por tanto, el bien jurídico protegido sería el mismo que protege este delito, es decir, la salud pública. Por ello, cuando por primera vez el LA se introduce en las legislaciones nacionales, se lo ubica dentro de estos delitos como sucedió, por ejemplo, en Argentina (1989), Chile (1995), España (1992) o Perú (1991).

La ampliación de los delitos previos y su regulación junto con los delitos de receptación, como es el caso de la legislación italiana o como una modalidad de receptación agravada tal como se configuró en Perú tras la reforma de 1992, llevó a algunos autores a sostener que el bien jurídico protegido era el mismo del delito previo o del cual procedían los bienes (Azalli, 1993). Según la teoría del mantenimiento, el LA perpetúa o incrementa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el delito previo. Así, por ejemplo, si los bienes objeto de lavado proceden de un delito de secuestro, el bien jurídico protegido sería la libertad ambulatoria.

La Administración de Justicia también ha sido considerada como bien jurídico protegido al considerarse que las conductas de lavado dificultan el descubrimiento del delito previo o precedente (Caro Coria, 2016; Henrique Badaro & Cruz Botini, 2016). Algunas legislaciones como la argentina y la colombiana lo ubicaron expresamente

dentro de los delitos que atentan contra la Administración de Justicia. Argentina, tras la reforma de mayo de 2000, lo configuró como una forma especial y agravada de encubrimiento. Lo mismo cabe decir de la legislación colombiana que ubicó las conductas de LA dentro de los delitos que atentan contra la Administración de Justicia, pero con una técnica legislativa similar a la receptación. Tras la aprobación del denominado Estatuto Anticorrupción en 1995, se lo reguló en el art. 177 del CP que tuvo como rúbrica “[r]eceptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales”.

Si contextualizamos, desde mi perspectiva, son asumibles cualquiera de las anteriores posturas sostenidas por la doctrina, sin obviar que se han propuestos otros bienes jurídicos protegidos como la seguridad institucional de la Nación, la transparencia del sistema financiero, la legitimación de la actividad económica, la seguridad interior o la lucha de los Estados contra la COT (Calderón Tello, 2016-2017).

Sin embargo, la situación ha cambiado. En la mayoría de las legislaciones prima en la actualidad la consideración económica de las conductas constitutivas de LA, por su ubicación sistemática (Argentina, España y Colombia) y, en general, por sus efectos, mediatos o inmediatos en la economía. Se sostiene por ello que el objeto de protección es el orden socioeconómico, un bien jurídico de naturaleza supraindividual cuyo titular es la colectividad en general (Hernández Quintero, 2018). Sin embargo, también es mayoritaria la doctrina que considera que este es un concepto demasiado amplio por lo que es necesario determinar qué sector, elemento o esfera de este se está protegiendo al castigarse las conductas de LA (Del-Carpio-Delgado, 1997). Se ha identificado específicamente como bienes jurídicos, la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico en general (Del-Carpio-Delgado, 1997), la solidez y estabilidad del sistema financiero, la libre competencia (Blanco Cordero, 1997) y el interés del Estado en controlar el flujo de capitales, entre otros.

Ahora bien, hay que reconocer que importantes sectores de la doctrina, especialmente de países que regulan el LA en leyes especiales, como es el caso de Perú o Brasil, e incluso México, que sostienen que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia (Coria Caro, 2016; Maia, 2007; Henrique Badaro & Cruz Botini, 2016).

La estructura o naturaleza jurídica del LA permite identificar como elementos comunes una variedad de actos de ocultación o encubrimiento que dificultan o imposibilitan el descubrimiento de la comisión del delito previo. Sin embargo, una de las principales críticas que puede hacerse a esta propuesta es que no consigue justificar el por qué la pena prevista para el LA puede ser superior al delito previo. Tendría que asumirse que el ataque al buen funcionamiento de la Administración de Justicia es más grave y, por lo tanto, puede ser castigado con una pena mayor que el delito previo del cual proceden los bienes, por ejemplo, el tráfico de drogas.

Esta y otras críticas, así como la gravedad de la pena de prisión prevista, hasta 30 años en el caso de Colombia, han llevado a sostener a parte de la doctrina que, además de la Administración de Justicia se protegería a otro bien jurídico, especialmente, de naturaleza socioeconómica. Es decir, que estaríamos ante un delito pluriofensivo (Vidales Rodríguez, 1997).

Todas estas propuestas, y muchas otras que por razones de espacio no se pueden desarrollar, desvelan el esfuerzo de la doctrina (Calderón Tello, 2016-2017; Molina Fernández, 2009) y en numerosas ocasiones de la jurisprudencia (SSTS 70/2021, 844/2021; CSJ Proceso 52269; CSJ Proceso 47460) por dotar de contenido al bien jurídico protegido por el LA. En cualquier caso, esta falta de determinación del o de los bienes jurídicos, trae a la actualidad el concepto elaborado por Hassemer (1991) sobre el derecho penal simbólico y la utilización ilegítima del ordenamiento penal.

3. EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y REGIONAL

El LA es uno de los pocos fenómenos criminales que tienen un “régimen” internacional que, como veremos en esta sección, también se ha desarrollado en el ámbito regional. Este proceso de internacionalización tiene entre otros objetivos, diseñar mecanismos que faciliten la cooperación internacional, porque la sanción penal de quienes se dedican al LA requiere de la estrecha colaboración y el

apoyo a nivel policial, judicial o gubernativo de todos los países que, directa o indirectamente se ven amenazados por el LA.

Si la génesis del LA está en los tratados internacionales, es preciso analizar el contenido de estos teniendo en cuenta lo que al respecto se establece en sus respectivas guías legislativas, notas interpretativas o comentarios. La importancia de estos documentos, ignorados en la mayoría de los trabajos de investigación sobre el tema, radica en que, sin constituir textos de interpretación auténticos de los tratados, facilitan el entendimiento de las disposiciones contenidas en los mismos. Son documentos útiles porque proporcionan una perspectiva internacional facilitando la comprensión de este fenómeno en este contexto y no de forma local o parcial.

También se analizarán otros instrumentos regionales como la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal y, aunque no tiene efecto vinculante, también se tendrá en cuenta el Reglamento modelo de la OEA, sobre delitos de LA relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves.

Así, tras contextualizar cada uno de estos tratados o instrumentos, en esta sección analizaré cada uno de los elementos sustantivos del delito de LA.

3.1. Instrumentos internacionales y regionales relativos al lavado de activos

3.1.1. Tratados internacionales

La Convención de Viena es el instrumento normativo de carácter internacional más importante, no solo porque fue el primero en regular el LA, sino también porque constituye la base sobre la cual se ha configurado los tratados posteriores.

Según se establece en la parte introductoria de la Convención de Viena, el LA forma parte de la estrategia diseñada por las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas porque “genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a

las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”.

El creciente auge de la COT, no solo la relacionada con el tráfico de drogas, provocó que la comunidad internacional se planteara la necesidad de aprobar un instrumento que regulara los aspectos de este fenómeno. Así, en 2000 se aprueba la Convención de Palermo cuyo objetivo fundamental es promover la cooperación para prevenir o combatir más eficazmente la COT. En este contexto, el LA se amplía a los bienes procedentes de delitos que, según la Convención de Palermo, tienen la consideración de graves, es decir, aquellos castigados con pena de prisión de cuatro o más años. Además, este tratado enfoca el LA no solo desde la perspectiva represiva, tal como lo hace la Convención de Viena, sino que se contempla también medidas de naturaleza preventiva.

Poco tiempo después, el LA se enmarca dentro de las actuaciones de las Naciones Unidas para contrarrestar la corrupción y, al igual que ya hiciera la Convención de Palermo, proporciona un doble tratamiento: preventivo y represivo. Así, la CNUCC amplía el catálogo de los delitos de los cuales deben proceder los bienes objeto de lavado no sólo a los delitos tipificados con arreglo a esta Convención, sino también a los que cada Estado Parte considere oportuno.

Como podrá observarse, la regulación del LA en los tratados internacionales estuvo inicialmente vinculada al tráfico ilícito de drogas, posteriormente a la COT y finalmente, a la corrupción. Sin embargo, tal como establece la Convención de Mérida, los Estados parte deben procurar su aplicación a los activos procedentes del mayor número de delitos posible.

3.1.2. Instrumentos regionales

En el contexto de la Unión Europea (UE), cabe resaltar el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Convenio de Estrasburgo), de 1990, cuyo objetivo fundamental es luchar contra los delitos graves a través de la privación a sus intervinientes del producto del delito. En 2005, el Consejo de Europa aprobó el Convenio relativo al blanqueo, segui-

miento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Convenio de Varsovia), abierto a los Estados no miembros del Consejo de Europa y cuya peculiaridad, con relación a otros instrumentos internacionales y regionales, es que por primera vez se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LA¹.

Al margen de estos y otros instrumentos, hay que tener en cuenta que el art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la UE, aprobado en 2009, reconoce la autoridad de la UE para legislar en materia penal. Es decir, la UE tiene facultad para establecer reglas mínimas relativas a la definición de delitos en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichos delitos, o de una necesidad particular de combatirlos según criterios comunes.

En base a este precepto, en 2018 se adoptó la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal con el objetivo fundamental, según se desprende de sus considerandos, de evitar lagunas de punibilidad que puedan favorecer la comisión del LA, ya que su tipificación por parte de los Estados miembros “carece de la suficiente coherencia para luchar eficazmente contra el blanqueo de capitales en toda la Unión”.

Con relación al continente americano, la Asamblea general de la OEA aprobó en 1992 el Reglamento modelo sobre delitos de LA relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Este instrumento está inspirado en lo previsto en la Convención de Viena y ha sido modificado en varias ocasiones, fundamentalmente para ampliar la procedencia de los bienes objeto de lavado. El Reglamento modelo pretende servir como marco de referencia o una guía para que los Estados miembros de la OEA adecuen sus normas para hacer frente al LA. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este documento no tiene efecto vinculante por lo que su incumplimiento no conlleva una sanción jurídica.

¹ En la Unión Europea también hay que tener en cuenta la Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (2001/500/JAI).

3.1.3. Otros instrumentos no vinculantes: especial referencia a las Recomendaciones del GAFI

El régimen internacional del LA también está compuesto por los documentos no vinculantes entre los que se encuentran los emanados por organismos intergubernamentales como el GAFI. Tal como ha destacado un importante sector de la doctrina, es muy cuestionable que la política criminal de una región o de un determinado país dependa de lo que disponga un organismo de las características del GAFI, pero lo cierto es que su influencia en la regulación del LA es más que evidente. Un ejemplo de ello es que en la Directiva (UE) 2018/1673, se declara que en el proceso de armonización de las normas penales nacionales relativas al LA debe tenerse en cuenta especialmente las Recomendaciones del GAFI. Las sucesivas reformas habidas en las legislaciones nacionales también han estado influenciadas por las cuarenta Recomendaciones de este organismo que en la actualidad se denominan “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva” cuya última actualización fue en diciembre de 2020.

Como se ya ha advertido, la base de la regulación internacional del LA es la Convención de Viena y en los posteriores tratados se ha venido repitiendo e incluso reproduciendo casi literalmente el contenido de esta. Por este motivo, el análisis de cada uno de sus elementos se realizará conjuntamente.

3.2. El delito de lavado de activos en los instrumentos internacionales y regionales

3.2.1. Conductas típicas

Del contenido de los tratados internacionales mencionados anteriormente, se desprende que las conductas que constituyen LA pueden dividirse en dos grupos: (i) las de obligada tipificación como delitos por el Estado parte y (ii) aquellas cuya tipificación queda condicionada a reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de estos. En el primer

grupo, a su vez, pueden distinguirse entre las realizadas con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones de aquellas constitutivas de ocultación o encubrimiento. El segundo grupo engloba las conductas que no requieren ninguna finalidad específica.

En el primer grupo se contemplan, por un lado, la tipificación de la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto, fin o propósito de ocultar o encubrir (disimular) el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona, que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones².

Los términos utilizados son: la “conversión” y la “transferencia”, aunque el Convenio de Varsovia utiliza el término “transmisión”. Los Comentarios o Guías Legislativas para la aplicación de estos tratados señalan que, en el caso de bienes tangibles, estos términos pueden utilizarse para abarcar la transferencia del bien sin que esta sufra modificación alguna (CCV § 3.47), o casos en que los mismos activos se trasladan de un lugar o jurisdicción a otra o de una cuenta bancaria a otra (GLCP § 100 y GLCM § 231). También puede abarcar supuestos de conversión del bien en otra forma, por su venta o intercambio, de modo que el valor del bien esté representado por dinero u otro bien distinto, por ejemplo, mediante la venta de propiedades adquiridas ilícitamente. En el caso de dinero, este puede ser convertido en otra moneda o en algún otro tipo de bienes, por ejemplo, mediante el depósito en un banco o la compra de acciones o bonos, utilizado para adquirir un bien inmueble o para la compra de metales preciosos.

En cuanto a quiénes serían los sujetos activos de estas conductas, en los Comentarios a la Convención de Viena (§ 3.48) se señala que la “transferencia” se considera normalmente como el acto del trans-

² *Vid.*: art. 3.1(b)(i) de la Convención de Viena; art. 6.1(a)(i) de la Convención de Palermo; art. 23.1(a)(i) de la Convención de Mérida y art. 9(1)(a) Convenio de Varsovia.

ferente, más no del transferido o receptor. En la “conversión” del bien, ambas partes intervienen en el acto y pueden ser sujetos activos. Sin embargo, también se reconoce que, dado que el término “adquisición” se encuentra regulado en un apartado distinto, al receptor del bien no podría aplicársele esta disposición.

También se prevé la tipificación de la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, o de un acto de participación en tal delito o delitos³.

Los términos utilizados también son dos, “ocultación” y “encubrimiento”, si bien este último, en las Convenciones de Palermo y Mérida, y en el Convenio de Varsovia, es sustituido por el de “disimular”. En los Comentarios a la Convención de Viena (§ 3.48) se destaca que el texto de esta norma es más amplio que el anterior, en tanto, ya no se requiere que el sujeto actúe por un determinado “propósito”, aunque este puede estar implícito en el lenguaje utilizado. Comprende todos los actos cometidos con el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes, es decir, la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En el mismo sentido se pronuncia la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Palermo, en tanto que se incluye la ocultación o disimulación de casi todos los aspectos de los bienes o de la información sobre estos. En las notas interpretativas de este instrumento (§ 11) se señala que las palabras “ocultar o disimular” y “ocultación o disimulación” han de entenderse de manera que incluyan la obstrucción del descubrimiento del origen ilícito de los bienes, lo

³ *Vid.*: art. 3.1(b)(ii) de la Convención de Viena; art. 6.1(a)(ii) de la Convención de Palermo; art. 23.1(a)(ii) de la Convención de Mérida y art. 9.1(b) del Convenio de Varsovia.

que no significa que debería exigirse pruebas de que la finalidad de estas conductas haya sido frustrar la localización del bien u ocultar su verdadero origen (GLCP § 106).

En el segundo grupo están las conductas cuya tipificación como delito es facultativa para los Estados y su realización no requiere que el sujeto actúe con un objetivo o finalidad alguna y, además, están vinculadas a la cláusula de salvaguardia. Al respecto, todos los tratados que venimos analizando contienen una cláusula de salvaguardia o de reserva según la cual la tipificación de estos dos grupos de conductas debe realizarse de acuerdo con los conceptos fundamentales o básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte en cuestión⁴. En los trabajos preparatorios de la Convención de Viena se señaló que esta frase no era fácil de interpretar, por ello en sus Comentarios (§ 3.65) se señala que se refiere a los principios básicos del Estado y a los conceptos de amplia difusión de su derecho interno.

La introducción de esta cláusula tiene como objetivo, según los Comentarios a la Convención de Viena, reconocer las dificultades de algunos Estados con relación al alcance de las conductas contempladas en el art. 3.1(c) de la Convención. Estos conceptos que, suelen estar contenidos en una norma o reconocidos por los órganos jurisdiccionales a través de las resoluciones judiciales, pueden ser irreconciliables con la tipificación expresa de determinadas conductas como puede ser el caso de la confabulación, o el mero acuerdo para actuar. Ahora bien, según los redactores del Informe Explicativo al Convenio de Varsovia, en la medida en que la tipificación de cualquiera de las conductas no es contraria a dichos principios o conceptos, el Estado tiene la obligación de tipificar como delito las conductas descritas más abajo (§ 94).

Así, se dispone que a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, las Partes tipificarán como delito cuando se cometan intencionalmente la adquisición, la posesión o la utilización de bienes a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o al-

⁴ En las Convenciones de Viena y de Varsovia, también se incluye en la fórmula la frase “principios constitucionales”.

gunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso (a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos⁵.

Según la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Mérida (§ 240), la adquisición, posesión o utilización de bienes a sabiendas de su procedencia delictiva contenida en la letra (b) del art. 23.1 constituye una imagen especular de los delitos contenidos en la letra (a) del mismo artículo, en tanto que estos últimos establecen la responsabilidad de los proveedores de bienes ilícitos, mientras que en este párrafo se establece la responsabilidad de los receptores que, a sabiendas de su procedencia delictiva, adquieren, poseen o utilizan esos bienes, sin un fin particular. Para configurar el delito es esencial que el sujeto haya recibido los bienes, es decir, debe haber una “recepción” de los mismos. Respecto a la definición de la adquisición cabe dos posibilidades interpretativas: que se trate de la adquisición de la propiedad o algún otro interés en los bienes o, por el contrario, si se refiere a la toma de posesión, entonces las referencias a “posesión” y “utilización” pueden ser innecesarias. En cualquier caso, el delito se puede descubrir porque se determine que el delincuente está en posesión de los bienes o los utiliza, bastando probar que la persona adquirió los bienes a sabiendas de su procedencia para establecer el delito.

Sin embargo, a diferencia de estos tratados, la Directiva (UE) 2018/1673 no distingue entre conductas cuya tipificación es obligatoria para los Estados parte y aquellas sujetas a la cláusula de reserva. De conformidad con lo previsto en el art. 3.1 los Estados parte tienen la obligación de tipificar como delito todas las conductas vistas anteriormente, entre las que se encuentran la mera adquisición, posesión o utilización de bienes (Del-Carpio-Delgado, 2019; Matallín, 2022 y Vidales, 2021).

Parecida configuración del LA se prevé en el Reglamento modelo de la OEA. Este no distingue entre las conductas de obligada tipificación de aquellas sometidas a cláusula de salvaguardia, además de incluir algunos verbos típicos. Así, constituye LA: (a) la conversión,

⁵ Art. 3.1(c)(i) Convención de Viena, art. 6.1(b)(i) Convención de Palermo, art. 23.1(b)(i) Convención de Mérida y art. 9.1(c) Convenio de Varsovia.

transferencia o transporte de bienes; (b) la adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración bienes; y (c) la ocultación, disimulación, o impedimento de la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a dichos bienes. Como podrá apreciarse, salvo la ocultación o simulación, la realización del resto de conductas no está condicionada a que el sujeto actúe con algún objetivo o finalidad. Así, por ejemplo, a diferencia de lo previsto en los tratados internacionales o en la Directiva (UE) 2018/1673, la realización de los actos de conversión o transferencia no requiere que lo sea con el objeto o finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. Una regulación extremadamente amplia que termina por desdibujar los límites de lo que debe constituir LA.

3.2.2. El objeto material y su origen

3.2.2.1. *Los bienes como objeto material*

En su apartado de definiciones, la Convención de Viena se refiere a los bienes y productos, sin embargo, en el art. 3 que regula el LA sólo aparece el término bienes. La decisión de no utilizar el término producto se puede deber, según los Comentarios a la Convención, a un error, pero plantea la cuestión de si se puede considerar que la referencia a que el bien “procede” de ciertos delitos abarca los bienes “obtenidos directa o indirectamente” de esos delitos. A juicio de los expertos que redactaron los Comentarios, una interpretación amplia de la “procedencia” permitiría incluir también ciertos casos de “procedencia indirecta” (§ 3.46). Para evitar cualquier problema interpretativo, los demás documentos internacionales, al describir las conductas constitutivas de blanqueo, se refieren expresamente a los “bienes” que son “producto” del delito.

Así, el art. 1 (q) de la Convención de Viena define los bienes como “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. La misma definición que se encuentra en el art. 2(a) de la Convención de Palermo, si bien el término “raíces” es sustituido por

“inmuebles”. Lo mismo cabe decir de la definición contenida en el art. 2(d) de la Convención de Mérida. En la Guía legislativa para la aplicación de esta CNUCC (§ 28.c) se explica que la expresión “activos de cualquier tipo” comprende los fondos y los derechos sobre activos. En la definición de bienes que se da en el Convenio de Varsovia ya no se habla de “activos” sino de “bienes” y se suprime la referencia a “tangibles e intangibles” al entenderse que estos términos, al igual que los activos, se subsumen en el concepto amplio de bienes.

Con relación al término producto, el art. 1(p) de la Convención de Viena los define como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”, es decir, de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes. Las Convenciones de Palermo y Mérida definen el producto en los mismos términos, con la salvedad de que el delito del cual derivan o proceden los bienes no está limitado a uno relativo al tráfico ilícito de drogas sino a “un delito” previsto en estos documentos.

El Convenio de Varsovia de 2005, en la misma línea que su predecesor, el Convenio de Estrasburgo, también define de forma amplia el producto entendiendo por tal, según el art. 1(a), “todo provecho derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito”. Según el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia (§ 34) se pretende que la definición de “producto” sea: (a) lo más amplia posible de forma que permita privar al delincuente de cualquier ventaja económica de su actividad criminal; y (b) este objetivo final se consigue mediante la adopción de una definición amplia. En esta definición de producto se incluye también los bienes y activos que puedan haber sido transferidos a terceros ya que se refiere a cualquier ventaja económica, derivados u obtenidos directa o indirectamente, de las infracciones penales. En el Informe también se explica que esta definición solucionaba cuestiones como, por ejemplo, si los bienes sustitutivos o los productos derivados directamente pueden, en principio, dar lugar a la cooperación internacional (§ 31).

El Informe Explicativo del Convenio de Varsovia resalta dos problemas que ya se trataron en el seno del Comité de expertos que elaboró el Convenio de Estrasburgo: el objeto material y los instrumentos del delito previo. Con relación al objeto material del delito previo

u “objeto de las infracciones”, en el Informe se expone que los redactores del Convenio de Estrasburgo discutieron sobre la necesidad de incluir a los objetos de la infracción en el ámbito de aplicación del Convenio, pero decidieron no hacerlo ya que la amplia definición de producto podría incluir, por ejemplo, los bienes robados, tales como obras de arte o el comercio de especies protegidas (§ 37). Respecto a si los instrumentos que se utilizaron en la comisión del delito previo o los destinados a ser utilizados para cometer un delito estaban cubiertos por la definición de producto, los expertos que redactaron el Convenio de Estrasburgo coincidieron en que tales cuestiones debían resolverse de acuerdo con la legislación nacional de la Parte requerida, teniendo en cuenta las diferencias en la legislación nacional y la necesidad de una cooperación internacional eficaz (§ 36).

En la Directiva (UE) 2018/1673, se define a los bienes como los:

[...] activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos (Del-Carpio-Delgado, 2019; Matallín, 2022; Vidales, 2021).

El Reglamento Modelo de la OEA proporciona un concepto similar de bienes, pero cabe resaltar que en los preceptos que recogen las modalidades de LA se hace mención también a los instrumentos del delito. Así, se prevé el sujeto debe realizar las respectivas conductas típicas sobre bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los mismos son “producto o instrumento” de actividades delictivas graves. Como se observa, este el único documento que contempla la posibilidad de extender el LA a los instrumentos del delito previo.

3.2.2.2. *Origen de los bienes: el delito o la actividad delictiva previa*

En la Convención de Viena, la tipificación como delito del LA está limitada a los bienes que procedan de los delitos de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes (art. 3 (b) y (c)). En los tratados internacionales posteriores se requiere que los bienes procedan de un “delito”, denominado “determinante” o “principal”, que es definido

de la siguiente manera: “todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito” constitutivo de LA o blanqueo de capitales.

El art. 6.2 de la Convención de Palermo prevé que cada Estado parte velará por aplicar el LA a la “gama más amplia posible de delitos determinantes”. En esta Convención, las Partes se obligan a incluir como delitos determinantes a todos los delitos graves (art. 6.2(b), entendiéndose por tales, de conformidad con el art. 2(b), todos aquellos castigados con “una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”; también deben incluirse los delitos de participación en un grupo delictivo organizado. La Convención contempla que las legislaciones nacionales que prevean un sistema de catálogo incluyan en este una “amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”, es decir, cualquier tipo de actividad ilícita que suelen realizar los grupos delictivos organizados; asimismo, los delitos de corrupción y los relacionados con la obstrucción a la justicia.

La Convención de Mérida también exige que el delito determinante abarque la gama más amplia posible de ellos y, como mínimo, los tipificados con arreglo a este tratado (art. 23.2(a)), es decir, soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público y tráfico de influencias, entre otros.

Los redactores del Convenio de Varsovia tuvieron en cuenta la Recomendación 1 del GAFI (versión de 2003) en la que se establece que, independientemente del enfoque que adopte, cada Estado parte puede definir el delito principal tomando como base todos los delitos, a partir de un umbral vinculado a una categoría de delitos graves o a la pena asignada al delito principal o construyendo una lista de delitos principales. También contempla la posibilidad que se utilice una combinación de estos criterios. Además, el art. 4 de este Convenio prevé la posibilidad de que los Estados presenten una declaración en la que se establezca que el LA sólo será aplicable cuando el delito principal: (a) sea punible con una pena de privación de libertad o medida de seguridad con una duración máxima de más

de un año o, para las Partes cuyo ordenamiento jurídico prevea un umbral mínimo para los delitos, en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad, con una duración mínima de más de seis meses; y/o (b) se encuentre en una relación de delitos principales especificados; y/o (c) pertenezca a una categoría de delitos graves según el derecho interno de esa Parte. Sin embargo, en su Informe Explicativo, los expertos aclaran que las veinte modalidades delictivas previstas en el Anexo al Convenio⁶, deben ser consideradas como delitos principales y, por lo tanto, no pueden ser excluidos del ámbito de aplicación del LA a través de esta declaración (§ 99).

Como se observa, en estos documentos internacionales, el término utilizado es “delito”. Sin embargo, el Reglamento Modelo se refiere a “actividades delictivas graves”, entendiéndose por tales, delitos determinados por la legislación de cada Estado, incluyendo el tráfico ilícito, terrorismo y financiación de terrorismo, tráfico de armas, desvío de sustancias químicas, tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos, prostitución, secuestro, extorsión, corrupción y fraude.

La Directiva (UE) 2018/1673, va más allá y se refiere a la actividad delictiva entendiéndose por tal:

[...] Cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de cualquier delito que, de conformidad con el Derecho nacional, lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en aquellos Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo

⁶ Los delitos contenidos en el Anexo a la Convención de Varsovia son: (a) la participación en un grupo delictivo organizado; (b) el terrorismo, incluida la financiación del terrorismo; (c) la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes; (d) la explotación sexual, incluida la de los menores; (e) el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas; (f) el tráfico ilícito de armas; (g) el tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes; (h) la corrupción y el soborno; (i) el fraude y la estafa; (j) la falsificación de moneda; (k) la falsificación y la piratería de productos; (l) los delitos medioambientales; (m) el asesinato y las lesiones graves; (n) el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes; (o) el robo o hurto; (p) el contrabando; (q) la extorsión; (r) la falsificación; (s) la piratería; y (t) el uso indebido de información privilegiada y la manipulación de los mercados bursátiles.

para los delitos, cualquier delito que lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses.

La Directiva (UE) 2018/1673 incluye también un catálogo de delitos entre los que aparecen, además de los contemplados en otros instrumentos, el hurto, robo, contrabando, falsificación, entre otros.

3.2.2.3. El delito previo cometido en el extranjero

La Convención de Palermo prevé la posibilidad de que el delito previo o delito determinante sea cometido fuera de la jurisdicción del Estado en el que se vaya a juzgar las conductas constitutivas de LA. El art. 6.2(c) dispone que 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.

La Convención de Mérida, contiene en su art. 23.2(c) una disposición similar. Así pues, en estos dos tratados se exige la doble incriminación, es decir, el delito previo debe ser constitutivo de delito tanto en el país donde se cometió como en el que se vayan a juzgar los actos de LA.

Sin embargo, el art 9.7 del Convenio de Varsovia permite que los Estados parte dispongan que “la única condición exigida es que la acción hubiera constituido un delito principal si se hubiera cometido en su territorio”. A diferencia de los anteriores, en el Convenio de Varsovia se abandona el principio de doble incriminación possibilitando así que las legislaciones nacionales castiguen el LA procedentes de hechos que, si bien en su país son hechos constitutivos de delito, en el país en el que se cometieron pueden ser constitutivos de ilícitos administrativos, civiles o tributarios e incluso de hechos perfectamente lícitos.

La Directiva (UE) 2018/1673 va más allá del Convenio de Varsovia pues abandona, como regla, el principio de doble incriminación. El art. 3.3(c) prevé que los Estados miembros *adoptarán* las medidas necesarias para garantizar que los delitos de blanqueo de capitales se extiendan a todos aquellos bienes que procedan de una conducta que haya tenido lugar en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país, “cuando dicha conducta hubiera constituido una actividad delictiva en caso de que se hubiera producido en el territorio nacional”. Solo se requiere que el hecho previo cometido en el extranjero sea constitutivo de delito según la legislación del país que juzgará el blanqueo de capitales; en consecuencia, será irrelevante la calificación jurídica que reciba tal conducta en el lugar de su comisión.

Excepcionalmente, la Directiva *faculta* a los Estados miembros para que puedan exigir la doble incriminación. Es decir, que el hecho previo constituya un delito con arreglo al Derecho nacional del otro Estado miembro o del tercer país en el que se haya cometido, y del Estado el que se vaya a juzgar el blanqueo. Sin embargo, esta cláusula de excepcionalidad no es aplicable cuando el hecho previo constituya uno de los delitos mencionados en el art. 2.1 (a) a (e) y (h), según están definidos en el Derecho de la UE aplicable. Estos son los delitos relativos a la participación delictiva en una organización criminal, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual, tráfico ilícito de drogas y corrupción (Del-Carpio-Delgado, 2019).

Esta Directiva va más allá de las Recomendaciones del GAFI. En la Nota interpretativa a la Recomendación 3 se prevé como regla que los delitos previos deben extenderse a los cometidos en otro país, «que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente». Sin embargo, también se contempla que los países puedan renunciar a la doble incriminación, al disponer que el único prerequisite sea que la conducta hubiera constituido un delito previo, de haber tenido lugar internamente (Del-Carpio-Delgado, 2019).

3.2.3. Sujeto activo: la problemática del “autolavado”

Tal como está configurado el LA en los tratados internacionales y en los otros documentos es un delito común. Es decir, el sujeto activo puede ser cualquier persona. Al margen de lo anterior, la cuestión es determinar si el interviniente en el delito previo puede ser, a su vez, autor de LA. La Convención de Viena nada dice al respecto. Sin embargo, en los Comentarios a esta Convención (§ 3.42), los expertos inciden en la dificultad que este tema representa para los legisladores nacionales. Así, se reconoce que, dado el lenguaje utilizado y, en particular, la referencia a la transferencia como conducta típica, puede aplicarse a la persona que comete el delito inicial. Pero también existen opiniones en el sentido de que el delito de blanqueo es esencialmente cometido por otra persona en apoyo del “delito imputado”. Ante estas dos posiciones, en sus Comentarios se concluye que la Convención pareciera no obligar a las partes respecto de una u otra opinión sobre esta cuestión.

El art. 6.2(e) de la Convención de Palermo dispone que, “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”. La misma disposición está prevista en el art. 23.2(e) de la Convención de Mérida. En las Guías Legislativas para la aplicación de ambos tratados (GLCP § 120 y GLCM § 249) se reconoce que las constituciones o los principios fundamentales de algunos ordenamientos jurídicos nacionales no permiten enjuiciar y castigar a un delincuente a la vez por el delito determinante y por el blanqueo de capitales. En ambas Convenciones se reconoce esta cuestión y prevén la posibilidad de que los delitos de LA no se apliquen a quienes hayan cometido el delito determinante, pero “sólo en los países cuyos principios fundamentales así lo requieran”. El Convenio de Varsovia contiene una disposición similar. Así, el art. 9.2(b) dispone que puede establecerse que los delitos de LA “no se apliquen a las personas que cometieron el delito principal”.

Como podrá observarse, estos tratados admiten la punición del autolavado y no se imposibilita de forma expresa castigar por LA a quien ha intervenido en el delito previo o precedente. Sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen jurídico interno de algunos países impediría cas-

tigar por LA a quien ha intervenido en el delito previo, dan la opción a que puedan excluir, de forma excepcional y en atención a los principios fundamentales de su derecho interno, la punición por este delito a los intervinientes en el delito previo (Del-Carpio-Delgado, 2015).

En la misma línea, el Reglamento Modelo de la OEA prevé que “la persona que cometa un delito de LA y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos”.

La Directiva (UE) 2018/1673, va más allá al prever expresamente que los Estados miembros tipifiquen como delito el autoblanqueo. Según dispone el art. 3.5, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la conducta a que se refiere el apartado 1(a) y (b), sea castigada como delito cuando sea cometida por personas que hayan realizado la actividad delictiva de la que provienen los bienes o que hayan participado en ella. Ahora bien, la obligación de tipificar el autoblanqueo está limitada a los delitos de blanqueo que consistan en convertir, transferir, ocultar o encubrir; es decir, a las dos primeras modalidades de blanqueo, por lo que, como no podría ser de otra forma, no es aplicable a la mera adquisición, posesión o utilización de los bienes (Del-Carpio-Delgado, 2019; Matallín, 2022; Vidales, 2021).

3.2.4. Tipo subjetivo: especial referencia a los elementos subjetivos del tipo de injusto

En todos los instrumentos internacionales que venimos analizando, se dispone que tanto las conductas de obligada punición como las condicionadas a los principios básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte deben ser castigadas cuando se comentan “intencionalmente”. Es decir, el LA en estos documentos es fundamentalmente doloso. De acuerdo con los Comentarios a la Convención de Viena, es necesario demostrar el conocimiento de cada uno de los elementos fácticos de la conducta, no siendo necesario probar que el sujeto sabía que la conducta era contraria a la ley. De esta forma, el LA se configura como delito doloso que requiere que el sujeto activo actúe con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. En ninguno de los tratados analizados se contempla la tipificación como delito el LA por culpa o imprudencia. Sin embargo, en los Comentarios a la Convención de Viena (§ 3.47) se deja abierta

la posibilidad de que los Estados puedan disponer en su derecho interno que la “conducta irresponsable o negligente sea punible o, por cierto, imponer una responsabilidad estricta sin prueba de ningún elemento de culpa”.

En los cuatro documentos internacionales, la conversión o la transferencia, conductas de obligada tipificación como delitos por los Estados parte, requieren que el sujeto actúe con una determinada finalidad. Estas finalidades son dos: (i) ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; o, (ii) ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. El primero de ellos se expresa en términos del bien, en tanto que el sujeto debe actuar para encubrir el origen ilícito del bien. Así, toda conversión o transferencia de bienes puede tener el efecto de ocultar o encubrir los orígenes de los bienes, pero lo que se exige es que se haga con ese propósito, que el sujeto actúe con esa motivación. El segundo propósito se refiere a ayudar a cualquier persona a eludir las consecuencias legales de su participación en el delito o delitos. Ahora bien, como en el texto de la Convención de Viena se refiere expresamente a “cualquier persona” y no a “cualquier otra persona”, cabe la posibilidad de incluir al propio delincuente. Como se determina en los Comentarios a la Convención de Viena (§ 3.49), existe un solapamiento entre estos dos propósitos ya que en muchos casos serán coincidentes en tanto que el origen ilícito de los bienes se encubrirá a fin de reducir la posibilidad de decomisarlos y de sentenciar al delincuente. Con relación a la ocultación o encubrimiento, no se menciona expresamente que el autor deba actuar con alguna finalidad o propósito, aunque como se señala en los Comentarios a la Convención de Viena (§ 3.50), esto parece estar implícito en el lenguaje utilizado.

Las mismas consideraciones pueden realizarse respecto al tipo subjetivo de los delitos de LA previstos en la Directiva (UE) 2018/167 porque, tal como avanzamos, la configuración es la misma que la prevista en los tratados internacionales (Del-Carpio-Delgado, 2019; Matallín, 2022; Vidales, 2021). Sin embargo, el Reglamento Modelo de la OEA contempla expresamente que el sujeto comete LA: “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional”. Este último término, según la nota que aparece en el Reglamento, debe inter-

pretarse como dolo eventual y solo debe aplicarse a la versión en castellano. Mientras que, el “debiendo saber” debe interpretarse como culpa o imprudencia, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. En cualquier caso, se prevé que la tipificación del LA por culpa o por imprudencia por parte de los Estados miembros deberá ser de acuerdo con sus respectivos ordenamientos jurídicos.

4. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

En esta sección se analizará la regulación del LA en las legislaciones de referencia. Partimos de la premisa que los Estados parte no están obligados a trasladar sin más lo previsto en ese “régimen” internacional y regional analizado anteriormente. Los Estados tienen la obligación de tipificar como delito las conductas de LA, pero no están obligados a que los respectivos tipos penales tengan que mencionar cada uno de los elementos descritos en los correspondientes tratados. Las obligaciones se expresan en un modo de “generalidad deliberada”, de forma que cada Estado parte, teniendo en cuenta el principio de tipicidad, pueda determinar la mejor forma de cumplimiento, de acuerdo con sus tradiciones sociales y culturales.

Teniendo en cuenta que las legislaciones de referencia pertenecen a sistemas jurídicos distintos, esta sección se dividirá en dos partes. En la primera parte se analizará la regulación de las modalidades de LA en el CP federal de EE.UU. En la segunda, se analizará el resto de las legislaciones y se seguirá la misma metodología de la sección anterior. Es decir, analizaremos de forma conjunta los elementos que configuran el LA. Sin embargo, el análisis de las conductas típicas debe realizarse de forma separada porque, como veremos, cada una de estas legislaciones regula de forma distinta lo que desde su perspectiva debe constituir LA.

4.1. El delito de LA en Estados Unidos

EE.UU. fue el primer país en tipificar el LA, antes incluso de que se hiciera en la Convención de Viena. Tras la aprobación de la *Money Laundering Control Act*, fue incorporado en el CP federal en 1986, en el título 18, secciones 1956 (*laundering of monetary instruments*) y 1957 (*engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*), y desde entonces han sido modificadas en varias ocasiones, especialmente para ampliar el catálogo de los delitos previos.

Estas secciones contemplan cuatro modalidades de LA que, como veremos a continuación, están descritos de forma prolija, una característica propia de la legislación estadounidense.

La primera modalidad, que puede considerarse como el tipo básico, denominado comúnmente como lavado de dinero doméstico (sección 1956(a)(1)), prohíbe realizar o intentar realizar una transacción financiera a sabiendas de que los bienes proceden de una actividad delictiva expresamente prevista por la ley.

Así pues, el núcleo de la conducta típica lo constituye la transacción financiera con el producto de una actividad delictiva específica. A estos efectos, el término “transacción” (sección 1956(c)(3)) incluye una compra, venta, préstamo, prenda, regalo, transferencia, entrega u otra disposición, y con respecto a una institución financiera incluye un depósito, retiro, transferencia entre cuentas, cambio de moneda, préstamo, extensión de crédito, compra o venta de cualquier acción, bono, certificado de depósito u otro instrumento monetario, uso de una caja de seguridad, o cualquier otro pago, transferencia o entrega por, a través de, o a una institución financiera, por cualesquiera que sean los medios efectuados. Mientras que, el término “transacción financiera” (sección 1956(c)(4)) se define como una transacción que de alguna manera o grado afecta el comercio interestatal o extranjero e implique: (a) el movimiento de fondos por transferencia electrónica o por otros medios; (b) el uso de instrumentos monetarios; (c) la transferencia del título de cualquier bien inmueble, vehículo, embarcación o aeronave; o (d) el uso de una institución financiera que se dedique, o cuyas actividades afecten, el comercio interestatal o extranjero en cualquier forma o grado.

La transferencia financiera en los términos vistos adquiere relevancia penal siempre que el sujeto haya actuado con cualquiera de las siguientes finalidades: (a) promover la realización de una actividad ilegal específica; (b) infringir la ley fiscal o tributaria; (c) ocultar o encubrir la naturaleza, la ubicación, el origen, la propiedad o el control de los ingresos de actividades ilícitas específicas; o (d) evitar el requisito de informe de transacciones según la ley federal o estatal.

El sistema utilizado por el legislador norteamericano para determinar el delito previo o precedente es el de catálogo, pero en la práctica, aunque queden algunos delitos al margen de este, es como si fuera un sistema amplio. Así, se incluyen los previstos en la sección 1956(c)(7), o aquellas incorporadas por la Ley de Chantaje Civil, Influencia y Organizaciones Corruptas (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), también conocida como estatuto RICO (sección 1961(1)). En general, el catálogo incluye aproximadamente 250 delitos, dentro de los que no se encuentran los delitos fiscales o tributarios. Sin embargo, no hay que perder de vista que el LA procedente de otro delito con la intención de evadir impuestos sí constituye un delito. También se prevé el castigo del lavado de bienes procedentes de actividades delictivas cometidas en el extranjero (Del-Carpio-Delgado, 2021a).

El sujeto debe conocer que los bienes objeto de la transacción financiera representan el producto de cualquiera de los delitos previstos en el catálogo, pero no es necesario que conozca de qué delito específicamente procede.

Finalmente, la pena prevista es multa no mayor de 500.000 dólares o el doble del valor de los bienes objeto de la transacción, la que sea mayor, o prisión por no más de veinte años, o ambas.

El denominado lavado de dinero internacional (sección 1956(a)(2)) castiga con la misma pena al que transporte, transmita o transfiera, o intente transportar, transmitir o transferir un instrumento monetario o fondos desde un lugar en los EE.UU. hacia o a través de un lugar fuera de los EE.UU. o hacia un lugar en los EE.UU. desde o a través de un lugar fuera de los EE.UU. El sujeto debe actuar con cualquiera de las siguientes finalidades: (a) promover la realización de una actividad delictiva; (b) ocultar o encubrir la naturaleza,

la ubicación, el origen, la propiedad o el control del producto de una actividad ilícita específica; o (c) evitar el requisito de informe de transacciones según la ley federal o estatal. Como podrá observarse, a diferencia de lo previsto para el lavado doméstico, la finalidad de cometer infracciones fiscales o tributarias no está incluida.

El objeto material lo constituye los fondos o instrumentos monetarios que según dispone la sección 1956(c) (7), por tales debe entenderse: (a) moneda de los EE.UU. o de cualquier otro país, cheques de viajero, cheques personales, cheques bancarios y giros postales; o (b) valores de inversión o instrumentos negociables, en forma al portador o de otra manera en tal forma que el título se transfiera en el momento de la entrega.

La legislación penal estadounidense también contempla la posibilidad de castigar por el lavado de dinero realizado en el contexto de una operación encubierta o más propiamente dicha provocada. Es el funcionario federal con competencia para investigar o enjuiciar el LA quien, directamente o mediante una persona que actúa bajo su dirección, provoca que el sujeto realice la transacción con bienes cuya procedencia no es delictiva, sino que se trata de fondos proporcionados por el Gobierno.

Suelen ser dos formas de provocar la comisión del delito. En la primera, la policía o quien actúa bajo su dirección se hacen pasar por delincuentes que requieren los servicios del sujeto para que les lave los bienes de procedencia delictiva, que como hemos advertido, no tienen esta cualidad; la segunda es a la inversa porque fingen ser lavadores e invitan a los supuestos delincuentes a usar su servicio de lavado

El sujeto provocado a realizar la transferencia, debe hacerlo, al igual que las anteriores modalidades, con una determinada finalidad que coincide con las previstas en el delito de lavado internacional. La pena prevista, también es la misma que en los supuestos anteriores.

La última modalidad de LA (sección 1957) prohíbe la realización, a sabiendas, de una transacción monetaria (*engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*).

Se castiga al sujeto que realiza una transacción monetaria en bienes de procedencia delictiva por un monto superior a 10.000 dólares. Se entiende por transacción monetaria (sección 1957(f)(1)) el depósito, retiro, transferencia o intercambio, en o que afecte el comercio interestatal o extranjero, de fondos o un instrumento monetario por, a través de, o a una institución financiera, incluida cualquier transacción que sería una transacción financiera según lo previsto en la sección 1956(c)(4)(B). Se excluye expresamente cualquier transacción necesaria para presentar el derecho de una persona a la defensa legal garantizada por la sexta enmienda a la Constitución.

El sujeto debe saber que el dinero tiene procedencia delictiva, pero, a diferencia de las tres anteriores modalidades, no debe actuar con finalidad alguna.

En cuanto a la pena prevista, esta es una multa que puede ser no superior al doble del monto de los bienes de origen delictivo involucrados en la transacción y/o prisión por un tiempo no superior a diez años.

Como podrá observarse, el CP federal no castiga la mera posesión de bienes de procedencia delictiva. Lo mismo cabe decir de la mera adquisición. Salvo los supuestos contemplados en la sección 1957, la actuación del sujeto con bienes de procedencia delictiva debe ir dirigida a la consecución de una determinada finalidad.

De cualquiera de las cuatro modalidades de LA puede ser sujeto activo el interviniente en el delito previo, es decir, se castiga el auto-lavado.

Finalmente cabe decir que, a nivel federal, las autoridades han adoptado el enfoque *follow the money*, es decir, seguir el dinero para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos previos. Aun así, según los datos que aparecen en la web de la Comisión de Sentencias de los EE.UU. (<https://www.ussc.gov/>), el índice de condenas por LA es especialmente considerable, más de 1200 como promedio anual.

4.2. El delito de LA en Argentina, Brasil, Chile, España, Italia, México y Perú. Especial referencia a Colombia

4.2.1. Normativa

En Argentina, el LA está regulado en el CP, dentro del título XIII sobre los “delitos contra el orden económico y financiero”. El art. 303 contempla las modalidades de LA, tipo básico y tipos cualificados y privilegiados, así como algunas cláusulas generales. El art. 304 regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el art. 305 contiene disposiciones relacionadas con el embargo preventivo y el decomiso⁷.

Brasil regula *el lavagem de dinheiro* en la Lei 9.613, de 3 de marzo de 1998. Se trata de una ley integral que contiene disposiciones de naturaleza penal y procesal, así como las relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para la comisión de LA, entre otras⁸. En el art. 1 del capítulo I, sobre “*dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores*”, se contempla cuatro tipos básicos de LA y los correspondientes tipos atenuados y agravados, así como la posibilidad de la utilización de agentes encubiertos para su averiguación.

En Colombia, el LA está contemplado en los arts. 323 y 324, que se ubican en el capítulo V (lavado de activos) del título X del CP sobre “delitos contra el orden económico social”⁹. En el art. 323 se regulan los aspectos relacionados con el tipo básico, mientras que en el art. 324 se contienen las causas que deben concurrir para agravar la pena.

Chile regula el LA en una ley especial. Se trata de la Ley 19.913 que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposi-

⁷ Título y preceptos incorporados al Código penal argentino por Ley N° 26.683, publicada el 21 de junio de 2011.

⁸ Modificada sustancialmente por la Lei N° 12.683, de 9 de julio de 2012. Última modificación en noviembre de 2019 por la Lei n° 13.964.

⁹ Última modificación por Ley 1762 de 2015, “por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”, publicada en el Diario Oficial No. 49.565 de 6 de julio de 2015.

ciones en materia de lavado y blanqueo de activos, promulgada en diciembre de 2003¹⁰. El art. 27 de esta ley contempla 3 tipos básicos, el LA culposo, el autolavado y otras disposiciones generales como, por ejemplo, el concepto de bienes o la comisión del delito previo en el extranjero.

En España, el delito de blanqueo de capitales se regula en el CP. Específicamente, en el capítulo XIV (de la receptación y el blanqueo de capitales), del título XIII sobre los “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En los arts. 301 a 303, se regulan los tipos básicos, los tipos cualificados, el blanqueo por imprudencia, la responsabilidad de las personas jurídicas y el castigo de las formas de participación intentada, entre otras cuestiones¹¹.

Igualmente, Italia regula las distintas modalidades de LA en su CP. Dentro del capítulo II (*dei delitti contro il patrimonio mediante frode*), del título decimotercero (*dei delitti contro il patrimonio*), regula, de forma separada, el *riciclaggio* (art. 648-bis), el *impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita* (art. 648-ter) y el *autoriciclaggio* (art. 648-ter)¹².

En México, el LA está regulado en el capítulo XIII (operaciones con recursos de procedencia ilícita) del título vigesimotercero del CP federal sobre “el encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita”. En el art. 400 *bis* se regulan los tipos básicos y en art. 400 *bis* (1) los tipos cualificados.

Finalmente, Perú ha optado por regular el LA en una ley especial. Se trata del Decreto Legislativo N. 1106, “de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”, publicado el 19 de abril de 2012. En esta norma se regulan tres modalidades de LA, las circunstancias agravantes y atenuantes,

¹⁰ Última modificación el 13 de abril de 2021 mediante la Ley 21314, que establece nuevas exigencias de transparencia y refuerza las responsabilidades de los agentes de los mercados, regula la asesoría previsional, y otras materias que indica.

¹¹ Última modificación el 28 de abril de 2021, mediante la Ley Orgánica 6/2021.

¹² Última modificación, mediante Decreto Legislativo n. 195, de 8 noviembre 2021, sobre “*attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale*”.

se declara la autonomía del LA, se regulan la prohibición de beneficios penitenciarios a algunos condenados por este delito, la entrega vigilada y el uso del agente encubierto, entre otras disposiciones¹³.

4.2.2. Modalidades de lavado de activos: a su vez sobre las conductas típicas

El análisis de las conductas típicas se va a realizar de forma separada por las peculiaridades propias de cada legislación nacional porque como veremos a continuación, aunque algunas de estas hayan configurado el LA de forma similar, otras lo han hecho de una forma distinta.

4.2.2.1. Argentina

La Administración General de Ingresos Públicos argentina, define el lavado de dinero como “los procedimientos que pretenden ocultar, disimular y encubrir el origen ilícito de determinados bienes o el producto de actividades delictivas con la finalidad de convertirlos en otros bienes u actividades que resultan aparentemente lícitas”.

Para hacer frente a este fenómeno, el legislador argentino prevé, por un lado, un tipo básico de LA y su correspondiente tipo atenuado y, por otro lado, un tipo que podría considerarse como un supuesto de favorecimiento al LA.

El art. 303(1) del CP contempla el tipo básico y castiga al que:

[c]onvirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito [...]”.

El núcleo de la conducta típica es poner en circulación en el mercado bienes de procedencia delictiva con la consecuencia posible de

¹³ Última modificación por Decreto Legislativo N° 1249, publicado el 26 de noviembre de 2016.

que el origen de estos adquiera la apariencia de legalidad. De esta forma, el convertir, transferir, administrar, vender, gravar o simular son meros ejemplos a través de los cuales se puede poner en circulación en el mercado estos bienes, lo que, además, puede realizarse de “cualquier otro modo”. Cualquiera de estas conductas o ese cualquier acto debe realizarse en el mercado formal o lícito, sea este, por ejemplo, de bienes y servicios o de factores de producción, lo que supone que las realizadas al margen de estos son irrelevantes para configurar un delito de LA. La realización de las conductas debe ser idónea para que los bienes puedan adquirir la apariencia de licitud. Es decir, no es suficiente poner en circulación los bienes de procedencia delictiva en el mercado, sino que es necesario que esta situación posibilite o sea idónea para simular su origen delictivo o darles una apariencia de legalidad porque si esto último no es así, entonces no podemos hablar de LA.

La aplicación de este tipo básico requiere que el valor de los bienes “supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”. Esta cuantía que, desde mi perspectiva, forma parte del tipo objetivo, es la que marca la diferencia entre este tipo básico y el tipo atenuado previsto en el numeral 4 que cabrá aplicar cuando la suma de los bienes no supere esta. La cuantificación del valor de los bienes, independientemente del número de actos realizados, siempre que estén vinculados entre sí, posibilita aplicar este tipo básico a aquellos supuestos de fragmentación o menudeo de las cantidades por debajo del límite previsto, lo que se conoce coloquialmente como *pitufeo* (Prieto del Pino, Et. al., 2010). Además, hay que tener en cuenta que es irrelevante que esta pluralidad de actos se realice sobre bienes procedentes del mismo hecho delictivo o de varios de estos.

El favorecimiento o emprendimiento de LA está tipificado en el art. 303(3) CP que penaliza a quien “recibiére dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito”. Este tipo es de similar estructura al encubrimiento previsto en el art. 277 (c) CP, con la peculiaridad de que el sujeto debe recibir los bienes, es decir, debe tenerlos o mantenerlos en su poder con la finalidad de “hacerlos utilizar” en una operación

de LA prevista en el tipo básico. Se trata de elevar a la categoría de delito autónomo lo que podría constituir un acto preparatorio o de participación en el tipo básico de LA cometido, en principio, por un tercero. Así, cabrá aplicar este tipo al sujeto que recibe los bienes, cuyo valor es superior a 300 mil pesos, para que sea un tercero quien los utilice para su lavado. Ahora bien, si el sujeto que recibe los bienes de este valor es el mismo que posteriormente los pone en circulación en el mercado y esto posibilita simular su origen delictivo solo podrá ser castigado por el tipo básico. La remisión expresa al tipo básico que se configura, entre otros elementos, cuando el valor de los bienes supera los 300 mil pesos, pero no al tipo atenuado, esto supone que la recepción de bienes por un valor inferior a esta cifra para hacerlos utilizar en actos de lavado, serían atípicos.

4.2.2.2. *Brasil*

El art. 1 de la Ley 9.613/1998 contempla tres tipos básicos de LA, además de castigar de forma autónoma, como si de un delito de LA se tratara, la participación en una asociación o entidad que se dedica a estas actividades. El primer tipo básico se regula en el inciso primero del art. 1 y consiste en “ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores procedentes, directa o indirectamente, de una infracción penal”. Esta primera modalidad de LA coincide básicamente con lo previsto en la normativa internacional analizada anteriormente. Así pues, tanto la ocultación como la disimulación constituyen el núcleo de la conducta típica que recae sobre las manifestaciones externas de los bienes y los derechos que se tengan sobre los mismos.

También se considera como LA cuando “para ocultar o disimular la utilización de bienes, derecho o valores procedentes de infracción penal: I- los convierte en activos lícitos; II- los adquiere, recibe, cambia, negocia, da o recibe en garantía, guarda, los tiene en depósito, los mueve o transfiere; III- importa o exporta bienes como valores no correspondientes a los verdaderos”. Debe quedar claro que no se trata de castigar de forma aislada la realización de cualquiera de las conductas expresamente descritas en el tipo, es decir, no se castiga la mera adquisición o transferencia, sino que estas deben tener como

finalidad y, desde luego, ser idóneas para evitar el descubrimiento de la utilización de bienes de procedencia delictiva.

La tercera modalidad de LA castiga a quien “utiliza en actividad económica o financiera, bienes, derechos u otros valores procedentes de infracción penal”. El núcleo de la conducta típica es utilizar, es decir, aprovecharse de los bienes de procedencia delictiva que se producirá siempre que se obtenga una utilidad o un beneficio que de algún modo puedan ser evaluable económicamente. Además, esta utilización debe realizarse en el contexto de una actividad económica o financiera de forma que, el aprovechamiento en otros contextos es atípico.

Finalmente, la legislación brasileña castiga al que “participa de grupo, asociación o despacho teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria está dirigida a la realización de crímenes previstos en esta ley”. Literalmente, cabría aplicar este precepto a cualquier persona que forme parte o desempeñe cualquier labor en un grupo, empresa o asociación cuya actividad principal e incluso secundaria sea el LA, sin que la misma participe en la realización de este delito. Al margen de otras consideraciones críticas de las que pueda ser objeto este precepto, desde mi punto de vista, parece excesivo castigar, en estos términos, la mera participación en una empresa, aunque la actividad realizada en ella por el sujeto no tenga ninguna relación con el LA, por lo que para su aplicación deberá tenerse en cuenta si el sujeto es autor o participe de cualquiera de los tres tipos básicos vistos anteriormente.

4.2.2.3. *Colombia*

El análisis de las conductas típicas o modalidades de LA previstas en el art. 323 del CP es especialmente complejo por la técnica utilizada en la redacción del tipo. A priori, podría afirmarse que en este se contienen hasta tres modalidades: (i) adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar; (ii) dar apariencia de legalidad o legalizar; y (iii) ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes. Literalmente, cabría afirmar que comete LA tanto el sujeto que simplemente almacena bienes de procedencia delictiva como aquel que los “legaliza”.

El precepto también castigaba al que “realice cualquier otro acto” para ocultar o encubrir su origen ilícito, expresión que se encuentra presente en las legislaciones argentina, chilena y española. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que esta expresión es contraria al principio de legalidad en su vertiente de ley cierta por lo que declaró su inexecutable, es decir, inaplicable por ser contraria a la Constitución¹⁴.

4.2.2.4. Chile

Del contenido del art. 27 de la Ley 19.913, puede desprenderse tres tipos básicos. El primero, previsto en el art. 27(a) castiga al que “de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos [...]”. El núcleo de la conducta típica es la ocultación o disimulación del origen delictivo de los bienes, es decir, de su cualidad o naturaleza delictiva. A diferencia de lo previsto en otras legislaciones nacionales, el legislador chileno solo utiliza una cláusula abierta en la que puede incluirse cualquier medio o forma a través de las cuales puede realizarse la ocultación o disimulación.

El segundo tipo básico, configurado como alternativa al primero, está contenido al final del art. 27(a) y castiga al que “[...] o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes”. En esta modalidad el núcleo de la conducta típica también es la ocultación o disimulación, pero debe serlo de los bienes materialmente considerados. De esta forma, en la primera modalidad cabrá la posibilidad de que sea de público conocimiento la ubicación o localización de los bienes y lo que se oculta o disimula es su origen delictivo; sin embargo, en esta la acción va dirigida a ocultar o disimular el bien propiamente dicho.

Finalmente, el art. 27(b) penaliza al que, “adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito”. Aunque estas conductas se en-

¹⁴ Sentencia C-191-16, de 20 de abril de 2016, Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

cuentren reguladas conjuntamente con las anteriores, es muy discutible que puedan considerarse LA. Tal como está configurado es más próximo a una modalidad de encubrimiento cualificado por el ánimo de lucro previsto en el art. 277 del CP argentino o un supuesto de recepción previsto en el art. 298 del CP español o en el art. 648 del CP italiano.

4.2.2.5. *España*

El art. 301 del CP contempla dos tipos básicos de blanqueo de capitales. El primero de ellos contenido en el numeral 1 prevé el castigo de quien “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”. Determinar lo que se tipifica en este precepto es un tema sobre el que no existe un acuerdo dentro de la doctrina española y en la misma situación se encontraba la jurisprudencia hasta hace pocos años. Desde mi punto de vista y de acuerdo con un sector de la doctrina (Del-Carpio-Delgado, 2016a) y los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo (STS 265/2015 y 212/2022), este precepto contiene una modalidad de blanqueo que consiste en adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes de procedencia delictiva con la finalidad de ocultar o encubrir esta procedencia o de ayudar a quien intervino en el delito en el cual tienen origen a eludir las consecuencias jurídicas de este¹⁵.

El art. 301.2 del CP contiene la otra modalidad de blanqueo de capitales que consiste en ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos. Este precepto es similar a la primera

¹⁵ Otro sector de la doctrina considera que este precepto castiga de forma separada, por un lado, la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes conociendo su procedencia delictiva y, por otro lado, la realización de cualquier otro acto con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

modalidad de LA previsto en la legislación brasileña ya analizada a la que nos remitimos. Sí cabe advertir, que la legislación brasileña, de acuerdo con los tratados de Palermo, Mérida y Varsovia utiliza el término disimular, mientras que en la española se utiliza el término encubrir previsto en la Convención de Viena.

4.2.2.6. Italia

La legislación italiana distingue dos tipos básicos: el reciclaje y la utilización de bienes de procedencia ilícita, además de tipificar autónomamente el autoreciclaje. En primer lugar, el art. 648 *bis* del CP castiga por *riciclaggio*, a quien sin haber intervenido en el delito previo “sustituya o transfiera dinero, bienes u otros beneficios derivados de un delito, o realice otras operaciones con relación a ellos, para dificultar la identificación de su origen delictivo”. Se observa que, junto con la tipificación expresa de la sustitución o transferencia como conductas típicas, se emplea la fórmula abierta “realice otras operaciones” en relación con los bienes de procedencia delictiva. Estas “otras operaciones” pueden ser similares o distintas a las expresamente prevista, pero en cualquier caso deben ser idóneas para conseguir los mismos resultados que aquellas. Es decir, la realización de estas conductas o de las otras operaciones solo tienen relevancia penal si se realizan con la finalidad de ocultar la identificación del origen delictivo de los bienes.

En segundo lugar, el art. 648 *ter* del CP (*impiego di denaro, beni o utilita' di provenienza illecita*), castiga a quien “utiliza en actividad económica o financiera dinero, bienes u otros beneficios procedentes del delito”. La utilización de estos constituye el núcleo de la conducta típica que debe ser realizada en actividades económicas o financieras, lo que supone la obtención de algún beneficio económico o de un lucro. Este delito es subsidiario con respecto a los delitos de receptación y de reciclaje.

Finalmente, el autoreciclaje está previsto en el art. 648 *ter* del CP y castiga a “quien, habiendo cometido o contribuido a cometer un delito, utiliza, sustituye, transfiere, en actividad económica, financiera, empresarial o especulativa, el dinero, o bien u otro beneficio procedente de la comisión de tal delito, de manera que obstaculice

concretamente la identificación de su procedencia delictiva”. El tipo es una mezcla del contenido de los dos tipos anteriores, pero con peculiaridades propias. A diferencia del reciclaje en el que se utiliza la fórmula abierta “otras operaciones”, en este las conductas típicas están limitadas a la utilización, sustitución y transferencia. Igualmente, la realización de estas operaciones debe ser aptas para dificultar “concretamente” la identificación del origen delictivo de los bienes. Además, estas conductas deben ser realizadas en los contextos expresamente previstos en el precepto. Es importante resaltar que el art. 648 *ter* del CP contienen una cláusula de reserva que excluye expresamente la tipicidad de las conductas que supongan el mero uso o disfrute personal. Así, se prevé que “no son punibles las conductas para las que se destinen dinero, bienes u otras utilidades al mero uso o disfrute personal”.

4.2.2.7. *México*

El art. 400 *bis* del CP prevé dos tipos básicos. Por un lado, el numeral I de este artículo castiga al que “adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita”. Esta norma castiga como LA la realización de una serie de conductas, algunas de igual o similar e incluso distinto contenido, sin ninguna finalidad u objetivo, sobre bienes de procedencia delictiva.

Por otro lado, el numeral II castiga en parecidos términos a lo previsto en los tratados internacionales, al que “oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita”.

4.2.2.8. Perú

El Decreto Legislativo 1106, contiene tres tipos básicos de los cuales dos se configuran en torno a un elemento finalista, es decir, el sujeto debe actuar con la “finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso” de los bienes. Así, el art. 1 de la mencionada norma castiga a quien, con tal finalidad, “convierta o transfiera” bienes de procedencia delictiva; mientras que el art. 3 penaliza al que “transporta, traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional; [...] o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio” tales bienes.

En mi opinión (Del-Carpio-Delgado, 2016a), estas dos modalidades de LA solo se diferencian en los términos utilizados para describir la acción porque el núcleo de la conducta típica es común a ambos, es decir, el sujeto debe realizar cualquiera de los actos con la finalidad de evitar la identificación del origen delictivo de los bienes, su incautación o decomiso. Ambas modalidades de LA se estructuran en torno a este elemento subjetivo especial, por lo que se trata de delitos de tendencia interna trascendente o de resultado cortado cuya característica principal reside en que para su configuración requieren que la intención del autor al realizar cualquiera de las conductas típicas se dirija a un resultado independiente de su propia actuación.

El tercer tipo básico contenido en el art. 2, al que se le denomina “actos de ocultamiento y tenencia” castiga al que “adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder” bienes de procedencia delictiva. Al margen de otras consideraciones, el contenido de este precepto contradice claramente lo que según el legislador peruano constituye un delito de LA. Según el Decreto Supremo N° 018-2017-JUS, publicado el 12 de septiembre de 2017, el LA es “un delito autónomo que tiene su origen en un delito precedente y que consiste en darle apariencia de legalidad a los fondos o activos ilícitos producto de dicho delito, a fin de que circulen sin problema en el sistema económico-financiero”. Asumiendo este concepto de LA, el lector podrá plantearse, entre otras, la siguiente cuestión: ¿cómo podrá conseguirse esta “apariencia de legalidad” si los bienes están guardados u ocultados? Si la finalidad del sujeto es ponerlos en circulación “sin problema” en el sistema económico-financiero, es más que cuestionable, por no decir imposible, que esta

se consiga con el mero hecho de poseer, guardar, custodiar, etc. (Del-Carpio-Delgado 2016a).

Como podrá observarse, cada una de las legislaciones ha tipificado el LA de la forma que ha considerado oportuna, con una discutible técnica legislativa. Algunas han transpuesto, casi literalmente, lo previsto en la Convención de Viena, olvidando que esta solo debe ser considerada como un punto de referencia a partir del cual el legislador nacional debe tipificar como delito las conductas constitutivas de LA teniendo en cuenta, fundamentalmente, los principios que rigen su ordenamiento jurídico y su compatibilidad con otras normas de igual o distinta naturaleza. En otras, se observa el intento de limitar su ámbito de tipicidad, pero aun así no han renunciado a la utilización del casuismo. La descripción de las conductas típicas es innecesariamente prolija y con una retahíla de términos cuyo significado se superpone. En general, se tipifican conductas que poco o nada tienen que ver con lo que realmente constituye LA. Esto denota una evidente tendencia legislativa por expandir su ámbito de aplicación a cualquier conducta realizada sobre bienes de procedencia delictiva.

4.2.3. Objeto material

4.2.3.1. Los bienes como objeto material

Como premisa cabe afirmar que en todas las legislaciones analizadas el objeto material lo constituyen los “bienes”, si bien, en ocasiones, las referencias a este concepto son reiterativas, casuísticas, e incluso superfluas.

Las legislaciones argentina, chilena, colombiana y española utilizan el término “bienes” (si bien la primera se refiere también al “dinero”). Por su parte, el legislador brasileño recurre a la expresión “bienes, derechos o valores”, mientras que la legislación italiana habla de “dinero, bien u otro beneficio” y la mexicana se refiere a los “recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza”. Finalmente, en Perú, se utilizan los términos “bienes, efectos, ganancias, dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador”.

Al margen de lo perturbador que supone utilizar una diversidad de términos para identificar el objeto material, ya que es imposible enumerar todos los posibles objetos o abarcar todas las modalidades que estos pueden adoptar, este casuismo es innecesario si tenemos en cuenta que estos son sinónimos o similares unos de otros y tienen cabida en un concepto amplio del término “bienes” que está presente en todas estas legislaciones.

Dentro de este último se comprenden cualquiera de los objetos descritos anteriormente porque, tal como se prevé en la Directiva (UE) 2018/167, un concepto amplio de “bienes” incluye activos de cualquier tipo (materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, tangibles e intangibles) y documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma (incluidas la electrónica o la digital), que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos (Del-Carpio-Delgado, 2023). Este concepto que, con ligeras variaciones, se prevé únicamente en la legislación chilena¹⁶, permite abarcar todas las formas o modalidades que los bienes puedan revestir.

Sin embargo, es necesario establecer determinados criterios que permitan excluir algunos bienes que, teniendo origen delictivo, no pueden ser objeto de LA (Del-Carpio-Delgado 1997). Estos criterios que han sido asumidos tácita o expresamente por la doctrina (Caro Coria, 2016; Henrique Badaro & Cruz Botini, 2016) y jurisprudencia son los siguientes: (a) debe tratarse de bienes que, siendo aptos para ser valorados económicamente, pueden formar parte del patrimonio; y (b) deben ser susceptibles de incorporarse al tráfico económico.

El primer criterio permite excluir todos aquellos bienes de origen delictivo que solo tienen un valor afectivo o sentimental y, por lo tanto, no pueden formar parte del patrimonio de persona alguna. El segundo criterio excluye los bienes que pueden tener un valor económico en el mercado paralelo o ilícito, pero no pueden ser incorporados al tráfico económico legal, por ejemplo, los billetes falsificados.

¹⁶ Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Todos los demás bienes que tienen un origen delictivo y cumplen con estos dos criterios pueden ser objeto de lavado como, por ejemplo, el precio, recompensa o promesa para cometer una actividad delictiva, su producto (o *producta scaeleris*), su beneficio, utilidad o ganancia. También puede ser objeto del LA el objeto material de la infracción penal previa siempre que, además de cumplir con los criterios vistos más arriba, la ejecución de los actos de lavado sobre dicho objeto no constituya la actividad delictiva previamente cometida o no pueda ser consumido en esta (Abel Souto, 2005; Blanco Cordero, 1997).

Por el contrario, no pueden ser objeto material de lavado los instrumentos utilizados en la comisión de la infracción penal previa (como, por ejemplo, la embarcación utilizada en el transporte de drogas) porque estos bienes no tienen su origen, ni han sido generados, por la comisión de un delito. Sin embargo, si estos se convierten en ganancias, entonces estas sí serán objeto material idóneo para el LA.

Con relación al valor de los bienes no se prevé un límite mínimo, por lo que, teóricamente, cabría la posibilidad de configurar un delito de LA con respecto a bienes cuyo valor puede ser, por ejemplo, inferior a 500 dólares. Sin embargo, en algunas legislaciones la cuantía o valor de los bienes es un criterio que permite diferenciar entre tipos básicos, atenuados o agravados. Como vimos, en Argentina, el tipo básico se configura cuando el valor de los bienes supera la suma de trescientos mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; mientras que, si el valor de los bienes es menor será de aplicación el tipo atenuado.

En la legislación peruana expresamente el valor de los bienes no forma parte de ninguno de los tres tipos básicos, pero tras una interpretación sistemática se concluye que sí es relevante para determinar si deben aplicarse estos o, por el contrario, los correspondientes tipos atenuados o agravados. Así, el art. 4.3 del Decreto Legislativo 1106 prevé una pena más grave cuando el valor de los bienes es superior al equivalente a quinientas unidades impositivas tributarias (UIT) (cuyo valor previsto para 2022 es de 4600 soles peruanos), mientras que el primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo contempla una pena atenuada cuando el valor de los bienes no sea superior al equivalente a 5 UIT. Teniendo en cuenta estos límites,

que el juez está obligado a tener en cuenta a la hora de imponer la pena (la pena “será”), los tipos básicos serán de aplicación cuando el valor de los bienes sea superior a 5 UIT y hasta 500 UIT.

Visto lo anterior, desde mi punto de vista, la utilización del término “bienes” es suficiente para describir el objeto material. Ahora bien, aunque su valor sea irrelevante para establecer la existencia de LA, éste debe ser tenido en cuenta, no solo para descartar la tipicidad de algunos supuestos sino también para graduar el desvalor de la acción y, en consecuencia, imponer una sanción proporcional a esta. Por esta razón, valoro positivamente el establecimiento de tipos atenuados y/o cualificados en atención al valor de los bienes, como es el caso de la legislación argentina o peruana. En cualquier caso, sería recomendable que el valor de los bienes estuviese condicionado a una determinada fórmula, como es el caso de Perú; pero no a cantidades dinerarias, tal como prevé Argentina, porque los procesos inflacionarios o devaluatorios inciden directamente en el valor de los bienes, por lo que la utilización de esta fórmula o de cualquier otro mecanismo permite su actualización sin necesidad de modificar la ley.

4.2.3.2. *El origen de los bienes: la previa comisión de una infracción penal*

La previa comisión de un hecho en el cual tienen origen los bienes es un requisito esencial del delito de LA, y para denominarlo las legislaciones utilizan distintos términos a los que hay que dotarles de contenido. Esto es especialmente importante con relación a las legislaciones que prevén un sistema bipartito de las infracciones penales distinguiendo así entre los delitos/crímenes y las faltas/contravenciones.

La legislación chilena establece expresamente que el hecho previo debe ser constitutivo de “delito”, mientras que la legislación argentina se refiere a “ilícito penal” y debe ser considerado como sinónimo de delito. Además, la legislación española utiliza la locución “actividad delictiva” que, tras la desaparición de las faltas o su conversión en delitos leves, debe entenderse como delito.

Las legislaciones mexicana y peruana utilizan, por su parte, los términos “actividad ilícita” u “origen ilícito”. Aunque, en principio,

lo ilícito es todo aquello contrario a Derecho incluidos, por ejemplo, los ilícitos civiles o administrativos, en estas aparecen mencionados expresamente hechos constitutivos de delito. Así, claramente, el párrafo segundo del numeral II del art. 400 *bis* del CP mexicano dispone que se entenderá que son producto de una actividad ilícita las ganancias derivadas de la comisión de “algún delito”. Con relación a la normativa peruana, el art. 10 del Decreto Legislativo 1106 dispone que el conocimiento del “origen ilícito” corresponde a actividades criminales como los “delitos” de minería ilegal, el tráfico de drogas, entre otras. En atención a esto, cabe concluir que el hecho previo debe ser constitutivo de delito quedando excluidas las faltas previstas en el libro III del CP peruano.

Por el contrario, la normativa brasileña se refiere a “infracción penal”, por lo que debe incluirse tanto los crímenes como las contravenciones penales. Lo mismo cabe decir de la regulación italiana que, tras la reforma de 2021 del CP, el objeto material puede tener su origen en cualquier delito o en una contravención que cumpla con los requisitos que veremos más adelante.

Establecido que los bienes deben tener su origen en la previa comisión de un delito/crimen, o, en los casos brasileño e italiano, en una contravención penal, la siguiente cuestión a resolver es: ¿cuáles son las infracciones penales que tienen la consideración de previas o precedentes? En las legislaciones que estamos analizando existen tres sistemas: *numerus clausus*, umbral o amplio.

La legislación chilena mantiene el sistema *numerus clausus* o de catálogo, es decir, delitos previos solo pueden serlo aquellos expresamente mencionados en el art. 27(a), dentro de los que se encuentran el tráfico de drogas, el tráfico de armas, los relacionados con el terrorismo, contra la propiedad intelectual, prevaricación, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho, entre otros.

El mismo sistema es seguido por la legislación colombiana, dentro de la que cabe distinguir dos supuestos. En primer lugar, deben proceder de “actividades” de los delitos descritos expresamente en el art. 323 del CP como tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, rebelión, tráfico de armas, tráfico de drogas,

contrabando, entre otros. Es decir, en principio, se opta por un sistema *numerus clausus* o de catálogo. Sin embargo, tras este precepto se incluye una cláusula según la cual también serán susceptibles de lavado los bienes “vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir”. En la práctica, esto supone abarcar bienes que proceden de cualquier delito que se haya cometido por varias personas que se concierten con el fin de cometer delitos, de acuerdo con lo previsto en el art. 340 del CP. En segundo lugar, también abarca a los bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

Las legislaciones italiana y peruana contemplan un sistema de umbral en atención a la pena privativa de libertad que tenga asignada la infracción penal o a su naturaleza. Antes de la reforma de 2021 del CP italiano, el hecho previo solo podía constituirlo un delito doloso, de forma que se excluían los delitos culposos y las contravenciones. En la actualidad, el hecho previo puede ser cualquier delito, sea doloso o culposo, así como las contravenciones castigadas con pena de arresto por un máximo de un año o un mínimo de seis meses.

Con relación a la legislación peruana, hemos visto que los preceptos que regulan los tipos básicos de LA (arts. 1, 2 y 3) solo se refieren al origen ilícito del objeto material. Sin embargo, el párrafo segundo del art. 10 del Decreto Legislativo 1106 menciona expresamente a “actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, financiamiento del terrorismo, contra la Administración Pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes”, entre otros, para terminar utilizando la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”, con la excepción del delito de receptación regulado en el art. 194 del CP peruano. Esto supone que el hecho previo debe ser constitutivo de delito, excluyéndose el delito de receptación y las faltas, por lo que la mención expresa de estos delitos, aunque sea a título ejemplificativo, es innecesaria.

Argentina, Brasil, España y México contemplan un sistema amplio de forma que, cualquiera de las infracciones penales previstas en su legislación, sean constitutivas de delitos y/o contravenciones, puede ser previa o precedente del LA.

Para concluir, los bienes como objeto material del LA deben tener origen en la previa comisión de un hecho delictivo o una infracción penal. Destacar que no parece oportuno extender el LA a bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada, tal como contempla la legislación colombiana por ser una muestra más de la desmesurada expansión que se le da a este delito. En cualquier caso, independientemente del sistema que se adopte, hay que tener en cuenta que no todas las infracciones penales, independientemente de su naturaleza o gravedad, pueden constituirse como previas o precedentes del LA. Solo tendrán esta consideración aquellas con capacidad de generar bienes susceptibles de constituirse como objeto material del delito, tal como establece la legislación peruana.

4.2.3.3. *Los bienes sustitutivos y el lavado en cadena*

El dinamismo que caracteriza al LA obliga a plantearse si solo los bienes directamente originados en la infracción penal pueden ser objeto material o si, por el contrario, también pueden serlo los que han sustituido a estos. Esta cuestión es resuelta expresamente por el legislador chileno y mexicano al establecer que los bienes pueden proceder “directa o indirectamente” de un delito. Lo mismo cabe afirmar respecto a la legislación argentina que se refiere a los bienes “originarios o los subrogantes” o la legislación colombiana que prevé el origen “mediado o inmediato”.

Tal como admite la doctrina (Abel Souto, 2005; Aránguez Sánchez, 2000; Vidales Rodríguez, 1997), a falta de una previsión expresa, esta regla puede ser extensible a las legislaciones española, italiana y peruana, entre otras razones, para evitar lagunas de punibilidad.

Una situación distinta plantea la legislación brasileña. El primer tipo básico que consiste en la ocultación o disimulación de determinados aspectos de los bienes prevé expresamente la procedencia directa o indirecta de estos. Sin embargo, los otros dos tipos básicos, solo se refieren a los bienes “procedentes de una infracción penal”. La utilización de fórmulas distintas permite realizar una interpretación restrictiva que limite el objeto material de estos dos tipos básicos a los bienes de procedencia directa. Ahora bien, las posibles lagunas de punibilidad que pudieran surgir cuando los bienes tengan una

procedencia indirecta podrán ser cubiertas, si procede, aplicando el primer tipo básico (Henrique Badaro & Cruz Botini, 2016).

Otra cuestión es el LA en cadena, es decir, si los bienes que tienen origen en un delito de LA pueden constituirse como objeto material de un posterior delito de LA, dicho de otra forma, si el LA puede ser considerado delito previo o precedente. En principio, en las legislaciones que han optado por los sistemas amplio y/o de umbral no hay inconveniente en que el delito previo lo constituya cualquier delito de LA.

Por el contrario, la legislación chilena contempla un sistema de catálogo dentro del cual no se encuentra el LA, esta posibilidad no existe. Lo mismo cabe afirmar respecto a la legislación colombiana que, en general, excluye la posibilidad de configurar un delito de LA en cadena al no estar incluido dentro de su catálogo el delito de LA. Ahora bien, teniendo en cuenta que también son susceptibles de lavado los bienes que proceden de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, en caso de que este delito sea ejecutado en estas circunstancias, los bienes que tengan origen en éste podrán ser objeto de un delito de LA en cadena.

4.2.3.4. *Bienes procedentes en un hecho cometido en el extranjero*

Como consecuencia de la naturaleza transnacional del LA cabe la posibilidad de que los bienes tengan origen en un hecho cometido en un país distinto al que vaya a juzgar los actos de lavado. Esta situación obliga a determinar si este hecho debe ser constitutivo de infracción penal tanto en el país de comisión como en el que vaya a juzgar las conductas de LA o, por el contrario, es suficiente que lo sea en este último (Del-Carpio-Delgado, 2021a).

Esta cuestión ha sido resuelta expresamente en Argentina, donde el art. 303.5 del CP argentino prevé que las disposiciones relativas al LA serán aplicables “aun cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión”. La legislación chilena (Ley 19913, art. 27) contiene una disposición similar según la cual

serán castigadas igualmente como LA cuando “los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos” señalados en su catálogo. En estas dos legislaciones se ha previsto expresamente la concurrencia de la doble incriminación, es decir, el hecho previo debe ser constitutivo de delito según la legislación del país de comisión como en la de Argentina o Chile, respectivamente. Además, hay que tener en cuenta que en el caso de Chile, el delito cometido en el extranjero debe ser cualquiera de los previstos en su catálogo.

Una fórmula distinta utiliza legislador español. El art. 301.4 del CP español prevé que el “culpable será igualmente castigado, aunque el delito del cual provienen los bienes [...] hubiese[n] sido cometido[s], total o parcialmente en el extranjero”. En parecidos términos el art. 323 CP colombiano dispone que el LA será punible “aun cuando las actividades de que provinieren los bienes [...] se hubiese[n] realizado, total o parcialmente en el extranjero”. Sin embargo, ninguna de estas legislaciones prevé nada respecto a si es necesaria o no la doble incriminación.

Las legislaciones mexicana y peruana no prevén tampoco nada al respecto, aunque cabe afirmar que tácitamente reconocen que el delito previo en el cual tienen origen esos bienes puede haberse cometido fuera del territorio nacional al castigar como LA el transporte o transferencia, “hacia el extranjero o a la inversa”, o “hacer ingresar” al territorio nacional bienes de procedencia delictiva. Lo mismo cabe afirmar respecto a la legislación brasileña (Lei 9.613/98, art. 2.II), en la que se determina la irrelevancia del proceso y sentencia de las infracciones penales previas, “aunque sean cometidas en otro país”.

En mi opinión, aunque no se prevea expresamente, debe exigirse la concurrencia de la doble incriminación, tal como se establece en las legislaciones argentina y chilena (Del-Carpio-Delgado, 2021a). Es decir, el hecho previo cometido total o parcialmente en el extranjero debe tener la misma naturaleza y concurrir en él las características que cabría exigir si hubiese sido cometido en el país donde vaya a juzgarse el LA. Una opción distinta supondría extender el castigo por LA a los bienes, por ejemplo, que proceden de un hecho lícito en el lugar de comisión o de hechos ilícitos no constitutivos de delitos (Del-Carpio-Delgado, 2021a).

4.2.3.5. *La autonomía del LA y su nexo con la infracción penal previa*

El LA requiere la comisión de una infracción penal previa o precedente, por lo que es necesario determinar qué grado de unión o nexo debe existir entre ambos, es decir, qué elemento del concepto dogmático de delito o de infracción penal debe reunir el hecho previo para que el LA sea penalmente relevante.

Con relación a la legislación chilena, según dispone en el art. 27(5) de la Ley 19913, los bienes deben tener origen en un “hecho típico y antijurídico” de los contemplados en su catálogo o lista. Las legislaciones española (art. 300 del CP) e italiana¹⁷ no determinan qué elementos deben concurrir, pero sí mencionan cuales no son necesarios para su consideración como tal: la culpabilidad y la punibilidad. En Brasil, en parecidos términos, el art. 2 (sección 1) de la Lei 9.613/98 dispone que los actos de LA serán punibles “aunque el autor sea desconocido o esté exento de pena, o se haya extinguido la pena de la infracción penal antecedente”. El resto de las legislaciones, como la colombiana, no prevén nada al respecto, pero de acuerdo con la doctrina cabe sostener que el hecho previo en el que tengan origen los bienes debe ser típico y antijurídico (Hernández Quintero, 2018), siendo irrelevante que el interviniente en el mismo no sea culpable o esté exento de pena.

En general, tanto doctrina (Caro Coria, 2016; Hernández Quintero, 2018; Henrique Badaro & Cruz Botini, 2016) como jurisprudencia consideran que para determinar o probar la existencia de este hecho típico y antijurídico, no es necesario una “sentencia condenatoria previa”. La procedencia delictiva de los bienes puede “establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el LA” (lo que en la mayoría de los casos se basa en la prueba indiciaria), tal como expresamente contempla el legislador chileno en el art. 27 de la Ley 19913. En este sentido, en Brasil, el art. 2 (sección 1) de la Lei

¹⁷ *Vid.* últimos párrafos de los arts. 648 *bis* y 648 *ter* del CP italiano, que se remiten a lo dispuesto en el último párrafo del art. 648, el cual prevé lo siguiente: “Lo dispuesto en este artículo también se aplica cuando el autor del delito del que proviene el dinero o las cosas no es imputable o no es punible o cuando no existe condición de admisibilidad referente a ese delito”.

9.613/98, prevé que la denuncia irá acompañada de “indicios suficientes de la existencia de la infracción penal antecedente”.

La legislación colombiana no prevé nada al respecto, por lo que cabe sostener que no es necesaria la previa condena por el delito que genera los bienes. Ahora bien, esto no significa la renuncia a la identificación de su procedencia delictiva ni menos a que esta se determine a partir de la “mera” inferencia judicial al interior del proceso, tal como se determina en algunas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia (CSJ Proceso 23174; CSJ 40120; CSJ Proceso 49906).

La misma situación se presenta en el caso español, pero teniendo en cuenta que el LA no es un delito de sospecha, el TS establece que para la condena por este delito es necesaria la certeza más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito, entre los que se encuentra la actividad delictiva previa e idónea para generar ganancias o bienes (STS 220/2015). Este delito previo constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo, y su prueba condición asimismo de tipicidad (STS 974/2012), lo que supone que si no “se precisa cuál es el delito de origen, ni siquiera por referencia a una actividad delictiva mínimamente identificada”, no cabe condenar por LA.

El mismo criterio se viene siguiendo en la jurisprudencia italiana, que establece claramente que el delito de *riciclaggio* no castiga la mera posesión injustificada de bienes, incluso cuando se trate de grandes sumas de dinero. Por el contrario, es necesario probar, al menos indiciariamente, que los bienes son de procedencia delictiva (*vid.*, entre otras, Cassazione Penale, Sezione Seconda, 23 junio 2016).

En el caso de Perú, según se desprende de lo previsto en el art. 10 del Decreto Legislativo 1106, la consecuencia inmediata de la autonomía del LA es que “para su investigación, procesamiento y sanción 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 condena”. La literalidad de este precepto permitiría condenar por LA sin la mínima prueba sobre la procedencia delictiva de los bienes, es decir, se condenaría por la mera posesión injustificada o el incremento injustificado del patri-

monio. Sin embargo, estando de acuerdo en que no cabe exigir la condena del delito previo, es necesario determinar, por un lado, que los bienes tienen origen delictivo y, por otro lado, que el sujeto era conocedor de esta situación. Precisamente por ello, el inciso último del párrafo segundo del mismo artículo dispone que el “origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”.

El LA es un delito autónomo, no es un delito conexo o de referencia a otro. Pero esta autonomía no es absoluta, sino que, tal como hemos visto, tiene cierta dependencia respecto de la infracción penal previa o precedente porque el LA existe en la medida que previamente se haya cometido esta y genere bienes idóneos para constituir su objeto material. Este delito hecho delictivo previo es un elemento normativo del tipo y, por lo tanto, objeto de prueba en el respectivo proceso penal.

4.2.4. El sujeto activo y el problema del autolavado

4.2.4.1. El LA como delito común

En todas las legislaciones analizadas, el LA se configura como un delito común, es decir, cualquier persona puede ser sujeto activo. Ahora bien, en algunas legislaciones, la concurrencia de determinadas cualidades en el sujeto activo o el ejercicio de determinadas profesiones constituyen circunstancias que pueden agravar la pena.

Teniendo en cuenta que el LA requiere la previa comisión de un delito en el cual tienen origen los bienes, la cuestión que veremos inmediatamente es si cabe la posibilidad de castigar por LA a los intervinientes en este.

4.2.4.2. El interviniente en la infracción penal previa como sujeto activo de LA

En el derecho comparado pueden encontrarse legislaciones que optan por un modelo o sistema alternativo que excluye expresamente como sujeto activo del LA a los intervinientes en la infracción penal

o, por el contrario, por un modelo acumulativo que prevé la responsabilidad de los intervinientes en el delito previo por el posterior de LA. Además, cabe resaltar que algunas legislaciones no contemplan nada al respecto.

El modelo alternativo, adoptado expresamente por la legislación italiana hasta su derogación en 2014, ha sido abandonado progresivamente de forma que en la actualidad algunas legislaciones han previsto, bien a través de una cláusula general o bien tipificándolo como una modalidad específica de LA, el castigo del “autolavado”.

En el primer grupo se encuentra la legislación chilena que prevé expresamente que si el autor o participe del delito previo “incurre, además” en un delito de LA “será también sancionado” conforme a este. En parecidos términos, la legislación peruana establece que también podrá ser considerado sujeto activo de LA “quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”. La legislación española se refiere a la “actividad delictiva cometida por él” o por cualquier tercera persona. La legislación colombiana prevé expresamente que la pena prevista es “por esa sola conducta”. En este mismo grupo debe incluirse también a la legislación italiana, si bien es la única que castiga en el art. 648-ter CPI de forma autónoma el *autoricyclaggio*, cuyo análisis puede verse en el epígrafe relacionado con las conductas típicas.

Argentina, Brasil y México no prevén nada al respecto, lo que motiva que haya algunos autores que aceptan la posibilidad del castigo del autolavado (Henrique Badaro & Cruz Botini, 2016) y otros que la excluyen (Barros, 2013). Con relación a la regulación argentina, antes de la reforma de 2011 del CP, las conductas de lavado se tipificaron como un supuesto agravado del delito de encubrimiento del que se excluía expresamente al que hubiera intervenido en el delito previo. Tras esta reforma, el LA se configura como un delito contra el orden socioeconómico y ya no se prevé esta exclusión. Igualmente, la legislación brasileña no excluye el autolavado.

En el caso de México, los dos preceptos que regulan el LA están ubicados conjuntamente con el delito de encubrimiento, pero en un capítulo independiente. El art. 400 que regula el encubrimiento, excluye expresamente como sujeto activo al que haya participado en

el delito previo (“sin haber participado en éste”). Sin embargo, en el art. 400 *bis* que regula el LA solo se refiera “al que por sí o por interpósita persona”. Al margen de las consideraciones que puedan realizarse sobre la decisión del legislador mexicano de contemplar expresamente el castigo de la autoría mediata del LA, lo cierto es que, al igual que sucede con las legislaciones argentina y brasileña, no excluye el castigo del interviniente en el delito previo tal como lo hace cuando se trata del encubrimiento. Lo mismo cabría afirmarse con relación a la regulación de la receptación, delito con el que el LA comparte algunos elementos comunes salvo el relativo al sujeto activo.

Existen otras razones, como la afectación a uno o varios bienes jurídicos distintos al protegido por la infracción penal previa que permiten sostener la punición del autolavado, pero, en cualquier caso, desde mi perspectiva, aunque dentro del círculo de sujetos activos quepa incluir a los intervinientes en la infracción penal previa, su castigo por autolavado no puede ser automático (Del-Carpio-Delgado, 2016b), ni menos configurar *per se* un concurso de delitos entre el delito previo y el posterior de LA o cualquier otro que el sujeto cometa. Así, por ejemplo, es muy discutible castigar por autolavado al sujeto que utiliza los bienes objeto de la infracción penal cometida por él para su uso o disfrute personal (supuesto excluido expresamente en la legislación italiana). Lo mismo cabe decir respecto, a los actos que supongan un acto posterior impune o copenado o queden subsumidos en la infracción previa.

Precisamente, por estas y otras razones, desde mi punto de vista, para determinar la procedencia o no del castigo del autolavado debe realizarse un análisis conjunto del contenido de cada uno de los tipos que constituyen el LA y de la infracción penal de la cual proceden los bienes.

4.2.5. El tipo subjetivo

El LA se configura como un delito doloso que requiere que el sujeto activo actúe con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, especialmente del origen delictivo de los bienes y de la conducta típica.

Al igual que lo previsto en la normativa internacional algunas legislaciones mantienen en sus preceptos la referencia expresa al conocimiento de la procedencia de los bienes. Así, por ejemplo, según la legislación chilena el sujeto debe actuar “a sabiendas” de la procedencia delictiva de los bienes o “ha conocido su origen ilícito” en el momento de recibirlos. En el mismo sentido, la legislación española prevé que el sujeto actúe sobre los bienes “sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva”. La legislación mexicana utiliza la fórmula “cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita”; mientras que la peruana se refiere a “cuyo origen ilícito conoce o debía presumir”. Estas expresiones forman parte del dolo y suponen el conocimiento del sujeto de que los bienes sobre los que realiza la conducta típica tienen su origen en una actividad delictiva en los términos ya analizados. Así, por ejemplo, con relación a la legislación chilena, el sujeto debe saber que proceden de uno de los previstos en el art. 27 de la ley 19913 o en el caso de la legislación peruana que proceden de un delito y no de una falta.

Aunque el resto de las legislaciones no prevén expresamente nada al respecto, es necesario que el sujeto conozca el origen delictivo de los bienes. Así, por ejemplo, de acuerdo con la legislación italiana, el sujeto debe conocer que proceden de un delito o de una contravención castigada con arresto por un máximo de un año o un mínimo de seis meses. Lo mismo cabe decir de la regulación colombiana. Es decir, para castigar por LA el sujeto debe conocer que los bienes proceden de cualquiera de los delitos expresamente previstos en el art. 323 CP o que se trata de bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

Cabe resaltar que, además del conocimiento del origen delictivo de los bienes, la legislación argentina requiere que el dolo abarque el valor de estos de forma que si, por ejemplo, el sujeto desconoce que este no es superior a los 300 mil pesos, cifra a partir de la cual se configura el tipo básico, solo podrá responder por el tipo atenuado.

Ahora bien, aunque no se exija un conocimiento exacto o pormenorizado, bastando un conocimiento aproximado de la significación social y jurídica de la previa existencia de un hecho delictivo en el cual tiene origen los bienes objeto de lavado, la ausencia de este

elemento supone la atipicidad de los hechos, salvo que la legislación respectiva contemple el castigo de LA por culpa o imprudencia.

Algunas legislaciones prevén expresamente que el sujeto actúe con alguna finalidad o que su voluntad esté dirigida hacia un propósito ulterior. Este requisito también está presente en todos los tratados internacionales analizados anteriormente con relación a las conductas de obligada tipificación como LA por los Estados parte. Así, por ejemplo, en el segundo tipo básico previsto en la legislación brasileña, el sujeto debe realizar cualquiera de las conductas “para” ocultar o disimular la utilización de los bienes. Igualmente, el primer tipo básico previsto en el art. 301.1 del CP español prevé que el sujeto actúe “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”. Así mismo, en el caso de Perú los tipos básicos primero y tercero requieren que el sujeto actúe sobre los bienes con la “finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. Finalmente, el delito de emprendimiento al LA previsto en la legislación argentina requiere también que el sujeto reciba los bienes con el “fin” de hacerlos utilizar en actos de lavado.

La doctrina está dividida en torno a la naturaleza de este elemento. Aunque un sector considera que se trata de aspectos volitivos del dolo (Blanco Cordero, 1997), en mi opinión, son elementos específicos del tipo subjetivo distintos del dolo, lo que supone que para que una conducta sea constitutiva de LA, el sujeto debe actuar con cualquiera de las finalidades previstas. Además, desde mi punto de vista, la inclusión de este elemento debe ser valorada positivamente porque permite delimitar los delitos de LA de otros de similar naturaleza como la receptación o el encubrimiento, o de otras figuras penales como puede ser el decomiso de bienes adquiridos o transferidos a terceros (Del-Carpio-Delgado, 2016b).

En general, el ánimo de lucro no constituye un elemento del tipo subjetivo del LA. Esto no supone que no se den casos en los que el autor actúe precisamente por un interés o cualquier ventaja económica, propia o ajena, que pueda derivarse de los actos de lavado. Al no ser un elemento del tipo no cabe ni siquiera plantear su necesidad de prueba en el respectivo proceso penal. Sin embargo,

uno de los tipos de LA previsto en la legislación chilena que consiste en adquirir, poseer, tener o usar, si requiere que el sujeto actúe con ánimo de lucro.

4.2.6. El lavado de activos por imprudencia

Como hemos visto, ninguno de los instrumentos internacionales contempla la tipificación del LA por culpa o imprudencia. A pesar de ello, tanto la legislación chilena como la española prevén el castigo de esta modalidad de LA, aunque con fórmulas distintas.

En Chile, el art. 27.4(b) de la Ley 19.913, prevé el castigo “de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b)” cuando el sujeto “no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable”. Según este precepto, el castigo de la imprudencia abarca a los tres tipos básicos de LA estableciéndose expresamente que recae sobre el conocimiento del origen delictivo de los bienes. El art. 303.3 del CP español también castiga el LA cuando “los hechos se realizasen por imprudencia grave”. A pesar del lacónismo utilizado que conllevaría a interpretar que la imprudencia debe recaer sobre todos los elementos de los dos tipos básicos, tanto la doctrina (Ferré Olivé, 2020) como la jurisprudencia mayoritaria (STS 928/2006; STS 1034/2005) sostienen que esta debe recaer únicamente sobre el conocimiento del origen delictivo de los bienes, tal como expresamente está previsto en la legislación chilena.

En ninguna de estas legislaciones se dice nada expresamente respecto a si se trata de un delito especial o común. Si se considera que se trata de un delito especial solo podrá ser sujeto activo aquel que tenga legalmente establecido cualquier tipo de obligaciones relacionadas con la prevención del LA. Así, con relación a la legislación chilena, quien se encuentra obligado a informar operaciones sospechosas según lo previsto en el art. 3 de la Ley 19913, mientras que, en el caso de la legislación española, los “sujetos obligados” a los que se refiere el art. 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Sin embargo, al menos en el caso de España, las más recientes resoluciones del TS (STS 749/2015; STS 1582/2021) vienen imponiendo la tesis

de que estamos ante un delito que puede ser cometido por cualquier persona, por lo que, al igual que sucede con el delito de LA doloso, es un delito común.

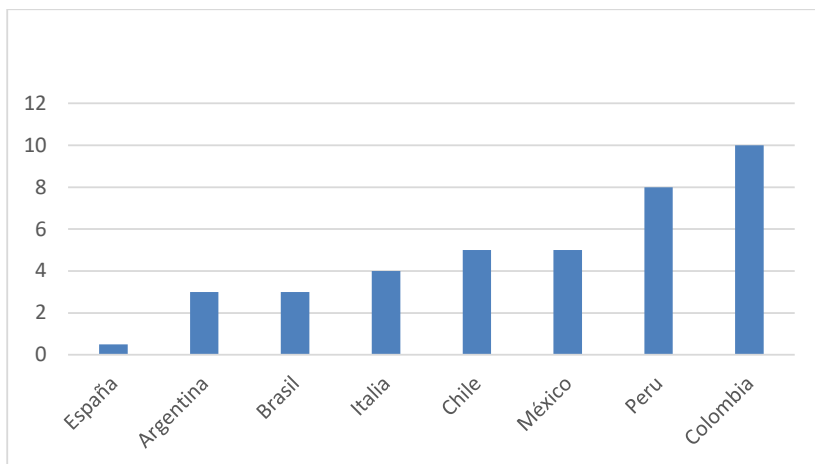
Es muy positivo que la mayoría de las legislaciones no contemplen el LA por imprudencia. Son muchas las razones por la que no estoy de acuerdo con el castigo del LA por imprudencia, pero solo resaltaría el hecho de que, tal como se ha denunciado, se ha convertido en un auténtico “cajón de sastre” y se ha utilizado como una calificación alternativa a cualquier otro delito.

4.2.7. El sistema de penas

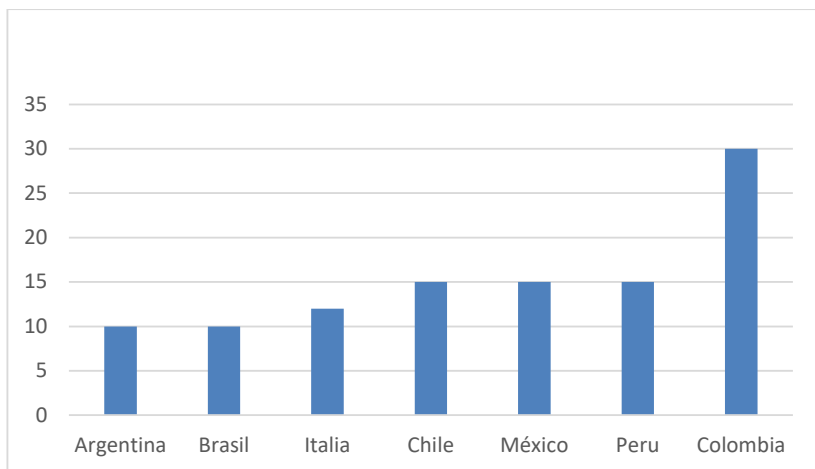
En el análisis del sistema de penas vamos a distinguir el contemplado para los tipos básicos del previsto para los tipos atenuados y cualificados.

4.2.7.1. Tipos básicos

Todas las legislaciones analizadas prevén como penas principales la privativa de libertad y la multa. Con relación a los tipos básicos, como puede observarse en el siguiente cuadro, los límites mínimos de la pena de prisión van de 6 meses, previsto en la legislación española, a 10 años contemplado en el caso de Colombia.



Mientras que, los límites máximos van de 6 años, previsto en la legislación española, a 30 años contemplado en la legislación colombiana.



Ahora bien, no hay que perder de vista que algunas legislaciones tipifican autónomamente y, por lo tanto, con un marco penal propio, el favorecimiento al LA (Argentina) o el autolavado (Italia). En el

primer caso, el marco penal es prisión de 6 meses a 3 años, mientras que en el segundo supuesto es prisión de 2 a 8 años y multa de 5000 a 25 000 euros. En ambos casos, el marco penal previsto para la prisión es inferior al de los tipos básicos.

En general, la notable gravedad de las penas de prisión previstas, tanto en sus límites mínimos como máximos, supone que el LA puede ser castigado, en algunos casos, más gravemente que la infracción penal previa. Sin embargo, cabe resaltar que la legislación chilena contempla, al igual que lo hace la española para el delito de recepción (art. 298.4 del CP español), que la pena a imponer por LA dependa de la pena abstracta asignada al delito previo. Dicho de otro modo, la pena máxima aplicable por el delito de LA no puede ser superior a la legalmente establecida para el autor del delito previo.

La imposición de la pena de multa depende del sistema previsto en cada una de las legislaciones y pueden englobarse en cuatro grupos. En un primer grupo, estarían los países que fijan una cuantía con sus límites mínimos y máximos. Es el caso de Italia que prevé para cualquiera de los tipos básicos, incluyendo el autorreciclaje, pena de multa de 5 000 a 25 000 euros.

En el segundo grupo, se incluyen los países que determinan la multa en atención a una fórmula que permite su actualización sin necesidad de modificar la regulación penal. Así, por ejemplo, Chile prevé que la multa sea el equivalente a doscientas mil unidades tributarias mensuales y Colombia dispone que la multa sea de mil a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En un tercer grupo están Argentina, que contempla la multa en proporción al monto de la operación, y España que la vincula al valor de los bienes objeto de lavado.

Finalmente, en el cuarto grupo se encuentran los países que contemplan el sistema de días-multa cuyos límites mínimos y máximos son fijados en la ley y la cuantía, depende de la capacidad económica del condenado. En el caso de Perú, los arts. 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 prevén una multa de 120 a 350 días siendo el importe del día multa, de conformidad con el art. 44 del CP, el equivalente al ingreso promedio diario del condenado que se determina atendiendo a su patrimonio, renta, remuneraciones, nivel de gasto y demás sig-

nos exteriores de riqueza. En este mismo grupo debe incluirse Brasil, aunque a diferencia de Perú, el régimen aplicable es el general previsto en el art. 49 et seq. del CP brasileño. Este precepto establece un mínimo de 10 y máximo de 360 días-multa, estableciéndose que el valor del día-multa no puede ser inferior a un trigésimo del mayor salario mínimo mensual vigente en el momento de la comisión de los hechos, ni superior a 5 veces ese salario.

Como puede comprobarse, la mayoría de los marcos penales previstos se caracterizan por una inexplicable exacerbación tanto en sus límites mínimos como máximos. Por lo general, no se contempla un sistema penológico progresivo ni proporcional a la gravedad de los hechos.

4.2.7.2. *Tipos privilegiados o atenuados*

Junto a los respectivos tipos básicos, algunas legislaciones contemplan tipos atenuados o privilegiados en atención al valor de los bienes, a la naturaleza de la infracción penal previa o a la colaboración espontánea.

Argentina y Perú prevén tipos atenuados en función de la cuantía o valor de los bienes. Según lo previsto en el CP argentino, si el valor es hasta 300 000 mil pesos, la pena a imponer es prisión de seis meses a tres años, mientras que, según la legislación peruana, si el valor no es superior al equivalente a 5 UIT, la pena es prisión de 4 a 6 años y de 80 a 110 días-multa.

Tras la reforma en noviembre de 2021 del CP italiano, la pena se gradúa en función de la naturaleza o gravedad de la infracción penal del cual proceden los bienes. En primer lugar, los dos tipos básicos y el reciclaje contienen una cláusula general según la cual, la pena se atenúa si los bienes proceden de un delito castigado con pena de prisión inferior a cinco años. En segundo lugar, la pena es prisión de dos a seis años y multa de 2500 a 12 500 euros cuando el objeto material de los dos tipos básicos procede de una contravención sancionada con arresto por un máximo de un año o un mínimo de seis meses, mientras que, si se trata del autorreciclaje la pena es prisión de uno a cuatro años y multa de 2500 a 12 500 euros.

Brasil y Perú contemplan tipos atenuados cuando los intervinientes en el LA prestan una colaboración espontánea para el esclarecimiento de los hechos. Por un lado, la legislación brasileña dispone que la pena prevista en los tipos básicos puede ser reducida de uno a dos tercios, facultándose al juez dejarla de aplicar o sustituirla por pena restrictiva de derechos. Por otro lado, la legislación peruana contempla penas de prisión de 4 a 6 años y de 80 a 110 días multa.

El resto de legislaciones como las de Colombia o España, no prevén expresamente ninguna circunstancia que pueda atenuar las penas previstas para el LA. Sin embargo, desde mi perspectiva, debería plantearse la posibilidad de prever la graduación de la pena en función del valor de los bienes, tal como se contempla en las legislaciones argentina o peruana.

4.2.7.3. *Tipos cualificados o agravados*

Las circunstancias que pueden agravar la pena pueden agruparse en torno a la concurrencia de circunstancias relacionadas: (a) con el sujeto activo; (b) con el origen de los bienes; (c) con el medio o forma utilizado; y (d) otras distintas a las anteriores.

(a) Las circunstancias relacionadas con el sujeto activo se pueden clasificar, a su vez, en función de los siguientes criterios:

(i) Funcionario, servidor o trabajador público. Argentina, México y Perú prevén la agravación de la pena cuando el sujeto es o ha sido funcionario, servidor o trabajador público. En el caso de Argentina, cuando el funcionario hubiera cometido el delito en el ejercicio u ocasión de sus funciones, además de las respectivas penas de prisión y multa que correspondan, se le impone la pena de inhabilitación especial de tres a diez años. Perú prevé, para estos casos, prisión no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. México, extiende la agravación si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los ex servidores públicos encargados de tales funciones que cometan dicha conducta en los dos años posteriores a su terminación. En estos casos, las penas de

prisión y multa se duplican y se añade pena de inhabilitación por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta que empezará a computarse a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

(ii) Sujetos obligados o profesionales de determinados sectores. Algunas legislaciones imponen una pena más grave cuando se trata de sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del LA (española y mexicana), cuando el delito se cometa en el ejercicio de una actividad profesional (española e italiana) o cuando para el ejercicio de ésta se requiera habilitación especial (argentina).

(iii) Otros profesionales. Uno de los tantos rasgos que denota la deficiente técnica legislativa, por no decir, la desidia con la que se legisla en el ámbito del LA es el hecho de que la legislación española contemple tipos agravados cuando este delito sea cometido por personas cuya profesión no guarda ninguna relación con este delito. Así, la pena es más grave cuando el sujeto activo es “facultativo”, entendiéndose por tal, como expresamente se dispone en el art. 303 del CP, a “los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”. También se agrava cuando se trate de “trabajador social, docente o educador”.

(iv) Habitualidad o reincidencia. Argentina agrava la pena en casos de que el sujeto realice los hechos con habitualidad y Brasil cuando fueran cometidos de forma reiterada.

(v) Pertenencia a grupo u organización criminal. Argentina, Brasil, España y Perú contemplan agravar la pena cuando el sujeto activo es miembro de un grupo u organización criminal.

(vi) Pertenencia a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al LA. Esta circunstancia está prevista expresamente en la legislación colombiana, en la que también se contempla una pena más grave cuando se trata de sus jefes, administradores o encargados.

(b) Origen de los bienes o la clase o naturaleza de la infracción previa. La legislación peruana prevé la imposición de una pena de prisión no menor de veinticinco años cuando los bienes proceden de delitos relacionados con la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas,

secuestro, extorsión y trata de personas. Más prolijamente, la legislación española dispone que las penas previstas para el tipo básico se impongan en su mitad superior cuando los bienes proceden de delitos relacionados con la trata de seres humanos, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, corrupción en los negocios, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, cohecho, tráfico de influencias, entre otros muchos.

(c) Por el medio o la forma. La legislación colombiana contempla la agravación de las penas en atención al medio o forma utilizado para la realización de las conductas típicas, esto es cuando se efectúen operaciones de cambio o de comercio exterior o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

(d) Finalmente, en la legislación mexicana se contempla una circunstancia de agravación de la pena (de difícil, por no decir imposible, justificación) en el contexto del LA. Así, se prevé que las penas previstas para el tipo básico se aumenten hasta en una mitad cuando el sujeto activo “utiliza a menores de dieciocho años de edad o personas que no tienen capacidad para comprender el significado o que no tiene capacidad para resistirlo”.

Visto lo anterior, desde mi perspectiva, las únicas circunstancias que podrían justificar la imposición de una pena más grave son: En primer lugar, el valor, la cantidad o la cifra de los bienes. En segundo lugar, cuando el sujeto activo sea funcionario público y cometa el delito abusando de sus funciones.

5. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN

La necesidad de atajar el ciclo económico del tráfico ilícito de drogas llevó a las Naciones Unidas a adoptar en la Convención de Viena determinadas normas relativas al LA. Este tratado es especialmente importante, entre otros motivos, por haber sido el primero en poner de relieve la problemática que generan los beneficios de procedencia delictiva y por haber servido de base en la configuración del delito de LA en los tratados posteriores. Salvo pequeños cambios

que no alteran el contenido de los tipos, la Convención de Palermo incluye el LA como un instrumento más para contrarrestar la criminalidad organizada y la Convención de Mérida lo extiende a todos los delitos relacionados con la corrupción y cualquier otro que cada Estado parte considere oportuno. Es decir, en los tratados posteriores no se produce un cambio en la configuración de las conductas o modalidades típicas de LA, este solo se advierte en relación con los delitos previos.

Los organismos regionales también han reaccionado al fenómeno del LA. Así, en la Unión Europea, al margen de otros instrumentos normativos, es especialmente importante la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho, cuya característica principal es que «convierte» en obligatorias medidas que, según los tratados internacionales, los Estados pueden considerar o están facultados a incorporar a su legislación. Con un afán ciertamente expansionista obliga a los Estados parte a tipificar cualquier conducta realizada sobre bienes de procedencia delictiva. También cabe resaltar el Reglamento aprobado por la OEA, que pretende servir como marco de referencia o una guía para que los Estados miembros adecuen sus normas para hacer frente al LA.

Los Estados parte de los tratados internacionales se encuentran obligados a tipificar el LA y en el caso de los Estados europeos lo están también por la Directiva (UE) 2018/1673. Tras el análisis de la regulación del delito de LA, podemos afirmar que el grado de cumplimiento de las legislaciones de referencia con las exigencias derivadas de estos instrumentos es alto. En este contexto, cabe advertir que, si bien los Estados están obligados a tipificar como delito el LA, esto no supone que las leyes nacionales tengan que mencionar expresamente cada categoría y elemento descritos en los tratados. Las obligaciones se expresan de un modo de “generalidad deliberada”, de forma que cada Estado parte, teniendo en cuenta el principio de tipicidad, pueda determinar la mejor forma, de acuerdo con sus tradiciones sociales y culturales, de cumplimiento de estas obligaciones. Sin embargo, se observa que determinados Estados han trasladado o copiado literalmente lo previsto en los tratados a su normativa interna y otros han ido mucho más allá de lo previsto en los éstos al tipi-

ficar conductas que no se encuentran previstas expresamente. Esta última situación no debería suponer un problema si no fuera porque muchas de estas conductas poco o nada tienen que ver con lo que se considera LA.

Estamos de acuerdo con la mayoría de la doctrina que considera el LA como el proceso mediante el cual se pretende que los bienes de origen delictivo pierdan tal cualidad con la finalidad de incorporarlos en el tráfico económico, por lo que es muy cuestionable que, por ejemplo, la mera posesión o utilización, el almacenaje o transporte de los bienes, pueda formar parte de este proceso. La realización de estas conductas no supone enmascaramiento alguno del origen delictivo de los bienes.

Salvo excepciones, la “verborrea legislativa” es la nota que caracteriza la forma en la que se ha tipificado el LA, no solo cuando se trata de describir la conducta típica (adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar, administrar, utilizar, poseer, ocultar, cambiar, convertir, depositar, retirar, recibir, dar, invertir, transferir, entre otros), sino también cuando se establece el objeto material (dinero, bienes, efectos, ganancias, instrumentos financieros negociables emitidos al portador, recursos, etc.). Paralelamente a esto, se observa que algunas cuestiones no son contempladas en las legislaciones como, por ejemplo, si es o no punible el autolavado o debe exigirse la doble incriminación cuando el hecho previo es cometido en el extranjero.

La mayoría de legislaciones contemplan un régimen penológico especialmente exacerbado. Prever una pena de hasta 30 años de prisión contradice abiertamente el principio de proporcionalidad, situación que se ve agravada si tenemos en cuenta que, salvo algunas excepciones, no se contempla la graduación de la pena en atención al volumen o valor de los bienes lavados.

Al margen de estas y otras consideraciones y conclusiones que se han expuesto en este trabajo, es importante destacar que el alto grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales no se corresponde con los escasos logros obtenidos en su aplicación. Desde mi perspectiva, tal y como sucede con la política criminal contra las drogas declaradas ilícitas, el régimen punitivo es-

tablecido para contrarrestar el LA no está dando buenos resultados. Además, la preponderancia que se le pretende otorgar es más que cuestionable, sobre todo porque la situación actual es fruto, en gran medida, de la falta de eficacia (y correspondiente necesidad de tomar medidas que incrementen la misma) en la aplicación de las normas preventivas de naturaleza administrativa, fiscal o aduanera, como las relativas a las medidas de vigilancia y control en la contratación pública, los mecanismos de alerta temprana y los sistemas electrónicos que dotan de transparencia y publicidad a las adjudicaciones.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que la corrupción asociada al COT debe ser atajada con los instrumentos jurídicos con los que cuenta cada país y que el delito de LA puede cumplir un rol importante a este respecto, procedemos a continuación a presentar algunas propuestas de acción para América Latina en general, y Colombia en particular. Antes cabe advertir que somos conscientes que la formulación de estas propuestas requiere de un estudio más profundo, por lo que las hacemos con mucha cautela y deben ser tomadas con especial precaución.

En primer lugar, presentamos una propuesta de acción desde una perspectiva político-criminal. Así, considero imprescindible potenciar y afianzar la investigación patrimonial y económica para seguir el rastro del dinero de procedencia delictiva a través de una adecuada implementación del enfoque *follow the money* y del desarrollo de la figura del decomiso.

Esta es la consecuencia de que, si bien inicialmente dicho enfoque estuvo relacionado con la finalidad de disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos como los relacionados con los tráficó ilícitos, en la actualidad ha de ser utilizado con el objetivo de obtener información clave para el esclarecimiento de hechos y la localización de bienes (asientos bancarios, facturas de suministros básicos, recibos, tarjetas de fidelización de comercios, pólizas de seguros y, en general, cualquier documento que revele cualquier tipo de transacción económica puede ser útil para determinar la procedencia de los bienes y su posterior decomiso).

De esta manera, si las investigaciones se centran única y casi exclusivamente en determinar la responsabilidad de los sujetos por el

delito cometido sin tener en cuenta la importancia de la recuperación de los bienes que este ha generado, el mercado ilícito seguirá siendo rentable. En el contexto del COT, la fungibilidad de los sujetos hace que, aunque algunos condenados estén privados de libertad, sean otros quienes sigan “invirtiendo”; de esta forma el mercado se mantiene porque se sigue contando con los fondos suficientes para nutrirlo. Por ello, si la localización de los bienes desde el inicio de las actuaciones policiales y su respectivo decomiso de forma preventiva o definitiva funcionasen serían menos los activos para blanquear.

La segunda propuesta está relacionada con la necesidad de armonizar la legislación interna relacionada con la recuperación de activos de procedencia delictiva. La preocupación porque el delito no resulte provechoso, ha provocado que los Estados introduzcan en sus legislaciones una serie de normas penales y/o administrativas cuyo objetivo es privar o recuperar los bienes de procedencia delictiva. En este proceso, no se ha tenido en cuenta si las normas que se pretenden introducir son compatibles con las ya existentes o si su ámbito de aplicación queda claramente delimitado. Por ello, desde mi perspectiva, en lugar de seguir expandiendo el ámbito de aplicación del delito de LA introduciendo nuevas conductas típicas o ampliando los hechos delictivos previos, con el riesgo de menoscabar principios básicos de los ordenamientos jurídicos nacionales como los de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad, entre otros, es necesario replantearse el papel que debe cumplir en la política criminal orientada a privar a los delincuentes del beneficio económico de sus actividades delictivas.

La tercera propuesta está relacionada con la técnica de tipificación o la necesidad de reformar la redacción de los tipos. Cabe advertir que no se trata de proponer un tipo “modelo” de LA porque parto de la premisa que la tipificación de las conductas que pueden constituir LA ha de hacerse de acuerdo con la realidad de cada país y conforme a los principios que rigen su ordenamiento jurídico. En este sentido, los legisladores nacionales deben tener en cuenta que no se trata de la mera traslación de los preceptos contenidos en los tratados internacionales o de la normativa regional, ni menos de los contenidos en otras legislaciones comparadas. La reforma de algunos preceptos es necesaria para respetar el principio de legalidad y

todos cuantos de él derivan, especialmente el de taxatividad; y paliar los graves problemas interpretativos que han quedado expuestos en este trabajo.

Partiendo de la base que se trata de un delito de naturaleza socioeconómica, desde mi perspectiva, el LA debe proteger la correcta circulación de bienes en el mercado como un presupuesto indispensable para su buen funcionamiento y el de la economía en general, el cual se ve afectado si los bienes que circulan en él no son de origen lícito. Cabe resaltar que pueden considerarse protegidos de forma secundaria otros bienes jurídicos como, por ejemplo, la Administración de Justicia. En este contexto se proponen, de forma general, algunas cuestiones que deben ser abarcadas por los respectivos preceptos.

Así, solo deben ser típicas las conductas que supongan una afectación al bien jurídico que se propone. Para determinar el objeto material debería utilizarse únicamente el término “bienes”, comprensivo de todos aquellos que proceden del hecho delictivo previo y que sean idóneos para ser introducidos en el tráfico económico lícito. El LA solo debería serlo de aquellos bienes procedentes de delitos especialmente graves como el tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, terrorismo, corrupción, entre otros. Es decir, para determinar el hecho previo debe utilizarse un sistema de catálogo que incluya delitos especialmente graves que sean idóneos para generar bienes. Cuando los bienes procedan de un hecho cometido en el extranjero debe exigirse la doble incriminación. Debe configurarse un tipo específico para castigar el autolavado teniendo en cuenta que no se trate de un acto posterior impune o copenado, así como el derecho fundamental a la no autoincriminación. Debería limitarse, tal como lo hace la mayoría de las legislaciones, al castigo de la modalidad dolosa. Finalmente, es imprescindible la revisión del sistema penológico para que respeten los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas.

Como se advierte *supra* las propuestas que se formulan son aplicables también para Colombia. Además, se sugiere específicamente a esta última: (a) reformular el tipo delictivo de forma que solo abarque aquellas conductas que enmascaren el origen delictivo de los bienes para poder incorporarlos en el tráfico lícito por lo que no

deberían ser típicas, por ejemplo, su mero almacenamiento ni menos su conservación; (b) tipificar expresamente el autolavado como un tipo autónomo e independiente, tal como se hace en la legislación italiana; (c) suprimir la cláusula que contempla la posibilidad de castigar el LA procedentes de hechos cometidos en el extranjero y sustituirla por otra que prevea expresamente la exigencia de la doble incriminación; (d) prever expresamente tipos atenuados o cualificados en atención al valor de los bienes, tal como contemplan las legislaciones argentina o peruana; y (e) introducir tipos cualificados por la cualidad del sujeto activo, es decir, cuando el sujeto sea autoridad o funcionario público y actúe abusando de sus funciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Italia

Cassazione Penale, Sezione Seconda. (2018). Sentencia n° 39006 del 27/08/2018.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-191. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Castillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2007). Proceso n° 23174, 28.11.2007.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2018). Proceso n° 52269, 10.10.1018

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). Proceso n° 51092, 06.08.2019.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020). Proceso n° 47460, 29.01.2020.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020). Proceso n° 49906, 06.05.2020.

España

Tribunal Supremo de España. (2005). Sentencia n°1034/2005, 14.09.

Tribunal Supremo de España. (2006). Sentencia n° 928/2006, 05.10.

- Tribunal Supremo de España. (2012). Sentencia n° 974/2012, 05.12.
- Tribunal Supremo de España. (2015). Sentencia n° 220/2015, 09.04.
- Tribunal Supremo de España. (2015). Sentencia n° 265/2015, 29.04.
- Tribunal Supremo de España. (2015). Sentencia n° 749/2015, 13.11.
- Tribunal Supremo de España. (2021). Sentencia n° 70/2021, 21.01.
- Tribunal Supremo de España. (2021). Sentencia n° 844/2021, 25.02.
- Tribunal Supremo de España. (2021). Sentencia n° 1582/2021, 29.04.

Doctrina

- Abel, M. (2005). *El delito de blanqueo en el Código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*. España: J.M Bosh.
- Abel, M. (2021). “Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018”. En: Sanz, A. (ed). *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. España: Tirant lo Blanch.
- Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. España: Marcial Pons.
- Bajo, M. (2009). “El desatinado delito de blanqueo de capitales” En: Bajo, M & Bacigalupo, S. (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. España: Marcial Pons. Pp. 11-20.
- Barros, M (2013). “Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998”. *Revista dos Tribunais*.
- Blanco, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Calderón, L. (2016-2017). “Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación”. *Revista penal México*. Vol. 11-12. Pp. 13-37.
- Caro, C. (2016). “Régimen legal del lavado de activos”. En: Caro, C., Alfaro, R. & Sánchez, R. *Derecho penal económico. Parte especial*. Tomo II. Jurista Editores.
- Del-Carpio-Delgado, J. (1997). *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. España: Tirant lo Blanch.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2011). “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”. *Revista Penal*. Vol. 28. Pp. 5-28.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2015). “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. 35. Pp. 657-731.

- Del-Carpio-Delgado, J. (2016a). “Breves comentarios sobre la reforma del 2016 del delito de lavado de activos”. *Actualidad Penal*. Vol. 32. Pp. 15-33.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2016b). “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Vol. 4. Pp. 1-45.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2019). “Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea: un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”. *Revista penal*. Vol. 44. Pp. 22-41.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2021a). “Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia de criminalidad grave con dimensión transnacional: una primera aproximación”. En: Zúñiga, L & Ballesteros, J. (eds). *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. España: Dykinson. Pp. 391-409.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2021b). “El paradigma del volumen del patrimonio criminal y de su blanqueo”. En: Del-Carpio-Delgado, J & De Pablo, A. (ed). *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*. España: Tirant lo Blanch. Pp. 397-435.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2023). “El objeto material del blanqueo de capitales en la Directiva 2018/1673: a la vez, sobre la necesidad o no de modificar el Código penal para dar cabida a las nuevas formas en las que puede representarse”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N°. 25. Pp. 1-39.
- Ferré, J. (2020). “La imprudencia en los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. *Revista General de Derecho Penal*. Vol. 33. Pp. 1-27.
- Gallego, J. (2020). II. “Delito de blanqueo de capitales (arts. 301-304)”. En: Corcoy, M & Gómez, M. (eds.). *Derecho Penal Económico y de Empresa Parte General y Parte Especial*. Tomo 2, 2ª ed.
- Giampiero, A. (1993). “Diritto penale dell’offesa e riciclaggio”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Pp. 21-38.
- González, D. (2021). *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*. Granada: Comares.
- Gullo, A. (2019). “Criminalità organizzata, delitti di riciclaggio e trasferimento fraudolento di valori: un complicato puzzle normativo”. *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economía*. Vol. 32 (3-4). Pp. 595-613.
- Hassemer, W. (1991). “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf.

- Henrique, G. & Cruz, P. (2016). “Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais”. *Thomson Reuters, Revista dos tribunais*.
- Hernández, H. (2018). “El lavado de activos en Colombia: consecuencias del cambio de la receptación a un tipo penal autónomo”. *Nuevo Foro Penal*. Vol. 90. Pp. 174-194.
- Maia, R.T. (2007). *Lavagem de dinheiro*. São Paulo.
- Matallín, A. (2022). “De directrices y directivas en el delito de blanqueo de capitales”. En: Abel, M., Lorenzo, J. & Sánchez, N. (eds). *VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. España: Tirant lo Blanch. Pp. 603-626.
- Meini, I. (2005). *El delito de receptación. La receptación “sustitutiva” y la receptación “en cadena” según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema*. Lima: Justicia Viva.
- Molina F. (2009). “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la «participación» en el delito”. En: Bajo, F. & Bacigalupo, S. (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. España: Marcial Pons. Pp. 91-123.
- Muñoz, F. (2009). “Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales”. En Abel, M. & Sánchez, N. (eds). *I Congreso de Prevención y represión del blanqueo de dinero*. España: Tirant lo Blanch. Pp. 157-174.
- Naddeo, M. (2016). “Autoriciclaggio: i compromessi di un difficile inquadramento sistematico”. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. Vol. 29 (3-4). Pp. 687-718.
- Palma, J. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales*. España: Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.
- Prieto del Pino, A., García, D & Martín, A. (2010). “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”. *InDret, revista para el análisis del derecho*. Vol. 3. Pp. 1-36.
- Vidales, C. (1997). *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.
- Vidales, C. (2012). “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del art. 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”. *Revista General de Derecho Penal*. Vol. 18. Pp. 1-29.
- Vidales, C. (2021). “Osservazioni sulla Direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2018”. *Criminal Justice Network*.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Conseil de L'europe. (1990). "Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime". *Rapport explicatif, STE n° 141*.
- Conseil de L'europe. (2005). "Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme". *STCE n° 198*.
- Consejo de Europa. (1990). "Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito". *Estrasburgo*.
- Consejo de Europa. (2005). "Convenio del Consejo de Europa relativa al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo". *Varsovia*.
- Diario Oficial de la Unión Europea. (2018). "Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal".
- Diario Oficial de la Unión Europea. (2018). "Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE". *Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*.
- GAFI-FATF. (2012). "Las Recomendaciones del GAFI, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación". *Gafisud*.
- Naciones Unidas. (1988). "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas". *Viena*.
- Naciones Unidas. (1998). "Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas". *Nueva York*.
- Naciones Unidas. (2000). "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". *Palermo*.
- Naciones Unidas. (2000). "Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos". *Párr. 11, A/55/383/Add.1*.
- Naciones Unidas. (2003). "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción". *Mérida*.

Naciones Unidas. (2004). “Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”. *Nueva York*.

Naciones Unidas. (2012). “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. *2ª ed. Revisada. Nueva York*.

Organización de los Estados Americanos. (1996). “Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas”.

4. Los delitos de favorecimiento real: encubrimiento, receptación y testaferrato

BEATRIZ GOENA VIVES*

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto analizar en qué medida la regulación del encubrimiento, la receptación y el testaferrato puede contribuir a dar una respuesta más eficaz al fenómeno de la corrupción, sobre todo cuando se encuentra asociada al crimen organizado transnacional (COT). Se trata en los tres casos de delitos autónomos, con su propio contenido de injusto, que, sin embargo, solo pueden cometerse con posterioridad a otro delito previo (aquel que se encubre) (Sánchez-Ostiz, 2004; Balmaceda Quirós, 2014).

El estudio de derecho comparado llevado a cabo para desarrollar este capítulo ha puesto de manifiesto que estos delitos reciben distintas nomenclaturas en los distintos ordenamientos jurídicos analizados. Así, mientras que, en algunos países, el “encubrimiento” designa un delito distinto de la receptación (España, México, derecho penal estatal estadounidense), en otros ordenamientos jurídicos, el término encubrimiento engloba el delito de favorecimiento y el delito de receptación (Colombia, Argentina). Otros países no se refieren al encubrimiento, sino al favorecimiento (Italia, Brasil) y otros emplean dicho término para definir una forma de intervención en el delito (Chile y Derecho federal estadounidense).

* Doctora en Derecho Penal y Profesora acreditada como agregada en Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Investigadora posdoctoral María Zambrano en el marco del proyecto de la Unión Europea-NextGenerationEU. La presente contribución se realiza en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-115863GB-I00).

Asimismo, dentro de esta disparidad de conductas, debe distinguirse entre las que son de favorecimiento real y las que son de favorecimiento personal, dependiendo tanto de la configuración formal en el derecho positivo, como de aspectos de carácter más material, como el bien jurídico al que amparan. Así, son conductas ilícitas de “favorecimiento real” son aquellas tendentes a la conservación o al aseguramiento de las cosas obtenidas por medio de la comisión de un delito previo con el fin de impedir su decomiso (Verde, 2019: 132 et seq.) En cambio, se entienden como conductas de “favorecimiento personal” aquellas no directamente vinculadas a bienes producto del delito, sino a la retención de información y otras formas de encubrimiento inmaterial por las que se ayuda a los culpables a eludir la investigación o a sustraerse a la acción de la justicia. (Verde, 2020: 268 et seq.).

Esta última modalidad de conductas de favorecimiento personal muchas veces se encuentra vinculada a los delitos de obstrucción a la justicia (delito analizado en otros de los capítulos de la presente obra colectiva). Por ello, y sin perjuicio de que también se haga referencia a las conductas de encubrimiento por favorecimiento personal, en este capítulo nos centraremos en ciertas conductas de favorecimiento real¹, que se han considerado especialmente representativas: (a) el encubrimiento para que el autor se aproveche del producto del delito u oculte como los instrumentos del delito (favorecimiento real); (b) la receptación, como conducta de aprovechamiento en provecho propio, generalmente vinculada al lavado de activos (o blanqueo de capitales) previo en el que no se ha tomado parte; y (c) el delito de testaferrato (modalidad específica de favorecimiento, generalmente habitual) con más detalle en las conductas de encubrimiento por favorecimiento real y encubrimiento por aprovechamiento o receptación.

¹ No se desconoce que parte de la doctrina descarta que el delito de receptación pueda entenderse como uno de favorecimiento real, porque eso lo vaciaría de contenido. Sin embargo, dichas críticas son contrarias a la letra de la ley, que muchas veces incluye en el delito de receptación formas claras de favorecimiento real (España) o que denomina “receptación” a lo que no son más que formas de favorecimiento (Argentina). En sentido contrario, Verde, 2019: 137 et seq.

En esencia, los rasgos comunes al encubrimiento por favorecimiento real, a la receptación y al testaferrato, es que se trata de conductas en las que el autor conserva, oculta y protege el provecho del delito, es decir, las cosas ilícitamente adquiridas por medio del delito previo. Con ello, se dificulta el decomiso de los bienes ilícitamente obtenidos y, en consecuencia, la neutralización de los efectos del delito. O, dicho en términos dogmáticos, se afecta a la norma de resguardo (Sánchez-Ostiz 2004: 260 et seq.). De este modo, se obstaculiza la correcta Administración de justicia, al malograr el fin de impedir el disfrute de las cosas obtenidas ilícitamente. Se afecta, por tanto, a la Administración de justicia en sentido patrimonial. En cambio, en las conductas de favorecimiento personal (a las que aquí solo se atenderá de un modo más secundario), se perjudica a la Administración de justicia en su dimensión normo-estabilizadora, vinculada al fin de castigar a los que cometieron el delito (Verde, 2019: 134).

A los efectos de analizar los delitos objeto de estudio, este capítulo comenzará por hacer una breve aproximación a la discusión en torno al bien jurídico protegido en los delitos de lo que aquí se viene denominando “favorecimiento real” (2). Después se atenderá a los estándares y recomendaciones de organismos internacionales (3). Seguidamente, se llevará a cabo un estudio separado de las distintas modalidades delictivas que integran las conductas típicas objeto de análisis, distinguiendo entre encubrimiento por favorecimiento real, receptación y testaferrato (apartados 4, 5 y 6, respectivamente). Para cada una de estas modalidades se realizará un estudio de Derecho comparado. Se comenzará por países no latinoamericanos de referencia. A tal efecto, se hará especial énfasis en las legislaciones española, italiana y estadounidense (4.1, 5.1 y 6.1). Se continuará con un estudio de los ordenamientos jurídicos de América Latina. A saber, Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (4.2, 5.2 y 6.2). Finalmente, se llevará a cabo un estudio de la regulación en el caso de Colombia (4.3, 5.3 y 6.3).

En el análisis de cada delito se seguirá una misma estructura, que es la que se describe a continuación: (e) exposición de la regulación normativa del sistema nacional de que se trate; (b) breve referencia a cuál es el bien jurídico protegido por el sistema nacional de que se trate; (c) sujeto pasivo; (d) sujeto activo; (e) conducta objetiva típica;

(f) tipo subjetivo; (g) penas previstas; y (h) estrategia de acción para América Latina por un lado, y para Colombia por otro lado, con el fin de incrementar su eficacia en la lucha contra la corrupción (en particular, cuando está asociada al COT).

Para llevar a cabo el presente análisis se atenderá, en primer lugar, a instrumentos normativos. En concreto, se tomarán en consideración las legislaciones de los países de referencia, así como los estándares internacionales que guían su configuración. Como se verá, es frecuente que la tipificación del encubrimiento en los instrumentos internacionales se vincule con la prevención del blanqueo de capitales. De este modo, son las legislaciones nacionales las que, más allá de la receptación, sancionan formas de favorecimiento real vinculadas a un delito previo que no necesariamente ha de ser un lavado de activos.

En segundo lugar, se tendrán en cuenta los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia, a fin de verificar la aplicabilidad y los problemas de las legislaciones vigentes. También, cuando sea oportuno y en la medida de lo posible, se recurrirá a datos estadísticos, mediante estudios existentes sobre corrupción y delito fiscal.

Finalmente, como el objetivo de este trabajo es ofrecer propuestas de mejora de los instrumentos vigentes para prevenir y castigar la corrupción (en particular, cuando se encuentra vinculada al COT) asociada a la ocultación, la conservación y/o el aprovechamiento de los bienes procedentes de un delito, el tratamiento de las fuentes no será solo descriptivo, sino que también incidirá en las distintas regulaciones desde una perspectiva valorativo-crítica.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FAVORECIMIENTO REAL

Para fundamentar la punibilidad de los delitos es preciso referirse al bien jurídico que tratan de proteger. En esencia, puede sostenerse que se orientan a permitir la correcta administración de justicia. Al aunarlos bajo la clasificación de delitos de “favorecimiento real”, se ha querido remarcar que lo que todas las conductas aquí analiza-

das tienen en común, es que se orientan al aseguramiento de los beneficios del delito (a diferencia de las de favorecimiento personal, que se orientan a la obstaculización de la pena). Y lo que se trata de proteger mediante el castigo de dicho favorecimiento real es que la Administración de justicia pueda decomisar los bienes procedentes de un delito².

Ahora bien, los delitos de referencia orientados a la conservación, aseguramiento y aprovechamiento de los bienes delictivos deben diferenciarse unos de otros. Y es que, si todos los delitos aquí analizados afectan a la protección de la Administración de justicia como formas de favorecimiento (en su mayoría, real), cada clase de encubrimiento afecta específicamente tareas y funciones distintas de dicha Administración (Sánchez-Ostiz 2004: 157 et seq.; 367 et seq.). Es decir, lesionan distintos aspectos de dicho bien jurídico global (Verde, 2020: 265).

La dificultad para definir el bien jurídico en los concretos delitos que aquí se analizarán no es unánime ni cerrada³, especialmente si se tiene en cuenta las divergencias legislativas entre los países de referencia. Así, por ejemplo, en España, la receptación es una conducta regulada dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (De la Mata 1989, 4 et seq.; Díaz y García Conlledo, 2002: 1066 et seq.; Quintero Olivares, 2009: 933), distinta del encubrimiento, que es un delito regulado en los delitos contra la administración de justicia (García Pérez, 2008: 19-41). En cambio, en Colombia o en Argentina (Verde, 2019: 123-139), se entiende que ambas son conductas contra

² Sobre la distinción entre favorecimiento personal y real de la que aquí se parte, vid. Verde (2019: 134).

³ En algunos de los países de referencia del presente estudio, el delito de encubrimiento se configura como un delito contra la Administración de justicia. Sin embargo, cuando únicamente se hace referencia al encubrimiento real (y no al personal) existen autores que consideran que el favorecimiento real afecta al bien jurídico lesionado por el delito previo, otros que lo conceptualizan como un delito contra el patrimonio, como un delito orientado a la restitución de las víctimas o como una forma de tutelar la pretensión estatal de decomisar los beneficios obtenidos ilícitamente a través de la comisión de un delito. Sobre las distintas posturas, con un posicionamiento distinto del que se mantiene aquí, cfr. (Verde, 2020, pág. 274 ss.).

la administración de justicia y, por su parte, el testaferrato se considera una forma específica de receptación, de carácter pluriofensivo, en tanto que lesiona la administración de justicia y el orden socioeconómico. Por eso, la clasificación que guía el presente estudio se formula limitadamente, con pretensiones meramente ilustrativas o explicativas de un grupo concreto de delitos postejecutivos, y sin que sea posible detenerse ahora en una clasificación más detallada.

A tal efecto, se seguirá aquí a la doctrina mayoritaria, que entiende que los delitos de encubrimiento, receptación y otras formas de favorecimiento son formas genéricas de proteger todos los bienes jurídicos ya tutelados y en forma directa por cada tipo penal en particular, cuando hayan sido vulnerados. Se entienden así, como “delitos contra el derecho penal, que sirven para fortalecer y asegurar el efecto de los otros tipos penales existentes” (Schroeder, 1985: 11, llegando a afirmar que se afecta a todo el DP). A este respecto, es útil la definición de estos delitos como “normas de resguardo”, cuya función es “asegurar lo contenido en las normas primaria y secundaria”, y agrega que “no se trata [...] de un mero esfuerzo de intensificación de los efectos preventivos contenidos en la norma penal, sino de un elemento estructural propio de cualquier norma” (Sánchez-Ostiz, 2004: 273 et seq.)⁴.

Finalmente, debe destacarse que son delitos que pueden ser cometidos por sujetos particulares o por funcionarios, y que frecuentemente se encuentran conectados a otros delitos, además de estarlo al delito previo (es el caso, por ejemplo, de los delitos de encubrimiento por favorecimiento material (que pueden derivar en un cohecho) y enriquecimiento ilícito). Así mismo, los medios con los que son cometidos pueden ser en sí mismos típicos (delitos de falsedad o estafa).

3. EXPERIENCIAS Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

La prevención de los delitos vinculados a las conductas de favorecimiento real se entiende como una de las principales formas de

⁴ Críticos y de otra opinión: Verde, 2020: 275 et seq.; García Pérez: 19-42.

combatir la corrupción y, en especial, el lavado de activos. Ello se refleja, entre otras cosas, en la existencia de instrumentos internacionales de ámbito universal y regional, que ofrecen pautas sobre cómo abordar este delito de un modo armonizado. Por cuestiones de espacio, este trabajo se limitará a enumerar los que se han considerado más relevantes, en atención a la materia tratada y a su transversalidad o aceptación generalizada en los países objeto de estudio.

3.1. Instrumentos internacionales de ámbito universal

3.1.1. Convención de Viena de 1988

Fue ratificada en Colombia por la ley 67 (1993) y entró en vigencia el 9 de mayo de 1994. Dispone en su art. 3(1) (a) que deben tipificarse internamente una serie de conductas, entre las que se encuentra la de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. Así, según esta disposición:

La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En este texto se prevé la necesidad de castigar las conductas de favorecimiento real (encubrimiento, receptación, testaferrato) de un modo separado al del lavado de activos.

3.1.2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000

Esta convención, que entró en vigor en Colombia el 4 de septiembre de 2004, amplió en el art. 6º la persecución de los bienes producto del accionar de las organizaciones criminales. En concreto, se requiere tipificar a nivel interno las conductas intencionales que se correspondan con las siguientes acciones:

[...] b. La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

c. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: La adquisición posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito.

d. 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.

Además, se indica que cada Estado velará por aplicar el referido artículo (que incluye el encubrimiento, la receptación y el testaferrato) a la gama más amplia posible de delitos y, como mínimo, a los delitos graves del art. 2, relacionados con la criminalidad organizada.

3.1.3. Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003

Una de las disposiciones que se refiere con mayor claridad a los delitos de aprovechamiento de los bienes o efectos de un delito mediante conductas de encubrimiento, es el art. 24 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC), aprobada en Mérida en 2003 (ONU, 2003). Este instrumento legislativo, ratificado por 184 Estados, obliga a quienes son parte a legislar e introducir medidas para tipificar como delito las conductas orientadas a retener los bienes procedentes de cualquiera de los delitos previstos. En concreto, y tomando como punto de partida las previsiones en materia de lavado de activos, el art. 24 aspira a armonizar la legislación nacional de los Estados, indicando lo siguiente:

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.

Como puede observarse, el propósito de la Convención es sancionar conductas próximas al lavado de activos, pero que se diferencian de este en una cuestión esencial. A saber, que en las conductas de encubrimiento y de receptación, lo que se oculta es el bien procedente del delito en sí mismo, que continúa en el ámbito de la economía sumergida. Sin embargo, lo que se oculta en el lavado de activos no es el bien en sí mismo, sino su origen ilícito.

No obstante, pese a su proximidad con el lavado de activos, las conductas de encubrimiento, receptación y testaferrato han tenido mucha menor resonancia en el ámbito legislativo internacional. Como se ha apuntado, la mayoría de los instrumentos legales que tratan de mitigarlas, no regulan estas conductas de forma expresa, sino que dicha regulación se deriva o se puede extraer de las previsiones en materia de lavado de activos. A tal efecto, y por motivos de espacio, nos remitimos al tratamiento de los instrumentos internacionales que se hace en el capítulo de esta obra colectiva relativo al lavado de activos, como las disposiciones de la OCDE, de la Convención de Palermo y del GAFI.

Sin embargo, como ya se especificó anteriormente, las legislaciones nacionales sí han profundizado más en estas formas de favorecimiento real y prevén medidas legales específicas, no necesariamente vinculadas a la lucha contra el lavado de activos.

3.2. Instrumentos internacionales de ámbito regional

3.2.1. Europa

En términos generales, puede afirmarse que las obligaciones internacionales de ámbito regional relativas a los delitos aquí analizados se vinculan con la prevención de la delincuencia organizada, del blanqueo de capitales y del terrorismo. Sin perjuicio de remitirnos al tratamiento de dichos instrumentos en los concretos capítulos de esta obra, se insiste ahora en las medidas que afectan de un modo más directo a los delitos objeto de este capítulo y que se derivan de las dos últimas directivas europeas en materia de blanqueo de capitales (conocidas, respectivamente, como la quinta y la sexta directivas).

La quinta directiva o “Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior”, ha supuesto una reforma importante en lo relativo a los registros de titulares reales, para los cuales establece un sistema de acceso público ya no limitado a sujetos obligados y autoridades. Esto tiene una importancia decisiva para dificultar el encubrimiento y las conductas de testaferrato.

Desde 2018, los distintos Estados miembros de la Unión Europea han creado modelos de identificación de la titularidad real a partir de la creación de registros públicos. Por ejemplo, en el caso de España, mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, se ha creado un registro único en el Ministerio de Justicia, que obtendrá información de manera directa, pero que además centralizará la información contenida en los registros y bases de datos existentes en el Consejo General del Notariado y el Registro Mercantil. Este registro será el que garantice la interconexión con el resto de los registros de la Unión Europea y, además, será el encargado de controlar los accesos y su ajuste a derecho, así como a las limitaciones que la normativa impone.

La creación de este registro se acompaña del establecimiento de una obligación para las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica de obtener, conservar y actualizar esta información de titularidad real y proveerla a autoridades y a sujetos obligados (art. 4 bis). En este contexto se aclaran tanto los datos e información que deben mantenerse en este registro como las personas concretas responsables del mantenimiento y actualización del mismo.

Asimismo, en la quinta directiva se ha establecido por vez primera la obligación de creación de sistemas automatizados de bases de datos centralizadas de cuentas de pago y de cuentas bancarias. Como puede apreciarse, se trata de medidas propias del derecho administrativo, más que penales. No obstante, se espera que tengan un impacto directo en la disminución de conductas de favorecimiento (real y personal) a los autores de un delito de blanqueo, financiación

del terrorismo y, por extensión, de otras formas de corrupción y delincuencia económica transnacional.

La sexta directiva o Directiva UE 2018/1673 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, establece un marco definitorio mínimo de los delitos y sanciones en el ámbito del blanqueo de capitales. Para ello, introduce criterios en materia penal sobre la definición del delito de blanqueo de capitales, así como consideraciones relativas a la complicidad y las sanciones aplicables a las personas jurídicas. A los efectos que aquí interesan, debe destacarse que es probable que, en los próximos años, muchos Estados miembros reformen sus legislaciones penales en materia de encubrimiento, receptación y testaferrato. Ello, por cuanto, el art. 3 de la sexta directiva obliga a los Estados miembros a regular como delictivas las siguientes conductas:

[...] la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; [...] la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, sabiendo que estos provienen de una actividad delictiva"; [...] la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva.

Además, en el apartado 3(2) se dice que los Estados miembros podrán adoptar medidas legislativas para garantizar que estas conductas “sean castigadas como delito cuando el autor sospechara o debiera haber sabido que los bienes provenían de una actividad delictiva”.

Finalmente, se establecen algunas cláusulas encaminadas a garantizar la sanción de las conductas anteriores. Así, se permite castigar por los delitos mencionados cuando se determine que los bienes provienen de una actividad delictiva, sin que sea necesario establecer todos los elementos fácticos o todas las circunstancias relativas a dicha actividad delictiva, incluida la identidad del autor (art. 3(3) (b)). También, es posible extender los delitos anteriores a los bienes provenientes de una conducta que haya tenido lugar en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país, cuando dicha con-

ducta hubiera constituido una actividad delictiva en caso de que se hubiera producido en el territorio nacional (art. 3(3)(c)).

3.2.2. América Latina

Los delitos objeto de referencia en este capítulo vienen referidos en el art. VI de la Convención interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996). En concreto, dicho instrumento legislativo prevé la criminalización de las referidas conductas de favorecimiento real en los siguientes términos:

[...] c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

3.3. *Medidas que a las que se tiende con carácter general/común en todos estos instrumentos*

A la vista de los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional, pueden enumerarse los siguientes aspectos comunes a los delitos de encubrimiento material, receptación y testaferrato, así como de otras posibles formas de favorecimiento real:

1. Existencia previa de un delito. En el caso de la receptación, lo habitual es que se trate de un delito que afecte el patrimonio o el orden socioeconómico (generalmente, lavado de activos); en cambio, en el caso del encubrimiento y del testaferrato puede ser un delito de otra naturaleza.

2. No participación en el delito previo.

3. Conocimiento efectivo de que se ha cometido un delito. Es un elemento subjetivo que se infiere a partir de diversos elementos como irregularidades en el proceso de compra o adquisición, falta de

documentación o facturas, canales de compra clandestinos o fuera de lo normal, precio ínfimo en relación con el valor de mercado o explicaciones inverosímiles para justificar la posesión del bien. Ahora bien, como muestra la última directiva europea en materia de prevención de lavado de activos a través del DP, la tendencia es aceptar una presunción de conocimiento en determinados casos, o prescindir de dicho elemento, si existía un deber de conocer.

4. Comisión del delito para ayudar a los delincuentes autores del delito previo a aprovechar los efectos o bienes del delito (encubrimiento por favorecimiento real), o con el fin de aprovechamiento propio (receptación), o ambos (testaferro). Esto conlleva que sea frecuente la exigencia de un ánimo de lucro en el receptor y/o en el testaferro. Se trata de un elemento subjetivo que se deduce a partir de elementos objetivos, y se refiere no solamente a beneficios materiales sino incluso, en cierta forma, un reconocimiento social con la perspectiva de beneficios posteriores.

4. EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

4.1. Países no latinoamericanos de referencia: España, Italia y EE.UU.

4.1.1. España

4.1.1.1. Normativa

Este delito de encubrimiento se regula en el título XX del libro II del CP español, relativo a “los delitos contra la Administración de Justicia”. En concreto, la definición del delito de encubrimiento se encuentra recogido en el art. 451 del CP. Por lo que hace al presente capítulo, nos interesa en particular la conducta regulada en el art. 451.1º y 2º, que sancionan el encubrimiento de cosas o favorecimiento real (en cambio, el art. 451.3º del CP se refiere al favorecimiento personal, por el cual se ayuda al autor a eludir la acción de la justicia).

4.1.1.2. *Bien jurídico*

De acuerdo con la doctrina mayoritaria en España, el bien jurídico protegido en este delito es la Administración de Justicia y, más concretamente, su labor de investigación y persecución de los delitos (en detalle, García Pérez, 2008: 19-41). Ahora bien, la dependencia del hecho previo (entre otras cuestiones) muestra que también son bienes jurídicos de este delito los bienes que traten de protegerse mediante el castigo de los hechos encubiertos. Se tutela la dimensión funcional de la Administración de Justicia cuando para estos ha fracasado la tutela primaria o normativa de los tipos penales infringidos y encubiertos (Sánchez-Ostiz, 1998: 53 et seq.; 2005a: 177 et seq.; 2005b: 837 et seq.).

4.1.1.3. *Sujeto activo*

Podría sostenerse que el delito de encubrimiento es una suerte de delito especial por delimitación negativa: solo pueden ser autores los sujetos que conocen la existencia de un delito en el que no han intervenido ni como autores ni como partícipes. El que encubre no ha intervenido en el delito anterior en ninguna de las formas posibles de participación criminal, pero actúa favoreciendo a quienes intervinieron en la acción, cualquiera haya sido su grado de ejecución. Por tanto, su aportación es netamente post-consumativa respecto del delito previo y reviste un nuevo significado antijurídico propio y distinto del de aquél. De ahí que el encubrimiento no sea una forma de participación en el delito, pues sucede cuando el delito ya ha terminado, de tal forma que el fundamento de la pena del encubridor es distinto al del autor (Sánchez-Ostiz, 1998: 53 et seq.; 2005a: 177 et seq.; 2005b: 837 et seq.).

Asimismo, debe remarcar que el autoencubrimiento no es punible y, como se verá más adelante, tampoco son sujetos activos de este delito los familiares que llevan a cabo las conductas de favorecimiento real.

A ello se añade que se trata de un delito que solo puede ser cometido por individuos personas físicas, ya que las personas jurídicas no pueden ser castigadas por este delito.

Finalmente, en cuanto a la participación, pese a que este cabe en sentido teórico, en la práctica lo habitual será imputar este delito en autoría, ya que el verbo típico es una conducta de auxiliar.

4.1.1.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de este delito es la Administración de Justicia en su dimensión funcional de tutela de los bienes jurídicos. Junto a ello, y de acuerdo con la doctrina del bien jurídico aquí defendida, son sujetos pasivos de este delito los que lo sean del hecho encubierto.

4.1.1.5. Tipo objetivo

De acuerdo con el art. 451 del CP español, la conducta delictiva consiste en una concreta intervención post-ejecutiva, con la que se favorece el uso, aprovechamiento o disfrute de los efectos y productos de un delito, dificultando su decomiso por parte de las autoridades. En concreto, se castiga a quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: (a) auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio (art. 451.1.º del CP); o (b) ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento (art. 451.1.º del CP).

Como puede apreciarse, la configuración de la conducta objetivamente típica de encubrimiento da lugar a un delito de referencia, pues su antijuricidad depende de la existencia de una infracción penal previa: no habiendo delito para ser encubierto, no hay conducta de encubrimiento.

Se trata, además, de un delito de mera actividad, que se consuma con la mera acción de auxilio, independientemente de los resultados producidos. Asimismo, puede darse el encubrimiento en cadena, es decir, el encubrimiento del encubrimiento.

4.1.1.6. *Tipo subjetivo*

El delito de encubrimiento en su dimensión de favorecimiento real es un delito doloso, en tanto que requiere conocer la existencia de un delito previo o la procedencia delictiva de los bienes objeto de encubrimiento. Además, las distintas modalidades de encubrimiento exigen un elemento subjetivo añadido. Así, en el caso del favorecimiento real del art. 451.1º del CP, se exige obrar con la finalidad de que los responsables se beneficien del producto, provecho o precio del delito y la ausencia de un ánimo de lucro. Por su parte, en el caso del favorecimiento real del art. 451.2º del CP, se exige obrar con la finalidad de impedir el descubrimiento del delito (García Pérez, 2008: 97 et seq.).

4.1.1.7. *Penas*

De acuerdo con el art. 451 del CP, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años y en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

Debe remarcarse que no es precisa la condena al autor o partícipe del delito anterior: se puede castigar por encubrimiento aun cuando el autor o partícipe del hecho encubierto no pueda ser castigado (art. 453 del CP).

De acuerdo con el art. 454 del CP, se prevé una exención de pena en el caso de la conducta de favorecimiento real del art. 451.2º del CP, para quienes encubran a su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados. Ahora bien, en los casos del art. 451.1º del CP no es posible aplicar dicha exención de pena y, por ende, se castiga a los familiares que auxilian a los autores o partícipes del delito se aprovechen de los productos o efectos del delito.

Asimismo, está previsto que se pueda agravar la pena cuando el delito se cometa con abuso de las funciones públicas, pudiendo imponerse además la pena de inhabilitación especial.

Como se vio anteriormente, las personas jurídicas no pueden responder penalmente por este delito, ya que el art. 31 bis del solo es aplicable a los casos expresamente previstos y el encubrimiento no lo está. Sin embargo, si las conductas de encubrimiento son favorecidas por una persona jurídica en su propio provecho, es posible pensar en dos vías alternativas por las que sancionar a la persona jurídica. Por un lado, dada su proximidad con algunas de las conductas del delito de blanqueo de capitales (art. 301 bis del CP), es probable que las conductas de encubrimiento sean castigadas como delito de lavado de activos. Además, debe señalarse que una persona jurídica que sirviese para encubrir los bienes o efectos de un delito muy probablemente tendría la consideración de organización criminal (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP) y sería sancionada por tal delito, con la pena de disolución.

4.1.2. Italia

4.1.2.1. Normativa

El delito de encubrimiento en su dimensión de favorecimiento real se castiga en el título III del CP italiano, relativo a “los delitos contra la Administración de Justicia”. En concreto, la conducta típica se regula como delito de favorecimiento real (*reato di favoreggiamento reale*) en el art. 379 del CP, justo a continuación del delito de favorecimiento personal (art. 378 del CP). Como se verá a continuación, el legislador italiano ha querido distinguir expresamente el delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real del delito de receptación. Este último se regula como un delito contra el orden socioeconómico, mientras que las formas de favorecimiento real no vinculadas al lavado de activos reciben un tratamiento específico como delitos contra la Administración de Justicia.

4.1.2.2. *Bien jurídico*

La ubicación sistemática del delito de favorecimiento real o encubrimiento del art. 379, así como su expresa separación del delito de receptación (art. 648 del CP), da fe de que se trata de un delito contra la Administración de justicia en su dimensión funcional o jurisdiccional. A tal efecto, son extensivas al caso italiano las consideraciones relativas al bien jurídico efectuadas con anterioridad, a propósito de la regulación española.

4.1.2.3. *Sujeto activo*

Al igual que en el caso español, solo puede ser sujeto activo de este delito quien, sin haber intervenido en el delito anterior, auxilia al autor o partícipe de hecho encubierto. Como se señaló anteriormente, debe diferenciarse al encubridor del partícipe. El encubridor interviene en una fase posterior, cuando el delito cometido por el encubierto (autor o partícipe) ya se ha consumado y completado en todos sus elementos. El papel del encubridor, por tanto, no es el de ayudar al encubierto a cometer el delito, sino el de evadir la Justicia.

4.1.2.4. *Sujeto pasivo*

En el caso italiano, el delito de encubrimiento se regula como un delito contra la Administración de Justicia y, por tanto, el sujeto pasivo es la Administración de Justicia (*Amministrazione della Giustizia*). Ahora bien, al menos indirectamente y desde un punto de vista de teoría de las normas, también serán sujetos pasivos quienes lo sean del delito encubierto.

4.1.2.5. *Tipo objetivo*

Se castiga a quien sin haber participado en el delito previo y fuera de los casos de receptación (art. 648 del CP), blanqueo (art. 648 bis) y utilización de los bienes de origen ilícito (art. 648 ter), ayuda a alguien a asegurar el producto o la ganancia o el precio de un delito.

La conducta típica consiste en ayudar a quien ha cometido un delito a quedarse con el producto, beneficio o precio de su delito. A tal efecto, la doctrina matiza lo que debe entenderse por cada uno de estos tres objetos (Di Cuonzo, 2011, 33 et seq.): (a) el producto es lo que se deriva directamente de la comisión del delito (en el caso del robo, serían los bienes robados, como joyas, coches, ropa de diseño, etc.; el botín, en la práctica); (b) el beneficio consiste en las ganancias, no exclusivamente financieras, resultantes de la comisión del delito (por ejemplo, el producto de la venta de un bien previamente robado); y (c) el precio se identifica en lo que se promete a una persona para que lleve a cabo un delito.

De acuerdo con la jurisprudencia, se trata de un delito de mera actividad, en el que la mera ayuda prestada al delincuente es suficiente para constituir complicidad real, independientemente de que el encubridor consiga realmente obtener el producto, el precio o el beneficio de su delito (Cass., sent. n. 778 del 21.01.1999).

4.1.2.6. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. Pero, a diferencia del caso español, el CP italiano solo exige un dolo genérico: el encubridor debe ser consciente de que está ayudando a una persona a beneficiarse de su delito. Si, por el contrario, el que ayuda desconoce absolutamente el delito cometido previamente por el encubridor, la conducta es atípica.

Ahora bien, aunque no se exija expresamente, la doctrina entiende que la finalidad con la que actúa el encubridor es, precisamente, una de las principales diferencias entre esta modalidad delictiva y la receptación. En concreto, en el caso del favorecimiento real, el agente debe obrar con el propósito de ayudar al delincuente a asegurar los bienes y efectos de su actividad delictiva, mientras que en la receptación se obra con un ánimo de lucro o aprovechamiento propio. De acuerdo con la jurisprudencia, el delito de receptación es más específico y, por ende, tiene preferencia frente a una conducta de favorecimiento real si se puede acreditar que el autor obró en provecho propio (Cass., sent. n. 2357 del 09.02.1977).

4.1.2.7. *Penas*

La pena por el delito de favorecimiento real o encubrimiento es privativa de libertad si la infracción de la que procede es producto de un delito, y con multa si se trata de una contravención. En el primer caso, la pena de prisión puede ser de hasta cinco años (no menor a dos años si el delito encubierto es de asociación criminal). En el caso de las contravenciones, la multa es de 51 a 1.032 euros si se trata de una contravención.

Las personas jurídicas no responden penalmente por este delito. No obstante, sería viable reconducir una condena por conductas de encubrimiento o favorecimiento real a un caso de blanqueo de capitales.

4.1.3. **EE.UU.**

La regulación norteamericana del encubrimiento en su dimensión de favorecimiento real no se da en unos términos demasiado asimilables al resto de ordenamientos de referencia aquí analizados. Como se verá, tanto a nivel federal como estatal, únicamente se sanciona como encubrimiento la conducta que, en primer o en último término, se oriente a un favorecimiento personal: la conducta debe orientarse a evitar el procesamiento del autor del delito encubierto. En ocasiones, ello se hará ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. Pero, como tal, no existe un delito federal de encubrimiento por “mero” favorecimiento real, orientado a beneficiarse de los bienes o productos del delito (Lafave, 2017: 618). Por ello, el análisis en este punto será necesariamente distinto al de los otros ordenamientos jurídicos de referencia aquí analizados.

4.1.3.1. *Normativa*

A nivel federal, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los ordenamientos jurídicos aquí analizados, el encubrimiento se regula como una forma de intervención en el delito y no como un delito genérico de favorecimiento real que lesiona la dimensión funcional

de la Administración de justicia. Así, la § 3 del título 18 USC, se refiere al encubrimiento bajo el título de “*accessory after the fact*”. En virtud de este título, se considera al encubridor (*accessory*), como parte del hecho encubierto. Por tanto, se castiga al sujeto por los delitos que encubra y por obstrucción a la justicia, a título de *accessory after the fact*.

Sin embargo, en los últimos años, la mayor parte de los Códigos penales estatales han regulado el *accessory after the fact* como un delito propio, generalmente contra la Administración de justicia (“*obstruction of justice*” o “*hindering prosecution*”) (Lafave, 2017, p. 620). Esta diferencia de regulación se debe a que los Estados han seguido la propuesta del CP modelo (*Model Penal Code*). En el art. 242, se propone regular como delitos distintas formas de obstrucción a la Justicia. El encubrimiento se hace constar en la § 242.3. como “*hindering apprehension or prosecution*”. Y así lo han plasmado muchos Estados en sus códigos penales (Lafave, 2017: 621).

Finalmente, es importante mencionar que existen delitos específicos orientados a facilitar el decomiso por parte de las autoridades. Es el caso, por ejemplo, del delito de destrucción o remoción de propiedad para evitar la incautación (“*destruction or removal of property to prevent seizure*” (18 US Code, Chapter 109, § 2232). Se trata de un delito diferenciable también de los delitos de obstrucción a la justicia, pues se orienta específicamente a evitar un procedimiento de embargo o decomiso (18 USC §1510(b)(3)(B)(i); §1956 y §1957). Sin embargo, dado que se trata de delitos con su propia idiosincrasia y solo difícilmente asimilables al encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real, el estudio se ha limitado a esta última conducta delictiva, en sentido estricto⁵.

⁵ El referido artículo del USC delimita conductas que se dan sobre los bienes y no solo para ocultarlos y, en su caso, aprovecharlos —como ocurre con el encubrimiento en sentido más general—. Así, se castigan las conductas de destruir o remover la propiedad. No obstante, se ha entendido que, pese a que también se orientan a dificultar el decomiso, solo remotamente son asimilables al encubrimiento o *favoreggiamento reale*. Se transcribe aquí el texto del § 2232, por si fuera de interés: “(a) Destrucción o remoción de propiedad para evitar el embargo.- Cualquiera que, antes, durante o después de un registro o incautación de bienes por parte de una persona autorizada para realizar dicho registro o incautación, a sabiendas destruya, dañe, des-

4.1.3.2. *Bien jurídico*

Se trata de una conducta que, tanto en su configuración federal como forma de intervención en un delito (*accessory after the fact*), como en su configuración estatal como delito autónomo (*obstruction of justice* o *hindering*), se orienta a proteger la dimensión funcional de la Administración de Justicia. En el caso de EE.UU. es especialmente patente que el encubrimiento se vincula con la buena marcha del proceso, toda vez que se requiere que sea un favorecimiento personal, orientado a dificultar la persecución penal.

4.1.3.3. *Sujeto activo*

El *accessory after the fact* quedó definido en su modalidad actual en el USC, tras el caso *Skelly v. United States* (C. C. A. Okl. 1935, 76 F. 2d 483, *certiorari denied*, 1935, 55 S. Ct. 914, 295 U.S. 757, 79 L. Ed. 1699). El Tribunal se refirió al encubridor o *accessory after the fact* como aquel que conociendo que se ha cometido un delito (*felony*) por un tercero, recibe, alivia, consuela o asiste a dicho autor para evitar el castigo⁶.

En este sentido, debe distinguirse al encubridor o *accessory after the fact*, del partícipe. En EE.UU. la participación es un delito en sí mismo. En concreto, se castiga como autores a quienes auxilian al autor para llevar a término el delito (18 USC §2: *aiding and abetting*) o a quien induce o conspira para delinquir (18 USC §371 o 18 USC §1956(h): *conspiracy*). Sin embargo, al igual que en el resto de los ordenamientos analizados, en EE.UU. la conducta de asistir al autor una vez concluido el hecho, tiene un significado autónomo o propio distinto al de la participación (Lafave, 2017: 569 et seq.).

perdicie, disponga, transfiera o de cualquier otro modo emprenda cualquier acción, o a sabiendas intente destruir, dañar, desperdiciar, enajenar, transferir o tomar cualquier otra medida, con el propósito de prevenir o menoscabar la autoridad legal del Gobierno para tomar dicha propiedad bajo su custodia o control o para continuar manteniendo dicha propiedad bajo su custodia y control legal, será multado bajo este título o encarcelado no más de 5 años, o ambos.”

⁶ “[...] *one who knowing a felony to have been committed by another, receives, relieves, comforts, or assists the felon in order to hinder the felon’s apprehension, trial, or punishment*”.

Por tanto, a nivel federal, solo puede ser sujeto activo de este delito quien interviene en el momento post-consumativo, conociendo que se ha cometido un delito, con intención de ayudar al autor a eludir el proceso y siempre que se trata de un delito grave o *felony*. En cambio, a nivel estatal se admite el castigo al encubridor por delitos que no sean *felonies*.

Finalmente, dado que en EE.UU. la responsabilidad penal corporativa es *numerus apertus*, cabe pensar que (al menos en teoría) se pueda castigar a una persona jurídica por este delito. Si bien, como veremos más adelante, lo más habitual es que se le castigue por las conductas de receptación *receiving*, específicamente patrimoniales o de favorecimiento real.

4.1.3.4. *Sujeto pasivo*

Dado que se trata de un delito contra la Administración de justicia, será esta, en su dimensión funcional, la principal afectada por el delito.

4.1.3.5. *Tipo objetivo*

A nivel federal, de acuerdo con el 18 USC § 3, el encubridor o “*accessory after the fact*” es alguien que ayuda (a) a alguien que ha cometido un delito, (b) después de que la persona haya cometido el delito, (c) con conocimiento de que la persona ha cometido el delito y (d) con la intención de ayudar a la persona a evitar la detención o el castigo.

A nivel estatal, la doctrina señala que la mayor parte de los códigos estatales especifican qué clases de ayudas están prohibidas. En general, se prohíben cinco clases de formas de encubrimiento (entre ellas, algunas de favorecimiento real): (a) proteger u ocultar al autor; (b) proporcionar al autor algunos medios (armas, transporte, etc.) para evitar el procesamiento; (c) ocultar, destruir o manipular las evidencias; (d) avisar al responsable de su posible procesamiento o detención; y (e) emplear la fuerza, el engaño o la intimidación para prevenir u obstruir el descubrimiento de la conducta criminal (Lafave, 2017: 621).

4.1.3.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito que exige obrar con dolo. A nivel federal, el USC exige que el *accessory after the fact* obre con *intent*. Por su parte, a nivel estatal, la mayor parte de los Estados han adoptado el modelo del § 242.3 del *Model Penal Code*, que exige el grado más alto de conocimiento (*intent o purpose*), para poder ser castigado por delito de encubrimiento o *hindering* (Lafave, 2017: 620-621).

4.1.3.7. *Penas*

De acuerdo con el 18 USC § 3, y salvo que se disponga expresamente lo contrario, un *accessory after the fact* se enfrenta a una pena de prisión de no más de la mitad de la pena máxima de prisión o multa prescrita para el castigo del autor encubierto (*the principal*), o ambas penas. Para los casos en los que el autor o *principal* sea castigado con cadena perpetua o muerte, el cómplice será encarcelado por no más de 15 años. Es destacable el caso Bollenbach contra Estados Unidos, 326 U.S. 607 (1946), el Tribunal Supremo se negó a aplicar la responsabilidad principal (ya sea como principal en primer grado o como principal en segundo grado) a un *accessory after the fact*. Lo cual contrasta con la capacidad de un *accessory before the fact* para responder con la misma pena que el autor.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, como España, el ordenamiento federal estadounidense no prevé la posibilidad de eximir de pena a los parientes del autor encubierto. En cambio, a nivel estatal sí hay algunos Estados que reconocen una eximente o una atenuante por parentesco (Lafave, 2017: 621).

4.1.4. **Análisis comparado**

Como se ha podido apreciar, en el caso de España e Italia la regulación es similar. En ambos casos, el delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real se refiere a la acción de ayudar, favorecer o encubrir a alguien los objetos provenientes de un delito. Asimismo, en ambos sistemas se requiere que el encubridor tenga conocimiento de la comisión del delito principal. En general, se es-

tablecen penas proporcionales a la gravedad del delito encubierto y pueden incluir penas de prisión y multas económicas.

La principal diferencia se da entre estos dos ordenamientos y el estadounidense. Mientras que en los ordenamientos español e italiano el encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real constituye un delito específico contra la Administración de Justicia, en EE.UU. únicamente se sanciona como encubrimiento la conducta que, en primer o en último término, se oriente a un favorecimiento personal: la conducta debe orientarse a evitar el procesamiento del autor del delito encubierto. En ocasiones, ello se hará ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. Pero, como tal, no existe un delito federal de encubrimiento por “mero” favorecimiento real, orientado a beneficiarse de los bienes o productos del delito (Lafave, 2017: 618). En cambio, a nivel federal, el encubrimiento se regula como una forma de intervención en el delito la § 3 del título 18 USC, como “*accessory after the fact*”. Así, se considera al encubridor (*accessory*), como parte del hecho encubierto. Por tanto, se castiga al autor por los delitos que encubra y por obstrucción a la justicia, a título de *accessory after the fact*. Como vimos, algunos Códigos penales estatales han seguido la § 242 de MPC y han regulado el *accessory after the fact* como un delito propio, generalmente contra la Administración de justicia (“*obstruction of justice*” o “*hindering prosecution*”) (Lafave, 2017, p. 620). Pero, casi siempre, vinculado al favorecimiento personal. Esta diferencia de regulación se debe a que los Estados han seguido la propuesta del CP modelo (Model Penal Code) (Lafave, 2017: 621).

La técnica legislativa de España e Italia tiene la ventaja de castigar el encubrimiento mediante distintos títulos de intervención, según el grado de participación en el delito (autoría o participación), así como evitar confusiones entre el favorecimiento personal y el real. Sin embargo, al tratarse de conductas de favorecimiento real, no siempre es sencillo distinguir entre blanqueo y encubrimiento, así como entre receptación y encubrimiento. A tal efecto, como se vio en las legislaciones española e italiana, la principal diferencia entre la receptación y el encubrimiento estaría en el ánimo (solo en la receptación hace falta ánimo de lucro) y en el tipo de bienes (en la receptación serían bienes provenientes de un delito contra el patrimonio). En el

caso del blanqueo y el encubrimiento la distinción es menos clara. El delito de encubrimiento que excluye el autoblanqueo, y se orienta a impedir el descubrimiento del delito y no sólo en el encubrimiento de la naturaleza delictiva del objeto. Algunos autores proponen, la calificación como blanqueo por razones de especialidad, consunción (Del-Carpio-Delgado 2016: 1 et seq.) o alternatividad. Sin embargo, como en el tipo penal del blanqueo no se requiere la afectación a la libre competencia, no resulta clara la razón por la que el blanqueo debe ser norma especial o consiguiente frente a la del encubrimiento (Lascurain Sánchez 2019: 521).

De ahí que, *lege ferenda*, sea conveniente una adecuada delimitación entre los tipos, a fin de evitar confusiones que conduzcan a soluciones político-criminalmente indeseables (por ejemplo, sancionar más grave o más levemente de lo que sea adecuado al caso concreto). Así lo apunta la doctrina (Verde 2020: 292), señalando que el legislador no ha conectado adecuadamente los elementos típicos de las distintas formas de encubrimiento y de la receptación, y que eso sin dudas dificulta la tarea de diferenciar dichos tipos penales entre sí y en relación con el lavado de activos. Coincidimos (Verde 2020: 292) en que serían deseables nuevas modificaciones en esas legislaciones europeas, que tomen en cuenta lo aquí señalado.

4.2. Países latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

4.2.1. Argentina

4.2.1.1. Normativa

Al igual que en España, en Argentina las conductas de encubrimiento en sus dimensiones de favorecimiento real y personal se encuentran tipificadas en un único artículo. A saber, el art. 277 del CP argentino, dentro de los delitos contra la Administración de justicia.

Así mismo, la legislación penal argentina, como la española, no distingue entre formas de favorecimiento real y personal (como, por ejemplo, sí hace el CP italiano). Por ello, aquí se atenderá a la clasificación de la doctrina mayoritaria (Buompadre, 2003: 461; Buompa-

dre, 2011: 152 et seq.)⁷, según la cual, el encubrimiento por favorecimiento personal se encuentra regulado en los apartados (a) y (d) del art. 277.1° del CP, mientras que por favorecimiento real se encuentra tipificado en los apartados (b) y (e) de la misma disposición⁸.

4.2.1.2. *Bien jurídico*

Se trata de un delito regulado como delito contra la Administración de justicia. Por ende, debe entenderse que este es el bien jurídico tutelado, si bien debería entenderse como una norma de resguardo que, en último término, protege los bienes infringidos por la vulneración de la norma primaria mediante la conducta delictiva⁹.

4.2.1.3. *Sujeto activo*

Al igual que en el resto de los ordenamientos jurídicos analizados, solo puede ser autor de un delito de encubrimiento quien no ha participado como autor o como partícipe en el delito previo.

Además, como ocurre en la mayor parte de los países aquí analizados, las personas jurídicas no pueden ser responsables por este delito.

4.2.1.4. *Sujeto pasivo*

Dado que se trata de un delito contra la Administración de justicia, se entiende que es el propio sistema de persecución de los delitos el principal afectado por la conducta de encubrimiento. Se coincide aquí con la doctrina mayoritaria, al ubicar el perjuicio en la di-

⁷ Crítico con la doctrina mayoritaria y con referencias, Verde (2020: 257 et seq.).

⁸ En este apartado no se analizará el art. 277(c) del CP argentino, relativo al delito de receptación.

⁹ Hacemos extensivas aquí las consideraciones efectuadas en la sección 2, sobre la inidoneidad de la Administración de justicia per se cómo bien jurídico único o inmediato.

mención funcional de dicha Administración de justicia (Buompadre, 2003: 461; Buompadre, 2011: 152 et seq.).

4.2.1.5. *Tipo objetivo*

De acuerdo con el art. 277.1° CP argentino, el encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real se encuentra tipificado en los apartados (b) y (e) en los siguientes términos:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: [...] b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. [...] e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

Por tanto, son dos las conductas delictivas que integran el tipo objetivo. Por un lado, ocultar (en sentido amplio) las pruebas e instrumentos del delito o ayudar al autor a hacerlo. Por otro lado, asegurar o ayudar al autor o partícipe a acceder al producto o provecho del delito.

4.2.1.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que exige ser cometido con el conocimiento de que se ha producido un hecho previo y de que los bienes que se tratan de ocultar son fruto de un delito. Ahora bien, la doctrina mayoritaria entiende que hay favorecimiento real cuando la ayuda involucra a alguna cosa proveniente de un delito o utilizada para cometerlo, sin que deba tenerse en cuenta si esa conducta tiene la finalidad de ayudar a que los autores o partícipes del delito previo evadan la investigación o eludan el accionar judicial o si, en cambio, es realizada para ayudarlos a asegurar el botín (además de los autores citados anteriormente, vid. Donna, 2012: 535 et seq.).

4.2.1.7. *Penas*

El delito de encubrimiento en el CP argentino se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años. Además, el art. 277.2 del CP pre-

vé la posibilidad de agravar la pena hasta el doble (esto es, seis años de prisión), en los siguientes casos: (a) el hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquél cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión; (b) el autor actuare con ánimo de lucro; y (c) el autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

Debe remarcar que, a diferencia de lo que ocurre en los otros ordenamientos de referencia analizados, el ánimo de lucro no es un elemento propio de la receptación que sirva para distinguir a esta de los delitos de encubrimiento por favorecimiento real o personal. En cambio, es una agravante de la pena, tanto para los casos de receptación (art. 277.1° (c) del CP) como para los de encubrimiento (art. 277.1° (a) y (b) del CP). La doctrina se ha mostrado crítica con esta regulación y nos sumamos a la opinión de quienes consideran que la actual regulación de los delitos de encubrimiento en Argentina merecería ser revisada (Verde, 2020: 257 et seq.).

El art. 277.3 del CP prevé la exención de pena para los casos en los que el encubridor haya obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. Ahora bien, al igual que en el caso español, esta exención no opera cuando el favorecimiento real asegurase o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito (art. 277.1° (e) del CP) ni tampoco cuando el autor obrase con ánimo de lucro propio (art. 277.2 (b) del CP).

4.2.2. Brasil

4.2.2.1. Normativa

El delito de encubrimiento se regula en su modalidad de favorecimiento real y de favorecimiento personal, de forma separada. En concreto, el CP brasileño regula ambas clases de encubrimiento en los artículos del capítulo II sobre los delitos contra la Administración de justicia, que a su vez se inserta en el título XI relativo a “los delitos contra la Administración pública”. Así, el delito de encubrimiento entendido como favorecimiento personal (*favorecimento pessoal*) se recoge en el art

348 del CP, mientras que el delito de encubrimiento entendido como favorecimiento real (*favorecimento real*) se prevé en el art. 349 del CP (Cunha, 2022: 1168 et seq.; Lima 2020: 669 et seq.; Borghi, 2022: 233 et seq.).

4.2.2.2. *Bien jurídico*

Debido a su ubicación sistemática, se entiende que lo más correcto es considerar que el bien jurídico es el buen funcionamiento de la Administración de justicia, en su dimensión funcional de persecución de los delitos y decomiso de los bienes procedentes de los mismos (Cunha, 2022, 1168 et seq.; Lima 2020, 669 et seq.; Borghi, 2022, 233 et seq.).

4.2.2.3. *Sujeto activo*

Según los arts. 348 y 349 del CP brasileño, no pueden ser autores quienes lo sean de un delito de receptación o quienes puedan ser considerados coautores del delito encubierto. Por ende, para ser autor de un delito de favorecimiento personal (art. 348 del CP) o de favorecimiento real (art. 349 del CP), es preciso no haber participado en el delito anterior.

Además, en Brasil las personas jurídicas no responden penalmente, por lo que no se les podría castigar por este delito.

4.2.2.4. *Sujeto pasivo*

Se trata de un delito contra la Administración de justicia. Por tanto, el sujeto pasivo en sentido amplio es la propia Administración pública y, en concreto, la Administración de justicia en su dimensión funcional de persecución de los delitos y el decomiso de los bienes procedentes de una actividad delictiva.

4.2.2.5. *Tipo objetivo*

Se castigan tres clases de conductas. Por un lado, el art. 348 del CP castiga como favorecimiento personal la conducta de quien “ayuda

al autor de un delito a eludir la acción de la autoridad pública”. Por otro lado, el art. 349 del CP regula dos formas de favorecimiento real. En primer lugar, se castiga la conducta de proporcionar a un delincuente, fuera de los casos de coautoría o de receptación de bienes robados, una ayuda destinada a asegurar el producto del delito. Por otro lado, el art. 349-A (introducido en el año 2009), castiga como favorecimiento real la conducta de “entrar, promover, intermediar, ayudar o facilitar la entrada de un teléfono móvil, radio o dispositivo similar sin autorización legal en un establecimiento penitenciario”.

4.2.2.6. Tipo subjetivo

Aunque el CP no lo señala expresamente, se trata de un delito doloso, pues el delito se orienta a unas finalidades de auxilio específicas y, por ende, solo puede ser cometido con dicha intencionalidad. Ahora bien, como puede apreciarse, la regulación brasileña es mucho más genérica que la de otros países analizados anteriormente, en los que se apela a un ánimo concreto en el sujeto que encubre a otro.

4.2.2.7. Penas

La pena por la modalidad de favorecimiento personal es de prisión de uno a seis meses, y multa. Ahora bien, si el delito encubierto no es punible con pena de prisión, entonces la pena es de prisión de quince días a tres meses, y multa (348 § 1 del CP). Sin embargo, de acuerdo con el art. 348 § 2, no es punible el encubrimiento en su dimensión de favorecimiento personal si la parte que presta asistencia es un ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del delincuente.

Por su parte, el art. 349 del CP determina que la pena por el delito de encubrimiento en su dimensión de favorecimiento real es de uno a seis meses y multa. En el caso del art. 349-A, relativo a la facilitación de un dispositivo electrónico no autorizado en un centro penitenciario, la pena es de prisión de tres meses a un año.

Sin embargo, el art. 349 del CP brasileño no prevé una cláusula de exención de pena similar a la del art. 348. Por tanto, debe entenderse

que sí sería posible castigar a los parientes que fuera de los casos de receptación y de coautoría ayudan al autor encubierto a asegurar el producto del delito (art. 349 del CP) o introducen un dispositivo electrónico no autorizado en un establecimiento penitenciario (art. 349-A del CP).

4.2.3. Chile

4.2.3.1. *Normativa*

El encubrimiento en el CP chileno se regula en los arts. 14 et seq. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a quienes, por un lado, consideran que el encubrimiento es como una forma de comportamiento autónomamente punible, constitutiva de un delito contra la Administración de justicia (Novoa, 2005: 193 et seq.) y, por otro lado, la tesis que lo entienden como una forma de participación en un hecho ajeno (Matus, 2009: 248; Hernández Basualto, 2011: 367 et seq.). La postura intermedia es la de quienes consideran que se trata de una forma de intervención dependiente en un hecho punible ajeno, pero no accesoria a este (Mañalich, 2020: 198 et seq.).

Las variantes establecidas en los tres primeros numerales del art. 17 tienen en común estar referidas a un crimen o simple delito singular: (a) en el numeral 1, el encubrimiento por aprovechamiento se encuentra referido a “los efectos del crimen o simple delito; (b) en el numeral 2, el encubrimiento por favorecimiento real queda constituido por el ocultamiento o la inutilización del “cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito”; y (c) en el numeral 3, el encubrimiento por favorecimiento personal ocasional queda definido como consistente en albergar, ocultar o proporcionar la fuga al culpable, debiendo entenderse por “el culpable”, en este contexto, a la persona responsable, como autor o partícipe, del respectivo crimen o simple delito.

Esta vinculación con un hecho punible singular es ajena, en cambio, a la forma de encubrimiento establecida en el numeral 4, que precisamente por ello suele ser etiquetada como constitutiva de un favorecimiento personal habitual (Etcheberry, 1997: 107). Esta variante consiste o bien en acoger, receptar, o proteger habitualmente a los malhechores, o bien en facilitarles los medios de reunirse u

ocultar sus armas o efectos, o bien en suministrarles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven, sin quedar referida a un crimen o simple delito en particular, sino más bien a una pluralidad de hechos punibles que han de ser imputables a las personas favorecidas por el encubrimiento respectivo.

4.2.3.2. Bien jurídico

Dado que en Chile el encubrimiento está configurado como una forma de intervención y no como un delito autónomo, el bien jurídico protegido será el del delito encubierto, según cada caso. Indirectamente, además, se protege el buen funcionamiento de la Administración de justicia en su dimensión de persecución de delitos. Pero la inadecuación de tal institución como bien jurídico en sí mismo considerada se hace especialmente evidente en el caso chileno.

4.2.3.3. Sujeto activo

Como se apuntó anteriormente, el CP chileno define el encubrimiento como una forma de intervención delictiva. Así, el art. 14, que encabeza el título segundo, relativo a “las personas criminalmente responsables de los delitos”, señala que son penalmente responsables de los delitos: (a) los autores; (b) los cómplices; y (c) los encubridores.

A continuación, en el art. 17, se concreta lo que se entiende por “encubridor”, definiendo dicha figura mediante una delimitación negativa, al exigir que quienes intervienen como encubridores de algún hecho punible no hayan “tenido participación en él como autores ni como cómplices”.

Finalmente, debe señalarse que las personas jurídicas no responden por este delito.

4.2.3.4. Sujeto pasivo

Dado que en Chile el encubrimiento está configurado como una forma de intervención y no como un delito autónomo, cabe entender que el sujeto pasivo será el que lo sea del delito encubierto, según el caso.

4.2.3.5. *Tipo objetivo*

En su sentencia de 12 de octubre de 2011, la Corte Suprema chilena identificó los presupuestos generales que definen al encubrimiento, en los términos siguientes:

(a) intervención posterior a la ejecución del crimen o simple delito; (b) subsidiariedad; (c) conocimiento de la perpetración del hecho o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo; y (d) actuación en alguna de las formas determinadas que señala la disposición legal (Corte Suprema, 12 de octubre de 2011, Rol No 6993-2011, considerando n° 23).

En este sentido, y de acuerdo con el art. 17 del CP chileno, el tipo objetivo del delito de encubrimiento consiste en realizar, con posterioridad a la ejecución de un delito, cualquiera de las cuatro conductas descritas a continuación, con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo y sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices. A saber:

- 1.° Aprovecharse por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.
- 2.° Ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.
- 3.° Albergar, ocultar o proporcionando la fuga del culpable.
- 4.° Acoger, receptor o proteger habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Existe cierto consenso doctrinal en entender que estas cuatro conductas pueden clasificarse como: aprovechamiento (art. 17.1° del CP), favorecimiento real (art. 17.2° del CP), favorecimiento personal ocasional (art. 17.3° del CP), favorecimiento personal habitual (art. 17.4° del CP) (Mañalich, 2020: 199). Esta última modalidad no tipifica el encubrimiento como actividad profesional, sino que solo parece exigir una repetición continuada. (Mañalich, 2020: 212).

4.2.3.6. Tipo subjetivo

De acuerdo con el art. 17.1° del CP Chileno, la intervención constitutiva de encubrimiento ha de tener lugar “con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo”. Esta cláusula exige que el contenido del dolo de encubrimiento integra una referencia a la existencia del hecho punible de cuyo encubrimiento se trata.

Asimismo, el hecho de que la ley distinga el conocimiento “de la perpetración del crimen o simple delito” como tal, por un lado, del conocimiento “de los actos ejecutados para llevarlo a cabo”, por otro, debe ser interpretado en el sentido de que es suficiente que el encubridor esté al tanto del comportamiento constitutivo del crimen o simple delito en cuestión, no siendo necesario que el encubridor se represente el carácter delictivo de ese comportamiento (Mañalich, 2020: 204).

Además, el legislador ha matizado el requisito subjetivo en el caso de la modalidad de encubrimiento prevista en art. 17.4°, para la que solo exige un dolo eventual (Mañalich, 2020: 205).

4.2.3.7. Penas

Como en Chile el encubrimiento es una forma de intervención delictiva, el legislador ha optado por imponer a estos la misma pena que la que se impone a los autores encubiertos (art. 17 CP, *in fine*). Debe remarcarse que, al igual que en el resto de los ordenamientos estudiados, la o las personas responsables, como autores o partícipes, del o de los hechos punibles encubiertos necesariamente deban llegar a ser condenadas, o siquiera enjuiciadas, por los cargos respectivos (Mañalich, 2020: 201). Además, el inciso final del art. 17 del CP chileno exime de pena a los encubridores que actúen en alguna de las formas descritas en los tres últimos numerales de dicho artículo, cuando sean personas vinculadas por matrimonio, convivencia civil o parentesco de cierta índole con algún autor o partícipe del respectivo hecho punible.

4.2.4. México

4.2.4.1. *Normativa*

El encubrimiento se encuentra regulado en dos leyes distintas. Por un lado, está el encubrimiento general, regulado en el capítulo I del título vigésimo tercero del libro segundo del CP federal mexicano (art. 400.II-VII del CP). A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los ordenamientos aquí analizados, el encubrimiento en el CP federal mexicano no se vincula expresamente a los delitos contra la Administración de justicia: estos se regulan en otro título distinto, el título decimoprimerero.

Junto a este delito, el art. 96 del CF federal regula una modalidad de encubrimiento específica: el encubrimiento en los delitos fiscales. La separación entre el delito de encubrimiento cuando se refiere a los delitos tributarios y cuando se refiere al resto de delitos tiene su razón de ser en que dicho Código regula el delito fiscal de manera separada al resto de delitos, en una ley propia¹⁰.

Por tanto, el análisis del delito de encubrimiento en el ordenamiento jurídico mexicano se hará de forma binaria, atendiendo a cada modalidad en cada uno de los apartados en los que se estructura este apartado.

4.2.4.2. *Bien jurídico*

En el caso del encubrimiento genérico del art. 400.II-VII del CP federal mexicano, el bien jurídico no se encuentra claramente definido. Como se apuntó anteriormente, no estamos ante un delito que se haya sistematizado como un delito contra la Administración de justicia (como, en cambio, sí ocurre en el resto de los ordenamientos jurídicos de referencia analizados). Por lo tanto, en este caso, es posible coincidir con la doctrina que entiende el delito de encubrimiento como una norma de resguardo que protegería los bienes jurídicos encubiertos por los delitos encubiertos (desde una perspectiva

¹⁰ Vid. el capítulo de esta misma obra colectiva relativo a los delitos tributarios.

normativa, no necesariamente vinculada a una concreta legislación positiva de derecho nacional, vid. Sánchez-Ostiz, 2004: 273 et seq.).

En cambio, en el caso del encubrimiento de delitos fiscales del art. 96.II-III del CF federal, debe entenderse que el bien jurídico protegido es, como en el caso de los delitos tributarios, el sistema de recaudación de impuestos, incluyéndose en dicho sistema el patrimonio de la Hacienda Pública¹¹.

4.2.4.3. *Sujeto activo*

Tanto en el caso del encubrimiento genérico del art. 400.II-VII del CP federal mexicano, como en el caso del encubrimiento de delitos fiscales del art. 96.II-III del CF federal, únicamente puede ser sujeto activo quien, conociendo la existencia de un hecho delictivo previo, no haya tomado parte en él ni como autor ni como partícipe.

Además, en el caso de la legislación mexicana, se exige expresamente que no exista acuerdo previo de ayudar al autor con posterioridad a la comisión del delito. Ello es así porque, de existir tal promesa, no estaríamos ante un delito de encubrimiento, sino ante una forma de intervención delictiva, regulada en el art. 13.VII, que castiga como autor o partícipe (es decir, con la pena del delito encubierto) a “los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”.

4.2.4.4. *Sujeto pasivo*

En el caso del encubrimiento genérico del art. 400 del CP federal mexicano, el bien jurídico no se encuentra claramente definido. Por tanto, serían sujetos pasivos los que lo sean de los delitos encubiertos, según cada caso. Además, indirectamente, la propia Administración de justicia en su dimensión jurisdiccional.

En el caso del encubrimiento de delitos fiscales del art. 96.II y III del CF federal, debe entenderse que el sujeto pasivo directamente

¹¹ Idem.

afectado es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Ello, por cuanto el art. 92 de dicha norma prevé expresamente que dicha institución tendrá el carácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos fiscales.

4.2.4.5. *Tipo objetivo*

En el caso del encubrimiento genérico del art. 400 del CP federal mexicano, castiga como encubridor al sujeto que perpetre las siguientes conductas, reguladas en los parágrafos II a VII:

II. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito. III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe. IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes. V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables. VI. Altere, modifique o perturbe ilícitamente el lugar, huellas o vestigios del hecho delictivo. VII. Desvíe u obstaculice la investigación del hecho delictivo de que se trate o favorezca que el inculpaado se sustraiga a la acción de la justicia.

Por su parte, el encubrimiento de delitos fiscales del art. 96.II y III del CF federal castiga como encubridor de un delito fiscal a quien, sin previo acuerdo y sin haber participado en él, después de la ejecución del delito perpetre alguna de las siguientes dos conductas:

II. Ayude en cualquier forma al imputado para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la acción de esta u oculte, altere, destruya, o haga desaparecer los indicios, evidencia, vestigios, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo o asegure para el imputado el objeto o provecho del mismo. III. Cuando derivado de la elaboración del dictamen de estados financieros, el contador público inscrito haya tenido conocimiento de un hecho probablemente constitutivo de delito sin haberlo informado debidamente.

4.2.4.6. Tipo subjetivo

Tanto el delito de encubrimiento del art. 400 del CP federal mexicano, como el encubrimiento del art. 96 del CF federal, exigen obrar con dolo, en el sentido de conocer que se ha cometido un delito previo y de que se está ayudando a eludir la acción de la justicia en un sentido de favorecimiento personal o real.

Ahora bien, considero destacables dos aspectos que diferencian a la legislación mexicana del resto de ordenamientos analizados. Por un lado, que no en todas las modalidades de encubrimiento se exige un elemento de tendencia interna intensificada, en el sentido de obrar para eludir la acción de la justicia o similar. En segundo lugar, y quizás más significativamente en relación con las recomendaciones que se harán en el último apartado de esta sección 4.2, debe remarcarse que el encubrimiento de delitos fiscales del art. 96 del CF federal regula expresamente una presunción de dolo para los casos en los que el encubridor no conozca pero debiera habido conocer la procedencia ilícita de los bienes que ayuda a ocultar (art. 96.I), o haya tenido conocimiento de un hecho probablemente constitutivo de delito —sin necesidad de certeza— (art. 96.III). Se trata de dos presunciones encaminadas a facilitar la prueba del delito y, por ende, su persecución. Sin embargo, como se detallará, la *praesumptio doli* es difícilmente conciliable con la presunción de inocencia.

4.2.4.7. Penas

El delito de encubrimiento genérico del art. 400 del CP federal mexicano conlleva una pena de prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa. Ahora bien, esta misma disposición contempla distintas posibilidades de exención y de atenuación de dicha pena.

Por lo que se refiere a la exención de pena, al igual que el resto de los ordenamientos aquí analizados, se prevé una causa de exención en un sentido amplio, que va más allá del parentesco. Así, no se aplicará la pena prevista en el art. 400 en los casos de favorecimiento personal de los arts. 400.III y 400.IV, si ello se produce entre familiares u otras personas vinculadas al autor/partícipe encubierto. Es decir,

en los casos en los que se oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe (art. 400.III), o en los casos en los que no se atiende a un requerimiento de las autoridades para auxiliar en la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes (art. 400.IV). Dicha exención por parentesco, siguiendo el tenor literal del art. 400, inciso 2, opera respecto de:

- (a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; (b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y (c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

Por lo que se refiere a la atenuación de la pena, el inciso final del art. 400 dispone que el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado, podrá imponer hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito, en los casos del art. 400.II, 400.III y 400.IV. Es decir, los supuestos en los que el encubridor:

- II. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe. IV Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes (artículo 400.IV CP).

Finalmente, en lo que se refiere al encubrimiento específico de delitos fiscales, el art. 96 del CF federal se sanciona con pena de prisión de tres meses a seis años. Es decir, puede llegar a ser el doble que la pena prevista para el delito de encubrimiento genérico del art. 400 CP federal mexicano.

4.2.5. Perú

4.2.5.1. *Normativa*

En el CP peruano se regulan por separado el encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal (art. 404 del CP) y en su

modalidad de favorecimiento real (art. 405 del CP). En ambos casos, se trata de delitos contra la Administración Pública (título XVIII). En concreto, se trata de delitos contra la Administración de justicia (capítulo III), que atentan contra la función jurisdiccional.

4.2.5.2. Bien jurídico

Debido a su ubicación sistemática, tanto el delito de encubrimiento personal (art. 404 del CP) como el delito de encubrimiento real (art. 405 del CP) son delitos en los que el bien jurídico que se tutela es el correcto desarrollo de la función jurisdiccional de la Administración de justicia.

4.2.5.3. Sujeto activo

Sujeto activo puede ser cualquier persona imputable, siempre y cuando no haya intervenido en el delito antecedente como autor o partícipe, pero que tenga conocimiento del delito.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en Perú no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este delito, por lo que no cabría sancionar a la entidad colectiva directamente por ser instrumento para sustraer a una persona o a unos bienes de la acción de la justicia.

4.2.5.4. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el Estado, como titular del bien jurídico la función jurisdiccional.

4.2.5.5. Tipo objetivo

Tanto en el caso del favorecimiento personal, como en el caso del favorecimiento real, se exige que quien encubra no haya tomado parte como autor o partícipe en un delito previo.

De acuerdo con el art. 404 del CP, la conducta de encubrimiento o favorecimiento personal consiste en sustraer a una persona de la persecución penal o de la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia. Por su parte, el art. 405 del CP tipifica como encubrimiento real cualquiera de las siguientes conductas: (a) procurar la desaparición de huellas del delito; (b) procurar la desaparición de las pruebas del delito; y (c) ocultar los efectos del delito, dificultando así la acción de la justicia. Además, cabe resaltar que el delito de encubrimiento real es un delito de mera actividad, pues no exige para su consumación algún resultado, es decir, no se requerirá que desaparezca la huella o la prueba del delito para considerar consumado el delito¹².

4.2.5.6. *Tipo subjetivo*

Al igual que en el resto de los ordenamientos de referencia aquí analizados, el delito de encubrimiento, tanto en su modalidad de favorecimiento personal (art. 404 del CP) como en su modalidad de favorecimiento real (art. 405 del CP), exige que el encubridor actúe con dolo, en el sentido de conocer que favorece la persecución de un delito previo.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos aquí analizados, en el ordenamiento jurídico peruano no se exige expresamente que el autor obre con la finalidad de asistir al encubridor a eludir la acción de la justicia (favorecimiento personal) o a aprovechar los efectos del delito (favorecimiento real). Estos elementos no están configurados como elementos intencionales, sino como parte del verbo típico (“el que sustrae” (art. 404 CP); “el que dificulta la acción de la justicia” (art. 405 CP)), lo cual es relevante, principalmente, a efectos de prueba.

¹² Vid.: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Rn N° 2168-2010, TUMBES, 14 de diciembre de 2011, FJ 4.

4.2.5.7. *Penas*

El delito de encubrimiento personal del art. 404 CP se castiga con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Por su parte, el denominado encubrimiento real del art. 405 CP se castiga con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (Prado Saldarriaga 2017: 130 et seq.).

En ambos casos, se contempla como agravante el hecho de que el encubridor sustraiga a la acción de la justicia al agente o a los efectos de un delito contra la tranquilidad pública, contra el Estado y la defensa nacional, contra los poderes del Estado y el orden constitucional o de tráfico ilícito de drogas (delitos previstos en los arts. 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N.º 25475). En estos casos, y se le sanciona con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años y multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días.

Ahora bien, se trata de una agravante que, en términos penológicos, resulta desproporcionada, toda vez que los delitos que sirven de base para agravar las conductas de encubrimiento tienen una pena mucho menor. Por tanto, se dará la situación de que se castigará más gravemente al encubridor que al propio autor de dichos delitos considerados graves (Hugo Álvarez 2004: 200 et seq.).

En cuanto a posibles exenciones de pena, debe destacarse que el art. 406 del CP contempla una exención de pena para ambas modalidades de encubrimiento en el caso de que quienes ejecuten cualquiera de los hechos previstos en los arts. 404 y 405 “si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta”.

Como puede observarse, es una exención más genérica que la de los otros ordenamientos de referencia aquí analizados (por ejemplo, Argentina, España o Italia). A tal efecto, la doctrina entiende que el parentesco es una “relación estrecha” en el sentido del tipo. Si bien, al menos en sentido literal, nada obstaría a que pueda extenderse a otros sujetos, como un amigo íntimo o a una persona a la que se debiese especial gratitud.

Asimismo, es preciso remarcar que, en el caso peruano, se discute sobre si es una condición objetiva de punibilidad que se haya iniciado formalmente el procedimiento contra una persona¹³.

4.2.6. Análisis comparado

Como se ha podido apreciar, en la mayor parte de los países de Latinoamérica analizados la regulación del delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real es esencialmente similar. En general, se castiga como un delito autónomo, distinguiéndolo del favorecimiento personal. La conducta se refiere a la acción de ayudar, favorecer o encubrir a alguien los objetos provenientes de un delito. Asimismo, en la mayor parte de los sistemas se requiere que el encubridor tenga conocimiento de la comisión del delito principal. En general, se establecen penas proporcionales a la gravedad del delito encubierto y pueden incluir penas de prisión y multas económicas.

La principal diferencia se da con respecto a los ordenamientos chileno y el mexicano. Por lo que se refiere al primero, el delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real aparece regulado en dos leyes distintas. Por un lado, está el encubrimiento general, regulado en el capítulo I del título vigésimo tercero del libro segundo del CP federal mexicano (art. 400.II-VII del CP) junto al blanqueo de capitales y, por ende, sin vincularse expresamente a los delitos contra la Administración de justicia. Junto a este delito, el art. 96 del CF federal regula una modalidad de encubrimiento específica: el encubrimiento en los delitos fiscales (lo cual tiene su razón de ser en que el delito fiscal se regula en el Código tributario).

Por lo que se refiere a la regulación chilena, no existe un delito de encubrimiento por “mero” favorecimiento real, orientado a beneficiarse de los bienes o productos del delito. En cambio, el encubri-

¹³ Recientemente: Corte Suprema, Sala Penal Permanente de Justicia, Casación n° 904-2020, Caso Callao, de 25 de noviembre de 2021, afirmando que sí se requiere. Sin embargo, véase Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 2289-2005-PHC/TC, 16 de mayo de 2005, FJ 9, señalando que no debe restringirse de ese modo el alcance del tipo penal.

miento se regula como una forma de intervención en el delito, de un modo quizás más equiparable a lo que ocurre en EE.UU.

Al igual que ocurre en España e Italia, la opción legislativa de la mayoría de los países de Latinoamérica como un delito autónomo tiene la ventaja de castigar el encubrimiento mediante distintos títulos de intervención, según el grado de participación en el delito (autoría o participación), así como evitar confusiones entre el favorecimiento personal y el real. Sin embargo, en los países de Latinoamérica en los que el encubrimiento es un delito autónomo (igual que en Italia y España) la regulación de las conductas de favorecimiento real todavía es muy mejorable, porque tal y como es en la actualidad puede llevar a confusiones entre blanqueo y encubrimiento, así como entre receptación y encubrimiento. De ahí que, *lege ferenda*, sea conveniente una adecuada delimitación entre los tipos, a fin de evitar confusiones que conduzcan a soluciones político-criminalmente indeseables (por ejemplo, sancionar más grave o más levemente de lo que sea adecuado al caso concreto) (Verde 2020: 292). Como se viene apuntando y se remarcará *infra* al realizar la propuesta de plan de acción, la principal diferencia entre la receptación y el encubrimiento estaría en el ánimo (solo en la receptación hace falta ánimo de lucro) y en el tipo de bienes (en la receptación serían bienes provenientes de un delito contra el patrimonio).

Asimismo, los delitos de encubrimiento no generan responsabilidad penal de personas jurídicas en ninguno de los países de referencia analizados. Como ya se vio al analizar el delito de encubrimiento por favorecimiento real en el caso de España, entendemos que esto debería revisarse, ya sea mediante responsabilidad penal de personas jurídicas en aquellos países que la contemplan o mediante responsabilidad administrativo-sancionadora, en el caso de países que han optado por esta vía.

Además, se constata que ninguno de los países de referencia analizados contempla ninguna especificidad regulatoria en relación con la criminalidad organizada transnacional. Entendemos que esta sería necesario, a fin de revisar la conveniencia de algunas cuestiones de punibilidad que operan en la mayor parte de países y que pueden suponer un lastre para la prevención y el castigo de la criminalidad organizada transnacional. Por ejemplo, las exenciones de pena por

encubrimiento entre parientes (más amplia en el caso peruano) o los márgenes de la prescripción. También sería conveniente contemplar en todas las regulaciones alguna agravación para ciertos supuestos, como es el caso de la agravante por delito de encubrimiento cometido en el marco de una organización (prevista en) o por parte de un profesional.

4.3. El sistema colombiano

4.3.1. Desarrollo del tipo penal

4.3.1.1. Normativa

El delito de favorecimiento tal y como se viene analizando en este capítulo, se regula como una forma de encubrimiento en el capítulo VI del libro II del CP colombiano. En concreto, se tipifica como delito autónomo en el art. 446, bajo el nombre de “favorecimiento”, en el marco del título que regula los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia. La otra forma de encubrimiento es el encubrimiento por receptación (art. 447) que será analizado más adelante.

4.3.1.2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la recta administración de justicia entendida como acto de poder y como desarrollo práctico de las específicas funciones estatales (Pavón Parra, 2011: 1034). En concreto, se protege dicho bien jurídico ante hechos de favorecimiento de la impunidad.

4.3.1.3. Sujeto activo

Es autor del delito de encubrimiento por favorecimiento quien tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo realice las conductas descritas en el tipo penal. Así, y pese a que el contenido de la conducta es la colaboración con quien sí es autor/partícipe, el autor del encubrimiento por favorecimiento no es partícipe en el delito anterior. Tampoco es coautor, ya que el

tipo penal excluye expresamente los casos en los que haya existido un concierto previo. Así, en caso de existir un acuerdo previo sobre una ayuda posterior, estaríamos ante casos de complicidad subsiguiente (art. 30 del CP), distintos del encubrimiento por favorecimiento (Barreto Ardila, 2019: 65).

Finalmente, debe mencionarse que en Colombia no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que no cabría sancionar a la entidad colectiva directamente por ser instrumento para sustraer a una persona o a unos bienes de la acción de la justicia.

4.3.1.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es la Administración de justicia en su dimensión jurisdiccional.

4.3.1.5. Tipo objetivo

Mediante el art. 446 del CP se castiga el quebrantamiento del deber general de colaborar con la justicia y de contribuir a su pronta y escrupulosa administración (Pavón Parra, 2011: 1036). La conducta se describe genéricamente como ayudar a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente.

En este sentido, la configuración del delito de encubrimiento por favorecimiento en el CP colombiano se regula de un modo amplio, que no distingue expresamente entre favorecimiento personal y favorecimiento real. La doctrina ha explicitado el contenido de dicho artículo (Barreto Ardila, 2019: 66-67) y señala que la elusión se entiende como una actividad encaminada a burlar la acción de la autoridad, asegurar a quien ha cometido un hecho punible, esconder u ocultar bienes producto del delito o destruir los instrumentos con los que se cometió. Por su parte, el entorpecimiento se entiende como un proceder dirigido a crear confusión, tardar, prolongar, demorar, dificultar o estorbar los fines perseguidos con la investigación de la conducta punible. A saber: determinar si se ha cometido una infracción penal y las condiciones en las que esta se produjo, a fin de

dirimir responsabilidades. En este sentido, debe señalarse que por investigación deben entenderse todas aquellas acciones de las autoridades que se encuentran en fase preliminar, así como la fase de investigación propiamente dicha y el juzgamiento.

Debe destacarse que se trata de un delito de mera actividad, en el sentido de no requerir el efectivo éxito en la conducta obstructiva.

4.3.1.6. *Tipo subjetivo*

El encubrimiento por favorecimiento es un delito doloso, que exige que el autor tenga conocimiento de la comisión del delito previo. De este modo, la ayuda prestada con la convicción de que el socorrido no ha cometido delito alguno sería atípica (Barreto Ardila, 2019: 66).

4.3.1.7. *Penas*

El delito del art. 446 del CP contempla tres clases de penas: (a) con carácter general, el encubridor por favorecimiento incurrirá en prisión de dieciséis a setenta y dos meses; (b) si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio (arts. 100 a 102), desaparición forzada (arts. 165 a 167), tortura (arts. 178 a 179), desplazamiento forzado (arts. 180 a 181), homicidio (arts. 103 a 110), extorsión (arts. 244 a 245), enriquecimiento ilícito de funcionario (art. 412 del CP) o de particular (art. 327 del CP), secuestro extorsivo (art. 169), tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 375 a 385), la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión; y (c) si se tratare del encubrimiento por favorecimiento de una contravención, se impondrá una pena de multa. Por tanto, el procesado podrá acogerse al pago anticipado de la sanción que le fuere impuesta mediante la figura de la oblación (art. 87 de la ley 599 de 2000).

Asimismo, dado que el CP deja abierta la configuración de los medios materiales para llevar a cabo el delito, cabe sostener que será defendible un concurso material de delitos si los medios utilizados colman por sí mismos el tipo de otros delitos. Es el caso, por ejemplo,

del falso testimonio, la falsedad documental o el daño en bien jurídico ajeno (Pavón Parra, 2011: 1064).

Finalmente, la doctrina entiende que, pese a que no exista una causa de exención de la pena, el encubrimiento de un pariente en cuarto grado de consanguinidad se enmarcaría dentro del derecho a no declarar contra uno mismo (Barreto Ardila, 2019: 66-67).

4.3.2. Análisis comparado

Como ha podido constatar, el delito de encubrimiento por favorecimiento real en el Derecho colombiano se encuentra regulado como un delito contra la Administración de justicia. Por ende, en este punto estaría más próximo a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de referencia analizados, que a los casos minoritarios (Chile, EE.UU.), en los que el encubrimiento se entiende como una forma de intervención en el delito. Esta opción se considera correcta, por los motivos expuestos *supra* en 4.2.6.

También se considera correcto que el delito exija ser cometido con dolo, del mismo modo que ocurre en todos los países de referencia analizados. Aunque, como se verá más adelante, en delitos como la receptación sí cabría pensar en un concepto de conocimiento desvinculado del elemento psicológico, el encubrimiento es un delito que solo puede cometerse con la intención de encubrir los bienes/objetos procedentes de un delito y, por ende, su castigo al margen de dicha intención o tendencia interna carecería de sentido.

Sin embargo, se considera que la regulación del delito de encubrimiento en el ordenamiento colombiano tiene la debilidad de ser excesivamente genérica, amplia y, por ende, tener el riesgo de prestarse a confusiones y/o a infra-aplicación del tipo penal. Muestra de ello es que, como acaba de apuntarse, son la doctrina y la jurisprudencia quienes han tenido que concretar aspectos tan esenciales como la diferencia entre favorecimiento real y personal o la aplicabilidad o no de una exención de pena en casos de parentesco. Consideramos que, en aras a un adecuado respeto del principio de legalidad y de una mejor persecución de las conductas de favorecimiento real, la legislación colombiana debería concretar y distinguir claramente

entre encubrimiento por favorecimiento real y por favorecimiento personal; también entre encubrimiento y conductas afines, como la receptación y el blanqueo de capitales.

Asimismo, el ordenamiento colombiano no contempla una modalidad específica o, como mínimo agravada para los casos de criminalidad organizada transnacional. Al analizar otros ordenamientos, se ha visto que, por ejemplo, en Italia sí se prevé una agravante en casos de encubrimiento en el marco de estructuras organizadas (art. 379 CP italiano). Tal y como se mostrará en el siguiente apartado, de propuestas de plan de acción, se estima necesario que el ordenamiento colombiano dé alguna respuesta legislativa al fenómeno de la criminalidad organizada transnacional en este sentido.

Asimismo, tampoco es armónica la regulación del delito de encubrimiento en Colombia con lo que se hace en otros países a los efectos de la responsabilidad de las personas jurídicas. Como vimos, algunos países que, como Colombia han adoptado un modelo administrativo-sancionador de personas jurídicas (ejemplo: Italia) sí prevén el castigo a la empresa por esta clase de delito. Entendemos que sería conveniente que el ordenamiento colombiano previera la posibilidad de castigar a la empresa que sirva para favorecer delitos de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real. Como se viene afirmando, no puede desconocerse que se trata de delitos para los que una estructura que puede ser opaca, como la de las empresas, es especialmente idónea. Por ende, sería una laguna normativa no tenerlo en cuenta al buscar la respuesta realmente efectiva contra esta forma de criminalidad.

4.4. Conclusiones

Como se verá a continuación, es preciso llevar a cabo una serie de reformas en el modo de legislar el delito de encubrimiento por favorecimiento real en los países de América Latina y, específicamente, en Colombia. Además de mejoras legislativas que facilitarían la adecuada prevención y sanción de este delito, a la vista del objeto de la presente investigación, quiere destacarse la necesidad de una respuesta específica a la criminalidad organizada transnacional. Como se ha constatado, no se han encontrado especificades regulatorias en

materia de corrupción asociada al crimen organizado transnacional, al margen de: (a) el art. 170 del CP italiano que, en relación con la conducta de favorecimiento real como delito propio y distinto del de organización criminal, establece que en los casos en los que el delito encubierto sea uno de organización criminal o mafia, la pena de prisión no podrá ser inferior a dos años (art. 379 del CP); y (b) el art. 400 Bis CP México que castiga como delito específico las “operaciones con recursos de procedencia ilícita”¹⁴.

4.4.1. Estrategia de acción para América Latina

Como se ha podido apreciar, en la mayor parte de los países de Latinoamérica analizados la regulación del delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real es esencialmente similar. En general, se castiga como un delito autónomo, distinguiéndolo del favorecimiento personal. Sin embargo, en los países de Latinoamérica en los que el encubrimiento es un delito autónomo (igual que en Italia y España) la regulación de las conductas de favorecimiento real todavía es muy mejorable, porque tal y como es en la actualidad puede llevar a confusiones entre blanqueo y encubrimiento, así como entre receptación y encubrimiento. De ahí que, *lege ferenda*, sea conveniente una adecuada delimitación entre los tipos, a fin de evitar confusiones que conduzcan a soluciones político-criminalmente indeseables (por ejemplo, sancionar más grave o más levemente de lo que sea adecuado al caso concreto) (Verde 2020: 292).

A tal efecto, se señala aquí que una adecuada regulación de este delito requeriría, como mínimo, las siguientes revisiones:

1. Revisión de la conveniencia de prever el encubrimiento como una forma de intervención en el delito en lugar de como un delito autónomo contra la Administración de justicia. Se trata de la opción minoritaria (en el ámbito latinoamericano solo Chile la prevé de este modo). Aunque no es una opción legislativa incorrecta, puede dificultar su aplicación homogénea en un ámbito tan necesitado de

¹⁴ Este delito se considera un delito de lavado de activos y, por tanto, nos remitimos al capítulo de la presente obra colectiva relativo al mismo.

respuestas armónicas como los es la criminalidad organizada transnacional. A tal efecto, aquí seguimos a Sánchez-Ostiz, al decantarnos por la conveniencia de que el encubrimiento sea un delito autónomo, entendido como la infracción de una “norma de resguardo” (Sánchez-Ostiz 2004: 260 et seq.). Es decir, frustrar las expectativas de la norma de sanción. Así ha ocurrido en España, donde desde 1995 el legislador considera el encubrimiento como un delito contra la Administración de Justicia, interrumpiendo con ello la previsión de los códigos penales españoles anteriores, que lo definían como una forma de responsabilidad junto a la participación. La traslación del delito de encubrimiento a la Parte especial permite garantizar la eficacia de las normas penales en cada caso infringidas, pero siempre que la norma penal concrete de modo suficiente: 1) en qué se diferencia el encubrimiento de la participación y 2) la relación del encubrimiento con el hecho previo.

2. Por lo que se refiere a la primera cuestión: a un interviniente solo se le puede castigar o como partícipe o como encubridor, pero no como ambos. Es preciso, por tanto, distinguir entre encubrimiento y participación (en detalle, desde una perspectiva dogmática en la que no es posible detenerse ahora: Sánchez-Ostiz 2004: 51 et seq.; 115 et seq. 185 et seq.). El encubridor no es tal por adherirse con posterioridad al delito, sino por intervenir de forma distinta a como lo hacen el autor y el partícipe. Se le imputa el favorecimiento como conducta penalmente relevante de relativizar o desautorizar la vigencia de las normas penales (lo contrario, atentaría contra la prohibición de regreso). Por tanto: es esencial que la regulación del encubrimiento (en el caso de este capítulo, en su modalidad de favorecimiento real) ponga de manifiesto que la gravedad de la conducta reside en dificultar la instrucción o para frustrar las consecuencias de los delitos cometidos (así se hace, por ejemplo, en Alemania, mediante la llamada “*Strafvereitelung*”).

3. Por lo que se refiere a la relación entre el encubrimiento y el hecho previo, es conveniente entender que el bien jurídico afectado no es la Administración de justicia, sino el que protege la norma penal infringida en cada caso (bastando su iniciación, sin necesidad de que se haya agotado la consumación) (Sánchez-Ostiz 2004: 209 et seq.; 233 et seq.). De ahí, la importancia de regular adecuadamen-

te las formas de favorecimiento real, distinguiendo lo específico de dichos delitos. A tal efecto, se propone la adecuada delimitación entre encubrimiento por favorecimiento personal y por favorecimiento real. A su vez, adecuada delimitación entre el encubrimiento por favorecimiento real y la receptación y el blanqueo de capitales (con base en las premisas de Verde 2020: 40 et seq.):

3.1. Encubrimiento y blanqueo: el delito de encubrimiento tendría que exigir la voluntad de ocultar los bienes/efectos del delito sin tratar de darles apariencia de licitud, sino solo para favorecer al autor/partícipe del delito previo y con ello entorpecer la re-estabilización normativa. En cambio, será lavado de dinero, si la maniobra incluye la finalidad de borrar o disimular el origen delictivo de los bienes

3.2. Encubrimiento y receptación: el tercero que adquiera, oculte, encubra o ayude con ánimo de lucro propio, será receptor.

4. Asimismo, debería explicitarse que la conducta de encubrimiento es únicamente sancionable para los casos en los que no se haya participado en el delito precedente (para distinguirlo del blanqueo y porque de lo contrario sería fácil incurrir en una vulneración del principio *nemo tenetur*).

5. Se propone que se consideren encubrimiento tanto las conductas post-ejecutivas que se inician con anterioridad a la reacción por parte del Estado como las que se dan una vez que se ha iniciado la persecución del delito o re-estabilización normativa. Dicho factor puede servir para determinar la gravedad de las conductas de encubrimiento: se sugiere que sean más graves las conductas de encubrimiento que constituyan adhesiones a la no-re-estabilización, que las adhesiones post-ejecutivas anteriores a iniciarse la re-estabilización estatal. Estas últimas serían un auxilio complementario al autor/partícipe del delito precedente (Sánchez-Ostiz 2004: 397).

6. Además, como otro segundo criterio por el cual valorar la gravedad de la conducta, se propone tomar en consideración el status del sujeto activo y agravar la pena en los casos en los que sea funcionario, siguiendo así la expresa mención a estos sujetos que hace el art. VI de la Convención interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996).

7. Prever una respuesta legislativa específica para los casos de criminalidad económica transnacional. Por ejemplo, teniendo en cuenta aspectos que pueden ser interesantes para la criminalidad organizada transnacional, tales como: aumentar el plazo de la prescripción, considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva o eliminar la posibilidad de considerar atípicas las conductas de encubrimiento entre parientes.

8. Asimismo, los delitos de encubrimiento no generan responsabilidad penal de personas jurídicas en ninguno de los países de referencia analizados. Como ya se vio al analizar el delito de encubrimiento por favorecimiento real en el caso de España, entendemos que esto debería revisarse, ya sea mediante responsabilidad penal de personas jurídicas en aquellos países que la contemplan o mediante responsabilidad administrativo-sancionadora, en el caso de países que han optado por esta vía. Habida cuenta de que, según se viene sosteniendo, el disvalor del encubrimiento reside en frustrar la reestabilización normativa, tiene sentido castigar esta conducta en estructuras especialmente idóneas para ello, como las corporaciones.

9. Además, se constata que ninguno de los países de referencia analizados contempla ninguna especificidad regulatoria en relación con la criminalidad organizada transnacional. Entendemos que esta sería necesario, a fin de revisar la conveniencia de algunas cuestiones de punibilidad que operan en la mayor parte de países y que pueden suponer un lastre para la prevención y el castigo de la criminalidad organizada transnacional. Por ejemplo, las exenciones de pena por encubrimiento entre parientes (más amplia en el caso peruano) o los márgenes de la prescripción. También sería conveniente contemplar en todas las regulaciones alguna agravación para ciertos supuestos, como es el caso de la agravante por delito de encubrimiento cometido en el marco de una organización o por parte de un profesional.

4.4.2. Estrategia de acción para Colombia

Como se vio anteriormente, el ordenamiento colombiano prevé el delito de encubrimiento como delito autónomo contra la Administración de justicia y de carácter doloso. Esto es político-criminalmente correcto. Sin embargo, tal y como se apuntó *supra*, se considera

que la regulación del delito de encubrimiento en el ordenamiento colombiano tiene la debilidad de ser excesivamente genérica, amplia y, por ende, tener el riesgo de prestarse a confusiones y/o a infra-aplicación del tipo penal. A tal efecto, se sugiere el siguiente plan de acción que, en su gran mayoría, coincide con las recomendaciones hechas para América Latina. De ahí que la exposición que se hace a continuación sea más sintética, remitiéndonos al punto inmediatamente anterior (4.4.1) para la confrontación de los detalles:

1. Revisar la configuración del delito de encubrimiento como un delito exclusivamente vinculado al bien jurídico Administración de justicia. Sería más adecuado incluirlo en un título que, junto a la Administración de justicia, pusiera de manifiesto que las conductas de encubrimiento afectan también al bien dañado por el delito previo. Por ejemplo: “Delitos subsiguientes o contra la re-estabilización del orden social”. Esto permitiría, por ejemplo, modular la punibilidad (penas, la prescripción, etc.) según el delito de referencia cuyos bienes/efectos se encubren.

2. Explicitar en el tipo penal que lo propio del encubrimiento (en el caso de este capítulo, en su modalidad de favorecimiento real) reside en dificultar la instrucción o para frustrar las consecuencias de los delitos cometidos por un tercero, sin haber tomado parte en el delito anterior. Actualmente, el encubrimiento se describe como genérica e inconcreta vulneración del deber de colaborar con las autoridades. Seguir la recomendación aquí efectuada permitirá: (a) distinguir el delito de encubrimiento de la participación; b) explicitar que el encubrimiento tiene una lesividad propia, distinta de la del delito precedente; y (c) concretar que es encubridor quien no ha tomado parte en el delito previo y que, por ende, no se ven afectados principios como el *nemo tenetur*.

3. Distinguir claramente entre encubrimiento por favorecimiento real y por favorecimiento personal, tal y como hacen en la mayor parte de los países analizados. A tal efecto, por ejemplo, se sugiere tomar el modelo italiano como punto de partida, pues ambas formas de favorecimiento se encuentran diferenciadas en preceptos distintos: el legislador italiano regula el delito de favorecimiento real (*reato di favoreggiamento reale*) en el art. 379 del CP, justo a continuación del delito de favorecimiento personal (art. 378 del CP). A su vez, distin-

que expresamente el delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real del delito de receptación (648 CP).

4. En este sentido: Distinguir también entre encubrimiento y conductas afines, como la receptación y el blanqueo de capitales, en la línea apuntada *supra*, en el apartado 4.4.1. inmediatamente anterior.

5. Modular o graduar la gravedad del delito de encubrimiento por favorecimiento real en función de factores tales como: (a) delito precedente y valor de los bienes encubiertos; (b) status del sujeto que encubre (más grave en casos de funcionarios y de profesionales-facilitadores); (c) momento del encubrimiento, (más grave si ya se ha iniciado la actuación de las autoridades y menos grave si es un auxilio complementario); y (d) grado de ejecución del delito encubierto (más grave si el delito se ha consumado y menos grave si quedó en tentativa), etc.

6. Ofrecer una respuesta legislativa específica al fenómeno de la criminalidad organizada transnacional. Por ejemplo, ofrecer soluciones específicas para estos casos en un sub-apartado del tipo penal en el que se regule el encubrimiento, haciendo mención a aspectos tales como: agravar la pena, aumentar el plazo de la prescripción, considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva o eliminar la posibilidad de considerar atípicas las conductas de receptación entre parientes.

7. Establecer la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder por este delito, de acuerdo con el modelo administrativo-sancionador de personas jurídicas instaurado en dicho ordenamiento. Así, podría ofrecerse una solución similar a la de países como Italia, que castigan administrativamente a las empresas por el delito de favorecimiento real.

5. EL DELITO DE RECEPCIÓN

En este apartado se analizan las conductas orientadas al aprovechamiento de los bienes procedentes de un delito, por parte de quien no ha tomado parte en él. De esta forma, el fundamento de la penalización de esta conducta es que se ayuda a perpetuar otro

ilícito, dificultando la recuperación del bien robado y estimulando la comisión de nuevos delitos. Es habitual que la receptación se vincule a los delitos contra la propiedad (España, Perú, México, Chile, EE.UU., Brasil, etc.) pero otros ordenamientos la vinculan al blanqueo de capitales (Italia) y otros al encubrimiento contra la Administración de Justicia (Argentina, Colombia). Sin embargo, las conductas de receptación deben distinguirse de las de encubrimiento por favorecimiento real y de las de lavado de activos.

En primer lugar, se trata de una conducta distinta de las de encubrimiento por favorecimiento real analizadas en el epígrafe anterior. Recuérdese que, en aquellas, el encubridor asiste al autor o partícipe sin ánimo de lucro propio, para que ellos se beneficien de los productos, efectos o cosas del delito. En cambio, en la receptación, quien encubre lo hace en beneficio propio, pero, de forma similar a las conductas de favorecimiento, con posterioridad a un delito en el que no ha tomado parte.

En segundo lugar, la receptación es distinta que el delito de blanqueo de capitales porque mientras la prohibición penal del blanqueo de capitales intenta que los bienes no se integren al sistema económico con apariencia legal, el castigo de la receptación procura evitar que quien encubre en beneficio propio obtenga una ganancia. Además, en el delito de receptación es necesario que el autor no haya participado en el delito previo.

5.1. Países no latinoamericanos de referencia: España, Italia y EE.UU.

5.1.1. España

5.1.1.1. Normativa

La receptación se regula en el capítulo XIV del libro III del CP sobre “la receptación y otras conductas afines”. Concretamente, en el art. 298 del CP español se establece la regulación del tipo básico, que castiga la conducta consistente en obstaculizar o dificultar la persecución de un delito contra el patrimonio a través del aprovechamiento o beneficio de los efectos provenientes de dicha actividad criminal.

En este punto, debe precisarse que es criterio jurisprudencial mayoritario el que considera que la conducta no ha de recaer con carácter excluyente en los propios “objetos” del ilícito anteriormente cometido; antes, al contrario, también se extiende a los frutos que de él puedan provenir (p.ej. dinero obtenido como consecuencia de la venta del producto). (De la Mata, 1989).

5.1.1.2. *Bien jurídico*

Aunque la discusión en torno al bien jurídico no es en absoluto pacífica, puede afirmarse que el bien jurídico protegido del delito de receptación es tanto el patrimonio individual como el orden socioeconómico, puesto que da lugar a una modalidad de comercio ilícito. Ello, por su ubicación sistemática y también porque se trata de un delito de referencia, que exige la previa comisión de un delito que afecte al patrimonio o al orden socioeconómico. (extensamente, sobre las características esenciales del delito de receptación: De la Mata Barranco 1989).

5.1.1.3. *Sujeto activo*

La conducta típica se completa en atención a la acotación del sujeto activo puesto que la previsión normativa atiende a un delito de sujeto activo excluyente. Quiere con esto señalarse que únicamente puede resultar sujeto activo aquél que no ha participado en el delito contra el patrimonio u orden socioeconómico previo. Sin perjuicio de lo anterior, el tipo principia con “el que [...]”.

Además, la receptación no es un delito por el que puedan responder las personas jurídicas en España.

5.1.1.4. *Sujeto pasivo*

Al ser la receptación un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el sujeto pasivo de dicho delito será el titular del bien y, en general, el orden socioeconómico.

5.1.1.5. Tipo objetivo

Se castiga a quien, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos. Parte de la doctrina excluye de las conductas típicas los casos de la “receptación sustitutiva”, en la que el receptor no se aprovecha del objeto material del delito sino de otros bienes que sustituyen a aquél (De la Mata, 2019). No obstante, sí cabe la “receptación en cadena”; es decir: la receptación de la receptación, cuando el hecho delictivo precedente es una receptación (Robles Planas & Pastor Muñoz 2023: 314 et seq.).

5.1.1.6. Tipo subjetivo

En lo tocante al elemento subjetivo del tipo se atiende a la necesaria apreciación de dos extremos: (a) la conducta del sujeto activo ha de venir presidida por ánimo de lucro; y (b) el conocimiento respecto de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. En cuanto al ánimo de lucro, es preciso remarcar que este *animus lucrandi* de la receptación sería, casi unánimemente, lo distintivo de esta frente al encubrimiento por favorecimiento real analizado anteriormente, donde prima el *animus adiuuandi*, así como uno de los criterios que permiten distinguir la receptación del blanqueo de capitales (Robles Planas & Pastor Muñoz 2023: 318). Por lo que se refiere al conocimiento del delito previo, es criterio jurisprudencial mayoritario el referido a que no es indispensable el conocimiento respecto de todos los elementos constitutivos del ilícito penal previo; bastando para ello el saber de la procedencia ilícita del bien (STS 991/2007, ponente: Marchena Gómez).

5.1.1.7. Penas

El tipo básico del delito de receptación está castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Las agravantes aparecen recogidas en el segundo párrafo del art. 298.1 y en el 298.2 del CP. De esta for-

ma, se castiga con pena prisión de uno a tres años en los siguientes casos: (a) cuando los efectos son cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico; (b) si se trata de cosas de primera necesidad, conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones; (c) cuando se trata de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, productos agrarios o ganaderos o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención; y (d) si los hechos revisten especial gravedad según el valor de los efectos receptados o los daños que ha causado su sustracción. Además, estas penas se impondrán en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Asimismo, si el trabajo se realiza a través de un establecimiento comercial o industrial, se impondrá también pena de multa de 12 a 24 meses.

Por su parte, el art. 300 del CP establece la tipicidad de la conducta de receptación aun cuando la persona o circunstancias que rodean al hecho criminal previo resultaren inimputables o exentos de pena. Quiere con ello sancionarse con individualidad propia la conducta de receptación, bastando por tanto su comisión para que, sustantivamente y por ella misma, resulte punible y desvinculada de las consecuencias o circunstancias penológicas que rodeen la conducta previa.

Además, en función de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales del delincuente, se podrá imponer también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria de dos a cinco años y acordar la medida de cierre temporal o definitivo del establecimiento.

Podría discutirse sobre si el delito de receptación admite la exoneración cuando la conducta se comete entre parientes. En este sentido, el art. 268.1 CP prevé la posibilidad de eximir de pena a los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, bajo determinadas circunstancias.

5.1.2. Italia

5.1.2.1. Normativa

En Italia, el delito de receptación (“*ricettazione*”) está vinculado al blanqueo de capitales, aunque constituye un delito autónomo. Se castiga en el art. 648 del CP italiano, que se recoge en el capítulo II sobre delitos contra la propiedad mediante fraude, del título XIII relativo a delitos contra la propiedad (Mantovani 2021: 277 et seq.)¹⁵.

5.1.2.2. Bien jurídico

El delito de receptación del art. 648 del CP es un delito que protege el patrimonio y que debe distinguirse del favorecimiento real del art. 379 del CP italiano, que protege la Administración de justicia.

5.1.2.3. Sujeto activo

En el delito de receptación el autor viene definido mediante delimitación negativa: el autor no puede haber sido autor o partícipe en el delito previo de cuyos bienes o efectos se aprovecha¹⁶. Las personas jurídicas también pueden ser hechas responsables por este delito, de acuerdo con el art. 25-octies de D. Decreto Legislativo 231/2001.

5.1.2.4. Sujeto pasivo

Se trata de un delito cometido contra el patrimonio y, en esta medida, el sujeto pasivo es el propietario del bien.

¹⁵ Inmediatamente después se castigan los delitos de blanqueo de capitales (“*riciclaggio*”) y de autoblanqueo (“*autoriciclaggio*”) (art. 648 bis y ter del CP italiano). Ambas modalidades se analizan en el capítulo dedicado al delito de blanqueo de capitales en esta obra colectiva.

¹⁶ El art. 648 del CP señala expresamente: “fuera de los casos de participación en el delito”.

5.1.2.5. *Tipo objetivo*

Artículo 648 del CP castiga la conducta de quien, con el fin de procurar, para sí o para otro, un provecho, recibe u oculta dinero o cosas provenientes de un delito, o intermedia en su compra, recepción u ocultamiento o participa en la facilitación de la compra, recepción u ocultación. El dinero o el objeto de la conducta puede ser entendido en sentido amplio, pudiendo incluir no sólo el producto, sino todo lo que se utilizó para cometer el delito. En todo caso, debe ser de origen delictivo, sin importar que el delito previo sea doloso o culposo (incluso en forma de tentativa). A su vez, la recepción de bienes robados puede convertirse en el requisito previo para una posterior recepción de bienes robados.

Se distingue de las formas de participación o del encubrimiento por favorecimiento real en que la conducta se lleva a cabo con ánimo de lucro. En cambio, si la conducta se lleva a cabo con el único fin de asegurar el producto del delito cometido por otros, sin ánimo de lucro, estaríamos ante una complicidad (cuando la conducta aún no se ha consumado o cuando ha habido acuerdo previo) o ante un favorecimiento real (si ya se ha ejecutado y no ha habido acuerdo previo).

Por su parte, se distingue del lavado de activos o *riciclaggio* del art. 648 bis CP en que este se refiere a conductas de sustituir o transferir dinero, bienes u otras utilidades resultantes de un delito, o realizar otras transacciones en relación con el mismo, de manera que se impida la identificación de su origen delictivo.

El delito de receptación es, en todo caso, un delito de mera actividad y, en cierto modo, puede ser entendido como un delito permanente cuando la conducta se divide en una serie de operaciones conectadas entre sí, fragmentarias o progresivas, realizadas sobre la misma suma de dinero/mismo bien y destinadas a hacer perder las huellas del origen delictivo (Mantovani 2021: 277 et seq.).

5.1.2.6. *Tipo subjetivo*

El delito de receptación (art. 648 CP) es un delito que ha de cometerse con dolo. Es decir, conociendo la existencia de un delito previo, de cuyos bienes el autor trata de aprovecharse. Además, se exige una

intención específica de aprovechar los bienes en provecho propio o de un tercero (quedando excluido de tal concepto el propio autor del delito previo). Sin embargo, se admite el castigo cuando hay dolo eventual (Donini 2010: 2555 et seq.).

En este sentido, debe diferenciarse estas conductas de la del art. 712 CP italiano, dentro del Libro que regula las Faltas (“*Contravvenzioni*”), conducta propiamente descrita como de “adquisición de cosas de sospechoso origen”. De este modo, a diferencia de la contravención del art. 712, en la receptación se exige un *quid pluris* respecto de la mera sospecha.

5.1.2.7. Penas

Las penas del delito de receptación del art. 648 del CP no vienen sometidas al límite legal del delito previo. En concreto, se prevé una pena de prisión de uno a cuatro años y una multa de 300 a 6.000 euros cuando el hecho se refiera a dinero o cosas procedentes de un delito castigado con una pena de prisión máxima de más de un año o mínima de seis meses. La pena se incrementa si la infracción se comete en el ejercicio de una actividad profesional. Si el delito es especialmente leve, la pena será de prisión de hasta seis años y multa de hasta 1.000 euros si se trata de dinero o cosas derivadas de un delito, y de prisión de hasta tres años y multa de hasta 800 euros si se trata de dinero o cosas derivadas de una contravención.

En consecuencia, se trata de una pena considerablemente más baja que la del lavado de activos (que es de prisión de cuatro a doce años y multa de 5.000 a 25.000 euros), pese a ser una conducta regulada en el mismo título.

Se aplica la pena también en caso de que el autor del delito, del que provienen el dinero o las cosas, fuera inimputable o estuviera excusado (art. 649 del CP), o cuando faltase una condición de procesabilidad (336-346 del CP), referida a tal delito. Por ende, el delito previo no requiere haber sido constatado con sentencia firme.

Como se apuntó anteriormente, de acuerdo con el art. 25 octies del DL 231/2001 de 8 de junio, las personas jurídicas pueden responder por el delito de receptación (y por el resto de delitos vinculados

al blanqueo de capitales). Es decir, responden por los delitos de los arts. 648, 648-bis, 648-ter y 648-ter.1 del CP. Se impone a la entidad una sanción pecuniaria de 200 a 800 cuotas¹⁷. En caso de que el dinero, los bienes u otros beneficios provengan de un delito para el que se establezca una pena máxima de prisión de más de cinco años, se aplicará una sanción pecuniaria de entre 400 y 1.000 cuotas.

Además, es posible imponer alguna de las sanciones interdictivas por un plazo no superior a dos años: (a) la inhabilitación para ejercer de la actividad; (b) la suspensión o revocación de autorizaciones, licencias o concesiones funcionales a la comisión del delito; (c) la prohibición de contratar con la Administración pública, excepto para obtener el rendimiento de un servicio público; (d) la exclusión de las subvenciones financiación, contribuciones o subvenciones y la posible revocación de los ya concedido; y (e) la prohibición de publicar bienes o servicios

5.1.3. EE.UU.

5.1.3.1. Normativa

A nivel federal, el *United States Code* (USC), en su título 18, relativo a los delitos y procedimiento penal (“*crimes and criminal procedure*”), regula distintas modalidades de receptación hasta el punto de que podría considerarse una legislación casuística. En primer lugar, la receptación se define genéricamente en la § 2315 como la “venta o receptación de bienes robados, prendas, dinero, o estampillas de impuesto estatales fraudulentas.”. Esta previsión debe complementarse con lo dispuesto en la § 3435, que establece la autonomía procesal de dicho delito, al señalar que “la persona acusada por receptación u ocultación de propiedad robada puede ser procesada tanto antes como después del juicio del ofensor principal.”

¹⁷ De acuerdo con los arts. 10 y 11 DL 231/2001, la multa se aplica siempre a plazos. El valor de cada cuota es fijado por el juez entre 258,00 y 1.549,00 euros. Así, oscila entre un mínimo de 64.500 euros (250 cuotas por el valor mínimo de 258,00 euros) y 1.549.370 euros (1.000 cuotas por el valor máximo de 1549,00 euros).

Junto a estas previsiones, a lo largo del título 18 del USC se contemplan modalidades específicas de receptación, según la materia concreta castigada. Por ejemplo, la receptación de ganado de la § 2317, la receptación cometida en los delitos de jurisdicción marítima de la § 662 o la receptación de vehículos robados de la § 2313.

En cuanto a la legislación estatal, muchos códigos penales han seguido el modelo del *Model Penal Code*. En este, el delito de receptación o *theft by receiving* se encuentra previsto en el art. 223, como una modalidad de delito vinculada al robo (*theft*) (Lafave, 2017: 788).

5.1.3.2. Bien jurídico

Tanto en el caso del USC como a nivel estatal en los Códigos penales que han seguido el modelo del *Model Penal Code*, el delito de receptación se entiende como un delito contra el patrimonio, vinculado al robo. Por tanto, el bien jurídico protegido es la propiedad ajena.

5.1.3.3. Sujeto activo

Es sujeto activo de este delito quien accede a un bien o cosa robada, con posterioridad a dicho delito, conociendo que tal objeto tiene su origen en un delito. Así mismo, las personas jurídicas pueden responder por este delito, ya que en EE.UU. el sistema de responsabilidad penal corporativo es *numerus apertus*.

5.1.3.4. Sujeto pasivo

Dado que se trata de un delito contra el patrimonio, el sujeto pasivo del delito de receptación es el propietario del bien.

5.1.3.5. Tipo objetivo

De acuerdo con el 18 USC § 2315, la “venta o receptación de bienes robados, prendas, dinero, o estampillas de impuesto estatales

fraudulentas.” Consiste en recibir poseer, ocultar almacenar, permutar, vender o disponer de cualquier bien, mercancía, efecto, o dinero del valor de \$5.000 o más, o aceptar en prenda para un préstamo cualquier bien, o mercancía, o garantía, del valor de \$500 o más, que ha cruzado un Estado o límite de Estados Unidos después de robarse, ilícitamente transformarse, o tomarse.

Por su parte, a nivel estatal, muchos Estados regulan la recepción en los términos del *Model Penal Code*, cuya § 223 establece que:

[...] una persona es culpable de hurto o robo (*theft*) si recibe, tiene o dispone de bienes muebles (*movable property*) de otro, conociendo que ha sido hurtada o robada, o creyendo que probablemente ha sido hurtada o robada, excepto si el bien mueble ha sido recibido, se tiene o se ha dispuesto de él con el propósito de restituírselo a su propietario. Por recepción se entiende adquirir de la cosa la posesión, el control o título, o dar préstamo sobre la garantía de ésta.

5.1.3.6. *Tipo subjetivo*

De acuerdo con el 18 USC § 2315, la recepción exige tener conocimiento de que se ha cometido un delito previo. Por tanto, se trata de un delito doloso. Además, la § 223.2 del *Model Penal Code* establece una presunción de conocimiento (*presumption of knowledge*) en relación con la recepción:

El requisito de conocimiento o convicción se presume en el caso de un comerciante que: (a) Es encontrado en posesión o en control de cosas robadas de dos o más personas en ocasiones separadas; (b) Ha receptado cosas robadas en otra transacción realizada en el año precedente a la transacción de la que se acusa; o (c) Siendo comerciante (*dealer*) en cosas del género receptado, la adquiere en un precio muy inferior a su valor razonable.

En este sentido, la *U.S. Supreme Court* definió la recepción como “el hecho de que una persona tenga o disponga de la propiedad de otro conociendo o teniendo razón para creer que fue adquirida mediante un robo” (*Rivera v. Ohio*, 459 U.S. 957 (1982) No. 82-5109, October 18, 1982). Ahora bien, a tenor del *Model Penal Code*, debe probarse que el receptor recibió el bien en provecho o propio o de un tercero, quedando excluidos de pena los casos en los que se demuestre la intención de devolverlo a su dueño.

5.1.3.7. Penas

De acuerdo con el 18 USC § 2315, la receptación se multará bajo este título o será encarcelado por no más de diez años, o ambos. Por su parte, la § 223.2 del *Model Penal Code* establece que la receptación es un delito grave de tercer grado (*felony of the third degree*) si el receptor se dedica a la compra o venta de propiedad robada. Fuera de estos casos estamos ante un delito menor (*misdemeanor*). Se considera que la cantidad implicada en un robo es el valor más alto, según cualquier criterio razonable, de los bienes o servicios que el actor robó o intentó robar.

5.1.4. Análisis comparado

Como ha podido constatarse, en los tres países de referencia analizados, el delito de receptación es autónomo respecto del delito principal y se configura como un delito contra el patrimonio. Se refiere a la adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización de bienes provenientes de un delito, sabiendo que provienen de una actividad delictiva. Es decir, beneficiarse de manera ilícita de bienes robados o provenientes de otro delito.

En los tres países de referencia analizados, para que se materialice el delito de receptación, generalmente se requieren los siguientes elementos: (i) objeto proveniente de un delito: los bienes que son objeto de receptación deben haber sido obtenidos a través de un delito, como robo, hurto, estafa, entre otros; (b) conocimiento del origen ilícito: el receptor debe tener conocimiento de que los bienes provienen de una actividad delictiva; y (c) acciones de adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización: el receptor debe realizar alguna acción que demuestre su participación en la adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización de los bienes provenientes del delito. Se distingue de las formas de participación o del encubrimiento por favorecimiento real en que la conducta se lleva a cabo con ánimo de lucro.

Una de las principales diferencias entre los países de referencia analizados es que en España no se castiga a las personas jurídicas por este delito, mientras que en EE.UU. y en Italia sí. Sanciones: Las

sanciones por el delito de receptación pueden variar en cada jurisdicción, pero generalmente incluyen penas de prisión, multas económicas o la confiscación de los bienes objeto de receptación. Este punto podría destacarse como una debilidad del modelo español, ya que no es en absoluto descartable que una persona jurídica facilite la comisión de este delito y, de este modo, promueva el comercio ilícito. Lo más coherente con la legislación española sería que este delito se incluyera en el catálogo *numerus clausus* de delitos por los que pueden responder las personas jurídicas, de acuerdo con los requisitos del art. 31 bis CP Español.

Asimismo, se considera una debilidad de los tres sistemas el hecho de que el delito de receptación se encuentre vinculado en exclusiva a los delitos contra el patrimonio y que no se prevea ninguna disposición relativa a la criminalidad económica transnacional. Una adecuada regulación de este delito requeriría, como mínimo, tres revisiones. A saber: (a) apertura del delito de receptación a otros delitos distintos de los estrictamente patrimoniales; (b) adecuada delimitación entre receptación y blanqueo de capitales; y (c) prever una respuesta legislativa específica para los casos de criminalidad económica transnacional.

5.2. Países latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

5.2.1. Argentina

5.2.1.1. Normativa

La receptación es tratada en Argentina como delito contra la Administración de Justicia, en los arts. 277 et seq. del CP (ubicados en el capítulo XIII sobre el encubrimiento del título XI relativo a los delitos contra la Administración Pública del libro segundo). En concreto, la doctrina mayoritaria entiende que el delito de receptación se castiga en el apartado (c) del art. 277.1º del CP argentino. Ahora bien, dado que la receptación se regula junto al favorecimiento, es considerada una forma más de encubrimiento.

5.2.1.2. Bien jurídico

Dado que la conducta de receptación en Argentina no requiere ánimo de lucro y, sobre todo, se regula junto al favorecimiento, como una forma de encubrimiento en el marco de los delitos contra la Administración de justicia, debe concluirse que el bien jurídico afectado por dicha conducta es la Administración de la justicia, en su función de localizar y recuperar las cosas que fueron objeto de un delito previo¹⁸.

5.2.1.3. Sujeto activo

Al igual que en la mayor parte de ordenamientos jurídicos analizados, solo puede ser autor de un delito de receptación quien no ha participado como autor o como partícipe en el delito previo, por expresa indicación del CP argentino. Así mismo, las personas jurídicas no responden por este delito.

5.2.1.4. Sujeto pasivo

Dado que se trata de un delito contra la Administración de justicia, se entiende que es el propio sistema de persecución de los delitos el principal afectado por la conducta. Se coincide aquí con la doctrina mayoritaria, al ubicar el perjuicio en la dimensión funcional de dicha Administración de justicia (Verde 2019: 127 et seq.; 135 et seq.). Por ende, en este punto, la legislación argentina se aparta del criterio mayoritariamente acogido en otros ordenamientos jurídicos, que regulan la receptación como un delito contra el patrimonio y, en su caso, también contra el orden socioeconómico.

¹⁸ Para una posición crítica, vid. Verde, 2019; 2020. Así mismo, hacemos extensivas aquí las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado 2, sobre la inidoneidad de la Administración de justicia per se como bien jurídico único o inmediato.

5.2.1.5. *Tipo objetivo*

De acuerdo con el art. 277.1°(c) del CP sería delito de receptación la conducta de adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o bienes provenientes de un delito, sin fines de lucro. La conducta no queda claramente delimitada con respecto al tipo objetivo de los delitos de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real, ya que el verbo típico de ocultar también se emplea en la definición de la conducta típica de este delito. Una primera diferencia podría establecerse en que los delitos de favorecimiento contemplan las conductas de ayudar al autor y en cambio, la receptación no. Otra posible diferencia podría fijarse en el objeto porque el delito de receptación se refiere al dinero, cosas o bienes provenientes de un delito, mientras que el delito de favorecimiento real en Argentina se refiere a los rastros, pruebas o instrumentos del delito y a su producto o provecho. No obstante, en la práctica, no es posible establecer una diferencia mínimamente clara y relevante entre una cosa proveniente de un delito y el producto de un delito.

5.2.1.6. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que exige ser cometido con el conocimiento de que se ha producido un hecho previo y de que los bienes que se tratan de ocultar son fruto de un delito.

5.2.1.7. *Penas*

El delito de receptación en el CP argentino se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años. Además, el art. 277.2 del CP prevé la posibilidad de agravar la pena hasta el doble (esto es, seis años de prisión), en los siguientes casos: (a) cuando el hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquél cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión; (b) si autor actuare con ánimo de lucro; y (c) cuando el autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

A diferencia de lo que ocurre en los otros ordenamientos de referencia analizados, el ánimo de lucro no es un elemento propio de la

receptación que sirva para distinguir a esta de los delitos de encubrimiento por favorecimiento real o personal. En cambio, es una agravante de la pena, tanto para los casos de receptación (art. 277.1°(c) CP) como para los de encubrimiento (art. 277.1°(a) y (b) del CP). La doctrina se ha mostrado crítica con esta regulación y nos sumamos a la opinión de quienes consideran que la actual regulación de los delitos de encubrimiento en Argentina merecería ser revisada (Verde, 2020: 254 et seq.).

El art. 277.3 del CP prevé la exención de pena para los casos en los que el receptor haya obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. Se trata de una exención que en el resto de los ordenamientos jurídicos no está presente. Ahora bien, esta exención no operará cuando el autor obre con ánimo de lucro propio (art. 277.2(b) del CP).

Finalmente, las personas jurídicas no pueden ser responsables por este delito en Argentina.

5.2.2. Brasil

5.2.2.1. Normativa

El delito de receptación se regula en el art. 180 del CP (ubicado en el capítulo VII, dentro de los delitos contra la propiedad del título I-“*dos crimes contra o patrimônio*”).

5.2.2.2. Bien jurídico

Se trata de un delito contra el patrimonio, toda vez que se regula dentro de los delitos contra la propiedad. Ahora bien, en la medida en que la receptación agravada castiga la adquisición del bien para su uso en el comercio, podría decirse que el delito también busca proteger el orden socioeconómico, en el sentido de posibilitar un comercio y mercado justo (Cardoso de Oliveira Teixeira & de Oliveira Andrade 2014: 11 et seq.).

5.2.2.3. *Sujeto activo*

El CP brasileño no excluye expresamente al autor del delito previo del delito de receptación. No obstante, en la medida en que estamos ante un delito subsiguiente, debe entenderse que es autor quien no ha participado en el delito previo y, pese a ello, adquiere los bienes o efectos de dicho delito en su propio provecho o en el de un tercero. También es autor (no partícipe) quien influye en otro para que se aproveche de los bienes de un delito (Cardoso de Oliveira Teixeira & de Oliveira Andrade 2014: 11 et seq.). En cuanto a las personas jurídicas, estas no responden por el delito de receptación en Brasil.

5.2.2.4. *Sujeto pasivo*

Es sujeto pasivo el propietario de los bienes afectados por el delito previo, al que se le priva del disfrute de los mismos. Asimismo, como la receptación agravada castiga la adquisición del bien para su uso en el comercio, podría decirse que el delito también atenta contra el orden socioeconómico en general.

5.2.2.5. *Tipo objetivo*

El CP brasileño prevé distintas modalidades de receptación, en función de los efectos de la conducta y en función de los requisitos de dolo que se exigen al autor. En su modalidad básica, la conducta de receptación que se castiga en el art. 180 del CP brasileño es la de adquirir, recibir, transportar, conducir u ocultar, en beneficio propio o de otro, algo que se sabe que es producto de un delito, o influir en un tercero para que lo adquiera, reciba u oculte de buena fe (Cardoso de Oliveira Teixeira & de Oliveira Andrade 2014: 11 et seq.). Nótese que la modalidad de receptación por influir en un tercero es algo que no se prevé en el resto de los ordenamientos jurídicos de referencia. Por ende, en este punto, la legislación brasileña es más extensiva, al castigar como un delito de receptación lo que en otros ordenamientos está previsto, en su caso, como una forma de participación.

En el art. 180 § 1 del CP se prevé la modalidad de receptación agravada, por razón de los efectos de la conducta antijurídica. Dicha modalidad consiste en adquirir, recibir, transportar, conducir, ocultar, almacenar, desmontar, ensamblar, volver a montar, vender, exponer para la venta, o de cualquier manera utilizar en beneficio propio o de otra persona, en el ejercicio de una actividad comercial o industrial, algo que debe ser conocido como producto del delito.

El art. 180 § 3 CP brasileño prevé una modalidad de receptación atenuada, en la que se prescinde del verdadero estado mental del sujeto, pudiendo castigar los casos de receptación imprudente. En concreto, se castiga la conducta de adquirir o recibir una cosa que, “por su naturaleza o por la desproporción entre el valor y el precio, o por la condición de la persona que la ofrece, debe presumirse que ha sido obtenida por medios delictivos”.

Finalmente, el art. 180-A castiga una modalidad concreta de receptación, relativa a la receptación de animales. Así, se tipifica la conducta de adquirir, recibir, transportar, conducir, ocultar, tener en depósito o vender, con fines de producción o comercialización, ganado doméstico de producción, incluso sacrificado o dividido en partes, que debe ser conocido como producto del delito.

5.2.2.6. Tipo subjetivo

Aunque tanto la modalidad básica como la agravada del delito de receptación requieren ser cometidas con dolo, la modalidad atenuada de receptación prescinde del estado mental del sujeto activo. El criterio del dolo se sustituye por una presunción de delito si existe una desproporción entre el valor y el precio de la cosa que se adquiere o en atención a la condición de la persona que ofrece la cosa.

5.2.2.7. Penas

La pena del tipo básico de receptación del art. 180 del CP es de prisión de tres a ocho años, y multa. En el caso de la receptación agravada del art. 180 § 1 CP, la conducta se castiga con una pena de prisión de un mes a un año, o una multa, o ambas penas. Por su

parte, en los casos del art. 180 § 3 del CP, la pena es más leve que en el tipo básico: pena de prisión de un mes a un año, o multa o ambas penas. Además, en este último caso, si se trata de un delincuente primario, el juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias, no aplicar la pena ex art. 180 § 5 del CP.

Por otra parte, se agrava también la pena, pudiendo llegar al doble de la prevista legalmente, cuando se trate de bienes pertenecientes a la Unión, al Estado, al Distrito Federal, al Municipio o a una autarquía, fundación pública, empresa pública, sociedad de capital mixto o empresa de servicios públicos.

Finalmente, debe mencionarse que el art. 181 del CP establece la exención de pena cuando el delito sea cometido en perjuicio del cónyuge, durante la sociedad conyugal o de un ascendiente o descendiente, sea la relación legítima o ilegítima, sea civil o natural. Si bien, esta exención no se aplica si el delito es de robo o extorsión, o, en general, cuando se emplea una amenaza grave o violencia contra la persona (art. 183.I del CP) o si se comete contra una persona de sesenta años o más (art. 183.III del CP).

5.2.3. Chile

5.2.3.1. Normativa

El delito de receptación se castiga en el art. 456 bis A del CP chileno (ubicado en la sección 5bis del título relativo a los “crímenes y simples delitos contra la propiedad”).

5.2.3.2. Bien jurídico

El delito de receptación es un delito contra la propiedad. Sin embargo, en la medida en que también se castiga la comercialización y la transformación de los bienes procedentes de un delito, puede decirse que también es un delito contra el orden socioeconómico (Iturra Lizana 2018: 1 et seq.).

5.2.3.3. Sujeto activo

Aunque el CP no lo señala expresamente, debe entenderse que el delito de receptación lo comete el sujeto que no ha intervenido como autor o como partícipe en el delito previo del que provienen las especies o bienes receptados. Además, las personas jurídicas responden por este delito, de acuerdo con la Ley chilena 20.393.

5.2.3.4. Sujeto pasivo

El delito de receptación únicamente puede cometerse respecto de los bienes procedentes de delitos de hurto, robo o abigeato. Por tanto, serán sujeto pasivo los propietarios de estos bienes, que también hayan sido perjudicados por el delito previo.

5.2.3.5. Tipo objetivo

De acuerdo con el art. 456 bis A del CP chileno, se castiga al que:

[...] conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1º, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas.

La conducta de receptación se tipifica de forma autónoma e independiente del delito del cual provienen los bienes que integran su objeto material. Por tanto, no rige el principio de accesoriedad y tampoco se requiere un conocimiento determinado de la perpetración del hecho delictivo o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo. Estamos ante un delito de mera actividad, en el que se castiga la posesión o comercialización con bienes provenientes de un delito de hurto o robo (Iturra Lizana 2018: 1 et seq.).

5.2.3.6. Tipo subjetivo

El delito de receptación está configurado como un delito doloso. No obstante, del mismo modo que ocurre en otros ordenamientos

objeto del presente estudio (por ejemplo, Brasil o Perú), también se castigan los casos en los que puede establecerse una presunción de conocimiento. Ahora bien, se podría criticar que esta cláusula se encuentra regulada de un modo excesivamente genérico pues, entre otras cosas, no se determina si la presunción opera en casos de existir un deber positivo de conocer (por ejemplo, sujetos obligados en materia de blanqueo de capitales) o, como en el caso de la ley brasileña, tal presunción se hace depender de las circunstancias del hecho (desproporción entre los bienes y el precio por el que se adquieren o la condición de la persona que los ofrece) (Ossandón Widow 2008: 51 et seq. y nota 22; Guzmán Dálbora 1996: 83 et seq.).

5.2.3.7. *Penas*

La conducta se sanciona con una pena privativa de libertad y multa. Tal y como dispone el art. 456 bis A del CP, para la determinación de la pena aplicable, el tribunal tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor.

El castigo de la receptación en su modalidad básica es de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa. Es decir, pena de prisión de sesenta y un días a cinco años, de acuerdo a las circunstancias del hecho delictual y una pena pecuniaria (multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales (UTM)), que debe aplicarse en su grado máximo en caso de reiteración o reincidencia.

Ahora bien, si el objeto de la receptación son vehículos motorizados o cosas que formen parte de redes de suministro de servicios públicos, como electricidad, gas o alcantarillado, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo y una multa de cinco a veinte UTM. A saber, es una pena que va desde 3 años y un día a 5 años y que en su tramo mínimo va desde 1.096 días a 1.461 y en su tramo máximo desde 1.462 a 1.825 días.

De acuerdo con el inciso final del art. 456 bis A del CP Chileno, la sentencia condenatoria por delitos de receptación dispondrá el comiso de los instrumentos, herramientas o medios empleados para cometerlos o para transformar o transportar los elementos sustraídos.

Si dichos elementos son almacenados, ocultados o transformados en algún establecimiento de comercio con conocimiento del dueño o administrador, se podrá decretar, además, la clausura definitiva de dicho establecimiento, oficiándose a la autoridad competente. En los casos de reiteración o reincidencia en la receptación tales objetos, se aplicará la pena privativa de libertad allí establecida, aumentada en un grado.

Finalmente, si se trata de receptación de los bienes procedentes de un delito de abigeato (robo de ganado) la multa establecida será de setenta y cinco a cien UTM y el juez podrá disponer la clausura definitiva del establecimiento.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Chile es el único país de los que son objeto de análisis en el presente estudio, que permite castigar a las entidades colectivas por el delito de receptación. Desde el año 2016, se incluye el delito de receptación al catálogo de delitos base de la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 1 y 15), de modo que las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado serán responsables penalmente en caso de delito de receptación. Las sanciones corporativas aplicables incluyen las siguientes: (a) prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado; (b) pérdida de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años; (c) multas de hasta 20.000 UTM; y (d) su disolución siempre y cuando ésta haya sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

La ley también establece obligaciones específicas para las personas jurídicas que desarrollen actividades comerciales o de reparación de bienes nuevos o usados, las cuales deberán contar con registros documentales que acrediten dominio o posesión sobre dichos bienes. Además, tratándose de bienes usados, los comerciantes deberán contar con libros de actas de procedencia y declaraciones sobre la propiedad de dichos bienes. Es importante señalar que el cumplimiento de estas obligaciones podrá ser fiscalizado por funcionarios policiales, quienes procederán a dar aviso al Ministerio Público en caso de negativa o incumplimiento. Por ello, resulta fundamental actualizar el Modelo de Prevención de Delitos y/o implementar contro-

les internos adecuados que permitan eximir y/o mitigar los riesgos de receptación asociados a las actividades y procesos de las empresas.

5.2.4. México

5.2.4.1. *Normativa*

La receptación no se regula con este nombre en el CP de México. En cambio, las conductas que aquí se vienen analizando como propias del delito de receptación se regulan bajo el nombre genérico de “encubrimiento”, en el 400.I del CP federal de México. No obstante, debe distinguirse del delito de favorecimiento (real o personal) al que se hizo referencia *supra*, en el apartado 5.1.4. En concreto, se castiga como receptor al sujeto que, con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Además, en el art. 400 bis CP federal se prevé una modalidad específica de receptación: aquella vinculada al lavado de activos.

Finalmente, debe atenderse a una modalidad específica de receptación, que es la regulada en el art. 96.I del CF, para receptación procedente de un delito fiscal.

A la vista de ello, una primera advertencia que debe hacerse es que en la legislación mexicana, el delito de receptación presenta una regulación no fácilmente distinguible del encubrimiento y del blanqueo de capitales.

5.2.4.2. *Bien jurídico*

En el caso de la receptación del art. 400.I del CP federal, el bien jurídico no se encuentra claramente definido. Se regula en el mismo artículo que los delitos de encubrimiento y en el mismo capítulo que el lavado de activos (art. 400 bis CP federal). Ahora bien, dada su naturaleza como conducta que perjudica la propiedad, puede entenderse como un delito contra el patrimonio.

En cambio, en el caso de la receptación de delitos fiscales del art. 96 del CF federal, debe entenderse que el bien jurídico protegido es, como en el caso de los delitos tributarios, el sistema de recaudación de impuestos, incluyéndose en dicho sistema el patrimonio de la Hacienda Pública¹⁹.

5.2.4.3. *Sujeto activo*

Únicamente puede ser sujeto activo quien, conociendo la existencia de un hecho delictivo previo, no haya tomado parte en él ni como autor ni como partícipe. Además, en el caso de la legislación mexicana, se exige expresamente que no exista acuerdo previo de ayudar al autor con posterioridad a la comisión del delito. Ello es así porque, de existir tal promesa, no estaríamos ante un delito de encubrimiento, sino ante una forma de intervención delictiva, regulada en el art. 13.VII, que castiga como autor o partícipe (es decir, con la pena del delito encubierto) a “los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”.

En cuanto a las personas jurídicas, estas no responden en México por el delito de receptación.

5.2.4.4. *Sujeto pasivo*

Como acaba de exponerse, el bien jurídico del delito de receptación genérica del art. 400.I del CP federal no se encuentra claramente definido. Por tanto, serían sujetos pasivos los que lo sean de los delitos cuyos bienes aprovecha el receptor.

En el caso de la receptación de delitos fiscales del art. 96 del CF, debe entenderse que el sujeto pasivo directamente afectado es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Ello, por cuanto el art. 92 de dicha norma prevé expresamente que dicha institución tendrá el ca-

¹⁹ Vid. a este respecto el capítulo de esta misma obra colectiva relativo a los delitos tributarios.

rácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos fiscales.

5.2.4.5. *Tipo objetivo*

En el caso del encubrimiento genérico del art. 400.I del CP federal, se castiga como receptor al sujeto que, con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiriera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Por su parte, el encubrimiento de delitos fiscales del art. 96.I del CF castiga como receptor de un delito fiscal a quien, sin previo acuerdo y sin haber participado en él, después de la ejecución del delito y con ánimo de lucro, adquiriera, reciba, traslade u oculte el objeto del delito a sabiendas de que provenía de éste, o si de acuerdo con las circunstancias debía presumir su ilegítima procedencia, o ayude a otro a los mismos fines.

5.2.4.6. *Tipo subjetivo*

Los arts. 400.I del CP federal y 96.I CF exigen obrar con dolo, en el sentido de conocer que se ha cometido un delito previo y de que se están aprovechando sus efectos en beneficio propio o de un tercero. Además, esta última disposición regula expresamente una presunción de dolo para los casos en los que el encubridor no conozca, pero debiera haber conocido, la procedencia ilícita de los bienes que ayuda a ocultar. Se trata de una presunción encaminada a facilitar la prueba del delito y, por ende, su persecución.

5.2.4.7. *Penas*

El delito de encubrimiento genérico del art. 400 del CP federal conlleva una pena de prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa. Ahora bien, si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones

indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad (art. 400.I. párrafo 2 del CP federal).

En todo caso, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción y las circunstancias personales del acusado, puede imponer, en lugar de las penas que acabamos de mencionar, una pena de hasta dos terceras tercios de la que correspondería al autor del delito (inciso final del art. 400 del CP federal).

Finalmente, en lo que se refiere al encubrimiento específico de delitos fiscales, el art. 96 del CF establece una pena de prisión de tres meses a seis años. Es decir, puede llegar a ser el doble que la pena prevista para el delito de receptación genérica del art. 400 del CP federal.

5.2.5. Perú

5.2.5.1. Normativa

El delito de receptación se regula en el art. 194 del CP peruano, ubicado en el capítulo IV del título V del CP peruano, relativo a los delitos contra el patrimonio (Prado Saldarriaga 2017: 83 et seq.).

5.2.5.2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido por los delitos de receptación es el patrimonio de las víctimas del delito previo cuyos bienes, productos o efectos adquiere y/o aprovecha el receptor.

5.2.5.3. Sujeto activo

Aunque la Ley no lo señala expresamente, la jurisprudencia ha determinado que solo puede ser sujeto activo del delito quien no haya participado en el delito previo (RN 658-2010, Piura). En cuanto a las personas jurídicas, estas no responden por este delito en Perú.

5.2.5.4. *Sujeto pasivo*

A la vista de que el bien jurídico es el patrimonio, son sujetos pasivos los legítimos propietarios de la cosa objeto del delito previo.

5.2.5.5. *Tipo objetivo*

Se castiga como receptor del art. 194 del CP peruano a quien adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de procedencia delictiva, si tenía conocimiento de dicha procedencia delictiva o si debiera haberlo presumido (Prado Saldarriaga 2017: 83 et seq.). En este sentido, se aprecia una similitud con el modo en el que se define la conducta típica de receptación en el ordenamiento jurídico brasileño, que también castiga la receptación en casos en los que el adquirente hubiera debido presumir el origen ilícito de los bienes²⁰.

A continuación, el art. 194A prevé una modalidad específica de receptación por distribución de señales de satélite portadoras de programas. De acuerdo con este delito se castiga como receptor a quien distribuya una señal de satélite portadora de programas, originariamente codificada, a sabiendas que fue decodificada sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal.

5.2.5.6. *Tipo subjetivo*

El delito de receptación admite ser cometido de forma dolosa o imprudente. En relación con la imprudencia, tal y como acaba de explicarse, en los casos en los que pueda determinarse que el autor debía presumir que los bienes adquiridos provenían de una actividad delictiva, es posible castigar por la mera infracción de tal deber que, *de facto*, operaría en sustitución del conocimiento (Ossandón Widow 2008: 51 et seq.). No obstante, al igual que en el caso de la legislación

²⁰ Vid., por ejemplo, el caso con referencia: RN 122-2016, Lima, en el que se presumió que el imputado conocía procedencia ilícita del celular al querer venderlo en “Las Malvinas”.

chilena, tal presunción está redactada de un modo quizás excesivamente genérico.

En consecuencia, son los tribunales quienes deben concretar los elementos que integran el tipo subjetivo. Así, por ejemplo, recientemente la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema determinó que son tres los requisitos del elemento subjetivo del delito (Casación 186-2017, Ucayali): (a) un elemento cognoscitivo normativo, consistente en obrar con conocimiento de un delito contra el patrimonio; (b) un elemento comisivo formulado de manera alternativa y que se predica de quien ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos de ese delito o de quien reciba, adquiera u oculte tales efectos, que implica a su vez un elemento subjetivo de injusto: actuar con ánimo de lucro; y (c) un elemento negativo, integrado por la circunstancia de que el sujeto activo no haya intervenido ni como autor ni como cómplice en el delito previo.

5.2.5.7. *Penas*

Las penas del delito de receptación son iguales en el caso de la receptación dolosa y de la receptación por presunción. A saber, pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y pena de multa de treinta a noventa días. Esta última, ex art. 43 del CP peruano, no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado.

Para la receptación específica por distribución de señales de satélite portadoras de programas (art. 194-A CP), se prevé una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis años y con treinta a noventa días multa.

Estas penas podrán agravarse a una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y sesenta a ciento cincuenta días-multa, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 195 CP peruano y que se transcriben a continuación: (a) si se trata de vehículos automotores, sus autopartes o accesorios; (b) si se trata de equipos de informática, equipos de telecomunicación, sus componentes y periféricos; (c) cuando la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de

transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones; (d) cuando se trata de bienes de propiedad del Estado destinado al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social; (e) si se realiza en el comercio de bienes muebles al público; (f) si se trata de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados; y (g) cuando la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia.

Asimismo, se establece una ulterior agravación en el último inciso del art. 195 del CP, para los casos en los que los bienes receptados provengan de la comisión de los delitos de robo agravado, secuestro, extorsión, trata de personas y trabajo forzoso. En estos casos, la pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

5.2.6. Análisis comparado

A la vista de lo estudiado en los apartados anteriores, pueden extraerse una serie de conclusiones comunes a todos los países de referencia analizados.

Así, entre las principales similitudes del modo en el que se regula el delito de receptación en los países de Latinoamérica objeto del presente estudio, destacan las siguientes similitudes: En primer lugar, en la mayor parte de estos países, el delito de receptación se define como un delito contra el patrimonio y castiga conductas de adquisición, posesión, ocultamiento, transporte o comercialización de bienes provenientes de un delito. Asimismo, en muchos de ellos se exige conocer que dichos bienes proceden de una actividad ilícita.

Asimismo, en todos ellos, una de las principales diferencias con respecto al delito de blanqueo de capitales es que el delito de receptación exige no haber tomado parte en el delito de origen. Sin embargo, al igual que ocurre en los países no latinoamericanos de referencia, la conducta típica es muy próxima a la del blanqueo de

capitales. Posteriormente (5.4.1) se propondrá una mejor delimitación entre ambos delitos, a fin de evitar solapamientos y lagunas de punibilidad.

Ahora bien, podría decirse que son más las diferencias entre los países de referencia analizados. Así, por ejemplo, ni Argentina ni México regulan el delito de receptación como un delito contra el patrimonio:

– En el caso de México, el delito de receptación aparece regulado junto con el encubrimiento y el blanqueo de capitales, separado de los delitos contra la Administración de Justicia y de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (título vigésimo tercero: “encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita”). Con ello, no hace sino ponerse de manifiesto la máxima amplitud que se pretende imponer para la tipificación del lavado de activos (GAFI/GAFILAT 2018: 139). Además de suponer un problema en términos de proporcionalidad y legalidad, dicha regulación conjunta y sin vincularse con un bien jurídico concreto dificulta enormemente la distinción entre los delitos de blanqueo de capitales, receptación y encubrimiento.

– En el caso de Argentina, el delito conocido como receptación es un delito contra la Administración de justicia, regulado junto con el encubrimiento, en el apartado c, inciso 1.º del art. 277 del CP argentino. En realidad, castiga conductas de favorecimiento real y no lo que en el Derecho comparado, con bastante consenso, se conoce como “receptación”. Algo con lo que la doctrina más reciente se ha mostrado crítica (Verde 2020: 288 et seq.).

Además, un rasgo distintivo de la regulación de la receptación en los países latinoamericanos aquí estudiados es que, en algunos de ellos se permite el castigo de la receptación sin conocimiento. Así, recurriendo a un concepto normativizado de dolo, se castiga a quien debiera haber presumido la procedencia ilícita de los bienes (Chile, Perú, Brasil). Pues bien, sin perjuicio de las ventajas que dicha previsión puede tener para facilitar las condenas, lo cierto es que su compatibilidad con la presunción de inocencia resulta dudosa, pues convierte al delito de receptación en un delito de sospecha (véase la crítica en Ragués i Vallès, 2008, pp. 11 ss.: el autor se refiere al delito

de testaferrato, pero considero que podrían extenderse al delito de receptación aquí analizado). Por ello, cuando se desarrollen la propuesta de plan de acción para América Latina se tendrá en cuenta esta circunstancia y se sugerirán soluciones alternativas, menos cuestionables desde el punto de vista del principio de culpabilidad.

Como debilidades comunes a la mayor parte de los ordenamientos de referencia analizados pueden destacarse las tres siguientes:

1. En muchos de los países de Latinoamérica la doctrina no maneja criterios adecuados ni precisos para diferenciar entre los delitos de receptación y de favorecimiento real y entre este último y el de favorecimiento personal. Coincidimos con la doctrina que apunta que quizás por ello no se ha logrado, hasta ahora, interpretar y regular legislativamente en forma adecuada ninguno de esos delitos, en particular el de receptación (Verde 2020: 289 et seq.). Algo que se ha visto agravado con la incorporación del delito de lavado de activos en unos términos que incluyen formas de favorecimiento real y de receptación. Por ello, se estima necesario regular el delito de receptación de un modo diferenciado de las formas de favorecimiento real propias del encubrimiento y de las formas de blanqueo de capitales. A tal efecto, en el delito de receptación debería exigirse: 1) ánimo de lucro; y 2) no haber participado en el delito precedente.

2. Solo el sistema argentino extiende el delito de receptación más allá de los delitos contra el patrimonio, lo cual es positivo. Sin embargo, no exige ánimo de lucro y, por ende, no consigue colmar la necesidad que aquí se viene constatando, de legislar la conducta de receptación con ánimo de lucro como algo distinto del encubrimiento.

3. Ninguno de los países de referencia analizados se prevé una disposición relativa a la criminalidad económica transnacional.

4. Ninguno de los países de referencia analizados permite la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este delito.

5.3. El sistema colombiano

5.3.1. Desarrollo del tipo penal

5.3.1.1. Normativa

En Colombia, el delito de receptación se ha regulado como una modalidad de delito encubrimiento en el capítulo VI del libro II del CP colombiano. En concreto, se tipifica como delito autónomo en el art. 447, en el marco del título que regula los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia. La otra forma de encubrimiento es el encubrimiento por favorecimiento (art. 446), que hemos analizado con anterioridad.

5.3.1.2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la recta administración de justicia entendida como acto de poder y como desarrollo práctico de las específicas funciones estatales (Pavón Parra, 2011, pp. 1033 ss.). En concreto, se protege dicho bien jurídico ante hechos de favorecimiento de la impunidad. Por ende, en este punto el derecho penal colombiano es distinto de la mayor parte de ordenamientos aquí analizados (con la excepción de Argentina), que, como se ha visto, regulan el delito de receptación en los delitos contra la propiedad.

5.3.1.3. Sujeto activo

Es autor del delito de encubrimiento por favorecimiento quien tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo realice las conductas descritas en el tipo penal. De este modo, el autor del encubrimiento por receptación no es partícipe en el delito anterior. Tampoco es coautor, ya que el tipo penal excluye expresamente los casos en los que haya existido un concierto previo (Barreto Ardila, 2019: 68).

En cuanto a las personas jurídicas, estas no responden por este delito en Colombia.

5.3.1.4. *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo es la Administración de justicia, en su dimensión jurisdiccional.

5.3.1.5. *Tipo objetivo*

Mediante el art. 447 del CP se castiga el quebrantamiento del deber general de colaborar con la justicia y de contribuir a su pronta y escrupulosa administración (Pavón Parra, 2011: 1036). La conducta típica se describe como adquirir, poseer, convertir o transferir bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Por tanto, son dos las conductas de receptación sancionadas: la de adquirir, poseer o transferir bienes procedentes de un delito y la de encubrir.

El objeto del delito puede ser material o fenoménico, pues recae sobre el objeto material o producto de otro delito. No está limitado, como en la mayor parte de los ordenamientos de referencia aquí estudiados, a los delitos contra la propiedad. Así, es producto de una infracción lo efectivamente conseguido cuando esta se realiza. Dicha expresión debe entenderse en sentido amplio, pues son producto de un delito el dinero hurtado, el documento falsificado, la utilidad recibida, la moneda falsificada, el fruto pecuniario de una estafa o la ganancia ilícita del tráfico de narcóticos (Pavón Parra, 2011: 1066).

Se trata, en definitiva, de un delito subsidiario, por el que solo se castiga cuando la conducta no se adecue a un comportamiento con mayor sanción. Así, por ejemplo, en el caso de un aparente concurso entre un delito de receptación (art. 447 del CP) y uno de lavado de activos (art. 323 del CP), se castigará por un delito de lavado de activos, por tener una pena superior a la establecida para el delito de receptación (Barreto Ardila, 2019: 69).

Finalmente, debe destacarse que se trata de un delito de mera actividad, en el sentido de no requerir el efectivo éxito en la conducta obstructiva. De hecho, parte de la doctrina lo clasifica como delito de peligro (Pavón Parra, 2011: 1066).

5.3.1.6. Tipo subjetivo

Deben distinguirse dos clases de estados mentales, en función de la conducta. Por un lado, cuando el encubrimiento por receptación se refiere a las conductas de adquirir, poseer, convertir o transferir bienes muebles o inmuebles, se trata de un delito doloso, que exige que el autor tenga conocimiento de que el objeto material sobre el que ejerce la conducta fue el objeto material o es producto, mediato o inmediato, de otro delito. La precedencia de los objetos o productos es indispensable para determinar el aspecto subjetivo del hecho punible (Pavón Parra, 2011: 1066). En este sentido, debe resaltarse la importancia de que quede acreditado que el producto objeto de la conducta tiene su origen en un delito, pues de lo contrario no se considerará acreditado el elemento subjetivo (Pavón Parra, 2011: 1066).

Por otro lado, cuando la conducta de receptación se enmarca en la cláusula de cierre del art. 447 (“[...] realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito”), el dolo debe incluir, además del conocimiento, una finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. (Barreto Ardila, 2019: 69).

5.3.1.7. Penas

El delito del art. 447 CP contempla una pena básica y tres clases de agravaciones. La pena básica es de prisión de cuatro a doce años y multa de seis con sesenta y seis a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Las penas agravadas son las siguientes. En primer lugar, una modalidad específica y agravada de receptación es la que se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis a trece años de prisión y multa de siete a setecientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Una segunda modalidad agravada de receptación es la que se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

En tercer lugar, si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados (aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento), en cuantía superior a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad.

Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre con el delito de encubrimiento por favorecimiento, el delito de receptación del art. 447 del CP no se agrava en función del delito previo, sino solo en función de los productos o bienes resultantes del mismo.

Finalmente, la doctrina entiende que, pese a que no exista una causa de exención de la pena, el encubrimiento de un pariente en cuarto grado de consanguinidad se enmarcaría dentro del derecho a no declarar contra uno mismo (Barreto Ardila, 2019: 66-67).

5.3.2. Análisis comparado

El estudio de los delitos objeto del presente apartado ha puesto de manifiesto que el tratamiento del delito de receptación en Colombia no es homogéneo con respecto al resto de países Latinoamericanos y no latinoamericanos de referencia analizados. En líneas generales, el modelo de Colombia estaría próximo al de Argentina, al regular la receptación como un delito doloso contra la Administración de Justicia.

A continuación, se pondrán de manifiesto cuáles son las fortalezas y debilidades de dicha opción legislativa:

Como principal fortaleza, puede señalarse que el delito de receptación no se limita a la protección del patrimonio y el orden socioeconómico. Al estar regulado como un delito contra la Administración de Justicia permite quedar bajo el paraguas de un bien jurídico que

facilita una interpretación más acorde con el carácter pluriofensivo de este delito. La receptación siempre supone, en último término, un delito contra la Administración de Justicia. Pero puede afectar a otros bienes: Hacienda Pública, competencia, etc. Como se viene sosteniendo, limitar este delito a los bienes contra el patrimonio podría llevar a una infra-punición de conductas necesitadas de castigo.

Ahora bien, como principal debilidad de la regulación colombiana puede señalarse que se aparta de la concepción de receptación que se da en el resto de ordenamientos jurídicos analizados. Y la disparidad de regulaciones supone un lastre para combatir eficazmente la delincuencia transnacional. Por un lado, en términos procesales, dificulta la reciprocidad entre ordenamientos jurídicos y desincentiva la colaboración entre autoridades de persecución guiadas por parámetros divergentes. Se destacan a continuación las principales divergencias ente el ordenamiento colombiano y el resto de regulaciones analizadas:

Al igual que en el caso argentino, la receptación en el modelo colombiano diverge de lo que, en el Derecho comparado, con bastante consenso, se conoce como “receptación”, porque se regula como una forma de encubrimiento, sin exigir ánimo de lucro. Con ello, la conducta no queda claramente delimitada con respecto al tipo objetivo de los delitos de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real, en la cual el verbo típico de ocultar también se emplea en la definición de la conducta típica (Verde 2020: 288 et seq.). Aunque podría apuntarse que los delitos de favorecimiento contemplan las conductas de ayudar al autor y la receptación no, entendemos que se trata de una distinción difícil de probar en la práctica a la vista de que el tipo no exige ánimo de lucro.

Al igual que la mayor parte de los países de Latinoamérica, la sanción del delito de receptación es político-criminalmente insatisfactoria. No exige no haber tomado parte en el delito anterior y eso dificulta su distinción con el delito de blanqueo de capitales. Además, permite eximir de pena en casos de parentesco y ello no tiene sentido si el delito se concibe más allá de una ofensa contra el patrimonio. Además, no se exige responsabilidad penal o administrativo-sancionadora de personas jurídicas por este delito (como sí lo hacen, por ejemplo, las legislaciones italiana y estadounidense). Considera-

mos que se trata de un punto que debería reconsiderarse, pues la estructura asociativa de las personas jurídicas es especialmente idónea para facilitar la perpetración de conductas que, como la receptación, exigen ocultar bienes/efectos procedentes de un delito.

Asimismo, consideramos importante que el delito de receptación en Colombia no se regule como un delito subsidiario al blanqueo. Los países de referencia analizados distinguen (con poco éxito y muchas veces de forma muy mejorable) entre conductas de blanqueo y de receptación, porque el desvalor de la conducta es diferente. Por ello, estimamos que el ordenamiento colombiano debería optar por la alternatividad entre dichas conductas y no por la subsidiariedad.

Finalmente, un rasgo distintivo de la regulación de la receptación en los países latinoamericanos aquí estudiados es que, en algunos de ellos se permite el castigo de la receptación en su modalidad imprudente (Brasil, Perú, Chile). Consideramos interesante replantearse si esta puede ser una buena opción legislativa, especialmente para los casos de criminalidad organizada transnacional, pues facilita la prueba y, con ello, la sanción de las conductas objetivamente graves. Sin embargo, como se ha venido señalando anteriormente, consideramos que ello debería hacerse con el debido respeto a las garantías y principios penales esenciales, tales como la presunción de inocencia.

Finalmente, una debilidad común al modelo legislativo de Colombia y del resto de los sistemas de referencia analizados es que no se prevé una regulación del delito de receptación adaptado a las exigencias y peculiar idiosincrasia de la criminalidad organizada transnacional.

5.4. Conclusiones

A la vista de las conclusiones alcanzadas tras el estudio de las legislaciones en los países de referencia analizados, puede concluirse que, en general, el delito de receptación se refiere a la adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización de bienes provenientes de un delito, sabiendo que provienen de una actividad delictiva, sin haber tomado parte en ella. Es decir, beneficiarse de manera ilícita de bienes robados o provenientes de otro delito de un tercero. De

este modo, normalmente, para que se materialice el delito de receptación, generalmente se requieren los siguientes elementos: (a) objeto proveniente de un delito: los bienes que son objeto de receptación deben haber sido obtenidos a través de un delito, como robo, hurto, estafa, entre otros; (b) el conocimiento del origen ilícito: el receptor debe tener conocimiento de que los bienes provienen de una actividad delictiva; (c) acciones de adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización: el receptor debe realizar alguna acción que demuestre su participación en la adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización de los bienes provenientes del delito. Se distingue de las formas de participación o del encubrimiento por favorecimiento real en que la conducta se lleva a cabo con ánimo de lucro.

Asimismo, las sanciones por el delito de receptación pueden variar en cada jurisdicción, pero generalmente incluyen penas de prisión, multas económicas o la confiscación de los bienes objeto de receptación.

Ahora bien, estas similitudes generales presentan particularidades propias en cada país de referencia analizado. Y, a ello, deben añadirse las no pocas diferencias que existen entre algunos sistemas. Quizás una de las más considerables es la que permite dividir los países en dos grandes grupos, en función del bien jurídico: En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la receptación se castiga como un delito contra el patrimonio (España, Italia, Perú, Chile, Brasil, etc.), pese a ser un delito que la doctrina califica de pluriofensivo (Robles Planas & Pastor Muñoz 2023: 314). Y, en cambio, hay otro grupo de países en los que la receptación se regula como un delito contra la Administración de justicia (Colombia, Argentina) e incluso sin un bien jurídico concreto, como una forma de encubrimiento o del propio delito de referencia (México). Aquí se ha criticado que, si bien es preciso que la receptación contemple los atentados contra el bien jurídico patrimonio, podría extenderse a otros bienes jurídicos que también pueden verse afectados por dicha conducta: Administración de justicia, Hacienda Pública, libre competencia etc. Y, en fin, el bien jurídico afectado por el delito precedente (teoría del mantenimiento) (Robles Planas & Pastor Muñoz 2023: 314).

Además, aunque en la mayor parte de los países se distingue formalmente entre blanqueo de capitales, encubrimiento y receptación,

la realidad es que los tipos penales no delimitan adecuadamente unas conductas y otras. En el blanqueo de capitales y en la receptación es frecuente encontrar formas de favorecimiento real y, a su vez, la receptación no siempre se distingue del encubrimiento. Además, hay países que entienden la receptación casi como un delito subsidiario al blanqueo de capitales (Colombia). De ahí que sea necesaria una revisión de la legislación, que delimite adecuadamente entre unos delitos y otros.

Tampoco es uniforme el tratamiento del dolo. Si bien lo más habitual es que se castigue la forma dolosa de comisión, existen países en los que se regula una presunción de conocimiento bajo una fórmula en la que la ausencia de diligencia debida se equipara al dolo (por ejemplo, Perú, Chile). A este respecto, se ha criticado que una cosa es castigar la ausencia de diligencia debida en relación con los bienes y otra presumir el conocimiento. Es dudoso que, en el derecho penal, la ausencia de conocimiento (con diligencia debida o sin ella) deba ser equiparada a los casos de dolo respecto de la procedencia ilícita de los bienes. Como ya se ha argumentado anteriormente, se trata de algo que puede contravenir los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Además, solo algunos países castigan la responsabilidad penal de personas jurídicas por delitos de receptación (por ejemplo, EE.UU. e Italia). Se considera que puede ser conveniente y coherente allí donde se admita esta clase de responsabilidad para las entidades corporativas pues, como se apuntó *supra*, no es en absoluto descartable que una persona jurídica facilite la comisión de este delito y, de este modo, promueva el comercio ilícito.

Finalmente, debe destacarse que no se han encontrado especificaciones regulatorias en materia de corrupción asociada al crimen organizado transnacional, al margen del art. 400 Bis CP México que castiga como delito específico las “operaciones con recursos de procedencia ilícita”²¹. Tampoco se ha apreciado que sea posible apreciar para el

²¹ No obstante, este delito se considera un delito de lavado de activos y, por tanto, nos remitimos al capítulo de la presente obra colectiva relativo al mismo, así como al capítulo 12, relativo al delito tributario en el que se comenta más extensamente esta previsión.

delito de receptación una agravante similar a la que el ordenamiento italiano incluye en el art. 379 para los delitos de encubrimiento cometidos en el marco de una estructura organizada.

5.4.1. Estrategia de acción para América Latina

La tipificación del delito de receptación es fundamental en la lucha contra el comercio ilícito y la desarticulación de redes delictivas, ya que desincentiva la demanda y beneficio económico de bienes robados u obtenidos de forma ilícita.

Sin embargo, como se ha puesto de referencia en el apartado 5.2 y especialmente en el apartado 5.2.6., la regulación de este delito en los países de América Latina no es uniforme y en no pocos casos, presenta solapamientos con el delito de encubrimiento y/o de blanqueo de capitales.

A tal efecto, se señala aquí que una adecuada regulación de este delito requeriría, como mínimo, las siguientes revisiones:

1. Adecuada delimitación entre receptación y blanqueo de capitales, por un lado; y entre receptación y encubrimiento de bienes/efectos del delito (favorecimiento real), por otro. Por ello, se estima necesario regular el delito de receptación de un modo diferenciado de las formas de favorecimiento real propias del encubrimiento y de las formas de blanqueo de capitales. A tal efecto, en el delito de receptación debería exigirse: 1) ánimo de lucro (para distinguirlo del encubrimiento); y 2) no haber participado en el delito precedente (para distinguirlo del blanqueo).

2. Revisión de las cláusulas que presumen el dolo del autor (Brasil, Perú, Chile), a fin de que no sean demasiado genéricas y, por ende, difícilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia. A tal efecto, se propone:

2.1. Castigar la receptación únicamente en casos dolosos.

2.2. Prever el castigo en la modalidad imprudente (no con presunciones de dolo), con una pena inferior a la modalidad dolosa (y no, como ocurre ahora, con penas indistintas).

2.3. En caso de que se quiera equiparar la ausencia de diligencia debida al dolo, entonces regular una presunción legal que consista en una definición legal (presunción fáctica) y no en una presunción valorativa (contraria a la presunción de inocencia).

3. Prever una respuesta legislativa específica para los casos de criminalidad económica transnacional. Por ejemplo, además de distinguirlo adecuadamente del blanqueo de capitales, mediante una apertura del delito de receptación a otros delitos distintos de los estrictamente patrimoniales. En el ámbito de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional no es impensable pensar en el aprovechamiento con ánimo de lucro de bienes procedentes de un delito distinto de los delitos contra el patrimonio, sin necesidad de haber tomado parte en él. Además, sería conveniente tener en cuenta aspectos que pueden ser interesantes para la criminalidad organizada transnacional, tales como: aumentar el plazo de la prescripción, considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva o eliminar la posibilidad de considerar atípicas las conductas de receptación entre parientes.

5.4.2. Estrategia de acción para Colombia

En la línea de lo que se ha explicado para los países de América Latina, se considera positivo que el delito de receptación se sancione de forma separada y autónoma con respecto al delito de encubrimiento. Sin embargo, se considera que la regulación de este delito debería ser revisada en los siguientes puntos, a fin de que pueda desplegar toda su eficacia:

1. En primer lugar, convendría distinguir de un modo más claro o, como mínimo, más expreso, las conductas de favorecimiento real de las conductas de receptación. Como se vio anteriormente, mediante el art. 447 del CP se castiga el quebrantamiento del deber general de colaborar con la justicia y de contribuir a su pronta y escurpulsosa administración (Pavón Parra, 2011: 1036). Sin embargo, esto puede generar confusiones con el delito de encubrimiento por favorecimiento del art. 446 (que fue analizado *supra*, en los apartados 4.3 y 4.4.2). La conducta típica de receptación se describe como adquirir, poseer, convertir o transferir bienes muebles o inmuebles,

que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Sin embargo, no se exige ánimo de lucro. Por ende, si se entiende que la finalidad de encubrir es exigible a todas las conductas descritas en el tipo, podrían quedar fuera del mismo aquellas conductas en las que más que un favorecimiento real estamos ante un aprovechamiento de los efectos del delito.

2. En igual sentido, se entiende que es preciso delimitar más claramente las conductas de blanqueo de capitales, de las conductas de receptación. Entendemos que la calificación del delito de encubrimiento por receptación del CP Colombiano como conducta subsidiaria del blanqueo de capitales no cuadra con la concepción general de este delito en el resto de ordenamientos jurídicos. Según se ha constatado, el receptor no puede haber participado en el delito precedente y, por ende, la relación conceptual entre blanqueo y receptación es de alternatividad, no de subsidiariedad. Si se quiere conseguir una respuesta armónica con el resto de legislaciones (lo cual es esencial para la prevención y castigo de formas de delincuencia como el crimen organizado transnacional), es preciso que los tipos estén regulados de formas sustancialmente equiparables. Y, en este punto, estimamos que la regulación colombiana se aleja de la forma más habitual de concebir el delito de receptación. Por ello, sería recomendable que la conducta de receptación exigiera: (a) aprovechamiento de los bienes/efectos procedentes de un delito; 2) ánimo de lucro; y (c) no haber tomado parte en el delito precedente.

3. En el mismo sentido de cuanto se expuso al llevar a cabo el análisis de este delito para los países de América Latina, se considera necesario concebir el delito de receptación como un delito pluriofensivo. Categorizarlo como un delito que atenta exclusivamente contra la Administración de justicia dificulta su distinción con respecto al delito de encubrimiento y puede llegar a producir lagunas de punibilidad en conductas próximas al blanqueo por parte de quien no ha intervenido en el delito precedente. En la línea de cuanto se viene señalando, el delito de receptación supone un aprovechamiento para el que recepta y, por tanto, un atentado contra el patrimonio, pero también respecto de otros bienes afectados por el delito precedente de que se trate: Hacienda Pública, libre competencia, etc.

4. Asimismo, no se ha identificado ninguna especificidad de este delito para los casos en los que se comete en el marco de la criminalidad organizada transnacional. En este punto, es importante remarcar la conveniencia de una modalidad de delito de receptación que tenga en cuenta dicha circunstancia, tomando en cuenta aspectos tales como aumentar el plazo de la prescripción, considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva o penar supuestos de receptación imprudente (con la debida salvaguarda de las garantías derivadas del principio de culpabilidad).

6. EL DELITO DE TESTAFERRATO

En este penúltimo apartado del presente capítulo se hará referencia al delito de testaferrato. Se trata de una figura de interés en relación con las conductas de favorecimiento, toda vez que el sujeto que se dedica (en ocasiones profesionalmente) a figurar como administrador o representante de quienes realmente cometen los delitos, tiene una importancia capital en términos de dificultar la acción de la justicia mediante su auxilio o colaboración con los intervinientes en un delito (Ragués i Vallès, 2008: 1 et seq.).

En esencia, un testaferrero es un sujeto que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona. Entre las actividades en las que dicha persona suele verse involucrada, a menudo se encuentran la asunción de la titularidad o la administración de sociedades mercantiles cuyos verdaderos titulares y administradores quedan ocultos, a fin de disminuir el riesgo de ser descubiertos en sus actividades delictivas. En algunos casos quien se presta a semejante papel puede ser un familiar o persona próxima al administrador real; en otros, sin embargo, se trata de un servicio retribuido, que para algunos individuos llega a convertirse en un auténtico *modus vivendi* (Ragués i Vallès, 2008: 4 et seq.).

En el estudio de esta figura utilizamos una estructura ligeramente distinta a la que se ha seguido para el encubrimiento y la receptación porque solo Colombia tipifica la conducta del testaferrero como un delito específico. En los demás países de referencia (latinoamericanos y no latinoamericanos), la prestación de servicios como «hombre de

paja» no es algo necesariamente ilegal, de manera que únicamente es delictivo cuando pueda acreditarse que la actividad desplegada por la testafarro colma las exigencias de tipicidad objetiva y subjetiva de otros tipos penales.

6.1. La responsabilidad del testafarro en los ordenamientos jurídicos en los que no se regula como un delito específico: el recurso a otras figuras delictivas

Como acaba de apuntarse, si se prueba que la conducta del testafarro se corresponde con una intervención antijurídica en un delito concreto, entonces esta persona podrá ser castigada como autor o partícipe de tal delito. Para ello es preciso que concurren los requisitos de tipicidad objetiva y subjetiva exigidos por los tipos penales de que se trate.

6.1.1. Tipicidad objetiva: el testafarro como autor o partícipe de delitos de favorecimiento real o personal

Desde un punto de vista de tipicidad objetiva, no es excesivamente problemático encontrar los criterios que permitan considerar autor o partícipe a quien actúa como testafarro. Por un lado, podrá ser considerado autor en aquellos casos en los que la conducta típica haya sido tipificada de una forma muy amplia y sancione a título de autoría todo acto de favorecimiento de la conducta ilícita. Es el caso, por ejemplo, de las conductas de favorecimiento real/personal por encubrimiento y receptación descritas con detalle en este capítulo. También, de otros delitos como el lavado de activos o el tráfico de drogas²². No cabe, por tanto, duda de que es posible afirmar la responsabilidad como autor de alguno de los delitos mencionados por parte de quien se presta a aparecer como socio y administrar formal-

²² Vid. los capítulos de la presente obra colectiva relativos a estos delitos, en los que en los que se verifica que las conductas están reguladas de un modo amplio en todos los ordenamientos jurídicos de referencia, fundamentalmente debido a las exigencias de los organismos internacionales.

mente una sociedad empleada como receptora de un contenedor que oculta droga en su interior (tomo el ejemplo de Ragués i Vallès, 2008: 5).

Por otro lado, hay otros casos en los que la conducta del testafarro será constitutiva de un acto de participación, ya sea porque la intervención del sujeto sea meramente accesoria (por ejemplo, figurar como administrador de derecho de una sociedad dedicada a blanquear dinero, siendo que la conducta y el día a día de la sociedad lo dirigen otros sujetos (los autores)), ya sea porque estemos ante un delito especial, en el que el testafarro es un *extraneus* (por ejemplo, casos de delito fiscal)²³.

No obstante, los principales problemas que plantea el castigo al testafarro tienen que ver con la imputación subjetiva, tal y como se mostrará a continuación.

6.1.2. Tipicidad subjetiva: el testafarro y la problemática del doble dolo en los delitos de favorecimiento

Muchos de los delitos en los que este suele estar involucrado (y, particularmente, los delitos de favorecimiento real/personal por encubrimiento o receptación aquí analizados) requieren que el sujeto obre con dolo. Es más, tal y como se ha visto, en muchos casos se exige un doble dolo o intención reforzada de cometer el delito “para ayudar al autor a eludir la acción de la justicia” o “para aprovechar los bienes de un delito con ánimo de lucro”.

De este modo, en los países de referencia que no contemplan específicamente un delito de testaferrato, pero que sí admiten su castigo a través de otras figuras, las exigencias de tipicidad subjetiva pueden dar lugar a los siguientes escenarios: (a) si el sujeto actúa con plena consciencia estaremos ante una coautoría o participación en el delito del sujeto al que encubre (o, si su intervención es postejecutiva, ante un delito de encubrimiento o una receptación); (b) cuando el testafarro no se representa en absoluto que está asistiendo a un

²³ Vid. el capítulo de la presente obra colectiva dedicado a los delitos fiscales.

delincuente, entonces podríamos hablar de una coautoría mediata en la que se instrumentaliza al hombre de adelante (el testaferro quedaría impune, pero, dado que no tuvo la más mínima conciencia de estar obrando en contra de la ley, su impunidad no sería político-criminalmente insatisfactoria); y (c) cuando el testaferro actúa con la conciencia de estar colaborando en hechos posiblemente delictivos y, sin embargo, su representación no alcanza el grado de concreción que exigen los conceptos más extendidos de dolo (y, en particular, el “doble dolo”) en relación con los elementos que configuran el tipo objetivo efectivamente realizado por el autor (por ejemplo, quien se sitúa al frente de una sociedad de asesoría fiscal de cuya administración se desentiende, pero sospechando que tal vez podría darse algún delito fiscal). En este último escenario, pese a la constancia del sujeto de estar contribuyendo a un hecho típico, su comportamiento queda impune, a pesar de que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, ello es político-criminalmente insatisfactorio (Ragués i Vallès, 2008: 8 et seq.).

Hemos visto que en algunos ordenamientos se tratan de salvar estos casos conflictivos de ausencia de dolo mediante el recurso a una presunción explícita de conocimiento. Es el caso, por ejemplo, del delito de receptación en Brasil, Chile, EE.UU., México y Perú. En determinadas circunstancias, estos ordenamientos prescinden del concreto Estado mental del sujeto y permiten castigarlo, aún en los casos en los que no se hubiera probado que el sujeto se representó la posibilidad de estar favoreciendo al autor de un delito. No obstante, como ya se apuntó más arriba, se da la circunstancia de que estas presunciones están reguladas de un modo tan abierto, que una condena con esta exclusiva base sería muy discutible. Además, existen únicamente respecto del delito de receptación, que se limita a los delitos contra la propiedad y no opera, por ejemplo, respecto del tráfico de drogas o la corrupción de funcionarios públicos.

A ello se une que, en no pocas ocasiones, en términos prácticos, resulta muy complicado procesar a los testaferros y los jueces se conforman con centrar la investigación en los autores del delito, a fin de no dilatar el procedimiento (Ragués i Vallès, 2008: 4).

Por tanto, no puede sino afirmarse que existe una necesidad de criminalizar la figura del testaferro para acoger aquellos casos en los

que quien asiste al autor del delito queda impune por dos posibles razones que resultan político-criminalmente insatisfactorias: (a) ausencia del dolo necesario en el testaferrato para considerarlo encubridor y, por ende, no puede ser castigado por favorecimiento real/personal; y (b) existencia de un aprovechamiento de los bienes de un delito distinto de los delitos contra la propiedad o el patrimonio, no siendo posible una condena por receptación²⁴.

6.2. *El delito de testaferrato en Colombia*

6.2.1. Desarrollo del tipo penal

6.2.1.1. Normativa

Se trata de un delito regulado en el art. 326 del CP colombiano, en el marco de los delitos contra el orden económico y social (Viveros Castellanos, 2020). Inicialmente, se pensó como una figura vinculada al lavado de activos, no obstante, los proponentes de la Ley n° 40 de 1998 lo incluyeron para no limitar su castigo a los casos de dinero proveniente del lavado de activos, narcotráfico y delitos conexos (Pabón Parra, 2011: 660 et seq.).

6.2.1.2. Bien jurídico

Se trata de un delito pluriofensivo, que trata de proteger el orden socio-económico de un modo similar a como lo hacen los delitos receptación y lavado de activos, pero sin limitarse a los delitos patrimoniales, lavado de activos o narcotráfico²⁵. De hecho, el propio CP apela a delitos conexos al narcotráfico, sin especificar cuáles son.

²⁴ Vid. un análisis de la problemática y una propuesta de regulación en Ragués i Vallès, 2008.

²⁵ Vid. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de diciembre 19 de 2001. Radicado No. 14658. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

6.2.1.3. Sujeto activo

Es un delito que cometen las personas físicas y que no requiere ninguna cualidad en el sujeto activo. Cualquiera puede ser autor de un delito de testaferrato.

6.2.1.4. Sujeto pasivo

Al tratarse de un delito pluriofensivo, será sujeto pasivo quien sea víctima del delito que el testaferro trata de favorecer, encubrir o aprovechar.

6.2.1.5. Tipo objetivo

La conducta descrita en el art. 326 del CP colombiano consiste en prestar el nombre con el fin de recibir bienes provenientes de dineros obtenidos por medio de narcotráfico u otros delitos relacionados.

6.2.1.6. Tipo subjetivo

Aunque el CP no lo dice expresamente, cabe entender que es un delito doloso que, como mínimo, exige conocer que se está prestando el nombre para adquirir bienes con dinero procedente del narcotráfico u otro delito conexo.

6.2.1.7. Penas

El testaferro es sancionado con prisión entre 96 y 270 meses, y multa entre 666,66 y 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes. La pena es igual en el caso en que la conducta definida anteriormente sea realizada con dineros provenientes de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

6.2.2. Análisis comparado

No es posible realizar un análisis comparado entre el sistema colombiano y los demás ordenamientos jurídicos de referencia, puesto que el delito solo se ha tipificado específicamente en Colombia. Tal y como se señaló al comienzo de esta sección, en los demás países de referencia (latinoamericanos y no latinoamericanos), la prestación de servicios como «hombre de paja» no es algo necesariamente ilegal, de manera que únicamente es delictivo cuando pueda acreditarse que la actividad desplegada por el sujeto que actúa como testaferro colma las exigencias de tipicidad objetiva y subjetiva de otros tipos penales.

Por ello, este último apartado se destinará a realizar un análisis crítico de la regulación en América Latina y, sobre todo, en Colombia, con el fin de identificar aspectos que habría que modificar de la actual regulación del testaferrato. De este modo, esta sección será la base de las estrategias de acción propuesta para Colombia en la sección final de recomendaciones.

6.3. Conclusiones

Completar e incluir esta referencia: No se han encontrado especificaciones regulatorias en materia de corrupción asociada al crimen organizado transnacional

6.3.1. Estrategia de acción para América Latina

El testaferrato no se prevé como delito específico, pese a que hay ocasiones en las que la ausencia de una criminalización ad hoc de esta figura puede conllevar una impunidad del testaferro, insatisfactoria en términos político-criminales.

Por ello, se considera oportuno valorar la oportunidad de criminalizar la figura del testaferro en los supuestos mencionados *supra* en 6.1. como problemáticos y cuya impunidad resulta político-criminalmente insatisfactoria. A saber, aquellos casos en los que la conducta realizada por el sujeto consiste en acceder a figurar como adminis-

trador o socio de una sociedad mercantil con el conocimiento de que ésta será empleada en actividades delictivas, aunque sin llegar a concretar en su representación qué actividades en particular.

En este sentido, en caso de que se estimase necesario introducir un delito semejante, se propone que la figura delictiva del testaferrato atienda a los siguientes aspectos (recomendaciones inspiradas en la propuesta de Ragués i Vallès, 2008: 24 et seq.): (a) que la conducta se dé mediando retribución económica y/o de manera habitual; (b) castigar a sujetos que actúan como representantes, administradores o socios de una o varias sociedades empleadas por terceros en actividades que sean constitutivas de delito; (c) que queden expresamente excluidas otras formas delictivas (encubrimiento, lavado de activos, receptación o usurpación de identidad); (d) que se haga referencia a que se castigará en concurso real con los delitos a que den lugar los medios empleados (falsedades, estafas, etc.); (e) que se exija dolo eventual o incumplimiento de un deber específico de diligencia debida como requisito de tipicidad subjetiva; (f) que no se limite a una clase específica de delitos; y (g) que sea una conducta agravada en los casos en los que los delitos que favorezca el testaferrato sean de corrupción o en el marco de delincuencia organizada transnacional.

Asimismo, se propone considerar la conveniencia de incluir cláusulas que, de modo similar a como ocurre en el cohecho o en el tráfico de drogas, se premie a los delatores que colaboren con las autoridades al descubrir conductas de testaferrato, con una exención o atenuante de la pena.

6.3.2. Estrategia de acción para Colombia

Como se ha constatado, Colombia es de los pocos países que regulan la conducta de testaferrato como un delito diferenciado de otros que podrían considerarse similares (encubrimiento, receptación) y que han sido objeto de un análisis detallado en el presente capítulo.

Se considera que la legislación podría mejorarse si se tuvieran en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Distinguir el delito de testaferrato del del delito de encubrimiento por favorecimiento real. Como se trató supra, este último

delito se encuentra regulado de una forma excesivamente genérica en el ordenamiento colombiano. Se hace necesario coordinar las reformas propuestas con el delito de testaferrato, a fin de evitar solapamientos. A tal efecto, como se señaló, lo propio del encubrimiento sería favorecer con carácter post-ejecutivo el ocultamiento de los bienes procedentes de un delito (sin darles apariencia de licitud, porque esto sería blanqueo). En cambio, entendemos que el testaferrato no sería una conducta subsiguiente, sino posibilitadora del delito al que sirve quien actúa como testaferrero.

2. Delimitar adecuadamente el testaferrato de la participación. Su castigo como modalidad delictiva autónoma debe estar justificada, a fin de no vulnerar el principio de proporcionalidad. Por eso, es preciso acotar la redacción vigente y convendría señalar en qué es distinta la aportación del testaferrero a la de un partícipe. Por ejemplo, como acaba de apuntarse para el caso de América Latina, explicitando que la conducta se dé mediando retribución económica y/o de manera habitual, por parte de sujetos que actúan como representantes, administradores o socios de una o varias sociedades empleadas por terceros en actividades que sean constitutivas de delito.

3. Se propone revisar el delito de testaferrato, en el sentido de hacerlo extensivo a todos los delitos y no solo a los de narcotráfico y delitos conexos.

4. Se propone incluir la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de testaferrato.

5. Se propone que el delito de testaferrato sea una conducta agravada en los casos en los que los delitos que favorezca el testaferrero sean de corrupción o en el marco de delincuencia organizada transnacional. Por ejemplo, en la línea de cuanto se ha apuntado para los delitos de encubrimiento y receptación, tomando en cuenta aspectos tales como aumentar el plazo de la prescripción, considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva.

7. CONCLUSIÓN FINAL

El estudio de los delitos objeto del presente capítulo ha puesto de manifiesto que el tratamiento de las distintas formas de favorecimiento real/personal no es homogénea en los distintos países de referencia analizados y, en particular, entre los ordenamientos jurídicos de América Latina. Aunque en todos ellos se castiga el encubrimiento y la receptación, el tratamiento penal de estas dos figuras es divergente. Y, por lo que se refiere al delito de testaferrato, este no se prevé como delito específico, pese a que hay ocasiones en las que la ausencia de una criminalización ad hoc de esta figura puede conllevar una impunidad del testaferrato, insatisfactoria en términos político-criminales.

A fin de que las conductas de favorecimiento estén más eficazmente al servicio de los intereses político-criminales de lucha contra la delincuencia organizada transnacional, aquí en este capítulo se han efectuado una serie de consideraciones de *lege lata* y de *lege ferenda*, distinguiendo entre un plan de acción para América Latina (4.4.1, 5.4.1 y 6.3.1) y otro específicamente centrado en el caso de Colombia (4.4.2, 5.4.2 y 6.3.2). Con ello se aspira a combatir eficazmente la delincuencia transnacional, facilitando la reciprocidad entre ordenamientos jurídicos e incentivando la colaboración entre autoridades de persecución que, de otro modo, quedarán guiadas por parámetros divergentes. Además, desde un punto de vista de Derecho sustantivo, se aspira a ofrecer una respuesta político-criminalmente satisfactoria que, además, respete los principios del derecho penal, las garantías penales y el significado propio de las conductas de favorecimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Álvares, H. (2004). Delitos contra la Administración de Justicia. Lima: Gaceta Jurídica

- Balmaceda Quirós, J. (2014). *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*. Barcelona: Atelier.
- Barreto, H., Buitrago, A, Bazzani, M, Bernal, J, Cancino, A, Caldas, L & Caldas, J. *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Volumen. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª Ed.
- Borghini, B. (2022). *Lavagem de dinheiro e conflito aparente de normas*. Revista do CNMP. Volumen. 10. Pp. 215-245.
- Buompadre, J. (2003). *Derecho penal. Parte especial*, t. III. Mave: Corrientes.
- Buompadre, J. (2011). “Encubrimiento”. En Baigún/Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, t. XI. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cardoso, E. & de Oliveira, O, (2014), “Receptação”, Revista Ciências Jurídicas e Sociais, Volumen 4 (1). Pp. 11-19.
- Cunha, R. (2022). *Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*, 15ª Edição Revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, Pp. 1168.
- De la Mata, B & Norberto, J. (1989). “La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento, el artículo 546 bis f) del Código penal”. Límites de la sanción en el delito de la receptación. *Límites de la sanción en el delito de la receptación*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2016), “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”. InDret: Revista para el Análisis del Derecho.
- Di, C & Flavia, D. (2011), “Il reato di riciclaggio”. En *Questione giustizia: bimestrale promosso ua Magistratura Democratica*, 2, pp. 33-42.
- Díaz & García Conlledo, M. (2002), “Encubrimiento o favorecimiento”. En Luzón Peña (dir.). Comares: *Enciclopedia penal básica*.
- Donini, M. (2010). *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*. Cassazione Penale, No. 7. Pp. 2555.
- Donna, E. (2012). *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2a ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Etcheberry, A. (1997). *Derecho penal. Parte General. Tomo segundo, tercera edición revisada y actualizada*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- García, O. (2008). *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*. Barcelona: Atelier.
- Guzmán, J. (1996). *Luz y sombras en la “nueva” disciplina de la receptación en el Código penal chileno*. En: Gaceta Jurídica Numero. 188. Pp. 83.
- Hernández, H. (2011). “Artículo 14” y “Artículo 17. En: Couso, J. & Hernández, H. (dirs.), *Código Penal Comentado. Libro I, Abeledo-Perrot*. Santiago: Legal Publishing. Pp. 367-418.

- Iturra, C. (2018), “La reincidencia propia específica en el artículo 456 bis A del CP a la luz de las modificaciones introducidas por la ley No. 20.931”, Santiago: Universidad de Chile.
- Lafave, W., (2017), *Principles of Criminal Law*. Third ed. West Academic Publishing, EE.UU.
- Lima, R. (2020), *Legislação Criminal Especial Comentada*, 8ª Edição, Salvador: Juspodivm, Pp. 669.
- Mantovani, F. (2021). “Diritto penale. Parte speciale II-Delitti contro il patrimonio, Cedam”. Pp. 277.
- Mañalich, J. (2020), “El favorecimiento personal habitual como forma de encubrimiento punible”. *Revista de Derecho* 247. Pp. 195-220.
- Matus, J. (2009). “Artículos 14 a 17”, En: Politoff, S. & Ortiz, L. (dirs.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Pp. 248.
- Novoa, E. (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3a edición., Tomo. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Pp. 193.
- Organización de las Naciones Unidas (2003), Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. Mérida.
- Ossandón, W & Magdalena, M. (2008). *El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo*. Talca: Ius et Praxis, Volumen.14 (1). Pp. 49-85.
- Pavón, P. (2011). *Manual de Derecho penal. Octava edición. Tomo II. Parte Especial*, Bogotá: Doctrina y Ley.
- Prado, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Pp. 130.
- Quintero, G. (2009), “De la receptación y otras conductas afines”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8a ed. Pamplona: Aranzadi.
- Ragués, R.(2008). “La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos por los administradores: problemas de imputación subjetiva”. Barcelona: *InDret* No. 3. Pp. 25.
- Robles, R. & Pasto, N. (2023). “Delitos contra el patrimonio (III)”. Barcelona: Atelier Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, 8ª. Pp. 295.
- Sánchez, S. & Silva, J (2005), “Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría general de las adhesiones post-ejecutivas”. *Series de Pensamiento Penal Contemporáneo Numero 3*.Lima: Jurídica Grijley.
- Sánchez, S. & Silva, J. (2003). *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF,

- Sánchez, S. (2005), “¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas”. Monografías. Madrid: Thomson-Civitas.
- Sánchez-Ostiz, P. (1998), *El encubrimiento como delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Ostiz, P. (2005), “A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo”. En Lascano (dir.), *Nuevas Formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*. Universidad de Córdoba, Córdoba. Pp. 405.
- Schroeder, F. (1985), *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Volumen 28. Berlín: Gruyter.
- Verde, A. (2019). *La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*. Madrid: Marcial Pons.
- Verde, A. (2020). *Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una adecuada distinción entre encubrimiento, lavado de activos y receptación*. *InDret Penal*: Volumen (1), Pp. 254-299.
- Viveros, Y. (2020), “Apuntes sobre el testaferrato”. En: Quintero. *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ibagué: Unibagué. Pp. 107-115.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (2000). Palermo.
- Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (2003). Mérida.
- Corte di Cassazione di Italia. (1977). Sentencia 2357.9 de febrero de 1977.
- Corte di Cassazione. (1977). Sentencia 778. 21 de enero de 1999.
- Corte Suprema de Chile, (2011). Rol No 6993. 12 de octubre de 2011
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2001). Sentencia No. 14658. Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Diciembre 19 de 2001.
- Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Permanente. (2011). Recurso de Nulidad No.2168-2010. Diciembre 14 de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de Perú. (2010). Recurso de Nulidad No.658-2010.
- Corte Suprema de Justicia de Perú. (2016). Recurso de Nulidad No. 122-2016.
- Corte Suprema de Justicia de Perú. (2017). Casación 186-2017.

Corte Suprema de Justicia de Perú. (2021). Sala Penal Permanente de Justicia, Casación No. 904-2020. Noviembre 25 de 2021.

Gafi & Gafilat. (2018). Medidas antilavado y contra la financiación del terrorismo. México: informe de evaluación mutua. P.p: 1-236.

<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-mexico-2018.html>.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú. (2005). Expediente 2289-2005-PHC/TC.16 de mayo de 2005.

Sentencia del Tribunal Superior. (2007). No 991/2007, Ponente: Marchena Gómez.

5. A obstrução à justiça

BRUNO AMARAL MACHADO*
PABLO RANGELL MENDES RIOS PEREIRA**
ROGÉRIO AUGUSTO VIANA GALLORO***

1. INTRODUÇÃO

O delito de obstrução da justiça encontra-se tipificado de maneira específica em algumas normas internacionais, bem como no ordenamento jurídico interno de alguns países. Contudo, essa não é a regra. O que se observa na maioria dos países analisados é a existência de diversos tipos penais que, direta ou indiretamente, se relacionam com o enfrentamento da corrupção, porém, sem que esteja sob o título de “obstrução da justiça”.

* Profesor de los Programas de Graduación, Maestría y Doctorado en Derecho del Centro Universitario de Brasilia-Uniceub (Brasil). Investigador Asociado del Centro de Estudios de la Violencia-Departamento de Sociología de la Universidad de Brasilia. Máster en Sistema Penal Europeo y Problemas Sociales y Doctor en Derecho (especialidad en Sociología Jurídico-Penal) por la Universidad de Barcelona. Estudios posdoctorales en el Departamento de Sociología de la Universidad de Brasilia, con estancias de investigación en Fordham y John Jay (ORCID 0000-0002-7425-7066).

** Magíster en Derecho por el Centro Universitario de Brasília-UniCEUB (Brasil). Tiene especialización en Derecho Penal y Criminología de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul-PUCRS, Porto Alegre, Brasil. (ORCID 0000-0001-7894-3533).

*** Ex Director General de la Policía Federal. Es Asesor Especial de la Presidencia del Supremo Tribunal Federal. Fue Asesor Especial de la Presidencia del Tribunal Superior Electoral y Secretario de Justicia de la Nación. Fue Agregado de Policía en la Embajada de Brasil en Washington y representó a las Américas en el Comité Ejecutivo de INTERPOL 2017/2021. Magister en Derecho, tiene una Especialización en Relaciones Internacionales de la UnB, un MBA en Gestión de Políticas de Seguridad Pública de la FGV y es alumnus de la Harvard Kennedy School en Seguridad Nacional e Internacional (ORCID 0000-0003-1931-9970).

Neste capítulo, buscou-se analisar, no âmbito da legislação de países latino-americanos e não latino-americanos o tipo específico da “obstrução da justiça”, além de outros tipos penais que contribuem para o combate à corrupção, tais como: (a) coação no curso do processo; (b) fraude processual; (c) impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; e (d) falso testemunho ou falsa perícia.

Nesse sentido, o capítulo está estruturado em dois eixos principais, além desta introdução e da conclusão. O primeiro eixo aborda a regulação dos referidos tipos penais nas normas internacionais dos sistemas global e regional. Já o segundo eixo se dedica à análise desses mesmos tipos penais no âmbito da legislação interna dos países pesquisados, segregada em países latino-americanos (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México e Peru) e não latino-americanos (Alemanha, Espanha, Itália e Alemanha).

Em conclusão, observou-se a coexistência de grande parte dos tipos penais pesquisados nas legislações internas e internacionais, o que denota uma preocupação, no campo da dogmática penal, com o enfrentamento de delitos que, direta ou indiretamente, guardam relação com a corrupção e o crime organizado transnacional.

2. REGULAÇÃO EM INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Nesta seção, buscaremos apresentar os principais instrumentos internacionais, tanto em âmbito global quanto regional, que apresentam disposições que dialogam direta ou indiretamente com os quatro tipos penais relacionados à obstrução da justiça, analisados neste capítulo: (a) coação no curso do processo; (b) fraude processual; (c) impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; e (d) falso testemunho ou falsa perícia.

No contexto global, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000, conhecida como “Convenção de Palermo”, é o principal instrumento de promoção da cooperação internacional para prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional. Os Estados-membros das Nações Unidas que ratificaram esta Convenção têm por compromis-

so tipificarem as condutas criminosas descritas na Convenção em seus ordenamentos jurídicos, entre eles o crime de obstrução da justiça.

Nos termos da alínea “a” do Artigo 2 da Convenção de Palermo, considera-se “grupo criminoso organizado” o:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Em seu Artigo 23, a Convenção de Palermo dispõe que:

Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente: a) o recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção; b) o recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos.

Como se observa, o Artigo 23 da Convenção orienta à criminalização dos quatro tipos penais que serão analisados mais detalhadamente nas próximas seções.

Igualmente, no âmbito global, destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, conhecida como “Convenção de Mérida”, voltada ao enfrentamento da corrupção, especialmente a relacionada ao crime organizado. Nos termos do seu Artigo 2, a Convenção de Mérida tem por finalidade:

a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

É comum que o crime organizado se valha de funcionários públicos que ocupam funções estratégicas no âmbito governamental para atingir seus fins, ou seja, contando com a colaboração de agentes estatais corruptos para a prática de condutas criminosas. Por isso mesmo, de maneira bastante semelhante à Convenção de Palermo, a Convenção de Mérida também prevê que os Estados-Parte tipifiquem as condutas aqui analisadas, isto é, a coação no curso do processo; a fraude processual; o falso testemunho ou falsa perícia; o impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; e o falso testemunho ou falsa perícia.

Assim dispõe o Artigo 25 da referida Convenção:

Obstrução da justiça: Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente: a) O uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção; b) O uso da força física, ameaças ou intimidação para atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. Nada do previsto no presente Artigo menosprezará a legislação interna dos Estados Partes que disponham de legislação que proteja a outras categorias de funcionários públicos.

É importante destacar que a Convenção Mérida apresenta um conceito ampliado de “funcionário público”. Nos termos do Artigo 2, “a”, considera-se funcionário público:

[...] toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; iii) toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte.

No contexto europeu, o conceito de organização criminosa não se diferencia substancialmente da definição prevista da Convenção de Palermo. Nos termos do Artigo 1º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de outubro de 2008, que trata da luta contra a criminalidade organizada, entende-se por organização criminosa a:

[...] a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, benefícios financeiros ou outro benefício material.

Contudo, a Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de outubro de 2008, nada dispõe a respeito da tipificação do crime de obstrução à justiça.

Em relação aos países americanos, destaca-se, também, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Reconhecendo que a corrupção é, muitas vezes, um meio de que se serve o crime organizado para atingir seus fins, o Artigo III da referida Convenção apresenta uma série de medidas preventivas voltadas ao enfrentamento da corrupção. Uma dessas medidas consiste na orientação aos Estados-Partes para que desenvolvam “Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno”. Ainda que a referida Convenção não mencione explicitamente que os Estados-Partes devam tipificar as condutas aqui analisadas, nota-se que tal sistema visa, de certo modo, criar mecanismos que previnam coações no curso do processo, tendo em vista a proteção a funcionários públicos e cidadãos que denunciem atos de corrupção.

Ainda, no contexto da OEA, salienta-se o Plano de Ação Hemisférico Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, aprovado em 25 de outubro de 2006, na Cidade do México. Entre os propósitos principais do Plano está o de “promover a aplicação por parte dos Estados membros da OEA da Convenção das Nações con-

tra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)”. Assim como a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, o Plano não orienta explicitamente os Estados-Partes a tipificarem a conduta da obstrução à justiça, mas orienta à adoção de medidas que, de alguma maneira, visam prevenir a prática dos tipos penais analisados neste capítulo. Nesse sentido, o Plano de Ação Hemisférico Contra a Criminalidade Organizada Transnacional prevê ações como a adoção e implementação de “mecanismos processuais, legais e operacionais para a proteção de testemunhas” e o fortalecimento de “medidas destinadas a garantir a segurança, o controle e a integridade dos documentos de viagem ou identidade, para que não possam ser utilizados indevidamente, falsificados nem alterados com facilidade”. Essas ações, direta ou indiretamente, podem contribuir para a prevenção de coações no curso do processo; fraudes processuais; criação de impedimentos ou embaraços à investigação de infração penal que envolvam organização criminosa; e o falso testemunho ou falsa perícia.

Por fim, no âmbito dos países latino-americanos, menciona-se o Parlamento Latino-americano e Caribenho, constituído pelos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. O Parlatino, segundo o sítio oficial da instituição:

[...] é um órgão regional, permanente e unicameral, composto pelos parlamentos nacionais dos países soberanos e independentes da América Latina e do Caribe, eleitos democraticamente por sufrágio popular, cujos países assinaram a correspondente Institucionalização Tratado de 16 de novembro de 1987, em Lima.

Entre as Comissões Permanentes do Parlatino, está a Comissão de Segurança Cidadã, Combate e Prevenção ao Narcotráfico, Terrorismo e Crime Organizado. A essa Comissão compete, entre outras atribuições, expedir recomendações sobre “políticas públicas e legislativas que promovam o combate a todas as formas de crime organizado e suas diversas manifestações”, bem como sobre a adoção de medidas para prevenir e combater corrupção.

Um dos papéis desempenhados pelo Parlatino tem sido a elaboração de leis modelo voltadas, não apenas à uniformização da legis-

lação dos países que o integram, mas, principalmente, à elaboração de um “quadro de referência que contém recomendações legislativas para promover a solução dos problemas sociais, desenvolvimento econômico, cultural e humano dos países da região, elaborado com base na cooperação interparlamentar”. No âmbito da Comissão de Segurança Cidadã, Combate e Prevenção ao Narcotráfico, Terrorismo e Crime Organizado, destaca-se a Lei Modelo sobre Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo, por meio da qual recomenda-se o apenamento de atos atentatórios ao processo judicial, nos termos do Artigo XXXV, nos seguintes termos:

Qualquer pessoa que use violência ou intimidação para influenciar direta ou indiretamente alguém reclamante, parte ou réu, advogado, procurador, juiz, perito, intérprete ou testemunha para modificar sua atuação no processo ou descumprimento de suas obrigações perante a Justiça, será processado e sancionado com severidade com os regulamentos em vigor no seu país. Realizar qualquer ato que ameace a vida, integridade, liberdade, liberdade sexual ou propriedade, como retaliação a qualquer pessoa que tenha usado violência ou intimidação com o propósito de influência direta ou indiretamente na forma prevista no primeiro parágrafo, será considerada agravante do respectivo crime.

Como se nota, a Lei Modelo sobre Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo também prevê mecanismo de enfrentamento à conduta de obstrução à justiça.

De um modo geral, observa-se que, direta ou indiretamente, há regulamentações e/ou recomendações tanto em nível global quanto regional, no sentido de se criminalizar condutas relacionadas à obstrução da justiça. Em alguns regulamentos, a conduta de obstrução da justiça está prevista expressamente com esse título. Em outros, tipificam-se condutas que, de algum modo, obstruem a atividade jurisdicional, a exemplo dos crimes de coação no curso do processo; de fraude processual; de impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; ou de falso testemunho ou falsa perícia. O mesmo ocorre com a legislação penal dos países pesquisados, como se verá adiante.

3. OBSTRUÇÃO DA JUSTIÇA

O crime de obstrução da justiça não tem previsão específica na maior parte dos países pesquisados. Ademais, entre os países que preveem essa figura típica, não há uma homogeneidade a respeito das condutas por ela abrangidas. Por essa razão, é preferível compreender como esse tipo penal tem sido conceituado nos países que o adotam, ao invés de buscar estabelecer um conceito geral que o defina.

3.1. Análise comparativa com países não latino-americanos

Na Espanha, há previsão legal específica para o delito de obstrução à justiça nos artigos 463 a 467 do CP espanhol. Esses dispositivos legais fazem parte do capítulo VII, intitulado “de la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”. Entre as condutas consideradas como obstrução à justiça, destaca-se a prática de violência ou intimidação, direta ou indireta, contra quem participe do processo (artigo 464). Aquele que pratica a referida conduta será apenado com pena de prisão de um a quatro anos e multa de seis a vinte e quatro meses. Caso o agente alcance o seu objetivo, a pena será aumentada da metade. Os tipos penais identificados não recebem nenhum tratamento diferenciado, a exemplo de critérios mais rígidos de progressão de regime, concessão de liberdade provisória etc.

A legislação italiana, mais especificamente o CP em seu artigo 377 prevê a figura típica da obstrução de justiça quando qualquer pessoa que ofereça ou prometa dinheiro ou outros benefícios à pessoa chamada a prestar declarações perante a autoridade judiciária ou ao Tribunal Penal Internacional ou à pessoa solicitada a prestar declarações pelo defensor no decorrer da atividade de investigação, ou à pessoa chamada a exercer atividade de perito, consultor técnico ou intérprete, para o induzir à prática das infrações previstas nos artigos 371-bis, 371-ter, 372 e 373. A pena, nesses casos, pode alcançar até seis anos de prisão, a depender de cada caso.

Na Alemanha, há previsão legal específica para o crime de obstrução à justiça. De acordo com a seção 258, subseções 1 e 2, do CP alemão, é passível de prisão de até 5 anos e/ou multa qualquer pessoa que impeça outra pessoa de ser punida ou sujeita a uma medida

de acordo com a lei penal por um ato ilegal. Também incorre na mesma pena a pessoa que obstrua a execução de uma pena ou de uma medida imposta a outra pessoa.

Destaque-se que, nos termos da seção 258^a, a pena imposta pela prática de crime de obstrução de justiça será agravada se o infrator for titular de um cargo público. O ordenamento jurídico-penal alemão não prevê tratamento diferenciado, a exemplo de critérios mais rígidos para progressão de regime, concessão de liberdade provisória etc. Contudo, a legislação prevê formas qualificadas para os crimes especialmente mais graves, prevendo penas mais longas, e critérios de agravamento e atenuação da punição.

Nos EUA o título 18, capítulo 73 do *US Code*, descreve a figura típica da obstrução de justiça nas seções 1503 “influenciar ou ameaçar oficial, jurado ou juiz: pena de prisão até 10 anos e/ou multa” e 1504 “influenciar jurado ou juiz por escrito: pena de prisão até 6 meses e/ou multa”. É possível verificar bastante clareza e identidade de figuras típicas no CP, porém, a peculiaridade da legislação estadunidense proporciona uma variação da legislação criminal em cada um dos 50 Estados federados.

A regulação normativa mais relevante nos países ora analisados é o CP nacional ou, no caso dos EUA, o código nacional geral. O bem jurídico protegido é a efetiva aplicação e, em alguns casos também a execução da lei penal, sendo no primeiro caso o impedimento do prosseguimento e finalização do processo penal. No segundo caso no impedimento da aplicação da execução da pena. Também existe uma unidade quanto aos sujeitos ativos nas legislações pesquisadas, abrangendo qualquer pessoa. Em alguns casos há um recrudescimento de pena quando o sujeito ativo é servidor da Justiça. Quanto aos sujeitos passivos, de forma primária é a Justiça e secundária, o advogado ou parte processual. A conduta objetiva típica, mais uma vez se repete, com as variações típicas do idioma, seguindo, porém no mesmo sentido de “impedir alguém de ser punido pela Justiça ou impedir a execução de sua pena”. Outra semelhança nas legislações é o tipo subjetivo, sendo o dolo a unanimidade. Em todas as legislações existe a previsão de pena de prisão, ora concomitante ora alternativa com multa.

3.2. *Análise comparativa com países latino-americanos*

O CP da nação, na Argentina, prevê, entre os artigos 237 a 281 *bis*, vários delitos contra a Administração Pública, a exemplo dos delitos de falsa denúncia, encobrimento, entre outros. Porém, não existe um tipo penal específico na legislação argentina, voltado a punir criminalmente condutas relacionadas à obstrução da justiça em investigação de organizações criminosas.

No Brasil também não há previsão legal específica para o delito de obstrução à justiça.

No Chile, o delito de obstrução à justiça se encontra regulado no artigo 269 *bis* e 269 *ter*, do CP chileno, com o título “de la obstrucción a la investigación”. Referida legislação estabelece como obstrução à justiça a conduta que atenta contra a Administração da Justiça, quando praticada no âmbito de uma investigação criminal. Entre essas condutas, destacam-se a denúncia caluniosa e criação de obstáculos graves ao esclarecimento de fato punível ou de seus responsáveis. Na primeira hipótese, a pena será de reclusão menor em seu grau mínimo, sem prejuízo da reparação pelo dano causado à vítima. No segundo caso, a pena será de prisão menor em seu grau mínimo e multa de dois a doze unidades tributárias mensais. Os tipos penais identificados não recebem nenhum tratamento diferenciado, a exemplo de critérios mais rígidos de progressão de regime, concessão de liberdade provisória etc.

O CP federal do México, prevê em seu livro II, título décimo primeiro, os delitos cometidos contra a Administração da Justiça. O artigo 225, trata dos delitos cometidos por servidores públicos e no inciso VII apresenta a figura típica que se adequa à obstrução à justiça, quando prevê ser crime “retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia.”. Mais adiante, em seu inciso XXXII, apresenta a figura típica de “desviar u obstaculizar la investigación del hecho delictuoso de que se trate o favorecer que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia”. Pune com prisão de 3 a 8 anos e multa o primeiro caso, e com prisão de 4 a 10 anos e multa o segundo.

No Peru, o delito de obstrução à justiça se encontra tipificado no artigo 409-A do CP peruano, com o título “obstrucción de la jus-

ticia”. Segundo esse dispositivo legal, comete o crime de obstrução à justiça o agente que “mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”. O tipo penal em questão não recebe nenhum tratamento diferenciado, a exemplo de critérios mais rígidos de progressão de regime, concessão de liberdade provisória etc. Contudo, no caso de crimes cometidos por organizações criminosas, o Código de Processo Penal peruano prevê critérios mais rígidos para as prisões provisórias, progressão de regime etc. A título de exemplo, o artigo 272 do estatuto processual penal peruano estabelece que, “para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses”. O mesmo ocorre no caso das “detenções preliminares”, conforme o artigo 264 do mesmo código.

Segundo Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. e María Cecilia Ramírez G. (2013:525), o bem jurídico que se busca proteger com a tipificação da conduta de obstrução da justiça é a administração da justiça. Em regra, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Já o sujeito passivo é a administração da justiça. O crime em análise exige o dolo direto (Politoff; Matus, Ramírez, 2013:548-550).

3.3. A Colômbia e os demais sistemas jurídicos analisados

Na Colômbia, também não há previsão legal específica para o delito de obstrução à justiça. Semelhantemente a outros países latino-americanos, como Argentina e Brasil, há um conjunto de tipos penais que punem atos que atentem contra a Administração da Justiça.

Esses delitos estão tipificados no título XVI do CP colombiano, denominado “crímenes contra la eficaz y recta impartición de justicia”. Entre as condutas tipificadas como crime contra a Administração da Justiça, citam-se a falsa imputação, o falso testemunho, o encobrimento, a fraude processual, entre outros. Alguns desses delitos serão tratados com maior detalhe nos próximos tópicos deste trabalho.

Em regra, os tipos penais identificados não recebem nenhum tratamento diferenciado, a exemplo de critérios mais rígidos de progressão de regime, concessão de liberdade provisória etc. Contudo, o CP colombiano prevê, em certas hipóteses, aumento de pena ou reconhecimento de modalidade qualificada, quando os crimes anteriores ou relacionados com as condutas de obstrução se inserem em um determinado rol, como genocídio, homicídio, sequestro, tortura ou tráfico de drogas, muitos deles classificados entre os delitos de “lesa humanidad” da Lei 742 de 2002.

3.4. Análise comparativa: Colômbia vs. demais países

Em relação aos países não-latino americanos a Colômbia se equipara à Espanha que não possui um tipo penal específico. No contexto da América Latina, a Colômbia, assim como a Argentina e o Brasil, não possui um tipo penal específico para o crime de obstrução da justiça. Entre os países pesquisados, apenas Chile, México e Peru tipificam o crime de obstrução da justiça. Como ressaltado, o que há na Colômbia é um conjunto de tipos penais que punem atos que atentem contra a Administração da Justiça, porém, sem prever expressamente o crime de “obstrução da justiça”.

4. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

De um modo geral, a legislação pesquisada considera como crime de coação no curso do processo a conduta segundo a qual o agente usa de violência ou grave ameaça contra autoridade ou qualquer outra pessoa que atue no processo judicial, com o fim de favorecer seu próprio interesse ou o interesse de terceiros. Assim, pratica o referido crime, por exemplo, o réu que, buscando evitar sua condenação, ameaça determinando perito judicial ou testemunha para que estas pessoas não deponham em seu desfavor.

A criminalização da prática da coação no curso do processo tem como finalidade assegurar o adequado exercício da atividade jurisdicional. Por isso, o bem jurídico que se busca proteger com a tipificação do crime de coação no curso do processo é a administração da

justiça. O crime de coação no curso do processo se caracteriza como um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer condição especial em relação ao sujeito ativo.

Esse tipo penal tem especial relevo no contexto do crime organizado, pois não são raras as vezes em que as organizações criminosas se utilizam de ameaças, intimidações e de violência para acobertar crimes por elas praticados. Portanto, ainda que indiretamente, o tipo penal em discussão também contribui para o combate ao crime organizado.

4.1. Análise comparativa com países não latino-americanos

Na legislação alemã, mais especificamente no CP, encontramos uma figura típica que se assemelha à coação no curso do processo, não obstante não descrever exatamente a conduta. O artigo (seção) 343, intitulado “extorsão de testemunho”, descreve a figura típica de um servidor público encarregado de persecução penal que abusa fisicamente, usa a força ou ameaça psicologicamente alguém com o intuito de coagi-lo a testemunhar, declarar ou se calar sobre algo no processo. A pena nesse caso pode atingir 10 anos de prisão.

Na Espanha, o artigo 464 CP, estabelece pena de um a 4 anos de prisão para quem, usando de violência ou intimidação, tenta influir direta ou indiretamente em qualquer das partes do processo, testemunhas, peritos, intérpretes etc.

Na Itália a coação no curso do processo é representada pela figura típica do artigo 377-bis do CP, estabelece que a menos que o fato constitua ofensa mais grave, quem, por violência ou ameaça, ou com oferta ou promessa de dinheiro ou outros benefícios, induza a pessoa chamada a fazer declarações perante a autoridade judiciária que possam ser utilizadas em processo penal, quando este último tem o direito de não responder, é punido com pena de prisão de dois a seis anos.

Nos EUA a definição de coerção é basicamente uniforme entre os Estados, ou seja, o uso da intimidação ou ameaça visando forçar alguém a fazer ou deixar de fazer algo que a lei não exige. O parágrafo 1512 do US Code apresenta a figura típica da fraude/impedimento

contra testemunha, vítima ou informante por ameaça ou violência, com prisão até 30 anos. No mesmo artigo incorre quem destrói ou adultera prova ou procedimento, com pena de até 20 anos e multa. Essa previsão legal, aparentemente, transita entre a fraude e a coação. Neste trabalho optou-se por considerá-lo como mais relacionado ao crime de coação no curso do processo.

4.2. Análise comparativa com países latino-americanos

Na Argentina a legislação prevê tipos penais que, indiretamente, se relacionam com a temática da obstrução à justiça. Como exemplo, citam-se os delitos de desobediência e resistência; de obstáculo às investigações sobre ocultação e lavagem de capitais; e de revelação indevida de identidade de agente secreto. Porém, não foi identificando nenhum tipo penal que vise coibir a prática da coação no curso do processo.

O CP brasileiro, entre os artigos 338 e 358, relaciona diversos tipos penais que punem condutas consideradas atentatórias à Administração da Justiça, a exemplo da coação no curso do processo. Nos termos do artigo 344 do CP Brasileiro, pratica o crime de coação no curso do processo o agente que usa de “violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”. O agente que pratica a referida conduta fica sujeito à pena de reclusão de um a quatro anos e multa, além da pena correspondente à violência que vier a ser praticada. Caso a coação tenha relação com crime cometido contra a dignidade sexual, a pena será aumentada de um terço até a metade.

No Chile, não foi identificando nenhum tipo penal que vise coibir a prática da coação no curso do processo. A lei penal mexicana, representada pelo CP federal, ainda no título onze, artigo 226, que trata dos crimes contra a administração da Justiça, aborda a coação no curso do processo enquanto exercício indevido do próprio direito, praticado pela parte processual, estabelecendo prisão de 3 meses a um ano e multa, àquele que, para fazer efetivo um direito ou

pretensão, emprega violência. Nesse caso, o crime só será objeto de investigação e processo com a devida queixa-crime do ofendido.

Porém, é no artigo 247, do título treze do referido código, que trata das falsidades, que apresenta a melhor definição de coação no curso do processo quando prevê, em seu inciso III, a criminalização daquele que suborne uma testemunha, um perito ou a um intérprete, para que produza com falsidade em juízo ou os obrigue ou comprometa intimidando-os ou de outro modo. Nesse caso, a pena será de quatro a oito anos de prisão e de cem a trezentos dias multa.

No Peru, tal como observado na legislação argentina e chilena, não foi identificando tipo penal que vise coibir a prática da coação no curso do processo.

Segundo Rogério Greco (2011: 598), “a utilização da violência ou da grave ameaça deve ser dirigida finalisticamente no sentido de obter algum favorecimento de interesse próprio ou alheio que esteja sendo considerado em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”. O autor classifica o delito em questão como crime comum; doloso; comissivo, podendo ser praticado, ainda, por omissão imprópria; instantâneo; de forma livre; monosubjetivo; plurissubsistente; e transeunte, pois não deixa vestígios (Greco, 2011: 598). Para Júlio Mirabete (2019: 1538):

[...] é indispensável que o coacto seja autoridade (juiz, delegado, etc), parte (autor, réu, oponente, litisconsorte, promotor de justiça) ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir no processo, enquanto este estiver em andamento (escrivão, meirinho, perito, testemunha, jurado, tradutor, intérprete, etc). Se a pessoa não mais intervirá no processo, a violência ou a grave ameaça poderá constituir outro ilícito.

4.3. A Colômbia e os demais sistemas jurídicos analisados

O CP colombiano, em seu artigo 454, letra A, descreve a figura típica de ameaça a testemunha ou parente próximo, com uso de violência física ou moral, com prisão de 4 a 8 anos. A letra C do mesmo artigo, prevê o crime de impedimento (por qualquer meio) de realização de audiência judicial pública. Essa última conduta, ao nosso ver, pode se enquadrar, de maneira genérica, à coação no curso de processo. A

pena prevista para esse crime pode variar de 3 a 6 anos, além da multa de 100 a 2.000 salários-mínimos legais mensais vigentes.

4.4. Análise comparativa: Colômbia vs. demais países

Itália, EUA e Espanha possuem tipo penal específico, como na Colômbia. A diferença está na Alemanha, que não descreve exatamente o tipo, mas regula atitude similar, a ponto de podermos considerar como tipificação específica. O rigor da pena na tipificação colombiana está na média dos países não latino-americanos, ficando acima de Itália e Espanha e abaixo dos demais. No contexto da América Latina, apenas Brasil e Colômbia tipificam a conduta de coação no curso do processo, sendo a legislação colombiana mais rigorosa em relação à pena prevista.

5. FRAUDE PROCESSUAL

De um modo geral, a legislação pesquisada considera como crime de fraude processual a conduta segundo a qual o agente inova artificialmente no processo o estado de lugar de coisa ou de pessoa, com a finalidade de induzir a erro o juiz ou o perito. Assim, pratica o referido crime, por exemplo, o réu que, buscando evitar sua condenação, elimina documentos que poderiam levar à sua condenação.

A criminalização da fraude processual tem como finalidade assegurar o adequado exercício da atividade jurisdicional. Por isso, o bem jurídico que se busca proteger com a tipificação do crime de fraude processual é a administração da justiça. O crime de fraude processual se caracteriza como um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer condição especial em relação ao sujeito ativo.

Esse tipo penal tem especial relevo no contexto do crime organizado, tendo em vista o poder de influência que essas organizações têm para manipular informações, documentos e pessoas com o propósito de induzir a erro os agentes estatais incumbidos de atuarem no processo. Portanto, ainda que indiretamente, o tipo penal em discussão também contribui para o combate ao crime organizado.

5.1. Análise comparativa com países não latino-americanos

Entre as condutas consideradas como fraude processual na Espanha, destaca-se o artigo 465, que prevê como crime a inutilização ou ocultação abusiva de documentos por parte de advogados ou procuradores. Nessa hipótese, o agente será punido com prisão de seis meses a dois anos, multa de doze meses e inabilitação profissional por período de três a seis anos.

O CP italiano, em seu artigo 374, encontra-se a figura típica da fraude processual. É punido quem, no curso de processo cível ou administrativo, com o objetivo de ludibriar o juiz em fiscalização ou experimento judicial, ou o perito em execução de laudo, mude artificialmente o estado de lugares ou coisas ou pessoas, se o facto não estiver previsto como crime por disposição determinada de lei, com pena de reclusão de um a cinco anos.

A mesma disposição se aplica se o fato for cometido no curso de um processo penal, inclusive perante o Tribunal Penal Internacional, ou antes dele; mas, neste caso, fica excluída a pena, se se tratar de um crime para o qual não se pode proceder apenas na sequência de uma reclamação, requerimento ou pedido, e este não foi apresentado.

O Código dos EUA prevê em seu título 18, § 1506 o furto ou alteração de dado ou processo com prisão até 5 anos e/ou multa.

5.2. Análise comparativa com países latino-americanos

Na Argentina, não foi identificando nenhum tipo penal que vise coibir a prática da fraude processual. Por sua vez, no Brasil, o CP brasileiro, entre os artigos 338 e 358, relaciona diversos tipos penais que punem condutas consideradas atentatórias à Administração da Justiça, tais como a fraude processual, prevista no artigo 347. Segundo esse dispositivo legal, comente o crime de fraude processual o agente que “inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito”. A pena prevista para o referido crime é de detenção de três meses a dois anos e multa. O pressuposto do crime previsto no artigo 347 é a pendência de processo civil ou

administrativo. Tratando-se de processo penal, o fato é definido no parágrafo único. Embora a conduta seja idêntica à prevista no tipo do caput, não é necessário que se tenha iniciado o processo, sendo possível sua caracterização ainda na fase de investigações.

No Chile, também não foi identificando nenhum tipo penal que vise coibir a prática da fraude processual. No México, é crime, previsto com pena de 3 a 8 anos e multa, executar atos ou incorrer em omissões que produzam um dano ou concedam a alguém uma vantagem indevida, conforme previsto no artigo 225 do CP federal.

No caso peruano, o artigo 405 do CP, que trata do “encubrimiento real”, estabelece que aquele que dificulta a ação da justiça procurando apagar impressões digitais ou provas do delito ou ocultando os efeitos deste, será punido com pena privativa de liberdade de 2 a 4 anos, podendo incidir agravantes quando o crime principal for de terrorismo. Porém, é no artigo 416 que trata especialmente da “fraude procesal”, criminalizando a conduta daquele(a) que, por qualquer meio fraudulento, induz a erro a um funcionário ou servidor público para obter resultado contrário à lei, estipulando a mesma pena do artigo anterior.

A conduta “[...] deve ser dirigida finalisticamente no sentido de induzir a erro o juiz ou o perito. Assim, tanto o julgador como o perito poderão chegar a conclusões equivocadas em razão do comportamento levado a efeito pelo agente, colocando em risco a correta aplicação da lei” (Greco, 2011: 610). Rogério Greco (2011: 610) classifica o delito de fraude processual como crime comum; doloso; comissivo, admitindo a modalidade omissiva imprópria; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; e não transeunte, pois deixa vestígios. Para Mirabete (2019: 1548) “[...] qualquer pessoa, ainda que não interessada na solução da lide do processo, pode ser sujeito ativo do crime de fraude processual, incluindo-se o funcionário público se a conduta não configurar crime próprio”.

5.3. A Colômbia e os demais sistemas jurídicos analisados

Título XVI do CP colombiano, denominado “crímenes contra la eficaz y recta impartición de justicia”. Entre as condutas tipificadas

como crime contra a Administração da Justiça, cita-se a fraude processual, entre outros.

O delito de fraude processual está previsto nos artigos 453 e 454 do CP Colombiano. Nos termos do artigo 453, pratica o crime de fraude processual aquele que, “por cualquier medio fraudulento induzca en error a um servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”. O artigo 454, por sua vez, prevê o crime de “Fraude a resolución judicial”. Nos termos do referido dispositivo legal, incorre nessa prática delituosa o agente que, “por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

5.4. Análise comparativa: Colômbia vs. demais países

Dos países não-latino americanos estudados, apenas Alemanha não tipifica esse crime. Quanto à pena, a Colômbia se equipara à Espanha e EUA em prever multa além da pena restritiva de liberdade. O CP italiano prevê exclusivamente pena de prisão. No contexto da América Latina, apenas Brasil, Peru e Colômbia tipificam a conduta de fraude processual, sendo a legislação colombiana mais rigorosa em relação à pena prevista.

6. IMPEDIMENTO OU EMBARAÇO A INVESTIGAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL QUE ENVOLVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

De um modo geral, a legislação pesquisada considera como crime a prática de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

A criminalização da referida conduta tem como finalidade assegurar o adequado exercício da atividade jurisdicional. Por isso, o bem jurídico que se busca proteger com a tipificação a conduta de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa é a administração da justiça. Esse crime se caracteriza como um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer condição especial em relação ao sujeito ativo.

Esse tipo penal tem especial relevo não apenas no contexto do enfrentamento ao crime organizado, mas, também, no âmbito do combate à corrupção, tendo em vista o frequente cometimento de delitos por organizações criminosas que contam com o apoio de agentes estatais corruptos.

6.1. Análise comparativa com países não latino-americanos

O ordenamento jurídico-penal alemão não prevê tratamento diferenciado, a exemplo de critérios mais rígidos para progressão de regime, concessão de liberdade provisória etc. Contudo, a legislação prevê formas qualificadas para os crimes especialmente mais graves, prevendo penas mais longas, e critérios de agravamento e atenuação da punição. Neste país, o crime de obstrução à justiça criminal, de acordo com a seção 258 do CP alemão, não é elegível para tais elementos de qualificação.

De igual modo, também não foi identificando na legislação penal espanhola nenhum tipo penal que vise coibir o crime de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Podemos constatar consistente previsão legal no CP italiano, que descreve conduta típica que, a princípio, não se enquadra na figura específica desse capítulo, porém, ao ser analisada com maior acurácia verifica-se forte identidade de propósitos do legislador. O artigo 375 do CP italiano descreve a “fraude em processos criminais e desorientação”. Descreve o artigo que, a menos que o fato constitua uma infração mais grave, o funcionário público ou responsável de serviço público é punido com pena de prisão de três a oito anos quem, para

impedir, dificultar ou desviar uma investigação ou julgamento criminal: (a) altera artificialmente o corpo do crime ou o estado de lugares, coisas ou pessoas ligadas ao crime; (b) solicitada pela autoridade judiciária ou policial judiciária para fornecer informações em um processo penal, afirma o falso ou nega o verdadeiro, ou silencia, no todo ou em parte, o que sabe sobre os fatos sobre os quais é ouvido.

Se o fato for cometido por meio de destruição, supressão, ocultação, dano, no todo ou em parte, ou formação ou alteração artificial, no todo ou em parte, de um documento ou objeto a ser usado como prova ou de outra forma útil para a descoberta da ofensa ou sua apuração, a pena é aumentada de um terço para metade.

Se o fato for cometido em relação a processos relativos aos crimes referidos nos artigos 270, 270-bis, 276, 280, 280-bis, 283, 284, 285, 289-bis, 304, 305, 306, 416-bis, 416-ter e 422 ou as infracções previstas no artigo 2º da Lei nº 17, ou os crimes relativos ao tráfico ilegal de armas ou material nuclear, químico ou biológico e, em qualquer caso, todos os crimes referidos no artigo 51.º, n.º 3-bis, do Código de Processo Penal, a pena de seis a doze.

Do mesmo modo, não existe na legislação estadunidense federal (e provavelmente nos 50 Estados) nenhuma previsão específica ou figura típica relacionada a organizações criminosas, no sentido de conferir-lhes tratamento diferenciado no apenamento ou no processo criminal. Observa-se, porém, que os § 1509, 1510, e 1519 do Código dos EUA, descrevem impedimento do devido exercício do Poder Judiciário (prisão até 1 ano e/ou multa); impedimento/embaraço de investigação criminal (prisão de até 5 anos e/ou multa) e destruição, adulteração ou falsificação de dados em investigação federal ou processo de falência (prisão até 20 anos e multa), que podem viabilizar a repressão de ação de organização criminosa.

6.2. Análise comparativa com países latino-americanos

Não foi identificado nenhum tipo penal específico que vise coibir o crime de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa na legislação argentina.

No Brasil, o crime praticado por organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado, tais como homicídio, lesão corporal dolosa de natureza gravíssima ou seguida de morte, tráfico internacional de armas de fogo, entre outros, recebe tratamento diferenciado. Nesses casos, os critérios de progressão de pena e de liberdade provisória são mais severos do que os aplicáveis aos demais crimes.

Nessa questão específica, o Brasil apresenta legislação detalhada e consistente. A Lei de Organização Criminosa (§ 1º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013) prevê o crime de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, sendo que, nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Nessas hipóteses, o agente será punido com pena de reclusão de três a oito anos e multa, sem prejuízo das penas correspondentes a outras infrações eventualmente cometidas.

No âmbito da legislação chilena e mexicana, não foi identificado tipo penal que vise coibir a prática de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Igualmente, não há tipo penal específico na legislação penal peruana. Contudo, é importante destacar que, no caso de crimes cometidos por organizações criminosas, o Código de Processo Penal peruano prevê critérios mais rígidos para as prisões provisórias, progressão de regime etc. A título de exemplo, o artigo 272 do estatuto processual penal peruano estabelece que, “para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses”. O mesmo ocorre no caso das “detenções preliminares”, conforme o artigo 264 do mesmo código.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa” (2020:710). Já o sujeito passivo “é o Estado, pois o bem jurídico tutelado é a administração da justiça” (2020:710). Nucci esclarece, ainda, que o delito em análise é doloso, portanto, não se admite o referido crime na sua forma culposa.

6.3. A Colômbia e os demais sistemas jurídicos analisados

Na legislação colombiana, não foi identificado tipo penal que vise coibir a prática de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Contudo, o CP colombiano prevê, em certas hipóteses, aumento de pena ou reconhecimento de modalidade qualificada, quando os crimes anteriores ou relacionados com as condutas de obstrução se inserem em um determinado rol, como genocídio, homicídio, sequestro, tortura ou tráfico de drogas, muitos deles classificados entre os delitos de “lesa humanidad” da Lei 742 de 2002.

O capítulo sexto do CP colombiano trata “del encubrimiento”. Segundo dispõe o artigo 446, aquele que “tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años”. A sanção penal é agravada, caso a “conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Nesses casos, “la pena será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión”.

6.4. Análise comparativa: Colômbia vs. demais países

A Itália prevê em sua legislação penal tipo específico para esse crime. Os demais equiparam-se à Colômbia na ausência de previsão legal. No contexto da América Latina, apenas o Brasil apresenta legislação voltada a tipificar a prática de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

7. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA

De um modo geral, a legislação pesquisada considera como crime a prática de falso testemunho ou falsa perícia.

A criminalização da referida conduta tem como finalidade assegurar o adequado exercício da atividade jurisdicional. Por isso, o

bem jurídico que se busca proteger com a tipificação a conduta de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa é a administração da justiça. Esse crime se caracteriza como um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer condição especial em relação ao sujeito ativo.

Esse tipo penal tem especial relevo não apenas no contexto do enfrentamento ao crime organizado, mas, também, no âmbito do combate à corrupção, tendo em vista o frequente cometimento de delitos por organizações criminosas que contam com o apoio de agentes estatais corruptos.

7.1. Análise comparativa com países não latino-americanos

O crime de falso testemunho ou falsa perícia foi identificado na legislação penal de todos os países não latino-americanos pesquisados.

Na Alemanha as seções 153 e 154 do CP preveem pena de prisão de 3 meses a 5 anos para o crime. Na Espanha, o crime encontra-se tipificado no artigo 458, prevendo pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de três a seis meses. A pena é maior, caso o testemunho se dê contra réu em processo criminal. Nessa hipótese, a pena será de prisão de um a três anos e multa de seis a doze meses. Na Itália, os crimes de falso testemunho e falsa perícia estão previstos nos artigos 372 e 373 do CP italiano, que prevêm pena de prisão de dois a seis anos. Nos EUA o US Code prevê no parágrafo (artigo) 1621 o crime de falso testemunho, punido com prisão até 5 anos e/ou multa.

Como se vê, o crime de falso testemunho ou falsa perícia tem previsão no ordenamento jurídico de todos os países pesquisados. A despeito disso, Pilar Rey, Guillermo Benlloch e José R. Agustina (2019: 65), em pesquisa intitulada “La escasa persecución del delito de falso testimonio: una constatación paradójica”, alertam para a escassez de persecuções penais voltadas à coibição desse delito. Segundo os autores:

El delito de falso testimonio ha estado presente y sigue estándolo en los ordenamientos jurídicos de todo tiempo y lugar. Podría decirse que allá donde existe un proceso judicial mínimamente formalizado se ha

advertido la necesidad de dotarlo de protección a través de la incriminación del falso testimonio. Ahora bien, esta universal tipificación del delito de falso testimonio —que parece evidenciar la importante función de tutela que le atribuyen los distintos legisladores— contrasta paradójicamente con los niveles relativamente escasos de persecución de este delito que se constatan en la práctica de los tribunales.

7.2. Análise comparativa com países latino-americanos

O delito de falso testemunho também foi identificado na legislação de todos os países latino-americanos pesquisados. A Argentina pune o falso testemunho e a falsa perícia no mesmo artigo 275, com penas que vão de um mês a quatro anos.

O CP brasileiro em seu artigo 342 prevê o crime de falso testemunho ou falsa perícia, que se configura no ato de mentir ou deixar de falar a verdade nas seguintes situações: em juízo, processo administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral. Nesse sentido, o artigo 342 do CP brasileiro tipifica como crime a conduta de “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral”. A pena prevista é de reclusão de dois a quatro anos e multa. Se o crime for praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta, a pena será aumentada de um sexto a um terço.

Com o mesmo conteúdo encontramos registros nos ordenamentos jurídicos penais do Chile e do Peru. No Chile, o artigo 206 do CP prevê pena de prisão menor em seu grau mínimo a médio e multa de seis a vinte unidades tributárias mensais, se se tratar de processo civil, e prisão menor em seu grau médio a máximo e multa de vinte a trinta unidades tributárias mensais, caso se trate de processo penal.

No Peru, o artigo 409 prevê pena privativa de liberdade de dois a quatro anos.

O título décimo terceiro do CP federal mexicano trata da “falsidade”. O capítulo V, em especial, apresenta as figuras típicas da falsidade em declarações judiciais e em informação de dados a uma auto-

ridade. Os artigos 247 e 248 preveem os casos de falso testemunho, falsa informação oficial ou falsa perícia, com penas que variam de 4 a 12 anos de prisão e multa, e suas respectivas atenuantes e agravantes.

Segundo Edgardo Salatino e Luciana Pierbattisti, o bem jurídico que se protege é “correto ou normal funcionamento da administração da justiça” (2013: 2). O sujeito ativo do crime de falso testemunho pode ser a testemunha, o perito, o intérprete e, igualmente, o tradutor (Salatino; Pierbattisti, 2013: 2). Já o sujeito passivo é a autoridade competente para receber uma declaração testemunhal, uma perícia ou tradução. Como observam esses autores, o funcionário público “deve estar investido na qualidade de investigador ou julgador” para que seja considerado sujeito passivo no crime em questão (Salatino; Pierbattisti, 2013: 8). Por fim, frise-se que o tipo subjetivo admite apenas a forma dolosa, não havendo que se falar na modalidade culposa.

Nas palavras de Rogério Greco (2011: 580), o delito em tela tem as seguintes classificações: “crime de mão própria; doloso, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do CP), ou omissivo próprio (na hipótese em que o agente, por exemplo, se cala sobre a verdade); instantâneo; de forma livre; monossujeetivo; monossubsistente; não transeunte”, pois deixa vestígios (Greco, 2011: 582). Ainda, o crime de falso testemunho ou falsa perícia deixa de ser punível, caso o agente se retrate ou declare a verdade antes da sentença ou acórdão no processo no qual se deu o ilícito. Como esclarece Greco (2011: 585), a retratação deve se dar “no processo no qual foi prestado o falso testemunho ou a falsa perícia, e não naquele em virtude do qual o agente está, por exemplo, sendo acusado da prática do delito, o que, neste último caso, importa em mera confissão, e não em retratação”.

Segundo Mirabete (2019: 1525), para que se caracterize o crime de falso testemunho é necessário que a falsidade verse sobre circunstância juridicamente relevante, de modo que impossibilite ou dificulte a atividade judiciária em sua finalidade de aplicar corretamente a lei. Com relação à segunda tipificação do artigo, aquele autor complementa, considerando que “na falsa perícia, o agente registra no laudo coisa diversa da realidade que conhece. Mera divergência entre laudos não comprova o crime”. As condutas contra a adminis-

tração da Justiça, comumente podem ser cometidas por testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete. Atores essenciais da atividade judiciária, essas pessoas prestam informações que podem fundamentar decisões em processos.

Para Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. e María Cecilia Ramírez G. (2013:525), o bem jurídico que se busca proteger é a administração da justiça. O sujeito ativo é “a pessoa chamada a depor sob a fé de juramento ou a promessa de dizer a verdade” (2013: 537). O sujeito passivo, no entanto, pode ser a administração da justiça. Como esclarecem os autores, “o tipo exige para sua constatação que a testemunha saiba que está mentindo, o que exclui o dolo eventual, sendo apenas possível o dolo direto” (2013: 539).

7.3. A Colômbia e os demais sistemas jurídicos analisados

A lei 599/2000, o CP colombiano, apresenta no artigo 442 o falso testemunho; no 444-A (alterado pela Lei 1.474/2011) apresenta a figura típica do suborno a testemunhas, com prisão de 6 a 12 anos; o artigo 454-A a ameaça a testemunhas e o artigo 454-B o crime de ocultamento, alteração ou destruição de elemento material probatório.

O delito de falso testemunho encontra-se tipificado nos artigos 442 a 444 do CP da Colômbia, instituído pela Lei 599, de 24 de julho de 2000. Nos termos do artigo 442, comete o crime de falso testemunho aquele que, “en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”. O artigo 443 prevê como causa de atenuação da pena, o fato de o agente se retratar “en el mismo asunto en el cual rindió la declaración antes de vencerse la última oportunidad procesal para practicar pruebas”. Observada essa situação, “la pena imponible se disminuirá en la mitad”. Por fim, o artigo 444 prevê, ainda, a prática do suborno como meio à prática do crime de falso testemunho. Segundo o referido dispositivo, aquele que “entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

7.4. Análise comparativa: Colômbia vs. demais países

Em relação aos países não latino-americanos todos preveem em seus respectivos códigos penais (e os EUA em seu Código Geral), a conduta típica de falso testemunho ou falsa perícia. No contexto da América Latina, todos os países pesquisados tipificam a conduta do falso testemunho, sendo a Colômbia o país que prevê a maior pena máxima.

8. CONCLUSIONES

O presente capítulo buscou analisar, no âmbito da legislação de países latino-americanos e não latino-americanos o crime de obstrução da justiça, além de outros tipos penais correlatos, os quais contribuem para o combate à corrupção, tais como a coação no curso do processo; a fraude processual; o impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; e o falso testemunho ou falsa perícia.

Foi possível observar que o delito de obstrução da justiça encontra-se tipificado de maneira específica em algumas normas internacionais, assim como no ordenamento jurídico interno de alguns países latino-americanos e não latino-americanos. Contudo, a tipificação específica do delito de obstrução da justiça não é a regra. O que se observa na maioria dos países analisados é a existência de diversos tipos penais que, direta ou indiretamente, se relacionam com o enfrentamento da corrupção, porém, sem que esteja sob o título de “obstrução da justiça”.

Nesse sentido, constatou-se que os delitos correlacionados à obstrução da justiça, tais como coação no curso do processo; fraude processual; impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; e falso testemunho ou falsa perícia estão previstos na legislação penal da maioria dos países pesquisados, conforme tabelas a seguir:

Tabla 1. Países não latino-americanos

País	Obstrução da justiça	Coação no curso do processo	Fraude processual	Impedimento ou embaraço a investigação penal que envolva organização criminosa	Falso testemunho ou falta perícia
Alemanha	Sim	Sim	Não	Não	Sim
Espanha	Sim	Sim	Sim	Não	Sim
Itália	Sim	Sim	Sim	Não	Sim
EUA	Sim	Sim	Sim	Não	Sim

Tabla 2. Países latino-americanos

País	Obstrução da justiça	Coação no curso do processo	Fraude processual	Impedimento ou embaraço a investigação penal que envolva organização criminosa	Falso testemunho ou falta perícia
Argentina	Não	Não	Não	Não	Sim
Brasil	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
Chile	Sim	Não	Não	Não	Sim
Colômbia	Não	Sim	Sim	Não	Sim
México	Sim	Sim	Sim	Não	Sim
Peru	Sim	Não	Sim	Não	Sim

Como se nota, o delito específico da obstrução da justiça encontra-se tipificado em todos os países não latino-americanos pesquisados, enquanto na América Latina, apenas Chile, México e Peru criminalizaram essa conduta. O mesmo ocorre com o crime de coação no curso do processo. Enquanto a legislação de todos os países não latino-americanos pesquisados tipifica essa conduta, apenas Brasil, Colômbia e México possuem previsão específica para esses tipos penais.

Quanto à prática de fraude processual, não se identificou previsão na legislação alemã, enquanto entre os latino-americanos, apenas Argentina e Chile não possuem tipo penal específico para coibir essa conduta.

Quanto ao crime de impedimento ou embaraço a investigação penal que envolva organização criminosa, apenas a legislação penal brasileira tipifica a referida conduta.

O crime de falso testemunho ou falsa perícia foi o único tipo penal identificado em todas as legislações pesquisadas.

A análise dos dados apresentados nos quadros acima sugere que os países não latino-americanos estão mais avançados que os países latino-americanos, ao menos sob o ponto de vista da tipificação penal, no enfrentamento de condutas que guardem relação com o crime organizado.

É importante compreendermos as dificuldades enfrentadas na elaboração do presente artigo, visto que representam as dificuldades encontradas pelos países latino-americanos no enfrentamento da corrupção e do crime organizado. A primeira delas concerne às diversas concepções etimológicas dos termos jurídicos dos tipos penais estudados e a divisão estanque dos subtemas, uma vez que apresentaram intercessão entre os objetos. Essas divergências, podemos dizer diferenças, são fruto da própria diversidade geográfica, cultural e econômica da região latino-americana.

Outra frente que merece atenção é a necessidade de aprofundamento na análise sistemática e metodológica da efetividade da aplicação penal e processual penal dos artigos analisados no contexto anticorrupção.

Falar de integração entre países latino-americanos não é tarefa fácil. Que o digam as várias iniciativas que vão desde os tratados mencionados na primeira parte deste artigo, até as atuações práticas no âmbito de fóruns regionais.

O principal fórum político das Américas, dedicado exclusivamente a identificar desafios comuns, soluções estratégicas, oportunidades de cooperação para apoiar a tomada de decisão em matéria de segurança pública a nível regional e sub-regional é a MISPA (reunião de ministros em matéria de segurança pública), sob a Comissão de Segurança Hemisférica da OEA, baseada em cinco pilares: gestão da segurança; prevenção da delinquência, da violência e da insegurança; gestão policial; participação cidadã e comunitária e cooperação internacional.

Outros fóruns são viabilizados junto a organizações internacionais regionais como a AMERIPOL (polícias das Américas), INTERPOL regional Américas, MERCOSUL (equipes conjuntas de investigação e cooperação em matéria de segurança regional).

É razoável supor que a elaboração de uma estratégia de ação de enfrentamento da corrupção associada ao crime organizado transnacional para a América Latina em geral e uma específica para a Colômbia, invariavelmente terá que superar os obstáculos mencionados, imprimir um ritmo mais efetivo que as construções oriundas dos fóruns acima mencionados, e, principalmente, contar com um observatório multilateral independente.

Por fim, vale destacar a recente publicação da Lei nº 2195, de 18 de janeiro de 2022, da Colômbia, que tem por objeto adotar disposições voltadas a prevenir atos de corrupção, reforçar a articulação e coordenação entre entidades do Estado e recuperar danos provocados por atos de corrupção, com a finalidade de assegurar e promover uma cultura de legalidade e integridade, bem como de recuperar a confiança e o respeito da população colombiana no Poder Público.

Em termos gerais, a nova lei busca, dentre outras iniciativas, reforçar a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção, instituir sistema de intercâmbio de informações para o combate à corrupção e promover, no âmbito do ensino pré-escolar, básico e secundário, estratégias de conscientização a respeito do senso público, da transparência e da cultura de integridade no uso de recursos públicos. A referida norma não tem cunho penal, mas se apresenta como um importante avanço para o enfrentamento da corrupção na Colômbia.

9. PROPUESTA DE ACCIÓN PARA AMÉRICA LATINA E COLÓMBIA

Verificamos que não obstante o delito de obstrução da justiça encontrar-se tipificado de maneira específica em algumas normas internacionais e no ordenamento jurídico interno de alguns países, essa não é a regra. No universo dos países analisados é a existência

de diversos tipos penais que se relacionam com o enfrentamento da corrupção, sem que esteja sob o título de “obstrução da justiça”.

Analisamos no âmbito da legislação de países latino-americanos e não latino-americanos o tipo específico da “obstrução da justiça”, além de outros tipos penais que contribuem para o combate à corrupção, tais como coação no curso do processo; fraude processual; impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa; e falso testemunho ou falsa perícia.

A proposta do capítulo foi estruturar em dois eixos principais, tendo o primeiro abordado a regulação dos referidos tipos penais nas normas internacionais dos sistemas global e regional e o segundo eixo se dedicado à análise desses mesmos tipos penais no âmbito da legislação interna dos países pesquisados. Nesse ponto, visando melhor comparar a legislação pesquisada, segregamos em países latino-americanos (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México e Peru) e não latino-americanos (Alemanha, Espanha, Itália e Estados Unidos da América).

Observou-se a coexistência de grande parte dos tipos penais pesquisados nas legislações internas e internacionais, o que denota uma preocupação, no campo da dogmática penal, com o enfrentamento de delitos que, direta ou indiretamente, guardam relação com a corrupção e o crime organizado transnacional. Por meio da pesquisa, também foi possível observar que a fixação de penas mais altas aparece como uma das soluções de intervenção penal para o combate à corrupção, conforme se observa a seguir.

9.1. Obstrução de justiça

1. Como ressaltado, o que há na Colômbia é um conjunto de tipos penais que punem atos que atentem contra a Administração da Justiça, porém, sem prever expressamente o crime de “obstrução da justiça”. Desse modo, uma lei que previsse a figura típica seria o ideal.

2. Penalidades mais rigorosas: as penalidades atuais podem ser reforçadas para incluir sentenças mais longas de prisão e multas mais elevadas para aqueles que obstruírem a justiça.

3. Proteção para testemunhas: a legislação pode ser melhorada para fornecer proteção e suporte adequados a testemunhas que estejam enfrentando ameaças ou intimidação como resultado de seu testemunho.

4. Investigação e perseguição mais eficientes: a polícia e os procuradores devem ser capacitados e apoiados na investigação e perseguição de casos de obstrução de justiça, incluindo o uso de tecnologias avançadas e recursos adicionais.

5. Educação e conscientização pública: é importante que a sociedade seja educada sobre a importância de não obstruir a justiça e que as consequências destas ações sejam amplamente divulgadas.

6. Uso de medidas cautelares: as autoridades podem ser autorizadas a usar medidas cautelares, como a prisão preventiva, para proteger testemunhas e evitar a obstrução da justiça.

7. Instrumentos processuais mais rigorosos: as leis processuais podem ser aperfeiçoadas para incluir medidas mais rigorosas contra aqueles que obstruírem a justiça, incluindo a proibição de contato com testemunhas e a imposição de restrições de viagem.

8. Investigações independentes: as autoridades podem ser encorajadas a conduzir investigações independentes de obstrução de justiça para garantir a integridade da investigação e o julgamento. Parte superior do formulário Parte inferior do formulário

O crime organizado transnacional pode ser uma das principais causas de obstrução de justiça. Devido à sua natureza altamente sofisticada e à sua capacidade de influenciar ou intimidar autoridades, testemunhas e outros indivíduos envolvidos no processo judicial, o crime organizado transnacional pode impedir a investigação e o julgamento de seus membros e atividades criminosas. Isso pode incluir ações como ameaças, corrupção de autoridades, compra de testemunhos, fabricação de provas falsas e destruição de evidências. Estas ações podem impedir que a justiça seja feita e que os responsáveis sejam responsabilizados por seus crimes.

Além disso, o crime organizado transnacional pode ser especialmente difícil de combater devido à sua natureza transnacional, que lhes permite atuar além das fronteiras nacionais e escapar da justiça.

Por isso, é importante que as autoridades internacionais colaborem para combater este tipo de crime e proteger a integridade da justiça.

9.2. Coação no curso do processo

1. Ampliar a definição de coação: a legislação pode ser atualizada para incluir nova figura típica no título XVI, em especial nos capítulos I e VIII, específica para de coação no curso do processo, que estejam adequadas à tecnologia. Por exemplo, a ameaça de publicar informações pessoais online ou a disseminação de notícias falsas podem ser consideradas formas de coação no curso do processo.

2. Proteger as vítimas de coação: a legislação pode incluir medidas para proteger as vítimas de coação, como a possibilidade de testemunhar em segredo ou a proibição de contato entre o acusado e a vítima.

3. Aumentar a conscientização sobre o crime: a conscientização sobre o crime de coação no curso do processo pode ser aumentada por meio de campanhas de conscientização e educação para o público em geral, bem como treinamentos específicos para policiais, juízes e outros profissionais do sistema de justiça criminal.

9.3. Fraude processual

1. Ampliar o escopo da lei: a legislação colombiana poderia ser mais clara ao definir o que constitui fraude processual, incluindo outras condutas além das já previstas nos artigos 453 e 454 CP. Além disso, a lei poderia incluir sanções mais severas para condutas que visam obstruir a justiça, como o suborno a magistrados ou outras autoridades.

2. Aumentar a eficácia da lei: a legislação poderia ser melhorada para tornar mais fácil a investigação e a punição daqueles que cometem fraude processual. Isso poderia incluir medidas como a criação de unidades especializadas para investigar esses crimes, a melhoria da cooperação entre as autoridades e o Judiciário, e o fortalecimento dos mecanismos de proteção para testemunhas e vítimas.

3. Estabelecer sanções mais proporcionais: a legislação poderia ser revista para garantir que as sanções para fraude processual sejam proporcionais à gravidade do crime cometido. Isso pode significar estabelecer penas mais severas para crimes mais graves ou considerar atenuantes em casos de menor gravidade.

4. Melhorar a prevenção: a legislação poderia incluir medidas para prevenir a fraude processual, como a educação dos cidadãos sobre a importância da justiça e os perigos da obstrução da justiça, e a promoção de políticas de transparência no sistema de justiça.

Em resumo, há muitas maneiras pelas quais a legislação colombiana sobre a fraude processual pode ser melhorada. O mais importante é garantir que a lei seja clara, eficaz e proporcional, a fim de garantir que a justiça seja aplicada de maneira justa e eficiente.

9.4. Impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa:

O impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa é uma questão complexa e sensível, que exige uma legislação bem elaborada para prevenir e punir tais comportamentos. Como vimos anteriormente, na legislação colombiana, não foi identificado tipo penal que vise coibir a prática de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Algumas sugestões de melhorias para a legislação colombiana sobre esse crime incluem:

1. Inclusão, no CP colombiano, de figura típica para o impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa, com aumentos de penas proporcionais às previstas nos delitos de “lesa humanidad” da Lei 742 de 2002, para os crimes de ameaças, subornos, obstruções, ocultação ou destruição de provas, entre outras.

2. Estabelecer agravantes, como a posição hierárquica do agente ou o nível de violência empregada.

3. Garantir o fortalecimento das instituições de investigação: para que o crime de impedimento ou embaraço à investigação de

infração penal que envolva organização criminosa seja efetivamente combatido, é necessário garantir que as instituições responsáveis pela investigação sejam fortalecidas e tenham recursos adequados para desempenhar suas funções. Isso inclui a formação de equipes especializadas, a disponibilidade de tecnologia avançada e a proteção dos agentes envolvidos.

4. Promover a colaboração entre as instituições em rede interorganizacional, visando combater o crime de impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa. É necessário garantir a cooperação entre as instituições de persecução penal e agências regulatórias. A legislação pode prever mecanismos específicos para promover essa cooperação e garantir que as informações sejam compartilhadas adequadamente.

5. Estimular a denúncia de crimes: Para que o crime de impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa seja detectado e punido, é fundamental incentivar a denúncia de crimes. A legislação pode prever medidas para proteger os denunciadores, bem como estabelecer recompensas para aqueles que fornecerem informações úteis para a investigação.

É importante destacar que essas medidas devem ser acompanhadas de políticas públicas eficazes para a sua implementação e monitoramento constante para avaliar sua eficácia e identificar possíveis ajustes.

9.5. Falso testemunho e falsa perícia

Não obstante no contexto da América Latina, em que todos os países pesquisados tipificam a conduta do falso testemunho, a Colômbia demonstrou ser o país que com a maior pena máxima. Algumas possíveis melhorias que poderiam ser feitas na legislação colombiana sobre o crime de Falso Testemunho ou Falsa Perícia:

1. Ampliação da definição: uma possibilidade seria ampliar a definição de falso testemunho ou falsa perícia para incluir outras situações em que a falsidade seja praticada. Por exemplo, atualmente, a legislação colombiana define o falso testemunho como a declaração falsa em um processo judicial. No entanto, pode haver outras

situações em que a falsidade seja praticada, como em um inquérito policial ou em uma investigação administrativa.

2. Melhoria dos mecanismos de detecção: outra possível melhoria seria aprimorar os mecanismos de detecção de falso testemunho ou falsa perícia. É importante que haja instrumentos para identificar quando alguém comete esse tipo de crime e, assim, garantir que o processo judicial ou administrativo esteja baseado em fatos reais. A implementação de métodos modernos de investigação, como a análise de dados e o uso de tecnologia para detecção de mentiras, podem ser úteis nesse sentido.

3. Fortalecimento do processo judicial: por fim, uma outra possibilidade seria fortalecer o processo judicial para garantir que o crime de falso testemunho ou falsa perícia seja punido de forma efetiva. Isso inclui garantir que as vítimas sejam protegidas e que o processo seja justo e transparente. Além disso, pode ser importante investir em programas de educação e conscientização para que as pessoas saibam sobre as consequências do falso testemunho ou falsa perícia e sejam menos propensas a cometê-los.

É importante destacar que a fixação da pena não deve ser o único, mas apenas um entre os vários parâmetros a serem considerados para a intervenção penal no controle da corrupção. Nesse sentido, outras medidas também podem ser levadas a efeito em relação à intervenção penal no controle da corrupção, tais como (a) a criação de mecanismos de controle administrativo, a exemplo os órgãos de controle e acompanhamento de movimentações financeiras atípicas; (b) a implementação de políticas públicas não necessariamente de cunho jurídico-penal; (c) e o desenvolvimento de medidas interinstitucionais que envolvam os diversos atores do sistema de justiça. A realização de futuros estudos sobre esses e outros parâmetros, a partir de uma perspectiva comparada, propiciará o aprofundamento do debate em relação à intervenção penal, particularmente no campo do enfrentamento à corrupção.

Conforme se observou nesta pesquisa, a expressão “obstrução de justiça” é de abrangência considerável. O bem jurídico protegido é a efetiva aplicação e, em alguns casos também a execução da lei penal. Considerando o sujeito ativo como qualquer pessoa e os sujeitos pas-

sivos a justiça, seus agentes, os advogados e as partes processuais e as condutas típicas, salvo pequenas variações, seguindo um padrão no sentido de “impedir alguém de ser punido pela Justiça ou impedir a execução de sua pena”, podemos elencar algumas medidas consideradas benéficas e aplicáveis aos países latino-americanos. Assim, à luz das conclusões gerais que acabamos de apresentar, e levando em conta o estudo realizado em relação aos sistemas latino-americanos que foram tomados como referência neste trabalho coletivo, recomenda-se adotar as seguintes medidas como proposta de ação para a América Latina, além daquelas elencadas para a Colômbia:

1. Valorização e fortalecimento do Poder Judiciário (em sentido amplo: adequação salarial, infraestrutura tecnológica, capacitação, recrutamento, infraestrutura de segurança institucional);

2. Valorização e fortalecimento da investigação policial (em especial no combate às organizações criminosas);

3. Uso da tecnologia da informação no enfrentamento a esses crimes (fortalecimento das defesas cibernéticas do Poder Judiciário, melhoria da tecnologia na coleta e custódia de provas eletrônicas);

4. Valorização da disciplina nas universidades (o enfrentamento à corrupção é uma realidade no universo jurídico mundial desde o final da década de 1980; não obstante a inclusão da matéria em disciplinas como política criminal, a sugestão é a transformação em disciplina independente na graduação e especialização em direito).

REFERENCIAS

Doctrina

- Greco, R. (2011). *Curso de direito penal: parte especial*, 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus.
- Mirabete, J. F. (2019). *Código Penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas.
- Nucci, G. S. (2020). *Leis penais e processuais penais comentadas*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Pierbattisti, L. & Salatino, E. (2013). “Código Penal Comentado de Acesso Libre”. *Revista Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>.

Rey, P., Benlloch, G. & Agustina, J. (2019). *La escasa persecución del delito de falso testimonio: una constatación paradójica*. Política criminal. Vol. 14(27). Pp. 65-97.

Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. & María Cecilia Ramírez G. (2013). *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. 2. ed.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Informes, resoluciones y otros documentos

Alemanha

Strafgesetzbuch (1975). “Código Criminal”.

Argentina

Congresso da Nação Argentina. Lei 11.179/1984. (Código Penal da Nação Argentina).

Congresso da Nação Argentina. Lei 25.246/2000. (Creación De La Unidad De Información Financiera).

Congresso da Nação Argentina. Lei 27.304/2016. (Ley del Arrepentido).

Congresso da Nação Argentina. Lei 27.319/2016. (Ley de investigación, prevención y lucha contra delitos de investigación compleja).

Congresso da Nação Argentina. Lei 27.442/2018. (Ley de Defensa de la Competencia).

Brasil

Congresso Nacional. Lei 12.850/2013 (Lei Contra Organizações Criminosas).

Presidente da República. Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal).

Chile.

Colômbia.

Congreso de la República de Colombia. Lei 2195/2022 (Ley de prevención contra actos de corrupción).

Congreso de la República de Colombia. Lei 599/2000 (Código Penal).

Congreso de la República de Colombia. Lei 742/2002 (Aprobatoria del Estatuto de Roma).

Congreso Nacional de Chile. Código 18.742/1874 (Código Penal e suas atualizações)

Congreso Nacional de Chile. Lei 20.526/2011. (Sanciona El Acoso Sexual De Menores, La Pornografía Infantil Virtual Y La Posesión De Material Pornográfico Infantil).

Congreso Nacional de Chile. Lei 21.310/2021. (Modifica la Ley N°17. 798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica).

Espanha

Congreso de los Diputados. Lei Orgânica 10/1995 (Código Penal).

Congreso de los Diputados. Lei Orgânica 01/2015 (reforma do Código Penal).

Estados Unidos da América

Código de Leis dos Estados Unidos da América, Título 18 (Crimes e Procedimentos Processuais Criminais).

Itália

Decreto Régio 1.398/1930 (Código Penal).

Decreto 447/1988 (Código de Processo Penal).

México

Código Penal Federal, de 14/08/1931 (até a última reforma, publicada em 01/06/2021).

Organização das Nações Unidas

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 (“Convenção de Mérida”).

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (“Convenção de Palermo”).

Organização dos Estados Americanos.

Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 29 de março de 1996; e Plano de Ação Hemisférico Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 25 de outubro de 2006.

Parlamento Latino-americano e Caribenho.

Lei Modelo sobre Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo.

Peru

Congreso de la República del Perú. Lei 30.077/2013 (Lei Contra o Crime Organizado).

Decreto Legislativo 635/1991. (Código Penal).

Decreto Legislativo 957/2004 (Código de Processo Penal).

União Europeia.

Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de outubro de 2008.

6. Conclusiones

HÉCTOR OLASOLO*

BEATRIZ GOENA VIVES**

DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL***

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ****

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

** Doctora en Derecho penal y profesora acreditada como agregada en Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Investigadora posdoctoral María Zambrano en el marco del proyecto de la Unión Europea-NextGenerationEU. La presente contribución se realiza en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-115863GB-I00).

*** Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Criminólogo y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la misma universidad. Maestría en Seguridad por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente, secretario académico de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Secretario Académico del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (OCOT) de la Universidad de Salamanca (España) y profesor de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO sede Ecuador).

**** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en Derecho Penal de

1. INTRODUCCIÓN

Como ha quedado plasmado a lo largo de toda la obra, las diversas manifestaciones de la corrupción son resultado de un fenómeno universal que se reproduce indistintamente, al igual que la criminalidad organizada (cada vez más transnacionalizada), con independencia de la modalidad de gobierno y de sistema político. Alcanza tanto a los países más desarrollados, como a aquellos que están en vías de desarrollo, no estando indemne a sus dinámicas ningún sistema de organización administrativa.

No puede, sin embargo, negarse que la corrupción tiene un impacto particularmente dañino sobre las instituciones democráticas, al permitir la captura del Estado, del legislador o de la agenda política, mediante la financiación ilícita de los partidos políticos y las campañas electorales, con el fin de obtener beneficios económicos a través de la influencia en la formulación de las leyes, los reglamentos y las políticas públicas, cuyo contenido no se corresponde con las expectativas y necesidades de la mayoría de los ciudadanos. Este *modus operandi* es especialmente aprovechado por el crimen organizado transnacional (COT).

De esta manera, si bien existe un consenso generalizado sobre el hecho de que los partidos políticos constituyen auténticos instrumentos de formación y manifestación de la voluntad popular, que resultan indispensables para conducir la participación política desde el mero reconocimiento hacia un verdadero pluralismo, no es menos cierto que la criminalidad organizada ha encontrado en los partidos su verdadero “caballo de Troya” para permear el sistema. Por ello, aunque el clientelismo político, en su vertiente contemporánea de

la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que hace parte del Programa de Investigación 70593 de MinCiencias (Colombia) sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

clientelismo de partido, es una práctica ampliamente rechazada en la actualidad, que impide la representación y satisfacción del interés general y vulnera los principios de igualdad/redistribución y equidad/justicia (promoviendo sistemas de gobierno fundamentalmente contrarios al proceso democrático), continúa siendo mucho más fácil capturar una agrupación política para, a través de ella, penetrar las instituciones estatales y los resortes de poder, que lanzarse directamente a intentar cooptar algún sector estatal.

En consecuencia, persiste un riesgo evidente de que la clase política recurra al COT para que les apoye y ayude a mantener el poder, a cambio de algún tipo de favor o prebenda, y viceversa, produciéndose así una creciente corrupción en la clase política y su simbiosis con las cúpulas de las organizaciones criminales. En este sentido, es importante distinguir entre los comportamientos corruptos promovidos para obtener provecho de los organismos del Estado, de aquellos consistentes en un proceso por el que el Estado o parte de éste, se convierte en o actúa para el COT. De ahí, que la corrupción puede representar un instrumento de conexión estructural entre el COT y las autoridades, auspiciando la captura del Estado por parte de poderosos actores económicos, impidiendo la distribución justa de los bienes públicos entre la sociedad, y sustituyendo, en última instancia, la resolución de los conflictos de intereses entre individuos o grupos de manera legítima y públicamente aceptada, por el dominio de ciertos individuos o grupo(s) a través del ejercicio de la violencia y la corrupción.

Ante esta situación, la presente obra colectiva tiene como objeto examinar la respuesta desde la parte especial del derecho penal con respecto a ciertas manifestaciones de la corrupción asociada al COT distintas a las analizadas en el anterior volumen presentado por la Red de Investigación sobre Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional (la Red de Investigación), el cual se centró en los tipos penales a través de los cuáles se busca responder a las formas más tradicionales de corrupción, como es el caso de: (a) el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, extranjeros e internacionales; (b) la malversación y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos; (c) el tráfico de influencias; (d) el prevaricato y el abuso de funciones del cargo;

(e) el enriquecimiento ilícito; (f) el cohecho activo y pasivo en el sector privado; (g) la malversación o peculado en el sector privado; y (h) la administración desleal.

Los tipos penales propuestos para este volumen son delitos autónomos (financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales y delitos tributarios) o dependientes (lavado de activos (LA), favorecimiento real y obstrucción a la justicia), teniendo en común su idoneidad para responder a prácticas en las que las formas de corrupción más tradicionales se agravan, perpetúan o potencian. Además, en su mayoría, se trata de figuras cuya criminalización es relativamente reciente en los países analizados, pues solo se han tipificado como delitos a partir del siglo XXI.

Como en la obra previa, subyace en este volumen la preocupación de sus autores por la deriva de la corrupción a lo largo y ancho de América Latina, así como por el proceso de transnacionalización que se ha venido experimentando. Esto se refleja en el ejercicio comparado realizado en cada uno de los capítulos, que, tras analizar los principales estándares internacionales aplicables en la materia, abordan su regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú) que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región (con especial atención al caso colombiano); y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en la región (principalmente, España y Estados Unidos).

El recorrido por los diversos capítulos permite entender la diversidad de manifestaciones identificadas a través de la investigación llevada a cabo, su naturaleza, lo particular de su etiología (aunque formen parte de un mismo fenómeno) y su tendencia a operar de forma multinivel y con amplia capacidad de arraigo en la política, en la administración pública, en el sector privado, en la economía y, en general, en importantes sectores de la sociedad civil. Un carácter poliédrico y multifactorial, que dificulta sobremanera el análisis y el abordaje del fenómeno de la corrupción, máxime dadas sus transformaciones a raíz de del proceso de transnacionalización que ha experimentado.

Todo ello repercute, como aducen la casi totalidad de los autores, en la capacidad de su conceptualización jurídico penal, y en la obsolescencia, y consiguiente ineficacia, de las figuras existentes. El mejor exponente de esta situación es el insuficiente mínimo común denominador recogido hace más de veinte años (y no actualizado desde entonces) en las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000) y contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003), en el que se presta una atención marginal a dimensiones clave como la corrupción política, considerada por muchos como una disfunción e incluso una auténtica patología de la democracia.

Así, la Convención de Palermo no recoge ni una sola referencia a alguno de los tipos penales con los que se enfrenta a nivel doméstico ese tipo de corrupción, restringiendo las formas de corrupción contempladas a la administrativa o burocrática. Situación, que la Convención de Mérida solo alcanza a subsanar de manera sumamente incipiente al limitarse a recoger en su art. 6 (4) una simple recomendación para que los Estados adopten medidas legislativas y administrativas apropiadas con el fin de aumentar la transparencia de la financiación de las campañas electorales y, cuando proceda, de los partidos políticos.

Cuando a lo anterior le unimos las notables diferencias legislativas identificadas por los autores entre los sistemas nacionales analizados en relación con la propia corrupción política, o en otras áreas tan relevantes para el abordaje efectivo de la corrupción asociada al COT como la defraudación tributaria, los delitos contables, el LA, el favorecimiento real o personal para la consolidación de los efectos del delito y las diferentes modalidades de obstrucción a la justicia, podemos comprender como, a pesar de lo que pudiera parecer, son todavía múltiples los obstáculos existentes para poder desarrollar una cooperación internacional mínimamente eficaz, lo que limita sobremanera la capacidad de respuesta de los Estados.

Por ello, alcanzar una definición y tratamiento penal suficientemente compartidos a nivel internacional sobre la corrupción, sus diversas manifestaciones y los elementos centrales de los delitos que buscan prevenirlas y reprimirlas (así como su incorporación en los

ordenamientos jurídicos nacionales), son imprescindibles para desarrollar un marco jurídico que permita promover una cooperación internacional eficaz en la lucha contra la corrupción asociada al COT. Razón por la cual, un análisis jurídico comparado como el realizado en esta obra sigue siendo, dos décadas después de la entrada en vigor de las Convenciones de Palermo y Mérida, de la mayor relevancia.

La importancia de estos esfuerzos se ve plenamente reflejada en los principios y objetivos de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, dado que la corrupción es considerada por los mismos como uno de los principales lastres para el desarrollo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), al afectar gravemente al correcto funcionamiento del sistema de partidos y promover la tendencia a utilizar la burocracia pública para fines (desviados) que no se corresponden con sus funciones constitucionales. Por ello, la Agenda 2030 vincula decididamente la construcción de instituciones democráticas sólidas con la lucha anticorrupción, e identifica las dinámicas de corrupción como una de las principales causas del mal gobierno.

Al abordar cada uno de los delitos objeto de estudio, destaca el esfuerzo realizado por los autores para tratar de determinar el bien jurídico protegido, lo cual, sin embargo, no permite siempre alcanzar resultados satisfactorios, al existir múltiples tipos de corrupción (pública o privada, con afectación del patrimonio público o la libre competencia, entre otros) que menoscaban diferentes bienes jurídicos. De ahí, la dificultad de encontrar posiciones comunes más allá del consenso general de que este es un fenómeno generador de injusticia y desigualdad entre los ciudadanos y, por ende, de desconfianza ante la falta de respuestas por quienes tienen la obligación de prevenir y perseguir las prácticas corruptas. Realidad muy presente en el entorno latinoamericano, como queda patente en la diversidad de ejemplos contemplados en la obra, pero también en los ámbitos europeo y norteamericano.

En todo caso, habida cuenta de la naturaleza pluriofensiva que caracterizan tanto a la corrupción como al COT, los autores identifican capítulo a capítulo un variado conjunto de bienes jurídicos protegidos, incluyendo los siguientes: (a) la credibilidad e integridad del sistema electoral y de los mecanismos de financiación de la política; (b) la participación política y el libre ejercicio del sufragio; (c) el or-

den socioeconómico; (d) el patrimonio público; (e) la recaudación estatal y la financiación del gasto público; (f) la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración pública; y (g) la administración de justicia, por citar los más representativos. En definitiva, un conjunto nada desdeñable de bienes jurídicos de naturaleza eminentemente supraindividual, cuyo titular es la colectividad en general.

De esta manera, procedemos a continuación, a la luz de lo anterior, a sistematizar las conclusiones alcanzadas en los capítulos precedentes, finalizando con unas reflexiones finales que sientan las bases para la presentación en el capítulo siguiente de las recomendaciones formuladas por los autores para la región latinoamericana en general, y para Colombia en particular.

2. LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILÍCITA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y CAMPAÑAS ELECTORALES

Como señalan Japiassú, Tavares & Molina en el capítulo 1 es necesario distinguir entre corrupción política y administrativa, en cuanto que distintas manifestaciones de la corrupción pública. Así, mientras la primera involucra a quienes acceden al ejercicio de la administración a través de elecciones, u ocupan cargos (normalmente por designación de un partido político) que generan responsabilidad frente a los ciudadanos, la segunda implica a quienes, sin encontrarse en dicha situación, actúan de todos modos en ejercicio de funciones públicas. Además, dentro de la corrupción política conviene distinguir entre los casos en que se busca un beneficio personal individual (del que la lleva a cabo o de un tercero) y aquellos en los que se trata de beneficiar a una organización política (interés colectivo). Estos últimos son los más graves, al afectar al propio funcionamiento del sistema democrático, provocando la pérdida de legitimidad de los partidos políticos y de las instituciones públicas ante los ciudadanos, lo que, a su vez, hace perder el interés por la vida política y reduce notablemente los niveles de participación en las elecciones a cargos públicos.

Ante la constatación del estrecho vínculo entre corrupción política y crimen organizado (nacional o transnacional), surge la ne-

cesidad de aplicar en el ámbito interno medidas penales concretas para controlar y limitar la financiación de los partidos políticos. Sin embargo, los instrumentos internacionales que abordan esta materia presentan carencias muy importantes que necesitan ser abordadas. Así, los tratados que promueven la criminalización de la corrupción y sus distintas manifestaciones (incluyendo las conductas de los legisladores y del sector privado), apenas prestan atención a la corrupción política, al tiempo que adolecen del indispensable desarrollo para asegurar el éxito de la lucha contra el COT y su capacidad corruptora multinivel.

De hecho, en lo que se refiere específicamente a la corrupción política en general, y a la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales en particular, las medidas adoptadas se han limitado a algunas disposiciones genéricas de la CNUCC y a ciertas recomendaciones de organizaciones internacionales, como la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económicas (OCDE), sin efecto vinculante.

Así mismo, su regulación es también escasa en el ámbito del derecho internacional de alcance regional, tanto en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea (UE). Al punto que esta cuestión no es ni siquiera abordada en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996) o en el Programa Interamericano de Lucha contra la Corrupción (1997).

Por lo tanto, según los autores, es evidente que, aunque la sociedad internacional ha reconocido desde hace mucho tiempo el vínculo entre la corrupción política (especialmente, la financiación ilegal de partidos y campañas) y el COT, esta percepción no se ha reflejado en el fomento de su criminalización armonizada o en la promoción de una cooperación internacional efectiva. Como resultado, los legisladores nacionales disfrutaban de un mayor margen de discrecionalidad en esta materia, lo que ha llevado a reformas legislativas guiadas por diferentes modelos teóricos, con figuras típicas, bienes jurídicos y alcances totalmente distintos.

A diferencia del ámbito internacional, en todos los sistemas nacionales no latinoamericanos analizados se tipifica la financiación ilícita

de los partidos políticos (ya sea para su funcionamiento ordinario o para las campañas electorales), aunque el contenido de las conductas típicas varía en cada sistema. Una parte de la doctrina justifica la incorporación de este tipo penal para proteger el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, guiado por la transparencia en su financiación, la igualdad de oportunidades para todas las orientaciones políticas y la necesaria confianza de los ciudadanos en el sistema político. Otra parte, sin embargo, considera que el bien jurídico protegido debería ser las funciones constitucionales de los partidos políticos, entre las que cabe destacar las siguientes: (a) ser expresión del pluralismo político; (b) formar y manifestar la voluntad popular; y (c) ser un instrumento fundamental de participación pública.

Como explican los autores, la legislación española presenta, tras la reforma de 2015, dos fortalezas principales: (a) la prohibición de donaciones por las personas jurídicas y los entes sin personalidad jurídica; y (b) el reconocimiento de dos mecanismos que amplían el alcance de las normas penales en esta materia, al admitir la responsabilidad penal de los propios partidos políticos por sus prácticas de financiación ilícita, e imponer a las formaciones políticas la obligación de contar con un programa de cumplimiento normativo (instrumento de autorregulación originado en el ámbito empresarial). Sin embargo, adolece, al mismo tiempo, de ciertas debilidades al no tipificar las siguientes conductas: (a) las donaciones ilícitas de origen público o las donaciones de inmuebles, que permanecen como meras infracciones administrativas; (b) las condonaciones de deuda o los acuerdos en la fijación de las condiciones de pago de la deuda (esto a pesar de que los impagos de las deudas bancarias y las condonaciones de los créditos obtenidos a través del sistema financiero son frecuentemente utilizados para burlar las prohibiciones previstas en la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos); (c) las operaciones asimiladas y las prácticas de falsedad contable; y (d) la financiación de las fundaciones y las entidades vinculadas o dependientes (por lo que estas entidades pueden recibir donaciones).

En el sistema italiano destaca, según los autores, la prohibición de cualquier donación de origen público y la equiparación de las fundaciones políticas a los partidos. Sin embargo, no son constitutivas

de delito las donaciones de las personas jurídicas, salvo que no estén debidamente contabilizadas, lo que debilita el sistema, dada la capacidad de las grandes empresas para influenciar las elecciones (lo que se palía, en cierta medida, al establecerse un límite máximo de cien mil euros para cualquier donación lícita).

Finalmente, la normativa de los EE.UU. presenta como principales aspectos positivos la prohibición de las donaciones de extranjeros y de personas jurídicas que tengan contratos vigentes con la administración pública, así como la limitación de las donaciones en efectivo a un máximo de cien dólares. Sin embargo, como los autores señalan, la jurisprudencia de la Corte Suprema: (a) excluye los gastos independientes de su ámbito de aplicación; y (b) exige probar una relación sinalagmática (*quid pro quo*) para declarar la financiación ilícita, desconociendo así el carácter sistémico de la corrupción política.

En el contexto latinoamericano, los autores subrayan con sorpresa como la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales no constituye todavía un delito en Argentina. Del mismo modo, tampoco existe en Brasil un delito específico de financiación ilegal de los partidos políticos o las campañas electorales, considerando el Supremo Tribunal Federal que no declarar ante la Justicia Electoral (o no hacerlo como es requerido) alguna de las donaciones recibidas durante las campañas constituye un delito de falsedad ideológica electoral previsto en el art. 350 del código electoral¹. Tampoco en México la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales han sido íntegramente tipificadas de manera específica, porque esto solo sucede con la conducta del funcionario de partido o candidato que obtenga y utilice dolosamente para su campaña electoral fondos que tienen su origen en actividades ilícitas (art. 406 del CP federal).

Además, los tres únicos sistemas latinoamericanos analizados que criminalizan específicamente la financiación ilegal de partidos y/o campañas lo han hecho solo recientemente (2016 en Chile, 2017 en

¹ Según los autores, este tipo de omisiones podrían dar también lugar a una ventaja indebida a los efectos del delito de corrupción pasiva, si sus demás elementos se encuentran presentes.

Colombia y 2019 en Perú) tras la reforma española de 2015, con el fin de evitar que los grupos de interés puedan influir en las futuras decisiones políticas mediante donaciones a partidos y/o campañas. Como Japiassú, Tavares & Molina subrayan, se ha recurrido para ello a remisiones en blanco a la normativa electoral, y se ha evitado exigir un carácter sinalagmático en las conductas típicas, por lo que el delito se configura con la recepción o el aporte de recursos a las organizaciones políticas. Esto supone adoptar una concepción amplia que se separa de las concepciones tradicionales jurídico-penales sobre la corrupción (basadas en la existencia de un *quid pro quo*), fruto, sin duda, de la alarma social producida por los escándalos relacionados con la corrupción política que han salido a la luz pública en estos países.

Sin embargo, esto no quiere decir que no haya diferencias importantes entre los tres sistemas. Así, en Chile, la legislación penal ha adoptado un enfoque más restrictivo, al buscar la tutela de la credibilidad del sistema electoral, centrándose así en la tipificación del aporte de recursos a las candidaturas electorales y no a las organizaciones políticas. En contraste, la legislación peruana ha acogido una concepción más amplia, instituyendo como bien jurídico tutelado la voluntad popular y, por consiguiente, la propia participación democrática. Así, la conducta típica se centra en la financiación de las organizaciones políticas (independientemente de las candidaturas o campañas), así como en el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas y sus ingresos y gastos (lo que adelanta la intervención penal sobre la contabilidad de los partidos). Esto hace, según los autores, que la normativa peruana sea más idónea para abordar los casos de corrupción sistémica.

Finalmente, la regulación colombiana, que también se aparta del modelo sinalagmático, presenta, según los autores, la siguientes fortalezas: (a) la inclusión de los delitos electorales en el concepto de acto de corrupción (art. 59 de la Ley 2195 (2022)), lo que hace que los mecanismos previstos en los instrumentos internacionales anticorrupción les sean aplicables; (b) la definición de una política criminal electoral, favoreciendo así el desarrollo continuo de mecanismos pedagógicos y de prevención con el fin de generar conciencia sobre la importancia del voto y los demás mecanismos de participa-

ción democrática; y (c) la tipificación de la omisión de la obligación de informar sobre los aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en el art. 396B del CP, lo que promueve su transparencia financiera.

Sin embargo, al mismo tiempo, también presenta importantes debilidades, entre las que destacan las siguientes: (a) la adopción, siguiendo el modelo chileno, de una concepción restrictiva de la corrupción política que, al limitarse a las campañas, no aborda la financiación ilícita de las organizaciones políticas; (b) la incongruencia con la Ley 1475 (2011) que regula la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos como un todo, no limitándose por tanto a las campañas, lo cual, ante el carácter sistémico de la corrupción política, otorga una mayor tutela a la participación política y al libre ejercicio del sufragio (bienes jurídicos protegidos); (c) la definición demasiado amplia en el art. 396A del CP de las conductas típicas, al utilizar la expresión “permitir la consecución” de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales (en contraste con la normativa peruana, que es mucho más precisa al utilizar los verbos rectores “solicitar”, “aceptar”, “entregar” y “recibir”); y (d) no tipifica expresamente el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas, o sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas (lo que sí se hace en Perú).

En cuanto al impacto real de las nuevas figuras delictivas adoptadas en Chile, Colombia o Perú sobre los altos niveles de corrupción política existentes en dichos países (y la capacidad mostrada por el COT para capturar el Estado en su conjunto, o ciertas instituciones públicas), Japiassú, Tavares & Molina subrayan que esto depende, en gran medida, de cómo se configuran las normas no penales sobre la financiación de partidos y campañas. En consecuencia, los vacíos y contradicciones existentes en estas normas pueden terminar neutralizando el impacto positivo que pudieran tener los nuevos tipos penales, sobre todo si tenemos en cuenta que en Chile, Colombia y Perú (al igual que en España) se dejan fuera de su ámbito de aplicación: (a) las donaciones realizadas a fundaciones vinculadas a partidos o a candidatos; (b) los bienes inmuebles con un valor superior al límite establecido para las donaciones a partidos y campañas; y (c) la renegociación o condonación de sus deudas por las instituciones bancarias.

Esta falta de armonización de las legislaciones nacionales, que es más pronunciada en los países latinoamericanos por la ausencia de una regulación regional sobre la financiación de partidos y campañas, termina siendo un obstáculo para la aplicación efectiva de los mecanismos de cooperación internacional, lo que dificulta la respuesta a las prácticas de corrupción promovidas por el COT. De ahí, la importancia, según los autores, de diseñar y adoptar a nivel regional una normativa que incluya criterios para armonizar las distintas leyes sobre financiación ilícita existentes en América Latina, que se podría también aprovechar para: (a) atribuir, como en el caso español, responsabilidad penal o administrativa a los propios partidos políticos (dependiendo del modelo de responsabilidad de las personas jurídicas adoptado en cada sistema nacional); o incluso (b) abordar prácticas relativas a la corrupción política que no estén directamente vinculadas a la financiación ilícita de partidos o campañas (lo que en este momento no hace ninguno de los sistemas nacionales analizados).

Finalmente, si bien las legislaciones latinoamericanas son, en general, lo suficientemente amplias (especialmente la peruana) como para incluir en sus tipos penales de financiación ilícita de partidos y/o campañas ciertas prácticas corruptas promovidas por el COT (como los sobornos encubiertos como si se tratara de contribuciones a la financiación de partidos y/o campañas, o los casos de búsqueda de la captura del Estado, del legislativo o de la agenda política mediante contribuciones financieras a las organizaciones políticas o los candidatos electorales), lo cierto es que ninguno de los sistemas nacionales analizados prevé disposiciones que aborden específicamente la corrupción política asociada al COT, situación que, sin duda, sería recomendable corregir.

3. LOS DELITOS TRIBUTARIOS: DEFRAUDACIÓN FISCAL, FRAUDE CONTABLE TRIBUTARIO Y OTROS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA QUE AFECTAN AL SISTEMA TRIBUTARIO

En el capítulo 2, Goena ofrece una detallada radiografía del delito de defraudación fiscal, el delito contable tributario y otros delitos

contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario. Como se aprecia en la extensión del capítulo, este tipo de delitos se presentan como una de las principales respuestas a esas otras formas de corrupción objeto del presente volumen. A la hora de abordarlos, la autora los clasifica en dos grandes grupos: (a) el delito de defraudación tributaria, que incluye las conductas que recaen específicamente sobre los tributos y que requieren una maquinación fraudulenta como elemento adicional a la infracción administrativa; y (b) el delito contable tributario y demás tipos penales analizados, que, como mucho, solo recaen indirectamente sobre los tributos y no siempre requieren un ardid o engaño, ni tan siquiera un perjuicio.

3.1. El bien jurídico protegido y los estándares internacionales

Como Goena señala, el derecho penal tributario es un caso paradigmático de falta de consenso en relación con el bien jurídico protegido, pudiéndose distinguir dos tesis principales: (a) las tesis patrimonialistas, que consideran que la defraudación tributaria lesiona los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública; y (b) las tesis funcionales, que la entienden como una conducta que afecta la dimensión funcional de la Hacienda Pública. La opción por una u otra posición conduce a conclusiones diversas. Así, si se opta por la primera, la sanción solo es legítima cuando se produce una lesión en el patrimonio estatal del cual es garante la autoridad tributaria, mientras que, si se acoge una perspectiva funcional, no es necesario causar un perjuicio efectivo al Erario para ser merecedor de la pena.

La doctrina mayoritaria adopta una tesis mixta, que diferencia entre bien jurídico protegido mediato e inmediato. El primero es la Hacienda Pública, entendida como actividad financiera estatal desarrollada en el marco del orden público económico. El segundo varía según se trata de delitos que afectan al sistema estatal de ingresos o de gastos. En relación con el sistema de ingresos, se distingue entre: (a) los delitos que se consuman al momento de la liquidación del impuesto (delito de defraudación tributaria y delito contable tributario), cuyo bien jurídico protegido inmediato es la fe pública en la determinación de la deuda tributaria; y (b) los que se consuman al momento de la recaudación (insolvencias, alzamiento, etc.), cuyo

bien jurídico protegido inmediato es el patrimonio público. En cuanto al bien jurídico protegido inmediato en los delitos contra el sistema de gastos (fraude de subvenciones), este está conformado por las condiciones legalmente establecidas para la concesión o el disfrute de la subvención.

Los organismos e instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción señalan que, en el contexto regulatorio actual, los delitos tributarios se caracterizan por dos elementos principales: (a) la búsqueda de una mayor homogeneidad legislativa entre los distintos países para facilitar la identificación, persecución y castigo de las conductas elusivas o defraudatorias; y (b) la tendencia político-criminal a la internacionalización de los delitos tributarios, a la vista de que, con frecuencia, se vinculan o subyacen al delito de LA. Así mismo, insisten en la necesidad de contar con estrategias normativas, institucionales y operativas efectivas para investigar y castigar adecuadamente los delitos tributarios, por lo que recomiendan, entre otras cosas: (a) castigar por vía penal las infracciones tributarias; (b) prever expresamente la posibilidad de que el delito tributario sea un delito previo al delito de LA; (c) reforzar la capacidad institucional y dotar de recursos suficientes para la investigación y persecución efectiva de los delitos tributarios; (d) adoptar un marco jurídico adecuado, fortalecer la capacidad institucional y proveer los recursos necesarios para embargar/incautar y confiscar activos de manera efectiva; y (e) fomentar un marco de cooperación interinstitucional que garantice la disponibilidad y eficacia de los mecanismos de cooperación.

3.2. El delito de defraudación tributaria

Como Goena explica, todos los sistemas nacionales estudiados cuentan con tipos penales que castigan el engaño doloso por parte del obligado tributario, con el fin de defraudar el pago de una cantidad debida a la Hacienda Pública. Si bien esto es, en un principio, beneficioso para promover la cooperación y el buen entendimiento entre los operadores jurídicos, lo cierto es que la forma de entender el delito varía significativamente en numerosos aspectos, comenzando por el hecho de que algunos países lo recogen en el CP (Colombia, España, EE.UU.), otros en leyes especiales (Argen-

tina, Brasil, Italia y Perú) y un tercer grupo en el código tributario (Chile, México). Además, también es preocupante que ninguno de los sistemas analizados contenga disposiciones específicas para los casos de defraudación fiscal asociada al COT, al margen de la agravante genérica por recurrir a una organización criminal para cometer el delito².

Los tres sistemas no latinoamericanos analizados (España, EE.UU. e Italia) presentan las siguientes características en común: (a) consideran los delitos tributarios como uno de los focos de expansión del derecho penal; (b) entienden que el bien jurídico protegido es el Erario, lo que favorece que se prime la recaudación sobre el castigo (eximiendo de pena u otorgando importantes rebajas a quienes con su colaboración facilitan el cobro de la deuda tributaria); (c) prevén la responsabilidad penal corporativa por estos delitos; (d) hacen de la evasión de impuestos la principal figura de fraude fiscal; y (e) describen la conducta típica en términos muy amplios (sobre todo en el sistema federal de EE.UU.), con el fin de abarcar el mayor número de conductas posibles (si bien la legislación española presenta un déficit punitivo al no castigar las defraudaciones inferiores a 120.000 euros).

² En México existe una disposición dirigida específicamente a confrontar las defraudaciones provenientes de las ganancias ilícitas en el contexto transnacional. Se trata del art. 108 del código fiscal federal, el cual prevé la presunción de delito fiscal cuando existan ingresos o bienes que provengan de operaciones realizadas con recursos de procedencia ilícita en el sentido del art. 400 bis del CP federal. Sin embargo, Goena considera que esta presunción: (a) no se dirige a ofrecer una respuesta específica al delito fiscal en el contexto del COT, sino que resulta de la génesis legislativa del delito de LA en México; (b) no es una previsión compatible con los principios de proporcionalidad y culpabilidad; y (c) no es una opción político-criminalmente deseable porque, a diferencia de lo que pueda parecer en un principio, dificulta la prevención y castigo del delito fiscal cometido en el contexto del COT. Por su parte, el art. 15 (c) de la Ley penal tributaria de Argentina castiga la asociación ilícita para cometer delitos fiscales, y por tanto, podría entenderse también como una especificidad del delito fiscal para casos en los que interviene el COT. No obstante, la autora considera que dicho precepto se dirige más bien a castigar la delincuencia organizada considerada en sí misma (con independencia de su carácter nacional o transnacional).

Sin embargo, como señala Goena, existen también notables diferencias, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. El tratamiento de la tentativa. En Italia se excluye expresamente su castigo, mientras que el sistema federal de EE.UU. (que regula la conducta típica de manera más amplia, sin límites cuantitativos y sin detallar las formas de comisión) parece hacer de los actos ejecutivos previos a la consumación de la principal conducta punible, siempre que se acredite la voluntad defraudatoria (sección 7201 del 26 USC).

2. La regulación del delito como especial o común. Mientras en EE.UU., la defraudación tributaria es un delito común, que puede ser cometido por personas distintas al obligado tributario, en España e Italia está previsto como un delito especial. Sin embargo, esta diferencia se atempera porque existen fórmulas que permiten sancionar al *extraneus* que interviene en el delito, como su consideración como partícipe (art. 65 (3) del CP español) o el castigo de quien ha administrado un patrimonio corporativo en perjuicio del Erario cuando el obligado tributario sea una persona jurídica (art. 31 del CP español).

3. Los beneficios punitivos asociados a las conductas de regularización o colaboración. La regulación española es la más laxa en esta materia porque permite la exención, o una elevada atenuación, como resultado de la regularización incluso en los casos en los que interviene el crimen organizado, lo que puede entenderse como un mecanismo de compra de impunidad (razón por la cual se ha propuesto derogar la atenuante por lesionar los intereses generales). En Italia, por su parte, se admite desde 2015 la exención por regularización, pero: (a) no es aplicable a los casos de *dichiarazione fraudolenta* de los arts. 2 y 3 del DL 74/2000, como la falsedad en las facturas o en las cuentas, entre otras conductas típicas; y (b) solo se puede acceder a la misma abonando una multa administrativa, además de la deuda tributaria. Finalmente, en EE.UU. la exención por regularización es meramente potestativa (fruto normalmente de acuerdos de no persecución o de declaración de culpabilidad con la Fiscalía) y no se encuentra prevista expresamente en la Ley.

Existen además ciertas especificidades en la regulación sustantiva de la defraudación fiscal asociada al COT, que refuerza los tradicionales deberes de intercambio de información entre los Estados. Así,

por ejemplo, la Directiva (UE) 2018/822/UE o DAC-6 sobre intercambio de información tributaria entre las administraciones tributarias de los Estados Miembros, impone el deber de informar sobre ciertos mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva, si bien su impacto es limitado por adolecer de una regulación uniforme en aspectos esenciales como el alcance del secreto profesional.

Del mismo modo, la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) (2010), impone en EE.UU. un conjunto de deberes de información a particulares y personas jurídicas con el fin de evitar que utilicen la transnacionalidad para no pagar impuestos. Sin embargo, el coste de hacer cumplir la ley parece estar superando el incremento en la recaudación que ha generado, debido, entre otros, a los siguientes factores: (a) la conversión, mediante criptodivisas, de activos en datos que pueden luego liquidarse o intercambiarse por bienes (funcionando como auténticos paraísos fiscales); y (b) la renuncia por empresas y ciudadanos a la ciudadanía estadounidense para evitar la carga fiscal que conlleva³.

Argentina, Brasil, Chile, México y Perú presentan también varias características comunes en la regulación del delito fiscal, entre las que Goena destaca las siguientes: (a) castigan penalmente la evasión fiscal cuando puede acreditarse la existencia del ánimo defraudatorio; (b) tratan de abarcar el mayor número de conductas posibles mediante su enumeración exhaustiva (Chile, México) o redactando de manera amplia los tipos penales (Brasil); (c) coinciden, en su mayoría, en concebir estos delitos como infracciones difícilmente distinguibles del derecho administrativo, imponiendo la sanción administrativa de multa (en lugar de la pena de multa, que solo está prevista en Brasil) como complemento a la privación de libertad, y llegando

³ Como resultado, se ha propuesto, como explica la autora, su reforma para disminuir los requisitos de la declaración individual, reducir el tipo del impuesto de sociedades, abaratar las declaraciones voluntarias, transferir un porcentaje de las sanciones cobradas a las Instituciones Financieras Extranjeras que han servido de informantes, e introducir mecanismos para abaratar el cumplimiento con la FATCA manteniendo, al mismo tiempo, su amenaza para los verdaderos evasores fiscales.

incluso a regular conjuntamente los delitos tributarios y las infracciones administrativas (Chile y Perú); y (d) prevén modalidades agravadas según la modalidad de comisión, la seriedad de la infracción o la posición institucional del sujeto activo.

Sin embargo, se observan asimismo importantes diferencias, lo que se ve exacerbado por el hecho de que mientras Chile y México pertenecen a la OCDE, Argentina, Brasil y Perú no lo son. Entre ellas cabe mencionar las siguientes: (a) solo Argentina prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para esta clase de delitos; (b) la regularización tributaria no recibe el mismo trato en todos los países, al ser solo en Argentina y Perú fuente de exención, mientras que en Chile atenúa la pena y en Brasil puede hacerlo o no (carácter potestativo); (c) el umbral de punibilidad varía, porque mientras Argentina fija un límite cuantitativo mínimo para que la conducta sea penalmente relevante, Brasil y Chile adoptan criterios mucho más amplios que no están necesariamente vinculados a un determinado fraude o perjuicio; y (d) aunque la defraudación fiscal se tiende a configurar como un delito especial, Perú admite también la autoría del *extraneus*. Esta heterogeneidad legislativa dificulta, según la autora, el diálogo entre jurisdicciones, tanto a nivel latinoamericano, como con los países de fuera de la región.

Finalmente, en lo que se refiere a Colombia, Goena nos recuerda como desde 2018 se prevé la responsabilidad penal de las personas naturales por defraudación fiscal, cuyas principales características son las siguientes: (a) al igual que en EE.UU., la conducta típica está redactada de forma amplia y genérica; y (b) como sucede en Chile, existe una fuerte conexión entre este delito y la legislación administrativa, configurándose, por tanto, como un tipo penal sumamente abierto y subsidiario, que se remite casi íntegramente en su definición a la legislación extrapenal, y equipara la elusión fiscal a la evasión; y (c) difiere, sin embargo, de EE.UU. y Chile, al exigir un mínimo económico como criterio de punibilidad y primar la recaudación sobre el castigo mediante la atribución de un efecto eximente a la regularización (en este aspecto se parece más a los modelos argentino, español y peruano).

En todo caso, destaca como elemento característico de la legislación colombiana la previsión de responsabilidad administrativa para

las personas jurídicas que incurren en defraudación tributaria (como sucede también en Italia, al no admitirse en ninguno de estos sistemas la responsabilidad penal de las personas jurídicas). Los requisitos y las consecuencias son en este caso distintos que los previstos en el régimen jurídico-penal aplicable a las personas naturales, siendo particularmente relevante la sanción de publicación de la condena a expensas de la persona jurídica (una especie de *shaming sanction* que no se recoge en los demás sistemas analizados)⁴, consagrado en el art. 34-2 (numeral 3) de la ley 1474 (2011).

3.3. El delito contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario

Como Goena señala, el segundo grupo de delitos analizado en el capítulo 2 está conformado por dos subgrupos: (a) el delito tributario contable y de facturas falsas, que se encuentra presente en todos los sistemas estudiados; y (b) otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario, cuya previsión depende de la idiosincrasia regulatoria de cada país, sin que siempre sea posible encontrar equivalentes en los otros países analizados (con frecuencia se trata de conductas que facilitan o preparan la defraudación fiscal, sin afectar por sí mismas a la recaudación).

En este segundo subgrupo encontramos regulaciones amplias que buscan abarcar el mayor número de conductas posibles. Así, en aquellos países en los que el derecho penal tributario se ha configurado en leyes tributarias es frecuente que las conductas típicas se recojan en extensas enumeraciones casuísticas (Chile o México). En cambio, en los países donde se ha desarrollado con base en una normativa exclusivamente penal (ya sea en el CP como en Colombia o España, o en leyes especiales como en Argentina, Brasil o Perú), las modalidades delictivas son más reducidas, aunque tienden a redactarse de manera más amplia (destacando a este respecto el caso brasileño).

⁴ Solo se prevé, en su caso, para algún delito aislado, como, por ejemplo, en España para los delitos contra el mercado (art. 288 bis del CP español).

Como la autora explica, estos delitos son exponentes paradigmáticos de la “administrativización”, o accesoriadad del derecho penal, regulándose con frecuencia conjuntamente con las infracciones administrativas en códigos tributarios o leyes especiales, lo que se traduce, entre otras cosas, en la flexibilización de principios penales fundamentales como el dolo, la culpabilidad o la *ultima ratio*. Además, como sucede también con la defraudación fiscal, ninguno de los sistemas nacionales estudiados presenta especificidades en la normativa sobre el delito contable y demás delitos tributarios cuando el COT interviene en su comisión (solo es, por tanto, aplicable la agravante genérica de comisión del delito a través de una organización criminal)⁵.

La regulación en los sistemas analizados de los delitos tributarios distintos a la defraudación fiscal tiene pocos elementos en común, entre los cuales se pueden mencionar los siguientes: (a) la mayor parte exigen dolo y extienden en la medida de lo posible los sujetos que pueden ser responsables por las conductas típicas, configurándolos, por tanto, como delitos comunes y previendo la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas; (b) se constituyen como delitos de mera actividad; y (c) conllevan penas menos graves que el delito de defraudación tributaria (siendo, por ejemplo, calificados como *misdemeanors* en EE.UU.).

Al margen de lo anterior, los sistemas no latinoamericanos regulan estos delitos siguiendo construcciones muy diversas. Así, el sistema federal de EE.UU., al no contar con un derecho administrativo sancionador, presentan una mayor cantidad de infracciones, cuya casuística no está presente ni en el CP español, ni en la legislación especial italiana. Así mismo, entre estos últimos, las diferencias también son importantes, destacando, a modo de ejemplo, el delito de facturas falsas, que en Italia es considerado como un delito fiscal, mientras que en España: (a) se entiende como un delito contra la fe pública, regulándose al margen de los delitos tributarios; y (b) se hace una distinción entre la falsedad de los funcionarios en el ejercicio de sus

⁵ Vid. también lo dicho anteriormente sobre el art. 218 del código fiscal federal y el art. 15 (c) de la Ley penal tributaria de Argentina.

funciones y la de los particulares, otorgando un tratamiento penal muy distinto en ambos casos.

Como indica la autora, los sistemas latinoamericanos se caracterizan también por sus diferencias en la regulación de este tipo de delitos, siendo su principal similitud que todos recogen alguna modalidad de delito tributario contable (la única excepción es Brasil, donde, si bien se castiga el facilitar que se lleve una doble contabilidad, no se sanciona como tal el llevar la misma), exigiendo la concurrencia del dolo. Además, la mayoría sancionan las conductas dolosas de falsedad (como, por ejemplo, facturas u otros documentos) relacionadas con la determinación de la base impositiva.

Sin embargo, a pesar de estas diferencias, se pueden observar también algunos elementos en común en relación con las penas o el perfil de quienes pueden ser sujetos activos. Así, la mayoría de los sistemas latinoamericanos (como hacen también España y EE.UU.), prevén penas leves, asimilables a las sanciones administrativas, siendo México la excepción (al castigar el delito contable y otros delitos tributarios con penas de entre 6 y 9 años de prisión). Además, la mayor parte de los países han ampliado el círculo de sujetos activos más allá del obligado tributario o el contador, convirtiendo estos delitos en comunes, si bien, salvo México y Perú, no han extendido la responsabilidad penal (o administrativa) a las personas jurídicas.

En cuanto a Colombia, si bien se prevé el castigo del delito contable tributario, no ocurre lo mismo con el delito de facturas falsas, que no se recoge como un tipo específico. Además, para Goena, la regulación del primero presenta varios problemas importantes: (a) describe la conducta típica de manera sumamente amplia, utilizando expresiones como “omitir”, “presentar información inexacta” o “declarar pasivos inexistentes”, sin detallar formas comisivas propias del delito (como la existencia de una doble contabilidad), ni exigir la publicidad para terceros; y (b) se sanciona, como en el caso mexicano, con penas de prisión elevadas, a las que, a diferencia de lo que sucede con la defraudación fiscal, sí puede añadirse la pena de multa.

Frente a esta situación, el tipo penal prevé dos tipos de restricciones que parecen tratar de atemperar su problemática regulación. Por un lado, requiere un mínimo económico como umbral de puni-

bilidad (lo que no se requiere en los demás países de la región). Por otro, configura el tipo penal como un delito especial (lo que también se separa de la tendencia a configurarlo como un delito común o del que, al menos, puedan ser también autores quienes desempeñan el cargo de contadores). En definitiva, como señala la autora, da la impresión de que nos encontramos ante una infracción de naturaleza penal, a pesar de que la conducta típica en sí misma considerada (sin exigir un ánimo particular ni unos medios comisivos concretos) es más propia de una infracción administrativa tributaria.

3.4. Observaciones finales

La autora finaliza el capítulo manifestando cinco preocupaciones principales, que, excepto en el caso de la falta de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas (problema más propio de los sistemas latinoamericanos), son aplicables por igual a todos los sistemas nacionales analizados.

1. El déficit de legitimidad de la actual regulación de los delitos tributarios debido a la combinación de los siguientes factores: (a) la tendencia a ser regulados al margen del CP, mediante instrumentos de carácter administrativo; (b) el hecho de que las conductas típicas cada vez se aproximen más a infracciones administrativas de peligro, al carecer muchas de ellas de un resultado lesivo; (c) la flexibilización de las condiciones de aplicación de los delitos tributarios, lo que afecta a principios fundamentales del derecho penal como la culpabilidad y la *ultima ratio* (destacando la tendencia a rebajar las exigencias respecto de la concurrencia del dolo, en favor de formas cercanas a la imprudencia objetiva); y (d) la tendencia a configurar la ausencia de regularización tributaria y la falta de colaboración como una especie de condiciones objetivas de punibilidad. Todos estos factores minan los principios del derecho penal y restan legitimidad a la normativa reguladora de los delitos, sin que hayan demostrado tener un impacto positivo sobre la recaudación o en la prevención de las conductas típicas.

2. El lenguaje cada vez más poroso y abierto de los tipos penales relativos a los delitos tributarios (observado en la mayoría de los sistemas analizados), que parece sugerir que su actual configuración

se aproxima a la de los delitos de peligro, al no requerirse un perjuicio o, al menos, un umbral económico mínimo de tipicidad, lo que conduce a una sobre protección del patrimonio público, carente de legitimidad por falta de lesividad concreta o afectación real.

3. La falta de armonización de las legislaciones nacionales, y el consiguiente obstáculo que ello supone para la aplicación efectiva de los mecanismos de cooperación internacional, siendo el modo de definir el umbral de punibilidad en el delito de defraudación fiscal un ejemplo paradigmático a este respecto es: mientras algunos países fijan un límite cuantitativo mínimo para dotar de relevancia penal a la conducta típica (Argentina, Colombia, España y Perú), otros han optado por previsiones mucho más amplias sin requerir un perjuicio al patrimonio estatal (Brasil, Chile, EE.UU. e Italia).

4. La escasa atribución por los sistemas latinoamericanos de responsabilidad penal a las personas jurídicas para esta clase de delitos, como se refleja en el hecho de que en relación con el delito de defraudación fiscal solo se recoge en la legislación argentina (previéndose en Colombia su responsabilidad administrativa).

5. La ausencia de disposiciones específicas para los delitos tributarios cometidos en el contexto del COT (solo se tiende a prever la agravante genérica por recurrir a una organización criminal para cometer el delito)⁶. Esto es particularmente preocupante porque, en una economía cada vez más globalizada y basada en grandes avances tecnológicos, las debilidades de los sistemas tributarios pueden afectar significativamente a la seguridad nacional, por lo cual es necesario perseguir los flujos financieros ilícitos derivados de la evasión y las estructuras fiscales defraudatorias internacionales. No en vano, las conductas contrarias al sistema de ingresos y gastos públicos son una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción, teniendo por tanto un papel muy destacado en el escenario político-criminal actual.

Ante esta situación, la autora entiende necesaria la adopción por los países analizados, y en especial por los latinoamericanos, de toda una serie de medidas, entre las que destacan las siguientes: (a) exigir que en los delitos tributarios se acredite una afectación real me-

⁶ Ídem.

dian­te la lesión (potencial o efectiva) del Erario; (b) homogeneizar y dotar de mayor precisión y claridad tanto a las conductas típicas como al resto de elementos que caracterizan su regulación (lo que, a su vez, permitiría una mejor delimitación del bien jurídico protegido y reducir considerablemente la amplia casuística de modalidades típicas actualmente existente en países como Chile o México); (c) prever expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos; y (d) adoptar medidas específicas para abordar los casos de delitos tributarios cometidos con la intervención del COT, que podrían consistir en una agravación específica de la pena, la exclusión expresa de beneficios punitivos o incluso la consideración de estos delitos como previos al LA.

4. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Como subraya Del-Carpio-Delgado en el capítulo 3, incluso en plena pandemia la corrupción ha seguido siendo una constante en los países latinoamericanos y en España, como muestra el aumento de casos como consecuencia del desvío de fondos destinados para ayudar a las personas desfavorecidas, y el sobrecosto en la adquisición de los alimentos para las entregas humanitarias y el material sanitario y de protección. De ahí la importancia del LA, en cuanto que proceso a través del cual se busca que los bienes de origen delictivo pierdan dicha cualidad para poderlos incorporar al tráfico económico. Con este trasfondo, la autora aborda la cuestión sobre si la regulación en estos países del delito de LA es adecuada para contrarrestar la corrupción asociada al COT.

Para ello, comienza por analizar cuál es bien jurídico protegido, adentrándose en la controversia existente al respecto, que ha llevado a algunos autores a afirmar que este es un delito que no protege ningún bien jurídico. La autora considera que, al tratarse de un delito de naturaleza socioeconómica, el LA protege la correcta circulación de los bienes en el mercado, como un presupuesto indispensable para su buen funcionamiento y el de la economía en general, el cual se ve afectado si los bienes en circulación no son de origen lícito. En consecuencia, solo las conductas que menoscaban el mismo deberían considerarse como típicas, lo que significa que otros bienes

jurídicos, como, por ejemplo, la administración de justicia, podrían resultar también protegidos, pero solo de forma secundaria.

A continuación, Del-Carpio-Delgado analiza el contenido de los tratados internacionales teniendo en cuenta lo que al respecto se establece en sus respectivas guías legislativas, notas interpretativas o comentarios, los cuales son particularmente relevantes dado que son los organismos internacionales y/o regionales los que en la actualidad obligan a los países latinoamericanos a tipificar como delito las conductas consideradas como LA. A este respecto, cabe destacar como, en un principio, la necesidad de interrumpir el ciclo económico del tráfico ilícito de drogas llevó a las Naciones Unidas a adoptar varias normas sobre LA en su Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) (Convención de Viena).

Con base en esta regulación inicial de los beneficios de procedencia delictiva, se configuró posteriormente el delito de LA en: (a) la Convención de Palermo (2000), que recoge el LA como un instrumento más para enfrentar al COT; y (b) la Convención de Mérida (2003), que extiende la aplicación del LA a todos los delitos relacionados con la corrupción y a cualquier otro que cada Estado parte considere oportuno. Ambas convenciones proporcionan un doble tratamiento (preventivo y represivo) del LA, sin alterar el contenido de los tipos penales.

Los organismos regionales también han reaccionado frente al LA. Así, en la Unión Europea (UE), es especialmente relevante la Directiva (UE) 2018/1673, que hace vinculantes las medidas que hasta entonces los Estados miembros estaban facultados a implementar a nivel interno según las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, obligándoles a tipificar toda conducta que tenga por objeto bienes de procedencia delictiva. Por su parte, el Reglamento Modelo de la OEA sobre el delito de LA relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves (1992), si bien no es vinculante, busca servir también como guía o marco de referencia para que los Estados miembros adecuen sus normas para confrontar este fenómeno.

Si bien los Estados tienen la obligación de tipificar como delito el LA, esto no supone, nos recuerda Del-Carpio-Delgado, que la norma-

tiva interna tenga que referirse expresamente a cada aspecto concreto descrito en los tratados. Por el contrario, la generalidad con la que deliberadamente se expresan las obligaciones permite a cada país implementarlas de acuerdo a sus tradiciones socio-jurídicas a la luz del principio de legalidad. Esto tampoco impide que, de considerarlo oportuno, los Estados trasladen literalmente a su normativa interna lo previsto en los tratados, o incluso que extiendan su contenido, lo cual solo es problemático cuando se tipifican como las conductas que poco tienen que ver con el mismo (como sucede en los casos de mera posesión o utilización, almacenaje o transporte en los que no se oculta el origen delictivo de los bienes).

A la luz de lo anterior, la autora analiza la implementación del “régimen” internacional y regional del delito de LA en la normativa comparada de los países de referencia en la presente obra colectiva (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, EE.UU., Italia, México y Perú), llegando a las siguientes conclusiones:

1. Se tienden a utilizar términos excesivamente amplios al describir la conducta típica (adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar, administrar, utilizar, poseer, ocultar, cambiar, convertir, depositar, retirar, recibir, dar, invertir, transferir, entre otros), por lo que se incluyen conductas que poco o nada tienen que ver con el LA.

2. Se tiende a delimitar el objeto material del delito de LA de manera muy poco técnica, al utilizar, entre otras, expresiones como “dinero”, “bienes”, “efectos”, “ganancias”, “instrumentos financieros negociables emitidos al portador” o “recursos”.

3. Algunos sistemas nacionales no utilizan un sistema de catálogo para determinar exhaustivamente los delitos especialmente graves cuyo producto es idóneo para ser objeto del delito de LA (como, por ejemplo, la corrupción, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de migrantes o el terrorismo), mientras que otros utilizan catálogos de delitos previos demasiado amplios.

4. No se contempla, como regla general, un tipo específico para castigar el autolavado (al no ser un acto posterior impune o co-peñado).

5. No se requiere, como regla general, la doble incriminación cuando los activos o bienes proceden de delitos previos cometidos en el extranjero.

6. Algunos sistemas nacionales analizados siguen sin limitar el castigo a la modalidad dolosa (si bien, la mayoría de ellos ya lo hace).

7. La mayoría de las legislaciones internas estudiadas prevén un régimen de penas especialmente alto (que puede llegar incluso a los 30 años de prisión), lo que no parece compatible con el principio de proporcionalidad. Esta situación se ve agravada porque, salvo ciertas excepciones, no se contempla tampoco la graduación de la pena en atención al volumen o el valor de los bienes objeto del LA.

8. A pesar del alto grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados, los logros obtenidos en su aplicación son escasos, por lo que el actual régimen preventivo-punitivo no está ofreciendo los resultados esperados para reducir el LA.

9. Lo anterior se debe, en gran medida, a la falta de eficacia (y consiguiente necesidad de adoptar medidas para reforzarla) en la aplicación de las normas preventivas de naturaleza administrativa, fiscal o aduanera, como las relativas a las medidas de vigilancia y control en la contratación pública, los mecanismos de alerta temprana y los sistemas electrónicos que dotan de transparencia y publicidad a las adjudicaciones.

10. Es un error, por tanto, seguir considerando la regulación penal del LA como la principal herramienta para enfrentar este fenómeno.

11. Si las investigaciones se siguen casi exclusivamente centrandose en determinar la responsabilidad penal por el LA, sin prestar, por tanto, la necesaria atención a la recuperación de los bienes que genera, el mercado ilícito seguirá siendo siempre rentable porque la fungibilidad de los condenados hace que otros quieran seguir "invirtiendo". Por ello, es necesario enfocarse en reducir el volumen de activos disponibles para el LA, lo cual requiere localizarlos desde el inicio de las actuaciones policiales y decomisarlos (preventivamente primero, y definitivamente después) de forma eficaz.

12. Es necesario, por tanto, replantear la función de la normativa penal del LA, con base en una política criminal que esté orientada a

privar a los delincuentes del beneficio económico de sus actividades ilícitas.

13. Los sistemas nacionales se han desarrollado mediante una serie de normas penales y/o administrativas dirigidas a privar o recuperar los bienes de origen delictivo, sin haber tenido en cuenta si dichas normas eran compatibles con las previamente existentes, o si su ámbito de aplicación quedaba claramente delimitado, razón por la cual se requiere hacer un esfuerzo de armonización intrasistema para evitar que normas contradictorias se neutralicen entre sí.

Con base en lo anterior, Del-Carpio-Delgado plantea tres ejes principales de acción:

1. Replantear la función de la regulación penal del LA y armonizar internamente los sistemas nacionales, en lugar de seguir expandiendo el ámbito de aplicación del delito de LA (adoptando nuevas conductas típicas o ampliando los hechos delictivos previos, con el consiguiente riesgo de menoscabar principios básicos como los de legalidad, intervención mínima o proporcionalidad).

2. Potenciar la investigación patrimonial y económica para seguir el rastro del dinero de procedencia delictiva a través de: (a) la aplicación del enfoque *follow the money*, que se centra en obtener desde el inicio de las actuaciones policiales la información necesaria para esclarecer los hechos y localizar los bienes⁷; y (b) el desarrollo de la figura del decomiso.

3. Reformar, de acuerdo a las especificidades socio-jurídicas de los sistemas nacionales, la redacción de los tipos penales para buscar un grado suficiente de armonización legislativa que permita una cooperación internacional eficaz, al tiempo que: (a) se respete el principio de legalidad (y otros, como el de taxatividad, derivados del mismo); y (b) se traten de paliar los demás problemas arriba identificados (sin que esto signifique, en todo caso, trasladar automáticamente los

⁷ Como Del-Carpio-Delgado indica, todos los documentos que revelen transacciones económicas, como los asientos bancarios, las facturas de suministros básicos, los recibos, las tarjetas de fidelización de comercios o las pólizas de seguros, pueden ser útiles para determinar la procedencia de los bienes y su posterior decomiso.

preceptos contenidos en los tratados internacionales de ámbito universal o regional o en las legislaciones de terceros países tomadas como “modelo”).

5. LOS DELITOS DE FAVORECIMIENTO REAL: EL ENCUBRIMIENTO, LA RECEPTACIÓN Y EL TESTAFERRATO

En el capítulo 4, Goena aborda las conductas más representativas de favorecimiento real, que normalmente se constituyen como delitos específicos, y que se caracterizan porque se dirigen a conservar o asegurar las cosas ilícitamente obtenidas mediante un delito previo para evitar su decomiso. Centra, por tanto, su atención en: (a) el encubrimiento para que el autor del delito aproveche o esconda su producto; (b) la receptación para aprovechar en beneficio propio el producto del delito (normalmente, vinculada a un delito de LA previo en el que no se toma parte); y (c) el testaferrato, en cuanto que modalidad específica de favorecimiento caracterizada por su habitualidad. Con su análisis, la autora busca determinar en qué medida la regulación de estos delitos puede contribuir a dar una respuesta más eficaz al fenómeno de la corrupción, sobre todo cuando se encuentra asociada al COT, teniendo en cuenta que este tipo de conductas se distinguen de aquellas de favorecimiento personal, que buscan guardar información o dar asistencia inmaterial para ayudar a los culpables a evitar la acción de la justicia (incluida la investigación).

Como la autora señala, existen dos aproximaciones al bien jurídico protegido por la categoría de delitos de favorecimiento real. Para una parte de la doctrina, lo que se protege es el correcto funcionamiento de la administración de justicia en sentido patrimonial, al evitar que se obstaculice o impida la neutralización de los efectos del delito mediante el decomiso de los bienes ilícitamente obtenidos. Sin embargo, para la doctrina mayoritaria, estos delitos son formas genéricas de fortalecer la protección de los bienes jurídicos ya tutelados por los tipos penales previos de los que se derivan.

Además, al entrar a definir el bien jurídico protegido por cada uno de los delitos en particular la cuestión se vuelve más compleja,

debido a su diferente regulación en los distintos sistemas nacionales. De esta manera, mientras el CP español incluye la receptación dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (y la distingue del encubrimiento previsto entre los delitos contra la administración de justicia), en Argentina y Colombia se considera que ambas conductas forman parte de un mismo delito de encubrimiento que afecta a esta última. Por su parte, el testaferrato se considera en Colombia (único país que regula expresamente esta figura) como una forma específica de receptación que lesiona el orden socio-económico y al ser un tipo penal pluriofensivo impacta igualmente la administración de justicia.

Con respecto a los estándares y recomendaciones de los organismos internacionales a nivel universal (Convención de Viena, Convención de Palermo y Convención de Mérida) y regional (las Directivas (UE) 2018/1673 y 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo y la CICC), se pueden identificar los siguientes elementos comunes a los delitos de encubrimiento material, receptación y testaferrato, así como a otras posibles formas de favorecimiento real: (a) se derivan de un delito previo (mientras en la receptación suele ser el LA, en el encubrimiento o testaferrato puede tener otra naturaleza); (b) en el que el autor no interviene, pero cuya existencia conoce⁸; y (c) se cometen: (i) con el fin de ayudar al autor del delito previo a aprovechar los activos o bienes derivados del mismo (encubrimiento por favorecimiento real); (ii) para beneficio propio (ánimo de lucro material o de reconocimiento social con la perspectiva de beneficios futuros) (receptación); o (iii) por ambas razones (testaferrato).

En cuanto el estudio de derecho comparado, este pone de manifiesto, como señala Goena, las importantes diferencias entre los sistemas nacionales analizados, comenzando por la notable disparidad en

⁸ El conocimiento del autor se puede inferir de circunstancias tales como las irregularidades en el proceso de adquisición, la ausencia de documentación o facturas, el uso de canales de compra clandestinos o fuera de lo normal, el pago de un precio muy bajo frente al valor de mercado o la justificación de la posesión del bien con base en explicaciones poco creíbles. Además, la directiva europea 2018/1673 muestra la existencia de una tendencia a aceptar una presunción de conocimiento en ciertos casos, o incluso a no exigirlo cuando exista un deber de conocer.

cuanto a las denominaciones utilizadas, pudiendo distinguirse, sólo a estos efectos, hasta cuatro grupos de sistemas: (a) en España, México y EE.UU. (nivel estatal), el término “encubrimiento” designa un delito de favorecimiento real distinto de la receptación; (b) en Argentina y Colombia, dicho término engloba ambos delitos; (c) Brasil e Italia no se refieren al encubrimiento, sino solo al favorecimiento; y (d) Chile y EE.UU. (sistema federal) se refieren al encubrimiento como una forma de intervención en el delito.

5.1. El encubrimiento por favorecimiento real

Como señala la autora, a pesar de la disparidad de nomenclaturas, los sistemas analizados se asemejan en que: (a) requieren que el encubridor tenga conocimiento de la comisión del delito principal; y (b) establecen penas proporcionales a la gravedad del delito encubierto, pudiendo incluir penas de prisión y multas económicas. La principal diferencia consiste en que, mientras en la mayor parte de los sistemas estudiados (Argentina, Brasil, Colombia, EE.UU. (nivel estatal) España, Italia, México y Perú) el encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real es un delito específico, en Chile y EE.UU. (sistema federal): (a) solo se sanciona el encubrimiento personal dirigido a evitar el procesamiento del autor del delito encubierto (aunque esto puede implicar a veces ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito); y (b) la responsabilidad es a título de partícipe en el delito previo (*accessory after the fact*). Como Goena apunta, la primera opción tiene la ventaja de: (a) castigar el encubrimiento mediante distintos títulos de intervención según el grado de participación en el delito (autoría o participación); y (b) evitar confusiones entre el favorecimiento personal y el real.

La actual regulación del encubrimiento como delito específico puede, sin embargo, llevar a confusiones con el LA (como ocurre, en particular, en el caso mexicano donde se regula junto al LA al margen de los delitos contra la administración de justicia) y con la receptación, por lo que es recomendable una adecuada delimitación de los tipos penales para evitar confusiones (esto es especialmente necesario en Colombia debido al carácter excesivamente amplio y genérico de su regulación). Con respecto al LA, esto se consigue es-

pecificando que el encubrimiento solo se produce cuando existe el ánimo de ayudar a un tercero a beneficiarse del producto del delito sin haber participado en el delito previo. Por su parte, para distinguirlo de la receptación es necesario con respecto a esta última figura: (a) exigir que la conducta del autor responda a un ánimo de lucro propio; y (b) limitar su aplicación al producto de los delitos contra el patrimonio.

Ni en los sistemas latinoamericanos, ni en España, el delito de encubrimiento genera responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que según la autora debería revisarse previendo esta posibilidad en aquellos países en que se contempla este tipo de responsabilidad (Argentina, Brasil, Chile México y Perú), o mediante responsabilidad administrativo-sancionadora donde se haya optado por esta otra vía (Colombia). Todo ello con el fin de poder castigar a las empresas que lleven a cabo este tipo de favorecimiento real, lo que es promovido por la opacidad que caracteriza a las estructuras empresariales.

Además, en la gran mayoría de los países analizados (siendo Italia una excepción al preverse una agravante en casos de encubrimiento en el marco de organizaciones criminales), no se contempla especificidad regulatoria alguna en relación con el COT, lo cual la autora considera también necesario revisar mediante la adopción de las siguientes medidas: (a) incrementar los plazos de prescripción; (b) agravar la pena cuando el encubrimiento es cometido en el marco de una organización o por un profesional; y (c) especificar la no aplicabilidad de las exenciones de pena por encubrimiento entre parientes (sobre todo en el caso peruano dada su amplitud).

5.2. El delito de receptación

El delito de receptación se caracteriza porque el favorecimiento real (adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización) del producto de un delito contra el patrimonio (en el que no se ha participado, pero del que se es consciente) es realizado en beneficio propio. Es decir, se trata, en definitiva, de beneficiarse de manera ilícita de bienes robados o provenientes de otro delito, a sabiendas de esta circunstancia.

En cuanto al bien jurídico protegido, tampoco existe un consenso, pudiendo distinguirse hasta tres grupos de sistemas nacionales: (a) los que consideran la receptación como un delito contra el patrimonio (Brasil, Chile, España, Italia y Perú); (b) los que entienden la receptación como un delito contra la administración de justicia (Argentina y Colombia); y (c) aquellos en los que la receptación no protege un bien jurídico concreto, sino el del delito previo (México).

Como consecuencia de lo anterior, no se manejan criterios adecuados ni precisos para diferenciar entre los delitos de receptación y favorecimiento real y entre este último y el de favorecimiento personal, lo que, como apunta Goena, parece haber impedido que se logre interpretar y regular legislativamente en forma adecuada ninguno de estos delitos (esto se agrava al definir el LA de manera amplia para incluir ciertas formas de favorecimiento real y de receptación, por lo que, como hemos señalado, es esencial que la receptación exija el ánimo de lucro y no haber participado en el delito previo). Además, el ámbito de aplicación de la receptación debería extenderse para incluir conductas que afectan, además de al patrimonio, a otros bienes jurídicos como la administración de justicia, la Hacienda Pública y la libre competencia.

Con carácter general, los sistemas nacionales analizados requieren actualmente los siguientes elementos para que se consume el delito: (a) los bienes que son objeto de receptación deben haber sido obtenidos a través de un delito previo, como robo, hurto o estafa, entre otros; (b) el receptor debe llevar a cabo alguna conducta que demuestre su participación en la adquisición, posesión, ocultamiento o comercialización de los bienes provenientes del delito, sin haber tomado parte en el delito previo (distinguiéndose así de las formas de participación punibles de este último y del LA); y (c) el receptor debe tener conocimiento de que los bienes provienen de una actividad delictiva, para efectos de configurar el dolo.

Sin embargo, como señala la autora, los sistemas nacionales presentan diferencias importantes, que sería recomendable armonizar lo suficiente como para poder fortalecer la eficacia de la cooperación internacional:

1. Argentina, México y Colombia no regulan el delito de receptación como un delito contra el patrimonio. Así, en Argentina y Colombia se castiga como un delito contra la administración de justicia al estar conformado por conductas de favorecimiento real (que no se corresponden con lo que tiende a conocerse como “receptación”). Por su parte, en el caso de México, el delito de receptación aparece regulado junto con el encubrimiento y el LA (al margen de los delitos contra la administración de justicia y de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico), buscando extender en la mayor medida posible el LA (tal y como recomienda el GAFI/GAFILAT), lo que sin embargo supone un problema en términos de proporcionalidad y legalidad (esta regulación conjunta sin vincularse con un bien jurídico concreto dificulta la distinción entre el LA, la receptación y el encubrimiento).

2. Excepto Italia y EE.UU., los demás países no prevén la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas por delitos de receptación, a pesar de ser recomendable porque estas últimas pueden facilitar la comisión del delito y, de este modo, promover el comercio ilícito.

3. No es uniforme el tratamiento del dolo, porque si bien lo más habitual es que solo se castigue la forma dolosa de comisión, Brasil, Chile y Perú permiten el castigo de la receptación sin conocimiento (modalidad imprudente), con base en un concepto normativizado de dolo que castiga a quien debería haber presumido la procedencia ilícita de los bienes. Si bien esto facilita la condena, su compatibilidad con la presunción de inocencia es dudosa al convertir la receptación en un delito de sospecha. Además, es cuestionable que la ausencia de conocimiento como resultado de la falta de debida diligencia, pueda ser equiparada a los casos de dolo respecto de la procedencia ilícita de los bienes.

4. Las sanciones por el delito de receptación varían en cada jurisdicción, incluyendo generalmente penas de prisión, multas económicas y la confiscación de los bienes objeto de receptación.

En cuanto al sistema colombiano (similar al argentino), la principal fortaleza de definir la receptación como un delito doloso contra la recta y eficaz impartición de justicia es que no solo ofrece protec-

ción frente a las afectaciones al patrimonio y al orden socioeconómico, sino que también lo hace frente al menoscabo de otros bienes jurídicos como la Hacienda Pública o la libre competencia (además de extender su protección al bien jurídico afectado por el delito previo), permitiendo así interpretaciones que abarquen todas las conductas merecedoras de castigo.

Sin embargo, como Goena subraya, presenta también importantes debilidades, entre las que cabe destacar las siguientes: (a) la falta de armonización con el resto de sistemas latinoamericanos (excepto el argentino), al definirse como una forma de encubrimiento que no requiere ánimo de lucro, lo que dificulta la cooperación internacional en la lucha contra el COT y la corrupción que este promueve; (b) la dificultad para diferenciarlo del LA por requerir no haber tomado parte en el delito previo; (c) la exención de pena en casos de parentesco (lo que no tiene sentido si se concibe más allá de una ofensa contra el patrimonio); (d) la falta de responsabilidad (administrativa o penal) de las personas jurídicas; y (e) su consideración como un delito subsidiario del LA (en lugar de alternativo, al ser el desvalor de la conducta diferente).

Por último, ninguno de los sistemas analizados prevén especificidad alguna en relación con el COT (solo en Italia se prevé una agravante para los delitos de encubrimiento cometidos en el marco de una estructura organizada, si bien no para los de receptación), situación que es recomendable revisar.

5.3. El delito de testaferrato

Como Goena indica, un testaferrato es un sujeto que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona. Entre las actividades en las que dicha persona suele verse involucrada, a menudo se encuentran la asunción de la titularidad o la administración de sociedades mercantiles cuyos verdaderos titulares y administradores quedan ocultos, a fin de disminuir el riesgo de ser descubiertos en sus actividades delictivas. En algunos casos quien se presta a semejante papel puede ser un familiar o persona próxima al administrador real; en otros, sin embargo, se trata de un servicio retribuido, que para algunos individuos llega a convertirse

en una verdadera “actividad profesional”. Como resultado, el delito de testaferrato es una figura central dada la importancia de los administradores o representantes para obstaculizar la acción de la justicia mediante su auxilio o colaboración a aquellos por cuenta de quienes actúan.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, solo Colombia tipifica esta figura de manera específica. En consecuencia, en los demás países analizados solo se prohíbe cuando dicha conducta sea también constitutiva de: (a) otro delito previsto en su normativa penal (lo cual no es complicado cuando la conducta típica haya sido tipificada de una forma muy amplia y sancione a título de autoría todo acto de favorecimiento de la conducta ilícita, como, por ejemplo, el encubrimiento, la receptación, el LA o el tráfico de drogas)⁹; o (b) un acto de participación punible en el delito previo¹⁰.

Además, para ser castigado en estos casos, el testaferrero debe cumplir con todos los elementos subjetivos del delito o forma de intervención punible en la que haya podido incurrir objetivamente¹¹, lo que, como señala Goena, hace que se puedan presentar hasta tres tipos de escenarios: (a) si actúa con plena consciencia, cabe aplicar una coautoría o una complicidad en el delito del sujeto al que encubre (o, si su intervención es post-ejecutiva, habrá

⁹ De ahí la responsabilidad, por ejemplo, de quien se presta a aparecer como socio y administrar formalmente una sociedad empleada como receptora de un contenedor que oculta droga en su interior.

¹⁰ Esto puede suceder porque su intervención es meramente accesoria (como, por ejemplo, cuando aparece como administrador de derecho de una sociedad dedicada a blanquear dinero, siendo que la conducta y el día a día de la sociedad lo dirigen otros sujetos (los autores)), o porque nos encontremos ante un delito especial, en el que el testaferrero es un *extraneus* (como ocurre en los casos relativos a los delitos de defraudación fiscal). Vid. el capítulo 2 sobre los delitos fiscales.

¹¹ Como Goena señala, los principales problemas que plantea el castigo al testaferrero tienen que ver con la imputación subjetiva, porque muchos de los delitos en los que este suele estar involucrado (sobre todo los de encubrimiento o receptación) requieren que el sujeto obre con dolo, e incluso con un doble dolo o intención reforzada de cometer el delito “para ayudar al autor a eludir la acción de la justicia” o “para aprovechar los bienes de un delito con ánimo de lucro”.

incurrido en un delito de encubrimiento o una receptación); (b) cuando no se representa en absoluto que está asistiendo a un delincuente, entonces se podría aplicar una coautoría mediata en la que se instrumentaliza al testafarro (el cual quedaría impune, pero, dado que no tuvo conciencia de estar infringiendo la ley, su impunidad no es insatisfactoria político-criminalmente); y (c) cuando el testafarro actúa con la conciencia de estar colaborando en hechos posiblemente delictivos y, sin embargo, su representación no alcanza el grado de concreción exigida por el dolo, o el “doble dolo” (intención reforzada de cometer el delito)¹², en relación con los elementos que configuran el tipo objetivo del delito (en este tercer escenario, pese a tenerse constancia de que el testafarro está contribuyendo a un hecho típico, su comportamiento quedaría impune, lo que resulta insatisfactorio político-criminalmente).

En Brasil, Chile, EE.UU. (nivel federal), México y Perú se trata de sortear estas dificultades recurriendo a una presunción explícita de conocimiento que prescinde del concreto estado mental del sujeto, lo que permite castigarlo aunque no se haya probado que el testafarro se representó la posibilidad de estar favoreciendo al autor del delito previo. Sin embargo, como señala Goena, esta medida presenta tres problemas importantes: (a) este tipo de presunciones están reguladas de un modo muy amplio, lo que resta legitimidad a las condenas basadas exclusivamente en las mismas; (b) solo se aplica al delito de receptación (delito contra la propiedad); y (c) es complicado en la práctica procesar a los testafarreros, por lo que existe una tendencia en centrar la investigación en el autor del delito previo y no dilatar el procedimiento. Como resultado, sería recomendable que las legislaciones latinoamericanas incorporaran esta figura, al menos para aquellos casos en los que el testafarro queda impune en el tercer de los escenarios analizados.

¹² Vid.: por ejemplo, el caso de la persona que se sitúa al frente de una sociedad de asesoría fiscal de cuya administración se desentiende, pero sospechando que tal vez podría darse algún delito de defraudación fiscal.

6. LOS DELITOS DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

En el capítulo 5, Amaral, Rangell, Rios & Vianna abordan el delito de obstrucción a la justicia, y otros cuatro tipos penales relacionados, que podrían contribuir a responder al fenómeno de la corrupción asociada al COT: tres de ellos son aplicables con carácter general a todos los casos de corrupción (la coacción en el curso del proceso, el fraude procesal y el falso testimonio o peritaje) y un cuarto está dirigido específicamente a combatir el crimen organizado (el impedir u obstaculizar la investigación de un delito que involucre a una organización criminal).

Como nos recuerdan los autores, existen a este respecto distintas normas y/o recomendaciones tanto a nivel universal (Convenciones de Palermo y Mérida) como regional (Decisión Marco de la UE 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, CICC, Plan Hemisférico contra el COT de la OEA, las Leyes Modelo contra el Blanqueo de Capitales y el Terrorismo del Parlamento Latinoamericano y Caribeño), dirigidas a que los Estados parte tipifiquen a nivel interno este tipo de conductas relacionadas como la obstrucción a la justicia.

De entre todos los tipos penales analizados, el único que se recoge en todos los sistemas nacionales analizados, tanto latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú)¹³, como de fue-

¹³ En Argentina (art. 275 del CP), Chile (art. 206 del CP) y Perú (art. 409 del CP) se castiga el falso testimonio y el falso peritaje con penas de prisión que oscilan aproximadamente entre 1 y 4 años, acompañadas de multa. Así mismo, los arts. 247 y 248 del CP federal mexicano prevén los casos de falso testimonio en declaraciones judiciales, comunicación de información oficial falsa a las autoridades o pericia falsa, con penas que van de 4 a 12 años de prisión y multa (con sus respectivas atenuantes y agravantes). Por su parte, el art. 342 del CP brasileño sanciona con 2 a 4 años de prisión y multa al que hace una declaración falsa, niega o guarda silencio sobre la verdad como testigo, perito, contador, traductor o intérprete en procedimientos judiciales o administrativos, investigaciones policiales, o en un tribunal arbitral. Además, la pena se aumenta entre un tercio y una sexta parte si la conducta típica se comete mediante cohecho o con el fin de obtener pruebas destinadas a producir algún efecto en un proceso penal, o en un proceso civil en el que sea parte una entidad de la administración pública directa o indirectamente. Finalmente, en Colombia, el delito de falso testimonio se

ra de América Latina (Alemania, España, EE.UU. e Italia)¹⁴, es el relativo al falso testimonio o peritaje. Esto se debe a que, allí donde existe un proceso judicial mínimamente formalizado se advierte la necesidad de brindar protección contra la incriminación del falso testimonio, lo que, paradójicamente, contrasta con los bajos niveles de persecución de este delito en la práctica de los tribunales, lo cual es particularmente preocupante dada la relevancia de este tipo penal tanto en el contexto del crimen organizado (nacional o transnacional) y la corrupción (vinculada, o no, al mismo).

En cuanto a sus características principales, los autores destacan las siguientes: (a) se dirige a garantizar el adecuado ejercicio de la actividad judicial, por lo que el bien jurídico protegido en la administración de justicia; (b) es un delito común al poder ser cometido por cualquier persona, sin que se requiera que posea una condición especial; (c) pueden ser sujetos activos todos aquellos cuya participación es esencial en las actuaciones procesales (testigos, peritos, intérpretes y traductores) porque proveen información que puede ser utilizada para sustentar las decisiones judiciales; (d) sujetos pasivos son los funcionarios competentes para recibir una declaración testi-

encuentra regulado en los arts. 442 a 444 del CP, siendo castigado con las penas más altas de todos los sistemas latinoamericanos. Así, según el art. 442, se castiga con prisión de 4 a 8 años a quien falta a la verdad o la calla total o parcialmente, siempre y cuando esto se produzca en un acto judicial o administrativo bajo juramento ante la autoridad competente. La pena se atenúa cuando el autor se retracta sobre el mismo asunto sobre el que hizo la declaración antes de la última oportunidad procesal para practicar pruebas. Finalmente, el art. 444 tipifica el cohecho para cometer falso testimonio, de manera que quien entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que en su testimonio falte total o parcialmente la verdad o la calle, será castigado con pena de prisión de 1 a 5 años.

¹⁴ En Alemania, los arts. 153 y 154 del CP prevén una pena de prisión de 3 meses a 5 años por este delito, mientras que en España se recoge en el art. 458 que prevé de 6 meses a 2 años de prisión y multa de entre 3 y 6 meses (la pena se incrementa a 1 a 3 años de prisión y 6 a 12 meses de multa si el testimonio se presta contra un acusado en una causa penal). Por su parte, en Italia, los delitos de falso testimonio y falso peritaje están previstos en los arts. 372 y 373 del CP, que prevén una pena de prisión de 2 a 6 años. Finalmente, en EE.UU. la sección 1621 del 18 USC recoge el delito de falso testimonio, punible con hasta 5 años de prisión y/o multa.

monial, peritaje o traducción; (e) es cometido de propia mano por acción u omisión y no deja huellas; y (f) solo admite la modalidad dolosa.

Además, como nos recuerdan los autores, la falsedad del testimonio debe referirse a una circunstancia jurídicamente relevante, de forma que imposibilite o dificulte la aplicación correcta de la ley, mientras que el falso peritaje requiere recoger en el informe algo distinto a la realidad que el perito conoce, porque una mera discrepancia entre los informes no da lugar al delito. Asimismo, en algunos sistemas nacionales como Brasil, el falso testimonio deja de ser punible si el autor se retracta o declara la verdad antes de la sentencia o fallo en el mismo proceso en el que se produjo el delito (si la retractación se produce en un proceso posterior en el que el autor está siendo acusado de haber incurrido en falso testimonio, se trataría de una confesión). En otros sistemas, la retractación solo constituye una circunstancia atenuante, como es el caso de Colombia, donde, conforme al art. 443 del CP, la retractación conlleva una reducción de la mitad pena.

En cuanto al delito de obstrucción a la justicia propiamente dicho, este se recoge en todos los países no latinoamericanos analizados¹⁵.

¹⁵ En España se prevé el delito de obstrucción a la justicia en los arts. 463 y 464 del CP, incluyendo las siguientes conductas típicas: (a) la incomparecencia sin justa causa en el juicio oral tras haber sido citado legalmente, siempre y cuando el acusado esté en prisión provisional y se genere la suspensión de juicio (se castiga con pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 24 meses) (art. 463); y (b) los atentados contra la libertad de los intervinientes en un procedimiento judicial, que incluyen: (a) los intentos de influenciar con violencia o intimidación en una actuación procesal (art. 464.1); y (b) las represalias por una actuación en procedimiento judicial (art. 464.2). La pena en ambos casos es de 1 a 4 años de prisión y multa de 6 a 24 meses. En Italia, el art. 377 del CP prevé la figura típica de obstrucción a la justicia cuando se ofrezca o prometa dinero u otros beneficios para inducir a cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 371-bis, 371-ter, 372 y 373a del CP a quienes: (a) son citados a declarar ante la autoridad judicial (o ante la Corte Penal Internacional); (b) son requeridos por la defensa para rendir declaración en el curso de la actividad de investigación; y (c) son citados a actuar como peritos, asesores técnicos o intérpretes (la pena, en estos casos, puede alcanzar hasta seis años de prisión). En Alemania, el art. 258

En contraste, en América Latina solo se prevé como delito específico en Chile, México y Perú, sin que, además, exista homogeneidad entre estos últimos con respecto a las conductas que abarca¹⁶. Por ello,

(1) y (2) del CP tipifica expresamente el delito de obstrucción a la justicia que se define como: (a) impedir que un tercero sea castigado o sometido a una medida penal por un acto ilegal; o (b) obstaculizar la ejecución de una pena o medida impuesta a otro (se castiga con pena de hasta 5 años de prisión o multa, que se agrava cuando el infractor es un cargo público). Finalmente, en el sistema federal de los EE.UU. las secciones 1503 y 1504 del 18 USC recogen el delito de obstrucción a la justicia, incluyendo como conducta típica: (a) el influir o amenazar a un funcionario, jurado o juez (castigado con pena de prisión de hasta 10 años y/o multa); y (b) el influir por escrito sobre un jurado o juez (sancionado con pena de prisión de hasta 6 meses y/o multa). Por su parte, a nivel estatal, las conductas que forman parte del delito de obstrucción a la justicia varían dependiendo de la legislación penal de cada uno de los cincuenta Estados federales.

¹⁶ En Argentina, Brasil y Colombia no existe un tipo penal concreto de obstrucción a la justicia, sino que se recogen varios tipos penales que sancionan conductas que menoscaban la administración de justicia. Así, en Argentina entre los arts. 237 a 281 bis del CP, relativos a los delitos contra la administración pública, se incluyen ciertos tipos penales como los de desobediencia y resistencia, obstaculización de las investigaciones sobre ocultación y LA, y divulgación indebida de la identidad de un agente secreto, mientras que en Colombia estos delitos se prevén en el título XVI del CP colombiano, relativo a los “crímenes contra la eficaz y recta impartición de justicia”, recogiendo conductas como la falsa imputación, el falso testimonio, el encubrimiento o el fraude procesal. Por su parte, en Chile se entiende por obstrucción a la justicia las conductas realizadas por cualquier persona que atentan contra la administración de justicia, cuando se realizan en el ámbito de una investigación penal, tales como la denuncia calumniosa y la creación de graves obstáculos al esclarecimiento de un hecho punible o de sus responsables (se castiga con pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 2 a 12 unidades tributarias mensuales. La pena se aumenta en un grado si los antecedentes falsos aportados llevan al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada) (art. 269 bis del CP chileno). Además, el art. 269 ter del CP se refiere al fiscal del Ministerio Público o al abogado que lo asiste que, a sabiendas, oculta, altera o destruye cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena (se sanciona con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo). En cuanto

los autores se centran en analizar cómo se ha conceptualizado en los países que lo prevén, en lugar de tratar de establecer un concepto general que lo defina, lo que no les impide encontrar ciertos elementos en común, entre los que cabe destacar los siguientes: (a) el bien jurídico protegido es la administración de justicia; (b) es un delito común porque el sujeto activo puede ser cualquier persona (excepto en México donde se requiere que sea un servidor público); (c) el sujeto pasivo es la administración de justicia; y (d) solo se tipifica la modalidad dolosa.

El delito de coacción en el curso del proceso se recoge también en todos los países no latinoamericanos analizados¹⁷, lo que vuelve a

a México, se consideran obstrucción a la justicia las siguientes conductas de los servidores públicos: (a) retrasar o retardar o desatender maliciosamente la administración de justicia por parte de un servidor público (se castiga con pena de prisión de 3 a 8 años y de 30 a 100 días multa) (art. 225 (VII) del CP federal); y (b) “desviar u obstaculizar la investigación del hecho delictuoso de que se trate o favorecer que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia” (se sanciona con pena de prisión de 4 a 10 años de multa de 100 a 150 días multa) (art. 225 (XXXII) del CP federal). Finalmente, en Perú, el delito de obstrucción de la justicia lo comete cualquier persona que “mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas (se sanciona con pena de prisión de 3 a 5 años, que aumenta a 5 a 8 años de prisión y a 375 días multa en el caso de que se cometa en relación con delitos previstos en los arts. 152 al 153-A, 200, 296 al 298 o en la Ley 27.765 contra el Lavado de Activos (art. 409-A del CP peruano).

¹⁷ En España, el art. 464 del CP prevé una pena de uno a cuatro años de prisión para quien, utilizando la violencia o la intimidación, intente influir directa o indirectamente sobre cualquiera de las partes en el proceso, los testigos, los peritos o los intérpretes, entre otros. Por su parte, en Italia, el art. 377-bis del CP sanciona con pena de 2 a 6 años de prisión (salvo que el hecho constituya un delito más grave), a quien mediante violencia o amenaza, o con oferta o promesa de dinero u otros beneficios, induzca a quien es citado para rendir declaración ante la autoridad judicial, siempre que tenga el derecho a no responder. En cuanto al sistema federal de los EE.UU., la sección 1512 del 18 USC sanciona con pena de prisión de hasta 30 años, la figura típica del fraude/perjuicio contra un testigo, víctima o informante mediante amenaza o violencia. La misma disposición sanciona con pena de hasta 20 años y multa a quien destruya o altere pruebas o pro-

contrastar con su limitada regulación en América Latina, donde solo Brasil, Colombia y México lo prevén expresamente¹⁸. En cuanto al contenido del tipo penal, existe un cierto entendimiento común con respecto a que la conducta prohibida consiste en utilizar violencia o amenazas graves contra la autoridad, o contra cualquier otra persona que actúe en un proceso judicial, con el fin de favorecer el interés

cedimientos, conducta típica que está a medio camino entre la coacción y el fraude. También a nivel estatal se recoge el delito de coacción en el curso del proceso, siendo bastante uniforme entre los distintos Estados la equiparación de la coacción con el uso de intimidación o amenaza para obligar a alguien a hacer o no hacer algo que la ley no exige. Finalmente, en Alemania, se prevé en el art. 343 del CP, sobre la extorsión en el testimonio, se prevé un tipo penal muy cercano al delito analizado, que prohíbe a todo servidor público encargado de la persecución penal maltratar físicamente, utilizar la fuerza o amenazar psicológicamente a alguien con la intención de obligarlo a declarar o a guardar silencio sobre algo en el proceso (se castiga con una pena de hasta 10 años de prisión).

¹⁸ En Argentina, Chile y Perú no se prevé el delito de coacción en el curso el proceso. Por su parte, en Brasil, el art. 344 del CP prevé que dicho delito es cometido por todo agente que utiliza “violencia o amenaza grave, con el objetivo de favorecer el interés propio o ajeno, contra autoridad, partido, o cualquier otra persona que funcione o sea llamada a intervenir en procedimientos judiciales, policiales o administrativos, o en un tribunal arbitral”. En cuanto a México, el art. 226 del CP federal tipifica esta conducta cuando resulte de un ejercicio indebido de las facultades del juez o de alguna de las partes procesales (su investigación y persecución penal requiere la previa denuncia penal de la parte ofendida). Sin embargo, es el art. 247, relativo a la falsedad, el que presenta la mejor definición de coacción durante el proceso, al referirse en su fracción tercera a quien soborne a un testigo, perito o intérprete, para producir mentiras ante el tribunal o los obligue o comprometa mediante intimidación o de otra manera. Finalmente, en Colombia, el art. 454-A del CP sanciona con una pena de entre 4 y 8 años a quien amenace a un testigo o familiar cercano, con el uso de violencia física o moral. Además, la letra C del mismo artículo recoge el delito de impedir (por cualquier medio) la celebración de una audiencia judicial pública, cuya conducta típica puede considerarse genéricamente como una modalidad de coacción en el curso del proceso, sancionada con pena de 3 a 6 años. De esta manera, como sucede en Brasil (así como en España, EE.UU. e Italia), el sistema colombiano prevé dos tipos penales específicos para castigar la coacción durante el proceso, los cuales castiga con penas superiores a las previstas en todos estos países menos en EE.UU. (cuyas penas son superiores).

propio, o los intereses de terceros (de esta manera, el delito lo comete, por ejemplo, el imputado que, buscando evitar su condena, amenaza con revelar información sobre un perito judicial o un testigo para que no declare en su perjuicio). Con su tipificación se busca asegurar el adecuado ejercicio de la actividad judicial, por lo que el bien jurídico protegido es la administración de justicia.

Los autores encuentran en este delito un mayor número de elementos en común, incluyendo los siguientes: (a) se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, y que tiene especial relevancia en el contexto del COT porque las organizaciones criminales suelen utilizar amenazas, intimidación y violencia para encubrir sus delitos; (b) puede cometerse por acción u omisión y no deja normalmente huellas; (c) requiere, por lo general, que el autor sea una autoridad (como, por ejemplo, el juez), una parte procesal, o cualquier otra persona que trabaje o esté llamada a intervenir en el proceso mientras está en curso (secretario, alguacil, perito, testigo, jurado, traductor, intérprete, etc), de manera que no se configura el delito si el autor ha dejado de intervenir en el proceso al momento de realizar el acto de violencia o amenaza grave; (d) solo se castiga su modalidad dolosa; y (e) debe tener como objetivo lograr alguna ventaja en interés propio o de un tercero en un procedimiento judicial, policial, administrativo o de arbitraje.

Al igual que los tipos penales previamente analizados, el delito de fraude procesal es recogido también en todos los países no latinoamericanos estudiados¹⁹, mientras que en América Latina está

¹⁹ En Alemania, el delito de fraude procesal está regulado en el art. 263 StGB. Este artículo trata sobre el “Fraude” (*Betrug*), que abarca diversas formas de engaño y manipulación, incluyendo aquellas que ocurren en el ámbito procesal. El artículo establece las condiciones y las penas para el fraude procesal, considerando factores como la intención de engañar y el perjuicio causado. En cuanto a España, el art. 564 del CP prevé como delito la invalidación u ocultación abusiva de documentos por parte de abogados o fiscales. En este caso, el agente será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años, multa de 12 meses e inhabilitación profesional por tiempo de 3 a 6 años. Por su parte, el art. 374 del CP italiano recoge también el delito de fraude procesal. Según esta disposición, quien, en el curso de un proceso civil o administrativo, con el fin de engañar al juez en una inspección o

previsto en cuatro de los seis sistemas nacionales analizados: Brasil, Colombia, México y Perú²⁰. Con respecto al contenido del tipo pe-

experimento judicial, o al perito que ejecuta un informe, cambia artificialmente el estado de un lugar, una cosa o una persona, será castigado con pena de prisión de 1 a 5 años (a no ser que se la conducta sea constitutiva de un delito más grave). La misma disposición se aplica si el acto es cometido en el curso de un proceso penal ante la Corte Penal Internacional. No se castiga cuando el fraude es cometido frente a un delito respecto del cual solo se puede actuar a raíz de una denuncia, solicitud o petición, y esta no ha sido presentada. En la legislación procesal de EE.UU., la sección 1506 del 18 USC de los EE.UU. sanciona el robo o alteración de datos o procesos con una pena de prisión de hasta 5 años y/o multa.

²⁰ El delito de fraude procesal no se recoge ni en Argentina, ni en Chile. En Brasil está previsto en el art. 347 del CP, que sanciona con pena de prisión 2 años y multa a todo agente que, mientras se encuentra pendiente de un proceso civil o administrativo, altera artificialmente el estado de un lugar, cosa o persona, con el fin de inducir a error al juez o al perito (se castiga con una pena de 3 meses a 2 años y multa, siendo la tramitación de un proceso civil o administrativo un requisito necesario). Sin embargo, cuando se trata de procesos penales, el delito puede cometerse también durante la fase de investigación. Por su parte, en México se sanciona genéricamente con prisión de 3 a 8 años y multa a quien realiza actos o comete omisiones que causen daño u otorguen a alguien una ventaja indebida (art. 225 del CP federal). En cuanto a Perú, el art. 405 del CP, relativo al ocultamiento real, sanciona con pena privativa de libertad de 2 a 4 años (que se puede agravar cuando el delito principal es el terrorismo) a quien obstaculice la acción de la justicia procurando borrar huellas dactilares o pruebas del delito u ocultando sus efectos. Además, el art. 416 del CP, relativo al fraude procesal, sanciona con la misma pena a quien, por cualquier medio fraudulento, induzca a error a un funcionario o servidor público para obtener un resultado contrario a la ley. Finalmente, en el sistema colombiano, el art. 453 del CP, recoge el delito de fraude procesal como parte de los delitos contra la administración de justicia, estableciendo que “el que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo, contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”. Por su parte, el art. 454 del CP, relativo al fraude a resolución judicial o administrativa de policía, prevé que “[e]l que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. En consecuencia, Colombia, recoge las penas más altas de los distintos sistemas latinoamericanos. Ade-

nal, existe un cierto consenso en que la conducta típica consiste en alterar artificialmente el estado de un lugar, una cosa o una persona en el proceso, con el fin de engañar al juez o perito (lo que sucede, por ejemplo, cuando el acusado, tratando de evitar su condena, elimina documentos que podrían justificarla). En este supuesto y para el caso colombiano, nos encontramos en presencia de un concurso de delitos, que afectan tanto a la recta y eficaz impartición de justicia, como a la fe pública, teniendo en cuenta la destrucción, supresión u ocultamiento de documentos públicos y privados (arts. 292 y 293 del CP).

Los autores encuentran en este delito un número importante de aspectos comunes, incluyendo los siguientes: (a) su finalidad es garantizar el adecuado ejercicio de la actividad judicial, por lo que el bien jurídico protegido es la administración de justicia; (b) es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona (aunque no esté interesada en resolver el caso), lo que incluye también a los funcionarios públicos, siempre y cuando la conducta no constituya como tal otro delito; (c) se puede cometer por acción u omisión; (d) solo se admite la modalidad dolosa; (e) la conducta debe ir específicamente dirigida a engañar al juez o perito, por lo que, debido a la misma, estos pueden llegar a conclusiones erróneas, poniendo así en riesgo la correcta aplicación de la ley; y (f) tiene especial relevancia en el contexto del COT, debido al poder de influencia que tienen estas organizaciones para manipular información, documentos y personas con el propósito de engañar a los agentes estatales responsables de actuar en el proceso.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que el único tipo penal relacionado con la obstrucción a la justicia analizado que se encuentra recogido en todos los sistemas nacionales es el delito de falso testimonio o peritaje. Con respecto a los demás, se observa una mayor homogenización en la tipificación de estos delitos en los sistemas no latinoamericanos estudiados (Alemania, España, EE.UU. e Italia), puesto que todos ellos recogen los delitos de obstrucción a la justicia, coacción en el curso del proceso y fraude procesal.

más, como sucede en Brasil, España, EE.UU. y México, prevé una pena de multa además de la privación de libertad.

En contraste, la situación es más heterogénea en los sistemas de América Latina objeto de análisis (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú) porque solo el delito de falso testimonio o peritaje está tipificado en todos ellos. Con respecto a los demás, la situación cambia casuísticamente, de manera que (a) Chile, México y Perú recogen el delito de obstrucción a la justicia; (b) Brasil, Colombia y México hacen lo propio con el delito de coacción en el curso del proceso; y (c) Brasil, Colombia, México y Perú prevén el tipo penal de fraude procesal.

Mención aparte merece el delito de impedir u obstaculizar una investigación criminal que involucre a una organización criminal, porque: (a) este es el único delito analizado por los autores que está específicamente dirigido a luchar contra el crimen organizado (nacional o transnacional); (b) su tipificación es particularmente importante para combatir tanto el COT, como la corrupción asociada al COT, debido a que es habitual que este último recurra a este tipo de conductas con el apoyo de los funcionarios públicos que ha corrompido; y (c) solo la legislación brasileña lo recoge expresamente a pesar de su relevancia.

De esta manera, y en lo que se refiere específicamente a América Latina, es importante resaltar que, tratándose de delitos cometidos a través de organizaciones criminales, algunos países como Perú contemplan en su CPP criterios más estrictos para la libertad provisional (flexibilizando las figuras de la detención preliminar y preventiva) y la progresión del régimen de penas. Así mismo, en Colombia se recoge una modalidad agravada de encubrimiento cuando el apoyo doloso para eludir la acción de la autoridad o para entorpecer la investigación penal se realiza en relación con delitos en los que suele estar involucrado el COT como el homicidio, la tortura, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, la extorsión, el enriquecimiento ilícito, el secuestro extorsivo o el tráfico de drogas, entre otros (art. 446 del CP)²¹.

²¹ Así mismo, los autores destacan la reciente aprobación en Colombia de la Ley 2195 (2022), que tiene como objetivo adoptar disposiciones encaminadas a prevenir actos de corrupción, fortalecer la coordinación y coordinación entre entidades del Estado y recopilar y sistematizar los datos gene-

No obstante, como señalan los autores, la normativa brasileña ha dado un paso adicional porque, no solo recoge criterios más severos en materia de libertad provisional y progresión en el régimen de las penas para los casos de delitos graves cometidos a través de organizaciones criminales, sino que el art. 1 de la Ley 12.850/2013 tipifica el: (a) promover, constituir, financiar o integrar, personalmente o por interpuesta persona, organizaciones de esta naturaleza; y (b) el impedir o, en cualquier caso, obstaculizar la investigación penal de los delitos que involucran a las mismas (castigándose con pena de prisión de 3 a 8 años y multa).

En todo caso, y a pesar de la inclusión de esta figura en la legislación brasileña, Amaral, Rangell, Rios & Vianna consideran que los países no latinoamericanos están en mejores condiciones jurídicas que los latinoamericanos para responder penalmente (tanto a nivel interno, como a través de la cooperación internacional), a las conductas analizadas en el capítulo 5 (estén o no relacionadas con el COT). En contraste, los países latinoamericanos continúan necesitando realizar un esfuerzo importante de armonización legislativa para abordar de manera más eficaz este tipo de conductas, lo que es ciertamente preocupante, teniendo en cuenta que, como hemos visto, el COT incurre con frecuencia en las mismas para evitar que se investiguen, enjuicien y sancionen las prácticas de corrupción que promueve (para lo cual cuenta con el inestimable apoyo de los propios agentes estatales que corrompe).

Sin embargo, como los autores señalan, esta armonización es compleja por dos razones principales. En primer lugar, porque la

rados por los actos de corrupción. Todo ello, con el propósito de asegurar y promover una cultura de legalidad e integridad, así como recuperar la confianza y el respeto de la población colombiana en el Poder Público. En términos generales, esta nueva ley busca, entre otras iniciativas, reforzar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por actos de corrupción, establecer un sistema de intercambio de información para combatir la corrupción y promover, en el ámbito de la educación preescolar, básica y secundaria, la sensibilización en materia de sentido de lo público, transparencia y cultura de integridad en el uso de los recursos públicos. Si bien la Ley 2195 no tienen un carácter penal, constituye un paso adelante en el combate a la corrupción en Colombia.

interacción entre la lucha contra la corrupción, el combate frente al COT, la salvaguarda del correcto funcionamiento de la administración de justicia y la presencia de diversas tradiciones socio-jurídicas en los países de la región, ha provocado la existencia de distintas concepciones con respecto a varios de los delitos analizados. En segundo lugar, porque sigue pendiente la realización de un análisis sistemático y metodológico más profundo sobre la falta de eficacia en la aplicación penal y procesal penal de los delitos estudiados en los contextos anticorrupción y anti COT.

Estas dificultades se reflejan en las diversas iniciativas de armonización adoptadas hasta el momento, que van desde los tratados internacionales mencionados en la primera parte del capítulo, hasta las acciones prácticas adoptadas en el ámbito de diversos foros regionales como: (a) la Reunión de Ministros de Seguridad Pública (MISPA) en el marco del Comité de Seguridad Hemisférica de la OEA²²; y (b) los foros promovidos por AMERIPOL (policía de las Américas), INTERPOL regional de las Américas y MERCOSUR (equipos conjuntos de investigación y cooperación en materia de seguridad regional).

En consecuencia, es razonable suponer que toda estrategia de acción para combatir la corrupción asociada al COT en América Latina en general, y Colombia en particular, ha de ir encaminada a superar este tipo de obstáculos, porque, de lo contrario, no será posible lograr un grado suficiente de armonización para permitir una cooperación internacional eficaz, respetando las especificidades socio-jurídicas propias de los respectivos sistemas de la región. De ahí que, según los autores, contar con un observatorio multilateral independiente podría ayudar a promover una dinámica de armonización más efectiva que lo que hasta ahora han hecho los mencionados foros regionales.

²² Como señalan los autores, se trata del principal foro político de las Américas dedicado exclusivamente a identificar desafíos comunes, soluciones estratégicas y oportunidades de cooperación para apoyar la toma de decisiones en materia de seguridad pública a nivel regional y subregional. Está basado en los siguientes cinco pilares: gestión de la seguridad, prevención de la delincuencia, la violencia y la inseguridad, gestión policial, participación ciudadana y comunitaria, y cooperación internacional.

7. REFLEXIONES FINALES

Para concluir este capítulo, y a la luz de lo expuesto en las secciones anteriores, realizamos las siguientes reflexiones finales que sientan las bases para el siguiente capítulo de recomendaciones.

1. Ante la emergente transnacionalización del crimen organizado, la configuración de las políticas estratégicas, tanto estatales como de organismos e instituciones de índole internacional, en los ámbitos de la prevención y la persecución penal, adeudan una revisión y reestructuración, para su acomodación a los desafíos identificados en el presente volumen.

2. La principal preocupación estriba en la posibilidad de que la corrupción logre afianzarse y convertirse en el eje principal del sistema (escenario de corrupción sistémica), de manera que el mismo pase a caracterizarse por una simbiosis entre poder y corrupción que busque destruir, sustituir o modificar las modalidades de ejercicio de la autoridad y de distribución de los recursos. Por ello, prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción es una tarea esencial para evitar la influencia del crimen organizado en las estructuras públicas.

3. En consecuencia, el objetivo básico a alcanzar es evitar que las estructuras criminales altamente complejas, con independencia de su concreta naturaleza y tipología, se hagan cada vez más invulnerables a la fuerza del Estado. La clave reside en maximizar el aprovechamiento de sus vulnerabilidades, combinando mecanismos preventivos y reactivos, debidamente articulados a través de iniciativas de política criminal. Empeño, que demanda un profundo estudio de su fenomenología que aporte el sustrato básico para generar estrategias multinivel exitosas.

4. El problema desde la óptica de la gestión pública frente a este tipo de comportamientos y corruptelas reside en la inacción y la falta de respuesta contundente proveniente de la propia administración²³. En este contexto, los servidores públicos corruptos, patrimonializan

²³ Carbonell, M. (2009). *Dilemas de la democracia constitucional*. México: Cámara de Diputados LX Legislatura. Ed. Porrúa y Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes.

sus puestos y el desempeño de los servicios públicos, olvidando que solo son sus gestores. Por ello, cada vez cobra más fuerza el concepto de patrimonialización de lo público (conducta diferenciada de la corrupción, pero íntimamente relacionada con la misma), en la que incurre todo titular de un cargo público cuando, en lugar de servir al Estado, se sirve del Estado utilizando sus atribuciones, facultades y poderes para la satisfacción de intereses, que no son ni públicos, ni generales. El poder público se patrimonializa, por tanto, cuando los titulares lo consideran un bien propio y lo utilizan en beneficio particular, del partido o de la pertinente organización criminal.

5. En aquellos sistemas políticos en los que las políticas gubernamentales son ineficientes, parciales, persiguen el beneficio de grupos sociales particulares y son corruptas, se imposibilita el desarrollo de un sentido de solidaridad social y se estimula la confianza particularizada en diferentes grupos sociales, por encima de la confianza generalizada en toda la sociedad. La generalización de la corrupción lleva aparejado la desaparición de la cultura ciudadana y la consolidación de pautas clientelares nocivas.

6. De hecho, la corrupción constituye una de las variables que más influyen en la “desafección” política de la población, puesto que erosiona la confianza en el gobierno y la legitimidad en las instituciones, así como la soberanía e independencia del Estado. Ocasiona un impacto gravísimo en el proceso democrático al afectar a las decisiones públicas, que dejan de tomarse atendiendo al interés general propio de la democracia. La corrupción se convierte en una polea de transmisión, que lleva los deseos de quien paga a las instancias estatales. El principio del beneficio de la mayoría, como ideal rector de la toma de decisiones democráticas, que representa la piedra basal de la idea misma de democracia, se quiebra. La construcción del Estado democrático constitucional y de derecho decae, privilegiando la posición de los intereses particulares (de la criminalidad organizada), con base en la combinación entre dinero y poder²⁴.

²⁴ Como resultado se instala el desgobierno de lo público (Ariel, 2008), como tituló su libro Alejandro Nieto, haciéndose precisamente eco de estas inquietudes y realidades.

7. Corrupción, además, que resulta más proclive a desarrollarse a nivel regional y local, básicamente porque es en estos niveles de poder institucional donde los controles, contrapesos y equilibrios o las auditorías internas, tienden a ser más débiles en comparación con el nivel central. Las administraciones regionales y locales están investidas de amplios poderes y gestionan recursos muy considerables sin disponer, ni de un nivel de responsabilidad equivalente, ni de adecuados mecanismos de control, por lo que han sido objeto de penetración criminal. Los controles legales existentes en este tipo de entidades son mucho menores, que los previstos en las administraciones territoriales. Y, sin embargo, la criminalidad organizada ha encontrado en ellas un filón para favorecer y ocultar, tras un barniz de legalidad, parte de sus actividades. Especialmente aquellas ligadas a sus incursiones urbanísticas y de contratación pública para la prestación de servicios. El ámbito local, representa, sin lugar a duda, el talón de Aquiles de la política y la administración pública frente al crimen organizado y la corrupción, como consecuencia del amplio poder de decisión que conlleva el ejercicio de la gestión pública en este ámbito.

8. En este contexto, es necesario contar con un acervo suficiente de instrumentos y herramientas jurídico-penales con las que poder hacer frente a esta situación de forma efectiva, razón por la cual los trabajos presentados en esta obra, y su análisis comparado, persiguen aportar su contribución desde la óptica de la gestión pública, impulsando iniciativas e innovaciones institucionales de políticas anticorrupción a nivel nacional y multilateral.

9. Por esta razón, la legislación anticorrupción se ha ampliado en las últimas décadas, consolidándose en importantes instrumentos internacionales y legislaciones nacionales, especialmente de naturaleza penal, con una tendencia cada vez mayor a la armonización de los tipos penales y al fortalecimiento de la cooperación internacional (especialmente en lo que respecta a los mecanismos para combatir la corrupción asociada al COT en el marco de la globalización).

10. Sin embargo, el relativamente alto grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados anticorrupción y anti COT no se corresponde con los escasos logros obtenidos en su aplicación. De esta manera, la política criminal y los medios desarrollados contra la corrupción y sus vínculos con el COT no están dando buenos

resultados. Sólo hay que contrastar los datos sobre la corrupción y el crimen organizado recogidos por diversos organismos internacionales en sus reportes anuales (sirva de referencia el *Global Organized Crime Index 2023. A fractured world*).

11. Esto significa, en última instancia, que la regulación, aunque existente, es inidónea, o cuando menos insuficiente, para responder al COT de un modo satisfactorio, sobre todo en lo que se refiere específicamente a la corrupción política. Además, es importante tener en cuenta que la situación actual es fruto, en buena medida, de la falta de eficacia (y correspondiente necesidad de tomar medidas que incrementen la misma) en la aplicación de las normas preventivas de naturaleza administrativa, fiscal o aduanera, como las relativas a las medidas de vigilancia y control en la contratación pública, los mecanismos de alerta temprana y los sistemas electrónicos que dotan de transparencia y publicidad a las adjudicaciones.

12. Ahora bien, el problema no solo radica aquí, porque el estudio de los delitos objeto de esta obra ha puesto de manifiesto, por ejemplo, que el tratamiento de las diversas formas de favorecimiento real/personal no es homogénea en los distintos países de referencia analizados y, en particular, entre los ordenamientos jurídicos de América Latina. Aunque en todos ellos existe un mínimo desarrollo de legislación penal aplicable, el tratamiento doctrinal y normativo de las figuras estudiadas es diferente. Divergencia, que no beneficia la aspiración de combatir eficazmente el COT, facilitando la reciprocidad entre ordenamientos jurídicos e incentivando la colaboración entre autoridades de persecución penal que, de otro modo, se guían por parámetros desiguales. Además, desde un punto de vista de derecho sustantivo, se aspira a ofrecer una respuesta político-criminal satisfactoria que, además, respete los principios del derecho penal y las garantías penales.

13. Este reto, que no es en absoluto baladí, se encuentra con el problema añadido de los vacíos legales y las técnicas legislativas deficientes. Así, por una parte, la no tipificación de ciertas conductas corruptas, como acontece con el legislador colombiano que no ha tipificado el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas, ni sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas, limita en última instancia la efectiva protección de los bienes

jurídicos tutelados. Del mismo modo, el derecho penal tributario constituye un ejemplo paradigmático de discordia dogmática, toda vez que la discusión doctrinal es muy amplia y, todavía, carente de un consenso generalizado.

14. Por otra parte, el desafío planteado debe contrarrestar cualquier tendencia hacia la desregulación y el empobrecimiento de la calidad de la normativa, lo que repercute en la ausencia de algunas figuras de referencia, promueve la disfunción del lenguaje jurídico por la imprecisión, ambigüedad y oscuridad de las formulaciones utilizadas, genera inflación legislativa y fomenta la contradicción entre normas, comprometiendo así la capacidad reguladora del derecho. Una legislación defectuosa de baja calidad que, en conjunto, empobrece la cultura jurídica. Ejemplo paradigmático de esta situación es la gran disparidad de concepciones y abordajes en los diferentes ordenamientos latinoamericanos, al menos en cuanto a los bienes jurídicos tutelados y a las conductas tipificadas en relación con la criminalización de las donaciones ilícitas a los partidos y/o a las campañas electorales.

15. Subrayar al respecto que, en el área de análisis que nos ocupa, sea el descrédito legislativo o la ausencia o la inseguridad legal, cualquiera de ellas y no digamos todas en conjunto, acarrearán un alto costo político y económico. Circunstancia, que a su vez se conecta con el grado de corrupción de un país y de la asociación de su burocracia con organizaciones criminales. Esta combinación contribuye a provocar un paulatino proceso de desregulación, que está: (a) planteando retos importantes al Estado de derecho moderno y a su monopolio de producción jurídica; y (b) afectando fundamentalmente tanto a la supresión de controles jurídicos, en ciertas actividades socioeconómicas, en favor de su liberalización, como a la calidad de los productos normativos.

16. Hay que entender, que dicha desregulación no significa ausencia de normas o falta total de regulación, sino que hace referencia a un cambio intencionado en los objetos materiales y formales de la regulación, con finalidades espurias orientadas a la satisfacción de intereses particulares en detrimento del bien colectivo. Un proceso de contaminación normativa, que inculca dosis de inutilidad al ordenamiento a través de “normas-trampa”, haciendo de la todopo-

derosa ley una herramienta impotente frente al COT. Panorama de ineficacia y disfunciones legal, que el COT está sabiendo aprovechar inteligentemente.

17. La combinación de las estrategias de favorecimiento de espacios vacíos de derecho (desregulados) y de contaminación normativa fruto de la previa captura del legislador, facilitan enormemente al COT su actuación, a través de la conveniente explotación de los resquicios y debilidades del sistema legal para lograr sus intereses, al tiempo que aseguran su impunidad.

18. En definitiva y de acuerdo con lo detallado a lo largo de la presente investigación, cabe concluir que, ante el contexto regulatorio actual en relación con los tipos penales analizados en el presente volumen, el combate ante la corrupción pública y privada asociada al COT se encuentra definido por cuatro desafíos principales. En primer lugar, de forma unánime, todos los autores que participan en este proyecto coinciden en la impostergable necesidad de continuar avanzando en el conocimiento especializado del COT y del elenco de sus actividades en general, y asociadas a la corrupción en particular, a efectos de lograr el mayor conocimiento posible sobre la realidad criminal, con el fin de desarrollar herramientas jurídicas penales adecuadas a los cambios operados en una fenomenología delictiva caracterizada por su alta mutabilidad y continuo estado de transformación.

19. El conocimiento detallado de la realidad criminológica característica del COT es fundamental para mantener actualizado el acervo jurídico aplicable para su contención. Realidad, que representa *per se* una desventaja debido a la propia naturaleza de los procesos creadores de normas jurídicas, sujetos a ciertos tiempos legales requeridos por el legislador. Esta desventaja inicial se puede minimizar acortando tiempos, sin que esto impacte negativamente en la calidad de las normas. La clave reside en generar normas innovadoras basadas en el conocimiento previo del desafío planteado por el COT para dotarlas de la máxima operatividad posible, incidiendo allí donde mayor perjuicio se pueda causar a las actividades delictivas.

20. En segundo lugar, ante la creciente transnacionalización de las organizaciones criminales, se requiere que las herramientas jurí-

dicas favorezcan la interoperabilidad y la cooperación internacional de los operadores jurídicos responsables de la persecución del delito. Para ello, los autores hacen énfasis en la necesidad de adoptar un nivel suficiente de regulación jurídico-internacional en el ámbito universal (si bien en América Latina sería conveniente comenzar por nivel regional) sobre el COT y la corrupción (más ambiciosa que la contenida en las actuales convenciones vigentes), que: (a) se base en el consenso sobre los bienes jurídicos protegidos y las conductas que han de ser objeto de sanción penal; y (b) recoja medidas específicas para abordar los casos de intervención del COT en la comisión de los tipos penales objeto de estudio, que podrían consistir en una agravación específica de la pena, la exclusión expresa de beneficios punitivos o incluso la consideración de estos delitos como previos al LA.

21. En tercer lugar, los autores plantean la necesidad de articular no sólo normativa internacional o regional comúnmente reconocida, sino adecuar suficientemente los ordenamientos jurídicos nacionales en un esfuerzo para armonizar, en la medida de lo posible, figuras, tipos penales y penas, que eviten que el COT se beneficie de los resquicios legales existentes entre ordenamientos que operan nacional e internacionalmente de forma desacompasada.

22. En este sentido, es importante subrayar que el problema no es, en muchas ocasiones, la falta de normas para el control de la corrupción y sus diversas manifestaciones, como lo muestra, por ejemplo, el caso de la normatividad colombiana en materia de LA, la cual a pesar de ser una de las más desarrolladas (lo que, teóricamente, debería servir para un control y prevención más eficaz del LA), no es aplicada de manera eficaz, y por tanto no ha contribuido a reducir este fenómeno en el país.

23. De ahí que la cuestión no sea tanto la aprobación de nuevas leyes penales (o, al menos, no siempre), sino la consecución de un nivel suficiente de armonización para que en aplicación de las mismas se pueda recurrir de manera efectiva a los mecanismos de cooperación internacional. Así mismo, si queremos que esto realmente sea operativo, es necesario: (a) dejar a un lado las estrategias homogeneizadoras, para centrarse en la promoción de reformas legislativas cuyo contenido prevea suficientes niveles de armonización sin por ello abandonar las respectivas tradiciones socio-jurídicas nacionales;

y (b) evitar poner la atención en conductas que poco o nada tienen que ver con el fenómeno que se busca abordar, como ha sucedido con los sistemas español e italiano en materia de LA ante la presión ejercida por las objeciones, requerimientos o cuestionamientos del GAFI, o de la propia UE (“Europa nos obliga”).

24. Esto significa, en última instancia, que el objetivo no puede ser eliminar las especificidades, sino reconducir el alcance de las mismas de manera que no impidan el desarrollo de una cooperación internacional que presente un cierto nivel de eficacia en el abordaje de las diversas manifestaciones de la corrupción asociada al COT.

25. Sobre esta base, varios autores proponen la creación de un organismo supranacional (regional o universal), responsable de monitorear los niveles de implementación de la normativa internacional anticorrupción previamente consensuada, con poderes para emitir y publicar informes de evaluación periódicos. Y es que la disparidad normativa identificada en un espacio crecientemente hiperconectado como América Latina, evidencia una de las principales debilidades en la lucha contra el COT.

26. Algunos avances en esta dirección ya se han producido. Así, tal y como se refleja en el capítulo 2, la prevención del fraude fiscal es uno de los objetivos prioritarios de las agendas ejecutivas, de los planes estratégicos y de las prioridades legislativas nacionales e internacionales, lo que se refleja, entre otras cosas, en la elaboración en los últimos años de instrumentos internacionales que ofrecen pautas sobre cómo abordar este delito de un modo armonizado. En este sentido, destaca, por ejemplo, en materia de delito tributario, la labor llevada a cabo desde la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), así como la elaboración del informe “Transparencia Fiscal en América Latina 2021”, orientado a avanzar en la transparencia fiscal y la agenda de intercambio de información en la región, con el fin de combatir la evasión fiscal, la corrupción y otros delitos financieros.

27. En cuarto lugar, es imprescindible no olvidar que no solo basta con desarrollar un elenco normativo que aborde los desafíos planteados, sino que se requiere a la par de la voluntad política. Esto se manifiesta, por un lado, en la adopción de medidas como: (a) la

creación de fiscalías especializadas, como las establecidas en países como España o EE.UU.; (b) la reforma de la legislación existente, así como la incorporación de programas serios, con el fin de brindar protección y apoyo adecuados a los testigos que enfrentan amenazas o intimidación como resultado de su testimonio, el cual es esencial para acceder a información penalmente relevante que, de otra forma, tiende a diluirse, restringiendo la capacidad de acción ante las organizaciones criminales; y (c) promover medios y fórmulas de investigación y enjuiciamiento más eficientes, así como prever sentencias de prisión más largas y multas más altas para quienes obstruyan la justicia.

28. Pero, sobre todo, se manifiesta con una dotación presupuestaria lo suficientemente amplia como para poder abordar los retos con un cierto nivel de solvencia. La policía y los fiscales deben recibir capacitación y apoyo en la investigación y el enjuiciamiento de casos de obstrucción a la justicia, incluido el uso de tecnologías avanzadas y recursos adicionales. De lo contrario, el esfuerzo normativo quedará relegado a un mero desiderátum; eso sí, magníficamente redactado en términos de calidad normativa si cabe, pero lejos de resultar aplicable y, por extensión, de utilidad.

29. Por ello, conviene no olvidar que el COT ha hecho suya la máxima de obstruir la acción de la justicia. Debido a su naturaleza altamente sofisticada y su capacidad para influir o intimidar a las autoridades, testigos y otras personas involucradas en el proceso judicial, puede impedir la investigación y el enjuiciamiento de sus miembros y actividades delictivas. Y para ello recurre habitualmente a acciones como las amenazas, la corrupción de funcionarios, la compra de testimonios, la fabricación de pruebas falsas y la destrucción de pruebas. Acciones que, en última instancia, pueden impedir que se haga justicia y que los responsables rindan cuentas por sus crímenes. Realidad que se ve reforzada por la mera existencia tolerada de los paraísos fiscales, que redundan en la perseverancia de la impunidad de los efectos del delito.

30. En estrecha relación con estos cuatro desafíos, los capítulos precedentes permiten también vislumbrar dos elementos característicos del contexto regulatorio actual en relación con los tipos penales objeto de estudio. Por un lado, la tendencia político-criminal a la

internacionalización de las conductas típicas, a la vista de su vinculación a la transnacionalización del crimen organizado. Por otro lado, la mencionada búsqueda de un mayor nivel de homogeneidad legislativa entre los distintos países.

31. De esta manera, y a la luz de lo anterior, no se puede sino concluir afirmando que, si bien es cierto que existen ciertas lagunas por cubrir, ausencias penales que subsanar y el constante desafío de los proponentes de la despenalización, la rebaja de condenas (intento de captura/corrupción del legislador) y la adopción de desafortunadas regulaciones en términos técnico normativos (que restan calidad a la legislación vigente), no es menos cierto que, en términos generales, no es posible afirmar que los países de América Latina carezcan de normativa para controlar la corrupción y confrontar la amenaza del COT.

32. De hecho, como se vislumbra con nitidez a lo largo de los capítulos de esta obra, no se encuentran muy distantes en términos comparativos de países como España, EE.UU. o Italia. De ahí, la importancia, de identificar primero, e incidir después, sobre los factores jurídicos extrapenales, y especialmente sobre los factores extrajurídicos, que hacen que, a pesar de la regulación jurídico penal existente, la corrupción y el COT sigan siendo fenómenos sistemáticos ampliamente extendidos en la región y sus índices no paren de crecer.

7. Recomendaciones para América Latina y Colombia

HÉCTOR OLASOLO*

BEATRIZ GOENA VIVES**

DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL***

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ****

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

** Doctora en Derecho penal y profesora acreditada como agregada en Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Investigadora posdoctoral María Zambrano en el marco del proyecto de la Unión Europea-NextGenerationEU. La presente contribución se realiza en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-115863GB-I00).

*** Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Criminólogo y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la misma universidad. Maestría en Seguridad por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente, secretario académico de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Secretario Académico del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (OCOT) de la Universidad de Salamanca (España) y profesor de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO sede Ecuador).

**** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en Derecho Penal de

1. INTRODUCCIÓN

Pretender combatir las modalidades delictivas organizadas modernas y sus complejas estrategias y mecanismos de corrupción con esquemas punitivos del siglo XX, resulta en gran medida inoperante. Ante los nuevos retos planteados, impera adoptar nuevas respuestas. Por ello, resulta indispensable sumarse a la reflexión de los autores en esta obra colectiva en torno a los desafíos abiertos para la política criminal y el derecho penal.

La delincuencia, en aras de una mayor y más eficiente autoprotección, opta por asentarse en aquellos países y espacios geográficos que presentan características más favorables a sus intereses. Son candidatos predilectos los Estados dotados de ordenamientos jurídicos laxos, democracias no consolidadas o en construcción, sistemas judiciales permeables y políticas criminales poco desarrolladas o desfasadas, que les permiten operar al amparo de los beneficios que les ofrece un marco de legalidad desprovisto de herramientas jurídicas adecuadas a la altura de la amenaza criminal y su capacidad corruptora. De ahí, la relevancia de concluir esta obra con la articulación de una propuesta de estrategia penal dirigida a hacer de América Latina, y de Colombia en particular, un espacio menos atractivo para el crimen organizado transnacional (COT).

Como vimos en el capítulo anterior, la obra ha tenido como objeto examinar las respuestas desde la parte especial del derecho penal a otras formas de corrupción asociadas al COT, distintas a las analizadas en el anterior volumen presentado por la Red de Investigación sobre Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional (la Red de Investigación). De esta forma, se han anali-

la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que hace parte del Programa de Investigación 70593 de MinCiencias (Colombia) sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

zado toda una serie de delitos autónomos (financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales y delitos tributarios) o dependientes (lavado de activos (LA), favorecimiento real y obstrucción a la justicia), teniendo en común su idoneidad para responder a prácticas en las que las formas de corrupción más tradicionales (como el soborno activo o pasivo en el ámbito público o privado) se agravan, perpetúan o potencian.

En su mayoría, los tipos penales analizados han sido adoptados en los países estudiados a partir del siglo XXI por lo que son figuras relativamente recientes, que todavía se encuentran, en cierta medida, en construcción. Esto hace que se observen aún ciertos vacíos normativos que es necesario abordar, sobre todo en materia de delitos de (a) corrupción política distinta a la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales; (b) testaferrato; y (c) conductas relacionadas con la obstrucción a la justicia.

Así mismo, destaca también la ausencia de especificidades en la regulación de los delitos estudiados cuando el COT interviene en los mismos. De manera que solo Brasil tipifica específicamente una práctica tan habitual en la forma de actuar del COT como el tratar de impedir o, al menos, obstaculizar la investigación penal de los delitos que involucran a las mismas, incluyendo las dinámicas de corrupción que promueven como parte de su *modus operandi*. Para ello, y con el fin de garantizar su impunidad cuentan con el inestimable apoyo de aquellos funcionarios públicos y actores privados que han previamente corrompido.

No obstante, si bien es cierto que existen estas lagunas por cubrir, y que algunas de las normativas adoptadas son ciertamente desafortunadas en términos técnico normativos (sobre todo en el ámbito de los delitos de financiación ilícita de partidos políticos y campañas electorales, los delitos tributarios distintos de la defraudación fiscal, el LA y la receptación), no es menos cierto que, en términos generales, no es posible afirmar que los países de América Latina carezcan de legislación para controlar la corrupción y confrontar la amenaza del COT. De hecho, como señalábamos en las conclusiones, los distintos capítulos de esta obra permiten observar que su normativa penal no se encuentra muy distante de la que existe en países como España, EE.UU. o Italia.

Sin embargo, a pesar de esta situación, y del relativamente alto grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados anticorrupción y anti COT, los resultados obtenidos en su aplicación no son buenos, porque, como reflejan los informes anuales de diversos organismos internacionales, la corrupción sigue creciendo y el COT se sigue extendiendo en América Latina. Pero entonces, ¿dónde radica el problema? ¿Es la normativa adoptada inidónea o por lo menos insuficiente? ¿Son los criterios de política criminal que guían su aplicación los que son inapropiados? ¿Se trata de un problema de falta de voluntad política (sobre la que impactan particularmente las dinámicas de corrupción) ante la debilidad institucional y/o la falta de recursos para su adecuada aplicación? ¿Es la falta de eficacia en la aplicación de normas preventivas de naturaleza no penal (administrativa, fiscal o aduanera), que deberían anteceder (y de ese modo complementar) a la legislación penal (como los sistemas electrónicos que dotan de transparencia y publicidad a los procesos de contratación pública, las medidas de vigilancia y control y los mecanismos de alerta temprana)? ¿Se trata de una combinación de todos los factores anteriores?

¿O, no serán todos estos factores jurídicos (penales y extrapenales) solo responsables de una pequeña parte del problema? Así, los criminólogos de la Red de Investigación nos alertan que las principales razones del crecimiento de la corrupción y de la propagación nacional y transnacional del COT hay que buscarlas en factores extrajurídicos de naturaleza económico-financiera, socio-política y cultural relacionados con: (a) la forma en la que se organiza el actual sistema internacional de capitalismo global, entre cuyas características, cabe destacar a efectos de nuestro estudio, la “financierización” de la economía, la desregulación de las transacciones y el desarrollo tecnológico a un ritmo nunca visto antes; y (b) la forma en que los distintos subsistemas regionales, nacionales y locales (con sus características propias como resultado de sus múltiples interacciones a lo largo del tiempo) se relacionan con el sistema global de acuerdo a la función que quienes tienen una posición hegemónica en este último les han asignado.

¿O no será más bien que, como nos alertan los integrantes del grupo en relaciones internacionales de la Red, el problema realmen-

te radica en las múltiples excepcionalidades de hecho (como los circuitos de paraísos fiscales y LA que se han consolidado en paralelo al desarrollo de la normativa internacional anticorrupción), y de derecho (poder de veto en las actuaciones del órgano en el que se ha buscado jurídicamente concentrar el uso de la fuerza armada a nivel internacional), que son parte inescindible del actual sistema de capitalismo global porque así lo han promovido sus arquitectos?

¿O quizá, como afirman algunos de los miembros del grupo en derecho internacional de la Red, el problema realmente está en el hecho de que hasta la década de 1970 la corrupción no era un verdadero motivo de preocupación nacional o internacional, sino una práctica habitual de comportamiento, y que lo que ha sucedido desde entonces es el desarrollo de un régimen jurídico internacional anticorrupción, y su implementación en el derecho interno comparado, que no tiene realmente arraigo en las dinámicas económico-financieras, socio-políticas y culturales que se mantienen a nivel local, nacional, regional y global?

Sea como fuere, y siendo conscientes de la importancia de realizar un buen diagnóstico sobre los factores jurídicos (penales y extrapenales) y extrajurídicos que han contribuido a la situación actual, haciendo que, a pesar de la regulación jurídico penal existente, la corrupción y el COT sigan siendo fenómenos sistemáticos ampliamente extendidos a nivel global, y en particular en regiones como América Latina, y países como Colombia, lo que nos corresponde ahora es presentar de manera sistematizada las principales recomendaciones realizadas por los autores con respecto al régimen jurídico penal de los delitos abordados en esta obra.

Estas recomendaciones se han formulado a la luz del estudio que de cada delito se ha llevado a cabo desde una perspectiva comparada que toma en consideración los principales estándares internacionales que le son aplicables y su actual reflejo en la regulación de: (a) los países latinoamericanos de referencia para del presente volumen (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú); y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en la región (principalmente, Estados Unidos y España).

Además, buscan abordar los principales desafíos identificados a lo largo de la obra, para que dicha normativa pueda contribuir de manera más eficaz al combate contra la corrupción asociada al COT, y que, de acuerdo a lo expuesto en el capítulo anterior, son los cuatro siguientes:

1. Profundizar en el conocimiento especializado del COT y sus actividades, especialmente, las dinámicas de corrupción que promueve.

2. Adoptar un nivel suficiente de regulación jurídico-internacional en el ámbito universal (si bien en América Latina sería conveniente comenzar por el nivel regional) sobre el COT y la corrupción (más ambiciosa que la contenida en las actuales convenciones vigentes), que: (a) sea construida sobre el consenso en relación con los bienes jurídicos protegidos y las conductas que han de ser objeto de sanción penal; y (b) recoja medidas específicas para abordar los casos de intervención del COT en la comisión de los tipos penales objeto de estudio, que podrían consistir en una agravación específica de la pena, la exclusión expresa de beneficios punitivos o incluso la consideración de estos delitos como previos al LA.

3. Avanzar en las siguientes dos estrategias de acción con el fin de permitir el desarrollo de un nivel suficiente de armonización entre los sistemas jurídicos nacionales que permita utilizar de manera efectiva los mecanismos de cooperación internacional: (a) dejar a un lado las estrategias homogeneizadoras, para centrarse en la promoción de reformas legislativas cuyo contenido prevea suficientes niveles de armonización sin por ello abandonar las respectivas tradiciones socio-jurídicas nacionales; y (b) evitar poner la atención en conductas que poco o nada tienen que ver con el fenómeno que se busca abordar (evitando así los problemas identificados en relación con la regulación del delito de LA en países como España o Italia).

4. Fortalecer la voluntad política de los Estados (lo que, de por sí, supone debilitar las dinámicas de corrupción que los atenazan) para que se decidan a adoptar las reformas legislativas, institucionales y presupuestarias necesarias para incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al COT.

Junto a estos cuatro desafíos, los autores han tenido también en cuenta a la hora de formular sus recomendaciones los dos elemen-

tos principales que caracterizan el contexto regulatorio actual de los delitos que han analizado: (a) la tendencia político-criminal a la internacionalización de las conductas típicas como consecuencia de la transnacionalización experimentada por el crimen organizado; y (b) la búsqueda de una mayor homogeneidad legislativa entre los distintos países.

Con base en lo anterior, el presente capítulo sistematiza las principales recomendaciones formuladas por los autores para América Latina y Colombia, teniendo siempre en cuenta que las mismas se realizan con un carácter meramente indicativo, de manera que a la hora de ser aplicadas se requiere analizar si es necesario introducir ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema nacional de que se trate.

2. RECOMENDACIONES PARA PARA EL ÁMBITO LATINOAMERICANO

A la luz de lo expuesto en los distintos capítulos de la presente obra, se presentan a continuación las siguientes recomendaciones, generales y específicas, formuladas por los autores para el ámbito latinoamericano.

2.1. Recomendaciones generales

1. Trabajar en la elaboración, negociación y adopción de una convención regional que garantice un nivel suficiente de regulación jurídico-internacional de los tipos penales analizados en este volumen (de entre ellos solo con respecto al delito de LA se puede afirmar que existen en la actualidad estándares internacionales consolidados, si bien estos se han desarrollado principalmente fuera del ámbito regional), con especial atención a las modalidades de intervención del COT en dichos delitos (y asegurándose que quedan cubiertas las distintas manifestaciones de la corrupción vinculadas al COT relacionadas con los mismos). Esto se debería realizar, como hemos visto, con base en los siguientes dos principios: (a) búsqueda de consenso sobre los bienes jurídicos protegidos y las conductas que han de ser objeto

de sanción penal; (b) atribución con respecto a los delitos recogidos en la Convención de responsabilidad a las personas jurídicas de naturaleza penal (o, cuando no sea posible alcanzar consenso sobre esta cuestión, permitir que, en aquellos sistemas nacionales donde no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se pueda optar por atribuirles responsabilidad administrativa); y (c) inclusión de medidas específicas en relación con las modalidades de intervención del COT, que podrían consistir en una agravación específica de la pena, la exclusión expresa de beneficios punitivos o incluso la consideración de estos delitos como previos al LA.

2. Establecer un organismo supranacional para monitorear la implementación de la Convención en el ámbito de los Estados miembros, con poderes para emitir y publicar informes de evaluación periódicos, que como hemos señalado: (a) tenga como criterio rector la búsqueda de un nivel suficiente de armonización entre los sistemas jurídicos latinoamericanos que permita utilizar de manera efectiva los mecanismos de cooperación internacional; y (b) utilice como principales estrategias de acción las dos siguientes: (i) promover reformas legislativas cuyo contenido prevea suficientes niveles de armonización que no requieran abandonar las respectivas tradiciones socio-jurídicas nacionales; y (ii) centrar la atención en aquellas conductas verdaderamente relevantes para abordar de manera eficaz el fenómeno al que se pretende responder.

3. Fortalecer institucional y presupuestariamente la lucha contra la corrupción asociada al COT, incluyendo la adopción de las siguientes medidas: (a) reforzar el poder judicial en sentido amplio, incluyendo aspectos tales como la adecuación salarial, las infraestructuras tecnológicas (incluyendo las ciberdefensas y la recogida y custodia de pruebas electrónicas), el reclutamiento, la capacitación y las infraestructuras de seguridad institucional; (b) crear fiscalías especializadas (como ya existe en países como España o EE.UU.); (c) adoptar políticas criminales claras y comprensivas en relación con la aplicación de la normativa jurídico-penal objeto de estudio; (d) promover medios y fórmulas de investigación y enjuiciamiento más eficientes; (e) reforzar la investigación policial, especialmente en la lucha contra el COT, utilizando las tecnologías de la información para su investigación y persecución penal; (f) fortalecer normativa

y administrativamente los programas de protección y asistencia a los testigos que enfrentan amenazas o intimidación como resultado de su testimonio; (g) realizar una dotación presupuestaria lo suficientemente amplia como para poder abordar los retos con un cierto nivel de solvencia; (h) fomentar la coordinación interinstitucional entre los diversos actores del sistema de justicia; e (i) promover la concienciación pública mediante campañas educativas.

2.2. Recomendaciones específicas

2.2.1. Respecto al delito de financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales y a otros delitos de corrupción política

En relación con este delito, Japiassú, Tavares & Molinaro formulan las siguientes recomendaciones en el capítulo 1:

1. Adoptar un concepto amplio de corrupción política, de modo que permita la criminalización de conductas que: (a) no responden al tradicional concepto sinalagmático de corrupción; y (b) van más allá de tipificar la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales, como son los casos de compra de votos o clientelismo político.

2. Incorporar en los sistemas latinoamericanos que todavía no lo hagan (Argentina, Brasil y Chile entre los estudiados) el delito de financiación ilícita de los partidos políticos y las campañas electorales, incluyendo la omisión y el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas y sus ingresos y gastos.

3. Extender en los sistemas latinoamericanos que limitan el delito de financiación ilícita a las campañas electorales, o que no tipifican la omisión y el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas y sus ingresos y gastos, para incorporar también los casos de: (a) financiación ilícita de los partidos políticos; y (b) omisión o falseamientos de la información.

4. Asegurarse de que todos los sistemas latinoamericanos, incluyendo el peruano que es el único que actualmente tipifica la financiación ilícita de los partidos políticos y las campañas elec-

torales, incluyen dentro de su ámbito de aplicación aspectos importantes que en este momento quedan por fuera como: (a) las donaciones realizadas a fundaciones vinculadas a partidos o a candidatos; (b) los bienes inmuebles con un valor superior al límite establecido para las donaciones a partidos y campañas; y (c) la renegociación o condonación de sus deudas por las instituciones bancarias.

5. Asegurarse de que todos los tipos penales recogidos en las legislaciones latinoamericanas incluyen las prácticas de corrupción política y financiación ilícita promovidas, o en las que al menos interviene el COT, como es el caso de los sobornos encubiertos como si se tratara de contribuciones a la financiación de partidos y/o campañas, o los casos de búsqueda de la captura del Estado, del legislativo o de la agenda política mediante contribuciones financieras a las organizaciones políticas o los candidatos electorales.

2.2.2. Respecto a los delitos tributarios: defraudación fiscal, fraude contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario

En el capítulo 2, Goena ofrece una serie de recomendaciones en relación con los delitos tributarios, que se exponen a continuación siguiendo el orden con el que se ha abordado el estudio de los delitos tributarios en la presente obra colectiva. Por ello, tras exponer las vinculadas a los aspectos generales comunes a los delitos tributarios (apartado 1.2.2.1), se sistematizan las recomendaciones relativas a cada uno de los grupos de delitos tributarios estudiados: (a) delito de defraudación tributaria, que incluye las conductas que recaen específicamente sobre los tributos y que requieren una maquinación fraudulenta como elemento adicional a la infracción administrativa (apartado 1.2.2.2); y (b) delito contable tributario y demás tipos penales analizados, que, como mucho, solo recaen indirectamente sobre los tributos y no siempre requieren un ardid o engaño, ni tan siquiera un perjuicio (apartado 1.2.2.3).

2.2.2.1. *En relación con los aspectos generales de los delitos tributarios*

La autora recomienda adoptar las siguientes medidas en relación con los aspectos generales de los delitos tributarios:

1. Mejorar la técnica de tipificación de las infracciones tributarias, a fin de que se encuentren cohesionados con los principios informadores del derecho penal en una normatividad penal de segunda o tercera velocidad, como es el caso de la relativa al COT. Esto es, que los delitos tributarios no se dejen de castigar por defecto (por dificultar en exceso el procesamiento y castigo del COT habida cuenta de la realidad político-criminal), ni tampoco por exceso (por convertir al derecho penal en una suerte de derecho administrativo-sancionador, cualitativamente diferente). A tal fin, se sugiere que en los países latinoamericanos de referencia analizados se proceda a adoptar, como mínimo, las siguientes medidas: (a) exigir que en los delitos tributarios se acredite una afectación real mediante la lesión (potencial o efectiva) del Erario; y (b) homogeneizar y dotar de mayor precisión y claridad tanto a las conductas típicas, como al resto de elementos que caracterizan su regulación (lo que, a su vez, permitiría una mejor delimitación del bien jurídico protegido y reducir considerablemente la amplia casuística de modalidades típicas actualmente existente en países como Chile o México).

Como se explicó en los capítulos 2 y 6 de esta obra colectiva, en algunos de los países analizados, estos delitos se regulan al margen del CP (por ejemplo, Chile), lo cual no tiene sentido al tratarse de un delito tan fuertemente vinculado con el COT. Ahora bien, su tipificación penal debe hacerse garantizando que se castiga por un resultado lesivo, sin presunciones de imputación subjetiva dudosamente compatibles con el principio de culpabilidad o evitando conceptualizar la regularización tributaria y la falta de colaboración como una especie de condiciones objetivas de punibilidad. Todos estos factores minan los principios del derecho penal y restan legitimidad a la normativa reguladora de los delitos, sin que hayan demostrado tener un impacto positivo sobre la recaudación o en la prevención de las conductas típicas.

2. Mejorar la técnica legislativa de tipificación de las infracciones tributarias y del delito tributario como predicado o subyacente

del delito de LA, adoptando, entre otras, las siguientes medidas: (a) definir homogénea y suficientemente el delito tributario, en leyes penales (CP o legislación penal específica) diferenciándolo de las infracciones administrativas; (b) incorporar la sanción penal de los asesores fiscales y facilitadores profesionales como autores del delito; (c) proveer la responsabilidad penal de las personas jurídicas (o, al menos, administrativa si el sistema nacional del que se trate solo prevé este tipo de responsabilidad para las personas jurídicas); (d) prever sanciones de multa eficaces y sanciones alternativas con idoneidad disuasoria, así como impedir la exención total de la pena por la regularización tributaria; (e) contar con una estrategia de prevención y reacción frente a los delitos tributarios, en cuya virtud se dote de medios e información a las administraciones y autoridades de persecución, y se fomente el sistema de denuncias por parte de informadores o *whistleblowers*; y (f) prever una respuesta legislativa específica a la interrelación entre los delitos tributarios y los delitos de corrupción transnacional, en línea con lo recomendado en el principio 7 de la OCDE relativo a la inclusión de los delitos tributarios como delito determinante para el LA.

3. Mejorar los recursos y mecanismos estructurales, técnicos e informativos para la prevención y el castigo de los delitos tributarios, lo que incluye, entre otras cosas: (a) asegurar que se cuentan con los poderes investigativos y con los recursos adecuados; (b) prever un mecanismo efectivo para embargar/incautar y confiscar activos; (c) regular adecuadamente el secreto profesional de los asesores fiscales, retirando el privilegio en los casos en los que su labor no vaya vinculada a actividad de defensa letrada; y (d) promover la cooperación interinstitucional y entre agencias con el fomento de la transparencia fiscal, con mecanismos de cooperación y con metodologías adecuadas para medir la evasión fiscal.

4. Asegurarse de que todos los tipos penales recogidos en las legislaciones latinoamericanas incluyen las prácticas en materia de delitos tributarios promovidas, o en las que al menos interviene, el COT. Así se recomienda adoptar medidas específicas para abordar los casos de delitos tributarios cometidos con la intervención del COT, que podrían consistir en la configuración de un tipo penal específico. O bien, si se opta por no adoptar nuevas figuras, sería recomendable

replantear cuestiones como las siguientes: (a) incluir una agravación específica de la pena; (b) excluir expresamente los beneficios punitivos; (c) establecer la imprescriptibilidad del delito; o incluso (d) considerar estos delitos como previos al LA.

2.2.2.2. *En relación con el delito de defraudación fiscal*

Como ha puesto de manifiesto el presente estudio, existen una serie de características comunes a la regulación del delito fiscal en los cinco sistemas latinoamericanos analizados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). En concreto, todos ellos castigan penalmente la evasión fiscal, cuando puede acreditarse la existencia de un particular ánimo defraudatorio. Además, en casi todos los ordenamientos analizados se prevén modalidades agravadas según la modalidad de comisión, la seriedad de la infracción o la posición institucional del sujeto activo (lo cual es relevante cuando el fraude fiscal está vinculado al COT). Sin embargo, dado que solo Chile y México pertenecen a la OCDE, las previsiones en materia de delitos tributarios no son siempre homogéneas. A tal fin, la autora realiza las siguientes recomendaciones específicas para este delito:

1. Prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos porque únicamente Argentina lo hace en la actualidad.

2. Unificar el trato que se da a la regularización tributaria, valorando la conveniencia o no de dotarle de efectos eximentes.

3. Concretar el umbral de punibilidad de forma homogénea, preferiblemente vinculándolo a un límite cuantitativo mínimo (esta es la opción adoptada por muchos otros ordenamientos no latinoamericanos).

4. Valorar la conveniencia de poder permitir la imputación como autor a quien no es el obligado tributario, como ocurre en Perú. Esta disposición se considera especialmente interesante en relación con posibilitar el castigo de facilitadores profesionales e intermediarios, en la línea de las recomendaciones de ámbito internacional y regional para el combate del COT, reflejadas en el capítulo 2.

5. Asegurar que todos los tipos penales recogidos en las legislaciones latinoamericanas incluyan las prácticas en materia de delitos tributarios promovidas, o en las que al menos interviene, el COT. A tal efecto, la opción más adecuada se considera la de prever la posibilidad de un incremento de la pena, si bien, subrayando que no sea únicamente por recurrir a una organización criminal para cometer el delito (como ocurre en Argentina), sino también en casos en los que la defraudación se vincule con el COT. Se desaconsejan tipos como el art. 108 del código federal de México, por su difícil compatibilidad con los principios legitimadores del derecho penal.

2.2.2.3. En relación con el delito de fraude contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario

Finalmente, la autora formula las siguientes recomendaciones de acuerdo con la naturaleza específica del delito contable tributario:

1. Unificar la regulación del delito contable tributario porque actualmente los sistemas latinoamericanos se caracterizan por sus diferencias en su regulación. Sin embargo, es crucial que los países consideren la unificación de la regulación del delito contable tributario para evitar la fragmentación y garantizar una aplicación coherente de la ley. Esto permitirá establecer criterios claros y evitar la casuística excesiva, como se observa en algunos sistemas jurídicos.

2. Ampliar la responsabilidad a las personas jurídicas. Se recomienda ampliar en todos los sistemas latinoamericanos la responsabilidad penal o administrativa a las personas jurídicas en lo que respecta al delito contable tributario. Esto puede contribuir significativamente a una mayor transparencia y rendición de cuentas en el ámbito empresarial.

3. Sancionar la presentación de facturas falsas, lo cual no se prevé actualmente en todos los ordenamientos de referencia analizados.

4. Aumentar las penas y medidas disuasorias. Se recomienda revisar y elevar las penas actuales para el delito contable tributario pues, a excepción de México, las sanciones existentes pueden resultar insuficientes para disuadir eficazmente su comisión.

5. Prever alguna medida que contemple el castigo de este delito en el marco del COT, por ejemplo, mediante una agravante o mediante la interrupción de la prescripción y demás recomendaciones arriba formuladas.

Al adoptar estas recomendaciones, los países pueden avanzar hacia una regulación más sólida y coherente del delito contable tributario, fortaleciendo así la integridad del sistema fiscal y promoviendo la confianza en las instituciones públicas y privadas.

2.2.3. Respecto al delito de lavado de activos

En el capítulo 3, Del-Carpio-Delgado formula las siguientes recomendaciones en relación con el delito de LA:

1. Replantear la función de la regulación penal del LA con base en: (a) una política criminal que esté orientada a privar a los delincuentes del beneficio económico de sus actividades ilícitas; y (b) el reconocimiento de que es un error seguir considerando la regulación penal del LA como la principal herramienta para enfrentar este fenómeno, ya que el hecho de que el actual régimen preventivo-punitivo del LA no está ofreciendo los resultados esperados se debe, en gran medida, a la falta de eficacia (y consiguiente necesidad de adoptar medidas para reforzarla) en la aplicación de las normas preventivas de naturaleza administrativa, fiscal o aduanera.

2. Potenciar la investigación patrimonial y económica para seguir el rastro del dinero de procedencia delictiva a través de: (a) la aplicación del enfoque *follow the money*, que se centra en obtener desde el inicio de las actuaciones policiales la información necesaria para esclarecer los hechos y localizar los bienes; y (b) el desarrollo de la figura del decomiso. Esto debido a que, si se siguen centrando las investigaciones en determinar la responsabilidad penal por el LA, sin prestar la necesaria atención a la recuperación de los bienes que genera, el mercado ilícito continuará siendo siempre rentable porque la fungibilidad de los condenados hace que otros quieran seguir “invirtiendo”.

3. Armonizar internamente los sistemas nacionales, en lugar de seguir expandiendo el ámbito de aplicación del delito de LA (adop-

tando nuevas conductas típicas o ampliando los hechos delictivos previos, con el consiguiente riesgo de menoscabar principios básicos como los de legalidad, intervención mínima o proporcionalidad). Esto debido a que las normas sobre LA se han desarrollado mediante una serie de normas penales y/o administrativas dirigidas a privar o recuperar los bienes de origen delictivo, sin haber tenido en cuenta si dichas normas eran compatibles con las previamente existentes, o si su ámbito de aplicación quedaba claramente delimitado, razón por la cual se requiere hacer un esfuerzo de armonización intrasistema para evitar que normas contradictorias se neutralicen entre sí.

4. Reformar, de acuerdo a las especificidades socio-jurídicas de los sistemas nacionales, la redacción de los tipos penales para buscar un grado suficiente de armonización legislativa que permita una cooperación internacional eficaz, al tiempo que se respete el principio de legalidad (y otros, como el de taxatividad, derivados del mismo), y se traten de paliar los siguientes problemas (sin que esto signifique, en todo caso, trasladar automáticamente los preceptos contenidos en los tratados internacionales de ámbito universal o regional o en las legislaciones de terceros países tomadas como “modelo”): (a) limitar las conductas típicas a aquellas que supongan una afectación al bien jurídico protegido; (b) determinar el objeto material del LA utilizando el término “bienes”, comprensivo de todos aquellos que proceden del hecho delictivo previo y que sean idóneos para ser introducidos en el tráfico económico lícito; (c) utilizar un sistema de catálogo para determinar exhaustivamente los delitos previos cuyo producto es idóneo para ser objeto del delito de LA (los cuales deberían limitarse a delitos especialmente graves como la corrupción, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de migrantes o el terrorismo); (d) exigir la doble incriminación cuando los bienes procedan de un hecho cometido en el extranjero; (e) configurar un tipo específico para castigar el autolavado (al no ser un acto posterior impune o co-penado) y garantizar el derecho fundamental a la no autoincriminación; (f) limitar el castigo del LA a la modalidad dolosa (la mayoría de las legislaciones estudiadas ya lo hacen); y (g) revisar el sistema de penas para que respeten el principio de proporcionalidad y se gradúen en función de criterios como el volumen o el valor de los bienes objeto del LA.

2.2.4. Respecto a los delitos de favorecimiento real: encubrimiento, receptación y testaferrero

En el capítulo 4, Goena realiza una serie de recomendaciones vinculadas a las conductas más representativas de favorecimiento real, que normalmente se constituyen como delitos específicos, y que se caracterizan porque se dirigen a conservar o asegurar las cosas ilícitamente obtenidas mediante un delito previo para evitar su decomiso. Dichas recomendaciones han sido formuladas distinguiendo tres clases de conductas delictivas: (a) el encubrimiento para que el autor del delito aproveche o esconda su producto (apartado 1.4.1); (b) la receptación para aprovechar en beneficio propio el producto del delito (normalmente, vinculada a un delito de LA previo en el que no se toma parte) (apartado 1.4.2); y (c) el testaferrato, en cuanto que modalidad específica de favorecimiento caracterizada por su habitualidad (apartado 1.4.3). Todo ello con el fin de determinar en qué medida la regulación de estos delitos puede contribuir a dar una respuesta más eficaz al fenómeno de la corrupción, sobre todo cuando se encuentra asociada al COT, teniendo en cuenta que este tipo de conductas se distinguen de aquellas de favorecimiento personal, que buscan guardar información o dar asistencia inmaterial para ayudar a los culpables a evitar la acción de la justicia (incluida la investigación).

2.2.4.1. En relación con el encubrimiento

La autora recomienda revisar la regulación del delito de encubrimiento en los sistemas latinoamericanos analizados para adoptar las siguientes medidas:

1. Revisar la conveniencia de prever el encubrimiento como una forma de intervención en el delito en lugar de como un delito autónomo contra la administración de justicia.
2. Distinguir entre encubrimiento y participación.
3. Delimitar de manera adecuada entre encubrimiento por favorecimiento personal y por favorecimiento real.

4. Delimitar de manera adecuada entre el encubrimiento por favorecimiento real y la receptación y el blanqueo de capitales.

5. Explicitar que la conducta de encubrimiento sea únicamente sancionable para los casos en los que no se haya participado en el delito precedente (esto con el fin de distinguirlo del LA porque de lo contrario se podría incurrir en una vulneración del principio *nemo tenetur*).

6. Castigar como encubrimiento tanto las conductas post-ejecutivas que se inician con anterioridad a la reacción por parte del Estado, como las que se dan una vez que se ha iniciado la persecución del delito o la reestabilización normativa.

7. Modular o graduar la gravedad del delito de encubrimiento por favorecimiento real en función de factores tales como el delito precedente y el valor de los bienes encubiertos, el estatus del sujeto que encubre, el momento del encubrimiento o el grado de ejecución del delito encubierto.

8. Prever la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder por el delito de encubrimiento, administrativa o penalmente, según el modelo legislativo de cada Estado.

9. Asegurar que todos los tipos penales de las legislaciones latinoamericanas relativos al encubrimiento castigan las prácticas promovidas, o en las que al menos interviene, el COT (esto debido a que no se tienen constancia de que en los países analizados se contemple especificidad regulatoria alguna en relación con el COT). Se trata, por tanto, de ofrecer una respuesta legislativa específica al fenómeno del COT, mediante, por ejemplo, la adopción de medidas concretas para estos casos en un subapartado del tipo penal en el que se recoja el encubrimiento, haciendo mención a aspectos tales como: (a) incrementar los plazos de prescripción; (b) agravar la pena cuando el encubrimiento es cometido en el marco de una organización o por un profesional; y (c) especificar la no aplicabilidad de las exenciones de pena por encubrimiento entre parientes (sobre todo en el caso peruano dada su amplitud). Ello podría plasmarse en un tipo específico, sin que necesariamente se vea tal opción como la más recomendable. Lo importante es que quede claramente reflejado que los supuestos de COT reciben, por su especificidad, un tratamiento diferenciado

2.2.4.2. *En relación con el delito de receptación*

La autora subraya que la regulación de este delito en los países latinoamericanos no es uniforme y en no pocos casos, presenta solapamientos con el delito de encubrimiento y/o de LA. Por ello, una adecuada regulación de este delito requeriría, al menos, la adopción de las siguientes medidas:

1. Delimitar adecuadamente los tipos penales de receptación y LA, por un lado, y de receptación y encubrimiento de bienes/efectos del delito (favorecimiento real), por otro. A tal efecto, en el delito de receptación debería exigirse ánimo de lucro (para distinguirlo del encubrimiento) y no haber participado en el delito precedente (para distinguirlo del LA).

2. Revisar las cláusulas que presumen el dolo del autor en países como Brasil, Perú y Chile), a fin de que no sean demasiado genéricas y, por ende, difícilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia. Para ello se podrían, por ejemplo, eliminar las presunciones de dolo en los términos detallados en el capítulo 4 del presente volumen.

3. Prever una respuesta legislativa específica para los casos de participación del COT en las actividades de receptación. Para ello, además de distinguirlo del LA, se podrían adoptar las siguientes medidas: (a) abrir el delito de receptación a otros delitos distintos de los estrictamente patrimoniales; (b) aumentar el plazo de la prescripción; (c) considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva; y/o (d) eliminar la posibilidad de considerar atípicas las conductas de receptación entre parientes.

2.2.4.3. *En relación con el delito de testaferrato*

Como la autora señala, la tipificación del delito de testaferrato no está prevista en los países de América Latina objeto del presente estudio, excepto en el caso colombiano. Esto resulta insatisfactorio en términos político-criminales en aquellos casos en los que la conducta realizada por el sujeto consiste en acceder a figuras como administrador o socio de una sociedad mercantil con el conocimiento de

que ésta será empleada en actividades delictivas, aunque sin llegar a concretar en su representación qué actividades en particular. De ahí, que siguiendo lo expuesto por autores como Ragués i Vallès, la autora recomiende su inclusión en la normativa penal siguiendo las siguientes pautas:

1. Requerir que la conducta se dé mediando retribución económica y/o de manera habitual.

2. Castigar a sujetos que actúan como representantes, administradores o socios de una o varias sociedades empleadas por terceros en actividades que sean constitutivas de delito.

3. Excluir expresamente del ámbito de aplicación del tipo penal ciertas conductas constitutivas de otras formas delictivas como el encubrimiento, el LA, la receptación o la usurpación de identidad.

4. Hacer referencia expresa a que se castigará el concurso real con los delitos a que den lugar los medios empleados, como, por ejemplo, las falsedades o las estafas.

5. Exigir el dolo eventual o el incumplimiento de un deber específico de diligencia debida como requisito de tipicidad subjetiva.

6. No limitar el tipo penal a una clase específica de delitos.

7. Prever expresamente la agravación de la conducta cuando los delitos que favorezca el testafarro sean de corrupción o sean cometidos en relación con el COT.

8. Considerar la conveniencia de incluir cláusulas que, de modo similar a como ocurre en el cohecho o el tráfico de drogas, se premie con una exención o atenuante de la pena a los delatores que colaboren con las autoridades al descubrir conductas de testaferrato.

2.2.5. Respecto al delito de obstrucción de justicia y a otros delitos relacionados

En el capítulo 5, Amaral, Rangell, Rios & Vianna abordan el delito de obstrucción a la justicia, y otros cuatro tipos penales relacionados, que podrían contribuir a responder al fenómeno de la corrupción asociada al COT: tres de ellos son aplicables con carácter general a

todos los casos de corrupción (la coacción en el curso del proceso, el fraude procesal y el falso testimonio o peritaje) y un cuarto está dirigido específicamente a combatir el crimen organizado (el impedir u obstaculizar la investigación de un delito que involucre a una organización criminal). Al formular sus recomendaciones, los autores distinguen las relativas a los aspectos generales aplicables a los cinco tipos penales (1.5.1.) y aquellas que son específicas para cada uno de los mismos (1.5.2 a 1.5.6).

2.2.5.1. En relación con los aspectos generales a esta categoría de delitos

Los autores formulan las siguientes recomendaciones para su aplicación, con carácter general, a todos los delitos analizados en el capítulo 5:

1. Realizar un esfuerzo de armonización legislativa para abordar de manera más eficaz este tipo de conductas, asegurándose en particular que todos los tipos penales recogidos en las legislaciones latinoamericanas incluyen las prácticas relacionadas con los delitos de favorecimiento legal promovidas, o en las que al menos interviene, el COT. Esto es ciertamente importante, teniendo en cuenta que el COT incurre con frecuencia en las mismas para evitar que se investiguen, enjuicien y sancionen las prácticas de corrupción que promueve (para lo cual cuenta con el inestimable apoyo de los propios agentes estatales que corrompe).

2. Establecer sentencias de prisión más largas y multas más altas para quienes busquen obstaculizar la acción de la justicia.

3. Fortalecer el poder judicial en un sentido amplio, incluyendo aspectos tales como la adecuación salarial, la infraestructura tecnológica, la capacitación, el reclutamiento y la infraestructura de seguridad institucional.

4. Fortalecer la investigación policial, especialmente en la lucha contra las organizaciones criminales.

5. Usar las tecnologías de la información para combatir estos delitos, reforzando las ciberdefensas del poder judicial y mejorando la tecnología en la recogida y custodia de pruebas electrónicas.

6. Promover la incorporación de la asignatura de nuevas tecnologías y derecho probatorio como disciplina independiente en las licenciaturas y especializaciones en Derecho.

2.2.5.2. *En relación con el delito de obstrucción a la justicia*

Como los autores señalan, este delito se recoge en todos los países no latinoamericanos analizados, mientras que en América Latina solo se prevé como delito específico en Chile, México y Perú, sin que, además, exista homogeneidad entre estos últimos con respecto a las conductas que abarca. Por ello, recomiendan, en primer lugar, incorporar un tipo específico de obstrucción a la justicia en aquellos sistemas latinoamericanos que no lo recogen (Argentina y Brasil), y ajustarlo allí donde sí se recoge (Chile, México y Perú) para que ofrezca un mayor grado de armonización. Así mismo, también recomiendan la adopción de las siguientes medidas adicionales:

1. Endurecer las penas para incluir penas de prisión más largas y multas más elevadas para quienes obstruyan la justicia.

2. Mejorar la legislación para proporcionar la protección y el apoyo adecuados a los testigos que se enfrentan a amenazas o intimidación como consecuencia de su testimonio.

3. Dar a la policía y a los fiscales la formación y el apoyo necesarios para investigar y enjuiciar de manera más eficaz los casos de obstrucción a la justicia, incluyendo el uso de tecnologías avanzadas y recursos adicionales.

4. Educar y concienciar a la sociedad sobre la importancia de no obstruir la justicia, dando amplia publicidad a las consecuencias de estas conductas.

5. Autorizar a las autoridades a utilizar medidas cautelares, como la detención preventiva, para proteger a los testigos y evitar la obstrucción a la justicia.

6. Mejorar la normativa procesal para incluir medidas más estrictas contra quienes obstruyan la justicia, como prohibir el contacto con los testigos e imponer restricciones de viaje.

7. Promover que las autoridades lleven a cabo investigaciones independientes sobre la obstrucción a la justicia para garantizar la integridad de la investigación y del enjuiciamiento.

8. Prever especificidades cuando el delito de obstrucción a la justicia se cometa en relación con el COT, debido a que este representa una de sus principales causas y a que es, además, especialmente difícil de combatir (de ahí, la relevancia de que las autoridades internacionales colaboren para luchar contra el mismo y proteger la integridad de la justicia).

2.2.5.3. En relación con el delito de falso testimonio o peritaje

Los autores subrayan que este es el único tipo penal analizado en el capítulo 5 que se prevé en todos los sistemas nacionales estudiados (latinoamericanos y no latinoamericanos), debido a que, allí donde existe un proceso judicial mínimamente formalizado se advierte la necesidad de brindar protección contra la incriminación del falso testimonio, lo que, paradójicamente, contrasta con los bajos niveles de persecución de este delito en la práctica de los tribunales, lo cual es particularmente preocupante dada la relevancia de este tipo penal tanto en el contexto del crimen organizado (nacional o transnacional) y la corrupción (vinculada, o no, al mismo). Con base en lo anterior, los autores recomiendan adoptar las siguientes medidas:

1. Asegurarse de que en la definición de falso testimonio o peritaje que se recoge en el tipo penal se incluyen ciertas modalidades que pueden llevarse a cabo a través de las nuevas tecnologías.

2. Armonizar, en la medida de lo posible, los efectos que se otorgan a la retractación. Así, en algunos sistemas nacionales como Brasil, el falso testimonio deja de ser punible si el autor se retracta o declara la verdad antes de la sentencia en el mismo proceso en el que se produjo el delito (si la retractación se produce en un proceso posterior en el que el autor es acusado de falso testimonio, constituye una confesión). Sin embargo, en otros sistemas latinoamericanos, la retractación solo es una circunstancia atenuante.

3. Fomentar los mecanismos de detección de falsos testimonios o falsas pericias con métodos modernos de investigación, como el análisis de datos y el uso de tecnologías de detección de mentiras.

4. Prever especificidades regulatorias para los casos de COT.

2.2.5.4. En relación con el delito de coacción en el curso del proceso

Como señalan los autores, este delito se recoge también en todos los países no latinoamericanos analizados, mientras que en América Latina solo se regula expresamente en Brasil, Colombia y México, si bien presenta un mayor grado de armonización que el delito de obstrucción a la justicia. En consecuencia, recomiendan, en primer lugar, incorporar un tipo específico de coacción en el curso del proceso en aquellos sistemas latinoamericanos que no lo recogen (Argentina, Chile y Perú) y ajustarlo allí donde sí se recoge (Brasil y México), teniendo en cuenta para ello el resto de recomendaciones:

1. Actualizar la definición de lo que se entiende por coacción en el curso del proceso, de manera que se incluyan ciertas modalidades que pueden llevarse a cabo con las nuevas tecnologías, como, por ejemplo, amenazar con publicar información personal en línea o difundir noticias falsas.

2. Incluir medidas para proteger a las víctimas de la coacción, como la posibilidad de testificar en secreto o la prohibición del contacto entre el acusado y la víctima.

3. Aumentar la concienciación sobre el delito de coacción en el curso del proceso mediante campañas de sensibilización y educación para el público en general, así como mediante la formación específica para policías, jueces y otros profesionales del sistema de justicia penal.

2.2.5.5. En relación con el delito de fraude procesal

Al igual que los tipos penales previamente analizados, el delito de fraude procesal es recogido también en todos los países no latinoamericanos estudiados, mientras que en América Latina está previsto en cuatro de los seis sistemas nacionales analizados: Brasil, Colombia,

México y Perú. Ante situación los autores recomiendan, en primer lugar, incorporar un tipo específico de fraude procesal en aquellos sistemas latinoamericanos que no lo recogen (Argentina y Chile) y ajustarlo allí donde sí se recoge (Brasil, México y Perú), siguiendo para ello lo dispuesto en el resto de recomendaciones:

1. Delimitar el ámbito de aplicación de la ley de la forma más armónica posible entre los países de referencia analizados e incluir sanciones más estrictas para las conductas dirigidas a obstruir la justicia, como el soborno de magistrados u otras autoridades.

2. Revisar la legislación para garantizar que las sanciones por fraude procesal sean proporcionales a la gravedad del delito cometido. Esto podría significar el establecimiento de sanciones más duras para los delitos más graves o la consideración de factores atenuantes en los casos menos graves.

3. Mejorar la legislación para facilitar la investigación y el castigo de quienes cometen fraude procesal, incluyendo medidas como la creación de unidades especializadas para investigar estos delitos, la mejora de la cooperación entre las autoridades y el poder judicial y el refuerzo de los mecanismos de protección de testigos y víctimas.

4. Incluir medidas para prevenir el fraude procesal, como educar a los ciudadanos sobre la importancia de la justicia y los peligros de la obstrucción a la justicia, y promover políticas de transparencia en el sistema judicial. Todo ello, asegurando que la ley sea clara, eficaz y proporcionada, para garantizar que la justicia se aplique de forma justa y eficiente.

5. Incluir una cláusula específica para los casos de COT, que tenga en cuenta la necesidad de que las autoridades internacionales colaboren con el fin de combatir los fraudes procesales promovidos por el COT y proteger la integridad de la justicia.

2.2.5.6. En relación con el delito de impedir u obstaculizar la investigación de un delito que involucre a una organización criminal

Como afirman los autores, este delito merece una atención especial porque: (a) es el único delito analizado en el capítulo 5 que

está específicamente dirigido a luchar contra el crimen organizado (nacional o transnacional); (b) su tipificación es particularmente importante para combatir tanto el COT, como la corrupción asociada al COT, debido a que es habitual que este último recurra a este tipo de conductas con el apoyo de los funcionarios públicos que ha corrompido; y (c) aunque algunos países como Perú contemplan en sus Códigos de Procedimiento Penal criterios más estrictos para la libertad provisional (flexibilizando las figuras de la detención preliminar y preventiva) y la progresión del régimen de penas en casos de delitos cometidos a través de organizaciones criminales (Perú), lo cierto es que solo la legislación brasileña lo recoge expresamente a pesar de su relevancia. De esta manera, se ha dado un paso adelante en Brasil al tipificarse: (a) el promover, constituir, financiar o integrar, personalmente o por interpuesta persona, organizaciones de esta naturaleza; y (b) el impedir o, en cualquier caso, obstaculizar la investigación penal de los delitos que involucran a las mismas (castigándose con pena de prisión de 3 a 8 años y multa).

A la luz de lo anterior, los autores recomiendan, en primer lugar, incorporar un tipo específico de impedir u obstaculizar la investigación de un delito que involucre a una organización criminal en todos los sistemas latinoamericanos que no lo recogen (Argentina, Chile, México y Perú), y ajustarlo donde sí se recoge (Brasil), siguiendo para ello lo dispuesto en el resto de recomendaciones:

1. Establecer agravantes, como la posición jerárquica del autor o el nivel de violencia empleado.
2. Fomentar la denuncia de delitos previendo medidas para proteger a los denunciantes, así como establecer recompensas para quienes proporcionen información útil para la investigación.
3. Garantizar que las instituciones responsables de la investigación se refuercen y dispongan de los recursos adecuados para llevar a cabo sus funciones. Esto incluye la formación de equipos especializados, la disponibilidad de tecnología avanzada y la protección de los agentes implicados.
4. Promover la colaboración entre instituciones en una red interinstitucional, con el fin de combatir el delito de obstaculizar o dificultar la investigación de una infracción penal en la que esté im-

plicada una organización criminal. Es necesario garantizar la cooperación entre las instituciones de persecución penal y las agencias reguladoras. La legislación podría prever mecanismos específicos para promover esta cooperación y garantizar que la información se comparta adecuadamente.

5. Acompañar estas medidas de políticas públicas eficaces para su aplicación y de un seguimiento constante para evaluar su eficacia e identificar la necesidad de posibles ajustes.

3. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA

Teniendo en cuenta que la mayor parte de las recomendaciones formuladas para el ámbito latinoamericano son también aplicables a Colombia, y a la luz de lo expuesto en los distintos capítulos de la presente obra, se presentan a continuación las recomendaciones específicas formuladas por los autores para el sistema colombiano.

3.1. Respecto al delito de financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales y a otros delitos de corrupción política

1. Implementar las recomendaciones generales y específicas realizadas para América Latina en la que medida que son aplicables a Colombia, incluyendo, en particular, las siguientes: (a) valorar la conveniencia de introducir nuevos delitos de corrupción política que tipifiquen conductas distintas a las de financiación ilegal o la compra de votos, como, por ejemplo, las prácticas de clientelismo político; y (b) la inclusión en el ámbito de aplicación del delito de financiación ilegal los siguientes aspectos: (i) las donaciones realizadas a fundaciones vinculadas a partidos o a candidatos; (ii) los bienes inmuebles con un valor superior al límite establecido para las donaciones a partidos y campañas; y (iii) la renegociación o condonación de sus deudas por las instituciones bancarias.

2. Buscar la ampliación del concepto jurídico penal de financiación ilegal para abarcar, no solo los aportes a las campañas electorales, sino también todas las formas de financiación ilícita de las orga-

nizaciones políticas (como las recogidas en la Ley 1475 (2011) y en otras leyes no penales que puedan ser adoptadas en un futuro);

3. Valorar la conveniencia de tipificar el falseamiento de la información sobre las contribuciones recibidas y sobre los ingresos y los gastos de las organizaciones políticas, tal y como se recoge en la legislación peruana; y

4. Modificar la redacción del art. 396A del CP colombiano (sobre la financiación de las campañas electorales con fuentes prohibidas), con el fin de que dotar de mayor precisión y exactitud a la norma, y con ello garantizar el respeto del principio de legalidad.

3.2. Respecto a los delitos tributarios: defraudación fiscal, fraude contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario

Es importante tener en cuenta que esta propuesta de plan de acción para Colombia se hace tan solo unos meses después de que el sistema colombiano haya sancionado, en enero de 2022, la Ley 2195, orientada a prevenir los actos de corrupción y restablecer los daños generados por ella. Sin perjuicio de ello, se han formulado las siguientes recomendaciones, con vistas a mejorar la respuesta penal a los delitos tributarios, especialmente en el caso del COT:

1. Con carácter general, se propone implementar o, como mínimo, valorar las recomendaciones generales y específicas formuladas para América Latina que le sean aplicables.

2. Definir adecuadamente el delito tributario. Como se detalló en el capítulo 2 de este volumen, se estima que la regulación en Colombia es amplia y en ocasiones excesivamente genérica. A este respecto, es preciso que la ley defina con mayor claridad cuestiones esenciales. Por ejemplo, sería conveniente que quedase suficientemente delineado el presupuesto penal que distingue el delito de defraudación fiscal de la mera infracción administrativa. Asimismo, es preciso delimitar el bien jurídico protegido, toda vez que de ello depende, entre otras cosas, la responsabilidad de las personas jurídicas.

3. Prever la posibilidad de sancionar como (co)autores a los intervinientes en el delito, distintos del obligado tributario, que perpetren aportaciones relevantes para el hecho delictivo. En este sentido, se propone, tal y como se ha hecho en relación con los demás países latinoamericanos, ampliar la concepción de los sujetos activos del delito, castigando a los intervinientes en función de su dominio del hecho y no de su cualificación como obligados tributarios. También podría revisarse el art. 37 de la Ley 2195, que establece la responsabilidad fiscal de las personas que, sin ser gestores fiscales, ocasionen daños al patrimonio público. Se propone que dicha responsabilidad sea penal y no solo primariamente fiscal, cuando la participación de dichas personas lo sea en un delito tributario (y no solo en un perjuicio administrativo al patrimonio público).

4. Considerar la posibilidad de castigar penalmente a las personas jurídicas: (a) por delitos tributarios y fortalecer la estructura de cumplimiento mediante el “*tax compliance*” (en la actualidad se presupone su responsabilidad administrativa); y (b) por delitos cometidos por trabajadores o subordinados sobre los que no se han ejercido los deberes de vigilancia, supervisión o control.

5. Promover la prevención de los delitos tributarios mediante el refuerzo de la autorregulación empresarial. En este sentido, se plantean dos cuestiones. En primer lugar, se recomienda promover la implementación de estructuras de *compliance* mediante el otorgamiento de beneficios sancionatorios a quienes ya contasen con un programa de transparencia con anterioridad a la comisión de la infracción. O, incluso, sancionar el no haberlo tenido, mediante la previsión de un deber de diligencia sujeto a sanción, similar a lo que ya ocurre en el ámbito del LA. En segundo lugar, sería aconsejable exigir una estructura de *compliance* para beneficiar con una rebaja sancionatoria la colaboración. Así, el art. 22 de la Ley 2195, que modifica el art. 19 de la Ley 1778 (2016), prevé la posibilidad de exonerar de responsabilidad a una persona jurídica que colabore con las autoridades. Los requisitos son exigentes y muy similares a los exigidos en otros ordenamientos. Sin embargo, no se incluye la exigencia de contar con un programa de *compliance* entre los requisitos para la exoneración, como sí lo exigen la mayor parte de los ordenamientos de referencia analizados.

6. Revisar la regulación del procedimiento de investigación del delito tributario. Por ejemplo, mediante las siguientes acciones: (a) prever una norma sobre el procedimiento para la aplicación de todos los delitos tributarios (no solo el de defraudación), en el que se esclarezcan las responsabilidades de la DIAN y las reglas para determinar la cuota defraudada; (b) prever un sistema de denuncias, con o sin recompensa; (c) regular el valor probatorio de los resultados de las investigaciones internas en una empresa y su incorporación al proceso; y (e) contar con una fiscalía especializada y con medios para poder investigar estos delitos, cuya estructura cuando se cometen en el marco de COT suele ser compleja.

7. Finalmente, y en línea con las tendencias y necesidades internacionales, se recomienda prever una disposición específica para los casos de delitos tributarios vinculados al COT, ya sea mediante un delito específico, o mediante circunstancias agravantes y disposiciones penológicas específicas que atiendan a las particularidades que presentan los delitos tributarios cometidos en el marco del COT. Así, por ejemplo, cuestiones relativas a la extensión del plazo de prescripción, al aumento de la pena o limitar los beneficios sancionatorios asociados a la regularización. Asimismo, especialmente en el contexto del COT, debería atenderse a la recomendación relativa a otorgar un carácter penal a la responsabilidad de la persona jurídica. Aunque la opción por una responsabilidad administrativa no tendría por qué ser peor que la opción por una responsabilidad penal, dicha opción legislativa supone perder armonía con lo que es una tendencia internacional importante. Y en la lucha contra la COT esto no parece ser lo más recomendable porque afecta a la eficacia de la respuesta sancionatoria: habida cuenta de que en la COT se fragmenta el *iter criminis*, si no hay una legislación armónica se dificulta el castigo y, con ello, se pierde la capacidad intimidatoria de la amenaza punitiva.

3.3. Respecto al delito de lavado de activos

Implementar las recomendaciones generales y específicas formuladas para América Latina en la medida en que son aplicables a Colombia, teniendo en cuenta que en la legislación colombiana el delito de LA, como tipo compuesto de conducta alternativa, contiene

una amplitud excesiva que dificulta su aplicación. En consecuencia, se recomienda, en particular, adoptar las siguientes medidas:

1. Simplificar la redacción del tipo penal, teniendo en cuenta los comportamientos de mayor ocurrencia, logrando así una depuración de este mandato de prohibición. De esta manera, es recomendable que solo sean incluidas aquellas conductas que enmascaren el origen delictivo de los bienes para poder incorporarlos en el tráfico lícito por lo que no deberían ser típicas, por ejemplo, su mero almacenamiento ni menos su conservación. Esta recomendación de depuración es extensible respecto del objeto material del delito.

2. Analizar la eventual ocurrencia del fenómeno de autolavado y la respuesta penal a estos comportamientos, para lo cual resulta imprescindible el levantamiento de información empírica desde una perspectiva criminológica.

3. Suprimir la cláusula que contempla la posibilidad de castigar el LA procedentes de hechos cometidos en el extranjero y sustituirla por otra que prevea expresamente la exigencia de la doble incriminación

4. Prever expresamente tipos atenuados o cualificados en atención al valor de los bienes, tal como contemplan las legislaciones argentina o peruana

5. Introducir tipos cualificados por la cualidad del sujeto activo, es decir, cuando el sujeto sea autoridad o funcionario público y actúe abusando de sus funciones.

6. Revisar la punibilidad en términos de proporcionalidad, ya que más allá de las penas altas para este delito, la tipificación en abstracto no logra constituirse en un desincentivo o intimidación para la comisión de estos comportamientos, debiendo fortalecerse los controles y la efectividad en términos de investigación y judicialización.

7. Explorar la contundencia de las sanciones económicas, complementando la pena pecuniaria con el comiso y la acción de extinción de dominio, como consecuencia más nociva para aquellos que cometen este delito.

3.4. Respecto a los delitos de favorecimiento real: encubrimiento, receptación y testaferrato

3.4.1. En relación con los aspectos generales de los delitos de favorecimiento real

Implementar las recomendaciones generales y específicas formuladas para América Latina, en la medida en que son aplicables a Colombia, teniendo en cuenta que la amplitud en la regulación colombiana de los tipos penales de favorecimiento real, debería ser objeto de modificación legislativa. En esta línea, se recomienda, en particular, especificar que el encubrimiento solo se produce cuando existe el ánimo de ayudar a un tercero a beneficiarse del producto del delito sin haber participado en el delito previo.

3.4.2. En relación con el delito de encubrimiento

Se considera positivo que el ordenamiento colombiano prevea el delito de encubrimiento como delito autónomo contra la administración de justicia y de carácter doloso. Sin embargo, se trata de una regulación excesivamente genérica, amplia y, por ende, con el riesgo de prestarse a confusiones y/o a una infra-aplicación del tipo penal. A tal efecto, se sugiere el siguiente plan de acción que, en su mayor parte, coincide con las recomendaciones hechas para América Latina:

1. Revisar la configuración del delito de encubrimiento como un delito exclusivamente vinculado al bien jurídico de la administración de justicia. Sería más adecuado incluirlo en un título del CP que ponga de manifiesto que las conductas de encubrimiento afectan también al bien dañado por el delito previo (por ejemplo, en el título relativo a los “delitos subsiguientes o contra la re-estabilización del orden social”). Esto permitiría, por ejemplo, modular la punibilidad (penas, prescripción, etc.) según el delito de referencia cuyos bienes/efectos se encubren.

2. Explicitar en el tipo penal que lo propio del encubrimiento, en su modalidad de favorecimiento real, reside en dificultar la instrucción o evitar la aplicación de las consecuencias asignadas por la ley a

los delitos cometidos por terceros, sin haber tomado parte en los mismos. Con ello se permitiría: (a) distinguir el delito de encubrimiento de la participación; (b) explicitar que el encubrimiento tiene una lesividad propia, distinta de la del delito precedente; y (c) concretar que es encubridor quien no ha tomado parte en el delito previo y que, por ende, no se ven afectados principios como el *nemo tenetur*.

3. Distinguir con claridad entre el encubrimiento por favorecimiento real y por favorecimiento personal, tal y como se hace en la mayor parte de los países analizados. A tal efecto, por ejemplo, se sugiere tomar el modelo italiano como punto de partida, pues ambas formas de favorecimiento se encuentran diferenciadas en preceptos distintos: el legislador italiano regula el delito de favorecimiento real (*reato di favoreggiamento reale*) en el art. 379 del CP, justo a continuación del delito de favorecimiento personal (art. 378 del CP). A su vez, distingue expresamente el delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real del delito de receptación (art. 648 del CP).

4. Distinguir entre encubrimiento y conductas afines, como la receptación y el LA.

5. Modular o graduar la gravedad del delito de encubrimiento por favorecimiento real en función de factores tales como el delito precedente y el valor de los bienes encubiertos, el estatus del sujeto que encubre, el momento del encubrimiento o el grado de ejecución del delito encubierto.

6. Ofrecer una respuesta legislativa específica al fenómeno de la criminalidad organizada transnacional. Por ejemplo, ofrecer soluciones específicas para estos casos en un subapartado del tipo penal en el que se regule el encubrimiento, haciendo mención a aspectos tales como: (a) el delito precedente y el valor de los bienes encubiertos; (b) el estatus del sujeto que encubre (más grave en casos de funcionarios y de profesionales-facilitadores); y (c) el momento del encubrimiento, (más grave si ya se ha iniciado la actuación de las autoridades, y menos grave si es un auxilio complementario); y (d) el grado de ejecución del delito encubierto (más grave si el delito se ha consumado y menos grave si quedó en tentativa).

7. Establecer la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder por este delito, de acuerdo con el modelo administrativo-

sancionador de personas jurídicas de dicho ordenamiento. Así, podría ofrecerse una solución similar a la de países como Italia, que castigan administrativamente a las empresas por el delito de favorecimiento real.

3.4.3. En relación con el delito de receptación

Se considera positivo que el delito de receptación en el ordenamiento jurídico colombiano se sancione de forma separada y autónoma con respecto al delito de encubrimiento. Sin embargo, la regulación de este delito debería ser revisada en los siguientes puntos, a fin de que pueda desplegar toda su eficacia:

1. Distinguir de un modo más claro o, como mínimo, más expreso, las conductas de favorecimiento real de las conductas de receptación. Para estar en armonía con la mayor parte de países analizados, la conducta típica de receptación debería describirse como adquirir, poseer, convertir o transferir bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Sin embargo, no se exige ánimo de lucro. Por ende, si se entiende que la finalidad de encubrir es exigible a todas las conductas descritas en el tipo, podrían quedar fuera del mismo aquellas conductas en las que más que un favorecimiento real estamos ante un aprovechamiento de los efectos del delito.

2. Delimitar más claramente las conductas de LA, de las conductas de receptación. Según el CP Colombiano, la calificación del delito de encubrimiento como receptación como una conducta subsidiaria del LA no encaja con la concepción general de este delito en el resto de ordenamientos jurídicos. Si se quiere conseguir una respuesta armónica con el resto de legislaciones (lo cual es esencial para la prevención y castigo de formas de delincuencia como el COT), es preciso que los tipos estén regulados de formas sustancialmente equiparables. Sin embargo, la regulación colombiana se aleja de la forma más habitual de concebir el delito de receptación. Por ello, sería recomendable que la conducta de receptación exigiera: (a) el aprovechamiento de los bienes/efectos procedentes de un delito;

(b) el ánimo de lucro; y (c) el no haber tomado parte en el delito precedente.

3. Concebir el delito de receptación como un delito pluriofensivo porque categorizarlo como un delito que atenta exclusivamente contra la administración de justicia dificulta su distinción con respecto al delito de encubrimiento, y puede llegar a producir lagunas de punibilidad en conductas próximas al blanqueo por parte de quien no ha intervenido en el delito precedente. En la línea de cuanto se viene señalando, el delito de receptación supone un aprovechamiento para el que recepta y, por tanto, un atentado contra el patrimonio, pero también respecto de otros bienes afectados por el delito precedente de que se trate, como la Hacienda Pública o la libre competencia.

4. Prever una modalidad de delito de receptación específica para los casos de COT, tomando en cuenta aspectos tales como aumentar el plazo de la prescripción, considerar la conveniencia de incluir cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva o penar supuestos de receptación imprudente (con la debida salvaguarda de las garantías derivadas del principio de culpabilidad).

3.4.4. En relación con el delito de testaferrato

Colombia es uno de los pocos países que regulan la conducta de testaferrato como un delito diferenciado de otros que podrían considerarse similares (encubrimiento o receptación, por ejemplo). Dicho aspecto se considera político-criminalmente acertado, siempre que se tengan en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Distinguir el delito de testaferrato del delito de encubrimiento por favorecimiento real, a fin de evitar solapamientos. A tal efecto, el testaferrato no debería ser considerado como una conducta subsiguiente, sino posibilitadora del delito al que sirve quien actúa como testaferrero.

2. Delimitar adecuadamente el testaferrato de la participación, a fin de no vulnerar el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, explicitando que la conducta se dé mediando retribución económica y/o de manera habitual, por parte de sujetos que actúan como repre-

sentantes, administradores o socios de una o varias sociedades empleadas por terceros en actividades que sean constitutivas de delito.

3. Hacer extensivo el delito a todos los delitos y no solo a los de narcotráfico y delitos conexos.

4. Incluir la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de testaferrato.

5. Hacer que el delito de testaferrato sea una conducta agravada en los casos en los que los delitos que favorezca el testaferrato sean de corrupción o vinculados al COT (aumentando, por ejemplo, el plazo de la prescripción, o valorando la pertinencia de cláusulas premiales por colaboración post-ejecutiva).

3.5. Respecto al delito de obstrucción a la justicia y a otros delitos relacionados

3.5.1. En relación con los aspectos generales a esta categoría de delitos

Implementar las recomendaciones generales y específicas formuladas para América Latina que sean aplicables al ámbito colombiano, teniendo en cuenta que, en el caso específico de Colombia, más allá de la regulación legal, los esfuerzos deberían ir encaminados hacia la investigación y judicialización de los comportamientos, fortaleciendo en especial la cooperación regional.

3.5.2. En relación con el delito de obstrucción a la justicia

Colombia no prevé expresamente el delito de «obstrucción a la justicia». Por lo tanto, sería conveniente regular un delito específico de obstrucción de justicia que tenga en cuenta las siguientes medidas: (a) incrementar las penas de prisión largas y multas más elevadas; (b) proteger a los testigos; (c) aumentar la eficacia en la investigación y enjuiciamiento mediante la dotación de medios tecnológicos y formación a las autoridades; y (d) prever una especificidad para el delito de obstrucción a la justicia en casos de COT, que

tenga en cuenta la necesidad de que las autoridades internacionales colaboren para combatir este tipo de delincuencia y proteger la integridad de la justicia.

3.5.3. En relación con el delito de falso testimonio o peritaje

Colombia es el país con la pena máxima más alta para el delito de falso testimonio. Algunas posibles mejoras que podrían hacerse a la legislación colombiana con respecto a este tipo penal son las siguientes:

1. Ampliar la definición para incluir otras situaciones en las que se practica la falsedad. Por ejemplo, la legislación colombiana define actualmente el falso testimonio como la realización de una declaración falsa en un proceso judicial. Sin embargo, puede haber otras situaciones en las que se practique la falsedad, como en una investigación policial o administrativa.

2. Mejorar los mecanismos de detección de falsos testimonios o falsas pericias con métodos modernos de investigación, como el análisis de datos y el uso de tecnología de detección de mentiras.

3. Reforzar el proceso judicial, mediante la garantía de la protección de las víctimas y de que el proceso sea justo y transparente.

4. Invertir en programas de educación y concienciación para que la gente conozca las consecuencias del falso testimonio o la falsa pericia y sea menos probable que los cometa.

3.5.4. En relación con el delito de coacción en el curso del proceso

Revisar la regulación de este delito en la normativa colombiana teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1. Ampliar la definición de coacción. La legislación podría actualizarse para tipificar en el título XVI del CP (especialmente en los capítulos I y VIII) las nuevas formas específicas de cometer el delito con el apoyo de las nuevas tecnologías. Esto supondría, por ejemplo, que amenazar con publicar información personal en línea o difundir noticias falsas podría ser considerado como una forma de coacción.

2. Proteger a las víctimas de la coacción.

3. Aumentar la concienciación sobre el delito mediante campañas de sensibilización y educación para el público en general, así como mediante formación específica para policías, jueces y otros profesionales del sistema de justicia penal.

3.5.5. En relación con el delito de fraude procesal

Revisar el tipo penal de fraude procesal en la legislación colombiana, para lo cual se debería tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Ampliar el ámbito de aplicación de la ley. La legislación colombiana podría ser más clara a la hora de definir qué constituye fraude procesal, incluyendo conductas distintas a las ya previstas en los arts. 453 y 454 del CP. Además, la ley podría incluir sanciones más estrictas para las conductas dirigidas a obstruir la justicia, como el cohecho de magistrados u otras autoridades.

2. Aumentar la eficacia de la ley. Podría mejorarse la legislación para facilitar la investigación y el castigo de quienes cometen fraude procesal. Esto podría incluir medidas como la creación de unidades especializadas para investigar estos delitos, la mejora de la cooperación entre las autoridades y el poder judicial y el refuerzo de los mecanismos de protección de testigos y víctimas.

3. Establecer sanciones más proporcionadas. Podría revisarse la legislación para garantizar que las sanciones por fraude procesal sean proporcionales a la gravedad del delito cometido. Esto podría significar el establecimiento de sanciones más duras para los delitos más graves o la consideración de factores atenuantes en los casos menos graves.

4. Mejorar la prevención. La legislación colombiana podría incluir medidas para prevenir el fraude procesal, como educar a los ciudadanos sobre la importancia de la justicia y los peligros de la obstrucción a la justicia, y promover políticas de transparencia en el sistema judicial. Todo ello, asegurando que la ley sea clara, eficaz y proporcionada, para garantizar que la justicia se aplique de forma justa y eficiente.

3.5.6. En relación con el delito de impedir u obstaculizar la investigación de un delito que implique a una organización criminal

Como este delito no se recoge en el CP colombiano, sería oportuno incluirlo en el mismo, con aumentos de pena proporcionales a los previstos en los delitos de lesa humanidad de la Ley 742 (2002), para los delitos de amenazas, cohecho, obstrucción, ocultamiento o destrucción de pruebas, entre otros.

1. Establecer agravantes, como la posición jerárquica del autor o el nivel de violencia subordinado.

2. Garantizar el fortalecimiento de las instituciones de investigación, mediante la formación de equipos especializados, la disponibilidad de tecnología avanzada y la protección de los agentes implicados.

3. Promover la colaboración entre instituciones en una red interinstitucional, con el fin de combatir el delito de obstaculizar o dificultar la investigación de una infracción penal en la que esté implicada una organización criminal.

4. Fomentar la denuncia de delitos mediante medidas para proteger a los denunciantes, así como establecer recompensas para quienes proporcionen información útil para la investigación.

5. Adoptar políticas públicas eficaces para su aplicación y realizar un seguimiento constante para evaluar su eficacia e identificar posibles ajustes.

Adéndum

***El delito urbanístico asociado
a la criminalidad organizada:
principales retos y propuestas***

JUAN PABLO PANTOJA RUIZ*
CAROLINA BENJUMEA CARDONA**

**1. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DEL DELITO
URBANÍSTICO EN RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN
ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL**

Hablar de crimen organizado siempre es retador, puesto que supone pronunciarse sobre un concepto sumamente gaseoso y de difícil conceptualización (Hufnagel, 2016: 355). Con el propósito de contar con un marco conceptual claro, sin incurrir en discusiones conceptuales que son abordadas en otras secciones de este proyecto investigativo, este acápite hará uso de la acepción propuesta por el Real Instituto Elcano y la Fundación Ideas para la Paz, de conformidad con quienes la Criminalidad Organizada Transnacional y/o el Crimen Organizado Transnacional (en adelante COT) puede ser conceptualizado así (Cajiao et al., 2018: 5):

* Estudiante de la Maestría en Leyes en la Universidad Católica de Lovaina (KU Leuven), Bélgica. Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia y Acreditado en Compliance por la International Federation of Compliance Associations (IFCA) y por la Universidad de Pensilvania.

** Abogada por la Universidad de la Sabana y estudiante de la especialización en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Abogada asociada de las áreas de Derecho Penal & Compliance en Deloitte Legal (Colombia).

Más allá de una organización, el crimen transnacional está compuesto por redes que entremezclan varios niveles de estructuras organizacionales. Estas van desde las más estructuradas y jerárquicas a formaciones más ocasionales y menos rígidas, hasta las redes criminales que se integran con ocasión de una “oportunidad de negocio” y luego se disuelven. También forman parte individuos que cumplen tareas específicas para el funcionamiento de la organización sin ser necesariamente miembros de ésta (funcionarios de las aduanas y migración, policías, miembros del sistema judicial y políticos, entre otros).

De este concepto se resaltan los siguientes elementos, que de estar presentes permiten hablar de COT: (i) varios niveles de estructuras organizacionales y (ii) la participación de miembros ajenos a la organización para el cumplimiento de tareas específicas, que normalmente pueden ser cumplidas debido a sus especiales habilidades o posición. Este capítulo se ocupa del delito urbanístico como una modalidad de COT, y además sirve de introducción a las demás tipologías identificadas en el marco de la investigación.

Para esto, los autores nos preguntamos por la relación entre delitos urbanísticos y COT; relación que, a pesar de no ser evidente, debe llamar la atención de los hacedores de política criminal y su consecuente legislación complementaria; no solo a nivel expansivo, sino también de cara a respetar los principios de fragmentariedad y mínima intervención (de Cominges Cáceres, 2010, p. 555). Las dinámicas complejas de la COT, que no pocas veces se relaciona con el sector de la construcción y urbanismo—dada su magnitud, retorno y complejidad—hace que el delito de urbanización ilegal se acompañe usualmente de delitos considerados como de la mayor relevancia nacional, como lo son delitos contra el orden económico y social. En especial el lavado de activos, la financiación del terrorismo, y delitos considerados como de “corrupción”, con la amplitud que dicho término conlleva en Colombia a la luz de la Ley 2195 de 2022. Según la Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero de Colombia (Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia (UIAF), 2014: 8):

La participación del Sector Inmobiliario y de la construcción en el total del Producto Interno Bruto ha sido significativa en los últimos años, oscilando entre el 11,5% y el 13,7% de 2007 a 2013, como resultado de inversiones en este campo por valor de \$416 billones de pesos. A pesar de los beneficios para la economía nacional de contar con un sector en continuo crecimiento como el inmobiliario, la magnitud

del mismo y los significativos recursos que en él se mueven, a la vez constituyen factores de riesgo para la infiltración de flujos ilícitos generados por el crimen organizado. Concretamente, sin las medidas de protección adecuadas, esta es una actividad económica que puede ser vulnerable al Lavado de Activos y/o al movimiento de capital para financiar acciones vinculadas al terrorismo, riesgo sectorial que ha sido identificado tanto a nivel nacional como internacional.

Así las cosas, como premisa, es necesario identificar que la urbanización ilegal, lejos de ser únicamente una desviación administrativa, es punible porque (y únicamente cuando) mina el desarrollo organizado de una ciudad y usualmente permite que grandes caudales de dinero fluyan por la economía de forma irregular. Lo que es peor, por la referida magnitud, es extraño que el delito se cometa de forma aislada, y por el contrario suele concursar con un sinnúmero de conductas punibles tradicionalmente asociadas a la corrupción transnacional y doméstica. En ese ámbito, este adendum al volumen tiene como objetivo no solo dar cuenta del contenido y alcance de los delitos urbanísticos en Colombia, sino proponer que la cooperación y armonización de estándares mínimos de punibilidad es relevante para, desde el derecho penal especial, poder responder a la dimensión transnacional de la COT.

2. INCORPORACIÓN DEL DELITO URBANÍSTICO A LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y COLOMBIANO

Un derecho penal democrático es, por definición, mínimo, pues únicamente puede penar aquellas conductas que materialmente requieran la intervención más coercitiva del Estado (Keiler et al., 2017, p. 134). A pesar de las recientes tendencias expansivas, usualmente marcadas por un populismo punitivo de cuestionable eficacia, bajo el principio de *ultima ratio* la noción de un derecho penal mínimo—respetuoso de la libertad como valor constitucional fundamental—ha sido acogido mayoritariamente por los Estados sociales y democráticos de Derecho bajo el discurso del garantismo penal (Ferrajoli, 2014; cf. Nieves, 2011: 137). Por eso, previo a estudiar el análisis típico del delito de urbanización ilegal, vale la pena preguntarse por su teleología legislativa y cambios recientes, tanto en Colombia como

en España, que es su antecesor más próximo y seguramente inspiración de los legisladores ponentes de su incorporación a nivel nacional, Parmenio Cuéllar Bastidas y Germán Vargas Lleras.

2.1. Sistema colombiano

Algunos autores, como Orlando Muñoz Neira—citado por Hernández Quintero—rastrear su origen a la Ley 66 de 1968, pero hay que anotar que el alcance original de estas disposiciones era sumamente limitado (Quintero, 2012: 112). Fue bajo el título “del urbanizador ilegal” que la Ley 308 de 1996 añadió al CP de la época—Decreto 100 de 1980—el delito urbanístico, incorporando por primera vez este delito al ámbito jurídico nacional¹. Esta misma ley, en su artículo primero, también aumentó las penas y delimitó el contenido y alcance del delito de invasión de tierras o edificaciones, lo que sirve para determinar su teleología. En esa oportunidad, la redacción quedó incorporada así al ordenamiento nacional según el art. 367A. CP relativo al urbanizador ilegal:

El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción sin el lleno de los requisitos de ley, incurrirá por este solo hecho en prisión de tres (3) a siete (7) años y en multa de doscientos (200) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales vigentes. [] La pena señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales. [] Parágrafo. El servidor público o trabajador oficial que dentro del territorio de su jurisdicción y en razón de su competencia, con su acción u omisión diere lugar a la ejecución de los hechos señalados en el inciso 1° de este artículo, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones penales a que hubiere lugar por el desarrollo de su conducta».

Este tipo no se desarrollará detalladamente, pues su estudio detallado se hace respecto de la redacción actual en Colombia en el

¹ República de Colombia. Ley 308 de 1996 “*Por la cual se modifica parcialmente el artículo 367 del Código Penal y se tipifica con conducta delictiva la del Urbanizador Ilegal*”. Publicada en el Diario Oficial No. 42.852 de 9 de agosto de 1996.

siguiente acápite. Sin embargo, vale la pena destacar que, desde sus orígenes, siguiendo el ejemplo español, se penó (i) al promotor de la obra y (ii) al servidor público que dé visos de legalidad a la misma (lo que en España ya era conocido como «prevaricación urbanística»).

Tras demanda ciudadana que buscaba conciliar la prescripción adquisitiva vía posesión extraordinaria del derecho civil y la realidad social nacional con el tipo penal de urbanización ilegal, la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 1997 estableció que el delito urbanístico responde a²:

En lo que concierne al otro delito consagrado, el de urbanización ilegal, encuentra su fundamento en la necesidad de protección de la comunidad, que puede ser afectada, como en incontables ocasiones lo ha sido, por personas inescrupulosas que, so pretexto de adelantar programas de vivienda o construcción en poblados y ciudades, recaudan, sin ningún control y de manera masiva, grandes sumas de dinero, generalmente aportadas por personas de escasos recursos que pretenden, de buena fe, solucionar así sus necesidades de habitación. [] En no pocas oportunidades, los aportantes de cuotas para los expresados fines resultan defraudados y se encuentran impotentes para reclamar cumplimiento o para obtener la devolución de sus recursos económicos, dada la inexistencia de registros oficiales sobre las personas responsables de la actividad urbanizadora prometida y las inmensas dificultades para su localización, precisamente por no haber cumplido ellas los requisitos de ley, que habrían hecho posible la vigilancia y el control estatal sobre su gestión y responsabilidades.

Y es que, a pesar de la aparente confusión del tipo penal con meras infracciones administrativas, lo que en realidad se debe penar por vía del derecho penal—pues es la única conducta que demanda intervención penal—es aquella conducta que concursa con la defraudación urbanística y social, normalmente asociada a la comisión de delitos contra la administración pública, y no únicamente la mera contravención administrativa. Esta es la acepción que debe marcar el derrotero del delito urbanístico, por lo menos en Colombia, a la luz de los principios de intervención mínima, antijuridicidad material y fragmentariedad; que son en sí mismos un límite al poder punitivo del Estado (Cfr. Gómez Pavajeau, 2019).

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo)

2.2. *Sistema español*

España ha tipificado como delictivos los actos de urbanización ilegal por lo menos desde 1995, con la expedición de la Ley Orgánica 10/1995. En su momento, el legislador español consideró que era “prudente” acoger las nuevas formas de delincuencia, que hasta ese momento únicamente configuraban ilícitos administrativos (Pomares Cintas, 2011: 110). Sin embargo, esos mecanismos administrativos carecieron de la efectividad suficiente para controlar los fenómenos de urbanización ilegal, lo que motivó una Resolución del Parlamento Europeo exhortando la protección de las garantías ciudadanas consagradas en la legislación europea y, en especial, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales³.

Es decir, ante un discutido “fracaso” del derecho administrativo (cfr. de Cominges Cáceres, 2010: 554), se decidió recurrir al buen derecho penal, en un proceso expansivo ampliamente referenciado en la doctrina hispanoamericana (Bernate Ochoa, 2021: 27; Carrasco Jiménez, 2017; Silva Sánchez, 2011: 149). El Tribunal Supremo Español, entre otras sentencias⁴, ha indicado que lo que se protege por medio de la incorporación de los delitos urbanísticos es el valor material de la ordenación del territorio, es decir, la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales (de Cominges Cáceres, 2010: 557). Luego de un detallado estudio de antijuridicidad, a esta misma conclusión arriba Pomares Cintas cuando concluye que, lejos de únicamente proteger el derecho urbanístico—asunto administrativo—lo que admite la entrada del derecho penal a este ámbito es la utilización del suelo y los recursos naturales en pro del interés general, la función social de la propiedad y el medio ambiente (Pomares Cintas, 2011: 120).

³ Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))

⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (Sa 2a) de 25 de noviembre de 2009 (casación 417/2009), 6 de abril de 2009 (casación 1337/2008) y 16 de diciembre de 2009 (casación 1344/2009).

La legislación española frente a la urbanización ilegal contempla, *grosso modo*, dos modalidades delictivas diferenciadas por el sujeto activo de la conducta: el delito de urbanización ilegal en sentido estricto y el delito de prevaricación urbanística. El primero—más relevante en el ámbito que nos ocupa—se tipifica de la siguiente forma en el art. 319 del CP español:

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. [] 2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o *edificación no autorizables en el suelo no urbanizable* (cursivas añadidas) [...].

Un análisis típico sumamente conciso permite identificar los principales elementos del delito de la siguiente forma (de Comings Cáceres, 2010: 558):

- (a) El sujeto activo debe reunir la condición de promotor, constructor o técnico director de la obra, entendiéndose por promotor quien impulse, programe o financie la construcción, para sí o para su posterior enajenación; (b) ha de realizarse una construcción; (c) debe carecer de la pertinente autorización, o ser disconforme con la otorgada; (d) esa construcción no autorizada ha de tener lugar «en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección»; (e) Ha de concurrir dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención, o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, o dolo eventual.

Como puede verse se salvaguarda, mucho más allá que la mera organización urbanística, incluyendo factores como la ordenación del territorio en procura del interés social, la función social de la propiedad y el medio ambiente. Todos asuntos constitucionalmente relevantes y susceptibles de intervención por intermedio de varias especialidades del ordenamiento jurídico (En ese sentido, ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-658 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)).

El segundo, contemplado por el art. 320 del CP, contempla el castigo del prevaricato cometido por el funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, dota de aparente legalidad del procedimiento ilegal de urbanización (Cfr. Martínez, 2008: 77). Es decir, desarrolla el tipo penal de prevaricato por acción, en el ámbito de lo urbanístico; salvaguardando no solo el orden territorial sino la legítima confianza en la administración pública⁵.

Sin embargo, advierte Pomares Cintas, esta dificultad por delimitar el bien jurídico en atención al examen de antijuridicidad, que se ha de hacer tanto por el legislador al tipificar la conducta como por el operador judicial al momento de verificar su configuración dogmática, ha hecho que no pocos operadores judiciales consideren que el bien jurídico tutelado—al menos a nivel mediato—es la administración pública (Pomares Cintas, 2011: 118). Especialmente en lo relativo a la prevaricación urbanística. En esta línea, la SAP, Málaga, Sección 2ª, 256/2007, 25-4⁶. Si a esto se suma la naturaleza de “tipos penales en blanco” de las normas objeto de estudio, se da cuenta—como a continuación también quedará acreditado en el ámbito colombiano—que no es fácil encontrar una clara diferencia entre el desvalor de acto en sede penal y administrativa, obligando a adoptar un juicioso análisis de antijuridicidad para poder diferenciar la finalidad de cada especialidad del ordenamiento jurídico (Ver: Martínez, 2008: 181).

⁵ Sobre su configuración típica y principales elementos, ver: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Sentencia SP072-2023 Rad 58706 (08 de marzo de 2023, MP Diego Eugenio Corredor Beltrán).

⁶ Reino de España. Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia No. 256/2007 (MP María Jesús Alarcón Barcos, 25 de abril de 2007).

2.3. Conclusiones preliminares

No es un accidente que usualmente se relacionen conductas de urbanización ilegal con actuaciones que afectan el interés colectivo y especialmente la administración pública. Este tipo de comportamientos, para ser jurídicamente relevantes en asuntos penales, suelen estar acompañados de maniobras que afectan significativamente bienes constitucionales superiores, como lo son el medio ambiente, la función social de la propiedad y el interés general. Por ello, no resulta extraño que —como se expondrá a continuación— no sean conductas independientes entre sí, sino que suelen concursar con otro tipo de delitos que afectan, especialmente, el patrimonio económico (usualmente estafas), el orden económico y social (como el lavado de activos, la captación masiva de dineros del público) y la administración pública (especialmente la falsedad de documentos oficiales con el objeto de dotar de aparente legalidad lo actuado).

Esta complejidad requiere de organización, estructuración y separación del trabajo. Y lo que es peor, por ser una actividad altamente rentable, puede dar lugar a generar incentivos para que no haya una limitación geográfica particular, como lo ha advertido la doctrina nacional con ocasión a los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo, especialmente en el ámbito inmobiliario (Sintura et al., 2013; Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia (UIAF), 2014).

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD

En los siguientes acápite se abordará cuál es el bien jurídico tutelado que se protege a nivel nacional y comparado con el delito de urbanización ilegal, o en general los denominados delitos urbanísticos y se hará un análisis respecto a la calidad pluriofensiva del delito y luego se abordará de manera breve los elementos de la tipicidad. Todo esto, con el fin de determinar hasta qué punto es una solución a la disolución de la criminalidad organizada en el marco de la COT.

3.1. Generalidades frente al bien jurídico objeto de tutela penal

En la normatividad colombiana el delito de urbanización ilegal se encuentra tipificado en el art. 318 del CP, actualmente ley 599 de 2000. En dicha normativa se establece que incurrirá en pena de prisión de hasta 126 meses quien “adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley”⁷; dicha conducta podrá estar agravada, aumentando la pena hasta en la mitad, cuando “la parcelación, urbanización o construcción de vivienda se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales”⁸. Por su parte, la normativa también establece que, cuando se trate de personas jurídicas involucradas en estas situaciones, incurrirá en la conducta sus representantes legales y los miembros de la junta directiva si estos han participado en la decisión que traiga como consecuencia la conducta infractora—es decir, incorpora una fórmula expresa de la fórmula del actuar por otro en el ordenamiento jurídico penal nacional—(Cfr. Suárez Sánchez, 2004).

Según el párrafo de este artículo, el servidor público que “en su jurisdicción y en razón de su competencia, con acción u omisión diere lugar a la ejecución [de las conductas antes descritas] incurrirá en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 48 a 90 meses”.

De este breve recuento sobre el art. 318 de la ley 599 de 2000 en Colombia, se desprende que el delito de urbanización ilegal inicialmente consiste en la conducta en la que incurre quien realice cualquier actividad relacionada con la urbanización, sin el cabal cumplimiento de los requisitos legales. No obstante, como se mencionaba anteriormente, su sanción penal—como *ultima ratio*—no debe circunscribirse a la mera infracción administrativa, sino que debe impli-

⁷ Congreso de Colombia, Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano. Art. 318.

⁸ Ibidem

car conductas directamente relacionadas con delitos contra la administración pública para que en efecto sea una conducta sancionable por el derecho penal.

La urbanización ilegal, como delito, se encuentra en el capítulo tercero del título X del CP colombiano, donde se encuentran los delitos en contra del orden económico y social; por consiguiente, el delito urbanístico en Colombia, o bien, la urbanización ilegal, inicialmente, es considerada como una conducta que afecta directamente el orden económico y social. Este bien jurídico debe ser entendido como “el conjunto de normas con las cuales el Estado garantiza su intervención en la economía” (Hernández Quintero, 2000), por lo que inicialmente, a pesar de la crítica de algunos autores como Jorge Augusto Lozano Delgado y Ricardo Echavarría Ramírez (2018: 7)— en nuestra consideración absolutamente acertada—, es la defensa de la reglamentación administrativa lo que el legislador pretendió proteger, mediante la tipificación de dicho delito.

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia ha enfocado su posición en que el bien jurídico tutelado que se protege con la tipificación del delito de la urbanización ilegal es el patrimonio económico de los afectados por esta conducta, o bien las víctimas. Especifica la Corte Constitucional (Sentencia T-825 de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado)) que:

Quien invade bienes inmuebles privados o espacios públicos, por regla general, atenta contra el derecho de propiedad y desconoce su función social y el principio de prevalencia del interés público. Por eso, el legislador desde tiempo atrás ha penalizado la actividad de la urbanización ilegal como forma de proteger a la comunidad de abusos de personas inescrupulosas que —con el pretexto de promover el acceso a viviendas dignas— estafan metódicamente a personas de escasos recursos y de extrema vulnerabilidad, como la población en situación de desplazamiento por ejemplo, explotando sus pretensiones de desarrollo de un proyecto de vida y recaudan, sin control, grandes sumas de dinero que finalmente desaparecen.

No obstante, la doctrina ha criticado esta posición mono-ofensiva adoptada por la Corte Constitucional en la medida en que es una lectura respecto de la cual podría deducirse que la urbanización ilegal—al ser una lesión contra el patrimonio económico—no podría concursar con algún delito tipificado dentro del bien jurídico tute-

lado del patrimonio económico. Además, esta postura crítica afirma que de ser cierta la postura mono-ofensiva sería necesaria la lesión económica del sujeto pasivo para la configuración del delito (Echavarría Ramírez, 2018: 7):

En consecuencia, si la conducta típica se realiza en propio beneficio de un sujeto, sin que exista afectación patrimonial de un tercero, no habría delito. Finalmente, convertir el delito de urbanización ilegal en una simple anticipación de la lesión de bienes individuales convertiría en superflua la tipificación de esta conducta, pues para ello existirían precisamente los delitos contra bienes jurídicos individuales.

En este sentido, y como se verá más adelante se ha adoptado doctrinalmente una teoría pluriofensiva del delito de urbanización ilegal en la medida en que la comisión de este delito puede afectar varios bienes jurídicos tutelados.

3.2. Bien jurídico tutelado en el ámbito español

Bajo una perspectiva de derecho comparado, en el régimen español aquellos que podrían denominarse delitos urbanísticos se encuentran tipificados en la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre; es decir, el CP español. Precisamente, en el título XVI que trata sobre “los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” se encuentra en el capítulo I los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, contenido de los arts. 319 y 320 CP español, modificados por la ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Estos artículos, ya referidos en los primeros acápites de este capítulo, dan cuenta de que el bien jurídico tutelado—tal y como lo estipula el mismo título—es la ordenación del territorio. Este bien jurídico es un valor social que encuentra fundamento en el art. 47 de la Constitución Española; de acuerdo con la doctrina, específicamente lo que se busca proteger a través de la ordenación del territorio es la política de ordenación del suelo de acuerdo con el uso social que debe darse al mismo, su protección como recurso natural y asegurar las condiciones mínimas para garantizar el derecho a los ciudadanos españoles a tener una vivienda digna y adecuada (Sánchez Domingo, 2008).

Resulta posible pensar que otro de los bienes jurídicos que se protege mediante la tipificación de estos delitos urbanísticos en la normatividad española es el medio ambiente y la calidad de vida, consagrado también en el art. 45 de la Constitución de este país. Reza dicho artículo que:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
[] Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Lo anterior, por cuanto una parte de la doctrina ha identificado una estrecha relación entre la ordenación del territorio y el medio ambiente. Como lo manifiesta Sánchez Domingo (2008), quien cita a Parejo Alfonso, ambos “hacen referencia al entorno físico de la persona y tratan de expresar la necesidad de garantizar una correcta utilización del suelo con la consiguiente repercusión en la forma de vida de los ciudadanos” (págs. 34 y 35) por lo que resulta plausible identificar que es la calidad de vida mencionada en el inciso 2 del art. 45 de la Constitución Española la que permite concluir que hay una estrecha relación entre la ordenación del territorio y el medio ambiente, pues ambos bienes jurídicos, en el marco de los delitos urbanísticos están encaminados a garantizar el bienestar social.

En conclusión, desde una perspectiva afinada en el derecho español, puede afirmarse que los delitos urbanísticos tienen como bienes jurídicos tutelados la ordenación del territorio, de acuerdo con el art. 47 de la Constitución Española, y la protección del medio ambiente, en concordancia con lo establecido en el art. 45 de la Constitución. Bajo este enfoque, puede decirse que ambos bienes jurídicos encuentran la relación en el objetivo de la calidad de vida de los ciudadanos, sin embargo, conservan su independencia; lo que puede sintetizarse en que los delitos urbanísticos en España son pluriofensivos.

3.3. Característica pluriofensiva del delito urbanístico cometido en el marco de la criminalidad organizada

En el marco del desarrollo doctrinal que ha tenido el delito urbanístico en Colombia se ha concretado la visión bajo la cual se tiene que el delito consagrado en el art. 318 del CP es de carácter pluriofensivo; es decir, que afecta a más de un bien jurídico tutelado, lo cual resulta en una postura franca y alineada con la perspectiva tratada en el presente escrito. Esto por cuanto, como se ha mencionado, en el marco de la criminalidad organizada se cometen multiplicidad de delitos interconectados con un mismo fin. Es por esta razón que, en efecto, se comparte la postura bajo la cual se considera que la urbanización ilegal es un delito pluriofensivo en Colombia, misma razón por la que se justifica la intervención penal en este tipo de conductas.

Hernández Quintero (2012: 102) ha sostenido la posición frente a la cual el Estado, basándose en su facultad para intervenir en la economía, basada en los arts. 333 y 334 de la Constitución Política, ante la ineficacia de las normas administrativas ha optado por involucrar al derecho penal, como *ultima ratio* para sancionar de forma más contundente a los urbanizadores ilegales. Y esto, debido a la lesividad de este delito que no se queda en hechos aislados, sino que muy frecuentemente se ve en medio de un concurso de delitos en el marco de la criminalidad organizada causando una pluralidad de efectos lesivos para la sociedad.

Indica Echavarría Ramírez que la urbanización ilegal, cuando se relaciona por ejemplo con la corrupción, tanto en la obra pública como en la obra privada pueden tener efectos socialmente lesivos como pérdidas en términos económicos o en la productividad del país. “En punto a la lesividad social, se reconoce que la construcción y la urbanización ilegal afectan tanto intereses individuales, como vida, integridad personal o patrimonial, como intereses colectivos, entre los que pueden resaltarse el buen funcionamiento del sistema democrático, o la confianza en el sistema económico por parte de los individuos” (Echavarría Ramírez, 2018, p. 6). De lo anterior, resulta que los delitos urbanísticos no solo son de importante lesividad social, sino que también usualmente están vinculados a hechos de corrupción o criminalidad organizada.

Por lo anterior, si bien es cierto que en su jurisprudencia de tutela la Corte Constitucional de Colombia se ha enfocado en el orden económico y social como bien jurídico principalmente tutelado, no ha echado de menos la amplia lesividad de este delito. En la sentencia C-658 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) reconoció que:

Para la Corte es absolutamente claro que la intención del legislador al consagrar como delito la conducta a que se refiere el art. 367A del Código Penal [Urbanización ilegal en el anterior Código Penal], fue la de proteger, simultáneamente, los intereses particulares de las personas afectadas por los urbanizadores ilegales y el innegable interés público, radicado en cabeza de las autoridades municipales, de ejercer una adecuada planeación, vigilancia y control del uso del suelo municipal, en aras del bien común. [] De esta manera la ubicación del tipo penal dentro de los delitos contra el patrimonio económico, ordenada justamente por las expresiones demandadas en esta causa, obedece simplemente a razones técnico-legislativas y no permite concluir que no se tutele, aparte del patrimonio de los particulares, el interés público concretado en la adecuada planeación urbana." (Se destaca)

En esta misma decisión la Corte cita la exposición de motivos al proyecto que condujo a la ley 308 de 1996, por medio de la cual se tipificó penalmente el delito de urbanización ilegal en el anterior CP. Concretamente en esta exposición el legislador estableció que

[...] pocas son las conductas nocivas de tan amplia resonancia en niveles colectivos y particulares. La acción del urbanizador pirata, que aprovechándose de una demanda creciente por vivienda construye en contravía de las mínimas normas de planeación y de la capacidad de las redes de servicios públicos, atenta en primera instancia contra el ciudadano desprotegido que se convierte en su cliente. Pero el daño es mucho más profundo: impide que la administración racionalice el crecimiento de la ciudad, y multiplica los costos de cobertura de redes de servicios públicos, sin contar con el impacto en las condiciones medio-ambientales.

Esta postura ha permanecido en el tiempo, lo que se puede ratificar con lo mencionado en la sentencia T-908 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla) en la cual la Corte Constitucional indica que la urbanización ilegal trae perjuicios para la sociedad en general tales como el deterioro de la calidad de vida, la obstrucción de obras públicas, la ovación fiscal, la ocupación de zonas no aptas para la urbanización, entre otros.

En suma, el delito urbanístico en Colombia, sea o no en un contexto de COT, pero naturalmente con mucho más énfasis cuando se presenta un fenómeno de COT, puede entenderse como una conducta pluriofensiva en la medida en que a través de su comisión implica una afectación directa o indirecta al orden económico y social, el patrimonio económico o incluso hasta el medio ambiente. Es así como la concepción de este delito como afectante de múltiples bienes jurídicos, se alinea con la complejidad del crimen organizado, donde la urbanización ilegal frecuentemente se entrelaza con diversos delitos en busca del crecimiento a nivel económico o de poder de la red criminal.

4. ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD Y PRESUPUESTOS DE CONFIGURACIÓN

A continuación, se dedicarán unas breves líneas a los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad del delito de urbanización ilegal y los presupuestos de su configuración. Actualmente, el art. 318 CP colombiano tipifica el delito de urbanización ilegal en los siguientes términos:

El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [] Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales y los miembros de la junta directiva cuando hayan participado en la decisión que traiga como consecuencia la conducta infractora descrita. [] La pena privativa de la libertad señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales. [] PARÁGRAFO. El servidor público que dentro del territorio de su jurisdicción y en razón de su competencia, con acción u omisión diere lugar a la ejecución de los hechos señalados en los incisos 1 y 2 del presente artículo, incurrirá en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses, sin perjuicio de las demás sanciones penales a que hubiere lugar por el desarrollo de su conducta.

La Corte Suprema de Justicia ha identificado los siguientes elementos del tipo de urbanización ilegal⁹:

El bien jurídico tutelado es el Orden Económico y social. Se trata de un tipo de resultado objetivo, de lesión, de conducta instantánea y pluriofensivo; con sujeto activo indeterminado y como pasivo el conglomerado social, la comunidad. Los verbos rectores de la conducta son alternativos: adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir, cada una de las acciones perfecciona en forma independiente y autónoma el delito. El objeto material lo constituyen actos-resultado de división, parcelación, urbanización de inmuebles o la construcción de los mismos en forma ilegal.

De forma gráfica esto puede exponerse de la siguiente forma:

ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DE URBANIZACIÓN ILEGAL	
Sujeto Activo	Sujeto activo indeterminado como regla general.
	Cuando se trate de personas jurídicas será responsable el representante legal y los miembros de la junta directiva que hayan participado en la decisión que traiga como consecuencia la conducta infractora descrita.
	En caso de configurarse la prevaricación urbanística, se tratará de un sujeto activo calificado (servidor público).
Sujeto Pasivo	Indeterminado
Verbos rectores	Adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir
	Las siguientes conductas: división, parcelación, urbanización o construcción de inmuebles
Objeto Material	Bienes inmuebles respecto de los cuales recaen las conductas de división, parcelación, urbanización o construcción.
Objeto Jurídico	El orden económico y social y el patrimonio económico
Ingredientes Normativos	Sin el lleno de los requisitos de ley
Tipicidad Subjetiva	Es un delito doloso (Art. 21 CP)

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Única instancia 27460. Acta 331 del 05 de septiembre de 2012, M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

En cuanto a los verbos rectores enlistados en la conducta tipificada —a saber: adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir— deben darse a estos el significado ordinario que se da a las palabras en el vocabulario común; vinculándolo al derecho urbanístico e inmobiliario, que determina cuáles son los “requisitos de ley” que se requieren para llevar a cabo esta materia de forma satisfactoria. Sin embargo, como ha sido puesto de presente en este texto, la expansiva redacción—que en nuestro criterio pone en peligro el principio de tipicidad estricta en asuntos penales—hace que no sea claro cuál es el alcance del tipo penal, y cuándo el disvalor de acción trasciende las fronteras de lo administrativo.

En un intento por cubrir varios comportamientos y evitar lagunas de punibilidad el legislador colombiano terminó atribuyendo una dimensión penal a comportamientos que, por su propia naturaleza, son desviaciones administrativas de las normas locales encaminadas a regular justamente la división, parcelación, urbanización y construcción de inmuebles; a todas luces un asunto de derecho privado y/o administrativo, al punto que, como ha notado la Corte Suprema de Justicia, es difícil encontrar una diferencia entre este comportamiento y otros delitos, como el de la estafa¹⁰.

Por demás, nótese que hay verbos rectores—como inducir, financiar, facilitar, tolerar o permitir—que son, francamente, innecesariamente amplios. Bajo la interpretación literal de dichas normas, no únicamente será penalmente responsable por el delito de urbanización ilegal quien efectivamente adelante actos positivos de urbanización sino quien; (i) los permita (pareciendo incorporar una tipología de omisión impropia sin la preexistencia de una posición de garante), (ii) lo promueva (es decir, las compañías publicitarias o los medios de comunicación deberían incorporar algún mecanismo de debida diligencia respecto de los proyectos que promueven) o (iii)

¹⁰ Entre otras, ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 12.820 (MP Fernando Enrique Arboleda Ripoll, 18 de febrero de 2000) y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP741-2021. Radicado 54.658 (MP Diego Eugenio Corredor Beltrán, 10 de marzo del 2021).

financien (lo cual puede llegar a ser absurdo, ya que normalmente los proyectos constructivos se financian por medio de patrimonios autónomos cuyos fideicomitentes son quienes a la postre podrán constituirse como víctimas en la actuación penal).

De esta forma, la conclusión preliminar es que la expansión punitiva en asuntos penales, además de alcanzar la dimensión de lo urbanístico, ha sido vaga al punto de que no únicamente compromete de forma significativa el principio de tipicidad estricta, como consecuencia del principio de legalidad, sino que además parece ir en contravía de los fines perseguidos por la incorporación del tipo penal. Como pudo verse en el primer acápite de este capítulo, la motivación fue introducir mecanismos penales idóneos para castigar a quienes incurrieran en actos delictivos encaminados a privar de vivienda digna a la población más vulnerable—consecuentemente promoviendo la prevención general de la comisión del delito—pero la consecuencia ha sido que se incorpore un delito con dificultades técnicas enormes, que además por tener que referirse al ordenamiento urbanístico local cuenta con una carga demostrativa sumamente alta.

4.1. Relación con otros tipos penales tradicionalmente asociados a la corrupción

Como se indicó en el acápite introductorio, la doctrina nacional e internacional ha identificado que el delito urbanístico, lejos de limitarse a una controversia urbanística, suele trascender la esfera meramente doméstica—adoptando una dimensión transnacional—y, a su vez, afecta la esfera de lo público (Echavarría Ramírez, 2018). Si la construcción simplemente deslinda los límites de la autorización administrativa, deviniendo en ilegal, el ámbito del derecho llamado a controlar la extralimitación debería ser el derecho administrativo (Cancio Meliá & Pérez Manzano, 2019). Pero cuando se altera la confianza legítima que presta tanto la administración pública como la sociedad en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, en perjuicio especialmente del estudiado bien jurídico del orden económico y social, estamos en presencia de una conducta penalmente relevante.

Desde un primer momento, en la precitada C-157 de 1997, la Corte Constitucional encontró que el desvalor de acción no recae en torno a la mera inobservancia de requisitos administrativos sino también a la afectación social que se genera cuando se defrauda masivamente a un sector poblacional que invierte sumas importantes de dinero y/o se corrompe a la administración pública para dar visos de legalidad a una actuación irregular¹¹. Esta tesis ha sido confirmada por la doctrina nacional, en cabeza de Hernández Quintero (Quintero, 2012) y Echavarría Ramírez (Echavarría Ramírez, 2018).

Cuando se alcanza la competencia de lo penal—y como fuera expuesto en el acápite dedicado exclusivamente al ámbito del análisis del delito de urbanización ilegal—es bastante común que para lograr los fines perseguidos por el sujeto activo, se desplieguen varias conductas asociadas al COT, como lo son, entre otros, el prevaricato en sus distintas modalidades, las estafas en masa y agravadas, la falsedad de documentos públicos y el fraude procesal, el cohecho y la concusión (Díez-Ripollés, 2004: 1). Todos delitos que tradicionalmente asociamos a la corrupción, como fenómeno social y jurídico (Martínez, 2008; Cfr. Newman Pont & Ángel Arango, 2017). Conforme con la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia¹²:

Se trata de una ley bastante discutida en el Congreso, cuyo trámite se inició en el año de 1994 y apenas fue aprobada definitivamente en el año de 1996, pues no era poca la preocupación del legislador por la abundancia de proyectos de urbanización ilegal desplegados por sujetos inescrupulosos que abusaban de una de las necesidades y aspiraciones más sentidas de una inmensa y desprotegida masa de la población colombiana (vivienda digna), con el fin de trocarlas por egoístas réditos económicos o políticos de sus promotores, o que evadían los controles legales para establecer viviendas en condiciones de seguridad, o que burlaban las exigencias o planes estatales para racionalizar y distribuir equitativamente el uso de los servicios públicos básicos; y, en fin, que podrían llegar a defraudar dramáticamente la esperanza de incautos aspirantes y hasta poner en peligro sus vidas y las de su familia por conducirlos a zonas de alto riesgo. [...] Por ello, el designio latente y diseminado en el curso de las discusiones parlamen-

¹¹ En ese mismo sentido: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 15988 (MP Jorge Aníbal Gómez Gallego; 18 de septiembre de 2001)

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 15988 (MP Jorge Aníbal Gómez Gallego; 18 de septiembre de 2001)

tarias fue la regulación integral del delito de “urbanizador ilegal” o de la “urbanización ilegal”, como lo dice más técnicamente el artículo 318 del nuevo CP, aunque ciertamente sólo en cuanto a mandatos y prohibiciones penales y no en todos los aspectos administrativos que sirven a la integración de la conducta o los colaterales al fenómeno de la urbanización ilegal, que continúan regidos en las normas matrices de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, a los que sin duda habrá que remitirse.

Si a esto se le suma la teleología analizada, es claro—como puede verse en la práctica judicial—que el delito de urbanización ilegal rara vez se presenta como un fenómeno aislado cuando este cuenta con relevancia penal. Un análisis comparativo de fuentes jurisprudenciales y doctrinales, junto con la evidencia basada en la experiencia, permiten concluir que el delito de urbanización ilegal usualmente concurre, en ámbitos estructurales de concierto doloso para desplegar esta modalidad delictiva con conciertos para delinquir, delitos de concusión y cohecho en sus varias modalidades como tipos penales de encuentro, fraude procesal con el fin de dotar de apariencia de legalidad la conducta punible, y la falsificación ideológica y material de un sinnúmero de documentos que circulan en el tráfico público y privado.

5. IMPORTANCIA DE LA ARMONIZACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE MECANISMOS DE COOPERACIÓN EFECTIVA EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO: PROPUESTAS PARA EL DELITO URBANÍSTICO Y SUS COMPONENTES ASOCIADOS

El delito urbanístico a menudo se pasa por alto nacionalmente debido a la congestión en la Fiscalía General de la Nación y a la complejidad de aplicar un tipo penal vinculado a normas urbanísticas y con dificultades para determinar el bien jurídico protegido. A pesar de ello, este tipo penal residual tiene una rica historia y puede ser una respuesta potencial a la COT, especialmente a aquella asociada a actos de corrupción y lavado de activos; donde por sus altos flujos de dinero es fácil camuflar sobornos, pagos aceleratorios y brindar apariencia de legalidad a recursos obtenidos por fuera del tráfico

jurídico lícito. Un ejercicio de mayor escala en este sentido ha sido el realizado por la profesora Ramírez Barbosa, quien tanto en conferencias dictadas ante el Centro de Estudios Brasileiros como en capítulos académicos, ha abordado el poder corruptor de los grandes flujos de dinero en proyectos de infraestructura en Latinoamérica en el caso denominado Odebrecht (Cfr. Ramírez Barbosa, 2018).

En ese sentido, para precisar su alcance, es crucial explorar sus características en el derecho doméstico y comparado, especialmente en relación con la COT. Con sus altos y bajos, la integración económica y política latinoamericana parece ser cada vez más sólida. Colombia hace parte de los siguientes Mecanismos de Concertación e Integración Regional: (a) la Alianza del Pacífico; (b) la Asociación de Estados del Caribe (AEC); (c) la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); (d) la Comunidad Andina (CAN); (e) la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC); (f) la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños-China (CELAC-China); (g) la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños-Unión Europea (CELAC-UE); (h) el Consenso de Brasilia; (i) la Conferencia Iberoamericana; (j) la Comunidad del Caribe (CARICOM); (k) el Mercado Común del Sur (MERCOSUR); (l) el Proyecto Mesoamérica; y (ll) el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

Estos mecanismos son instrumentos idóneos para la promoción de la integración económica, social y cultural, que a su vez suponen un tránsito mayor de mercancías, trabajadores, servicios y capitales, como ha enseñado el ejemplo europeo (Ambos, 2018: 21; Craig, 2021; Herlin-Karnell, 2012). Por ello, identificados mayores flujos económicos—junto con las ventajas económicas, sociales y culturales que ello supone—también es necesario contar con mecanismos de aproximación normativa a fenómenos complejos, y de ahí la importancia de realizar estudios integrativos desde la parte especial del derecho penal (Miettinen, 2019, p. 57).

Frente al delito urbanístico, como se observó, es claro que los altos flujos económicos generan incentivos para que se presenten estructuras criminales complejas que: (a) trascienden fronteras domésticas; y (b) afectan la administración pública de varios Estados. Como nos advierte Ramírez Barbosa, el caso Odebrecht da cuenta de nuevas formas de criminalidad transnacional en una sociedad cada

vez más interconectada, que difícilmente puede ser atacada de forma insular (Ramírez Barbosa, 2018). En una economía organizada y conectada, la debilidad institucional o jurisdiccional de uno de los miembros del proyecto tiene la potencialidad de afectar la integridad de los Estados, quienes confían en respuestas punitivas apropiadas en el territorio de origen de los individuos (Bellamy, 2018: 322).

Sin marcos normativos de referencia que permitan estrechar las relaciones de cooperación y el reconocimiento de decisiones judiciales adoptadas por Estados miembros de este proceso de integración económica será sumamente difícil combatir los retos que se identifican a lo largo del presente volumen. Ejercicios de contraste jurídico que permitan adoptar recomendaciones latinoamericanas permitirán fortalecer los principios de confianza recíproca y, paralelamente, contar con respuestas institucionales multilaterales a fenómenos de criminalidad transnacional (Cfr. Mitsilegas, 2022: 196).

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

Conforme se desprende de lo anterior, combatir individualmente con excesivo apego al principio de territorialidad, conductas que usualmente trascienden las fronteras del Estado democrático, resulta ser una aproximación poco eficaz. Este volumen, pensado desde el derecho penal especial, tiene como propósito contrastar la aproximación del derecho hispanoamericano a conductas graves que responden al COT. En especial, el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito de particulares, las distintas formas de corrupción por malversación de fondos públicos; entre otros.

6.2. Recomendaciones para Colombia

1. Limitar los verbos rectores del tipo de urbanización ilegal de forma tal que únicamente se pene en materia penal aquellos comportamientos que revistan la gravedad suficiente para afectar el bien jurídico del orden económico y social y/o la administración pública.

2. Incorporar pautas de política criminal que brinden criterios ciertos que permitan diferenciar el ámbito penal del del derecho administrativo y civil, de cara a permitir que los actores que hacen parte de este entorno cuenten con criterios claros para el desarrollo de negocio y con ello se promueva la seguridad jurídica.

3. Identificar, por lo menos sumariamente, las principales tipologías delictivas que revisten relevancia transnacional con el propósito de concertar mecanismos multilaterales de lucha específica e, inclusive, legislación armónica a nivel latinoamericano.

4. Capacitar a los funcionarios públicos que intervienen en la tramitación de permisos y licencias urbanísticas en las contingencias de índole penal asociadas a dichos procedimientos, no únicamente respecto de la urbanización ilegal, sino de los delitos vinculados a la administración y fe pública que pueden hacer parte los primeros.

6.3. Recomendaciones para América Latina

1. Identificar, por lo menos sumariamente, las principales tipologías delictivas que revisten relevancia transnacional con el propósito de concertar mecanismos multilaterales de lucha específica e, inclusive, legislación armónica a nivel latinoamericano.

2. Incrementar mecanismos de cooperación internacional no únicamente frente a las Unidades de Inteligencia Financiera y órganos fiscales, sino también frente a las investigaciones relacionadas con proyectos constructivos de mayor impacto donde, por los altos flujos de dinero, puedan ocultarse pagos o promover esquemas de blanqueo de capitales. Estos mecanismos de integración pueden inspirarse en el modelo de la Unión Europea adoptado desde el Tratado de Lisboa (Cotoc et al., 2021; Mitsilegas, 2022). Como concluyen Cotoc et. Al (2021) (traducción libre):

Los resultados de este estudio respaldan a entidades gubernamentales y no gubernamentales al resaltar las áreas que requieren atención inmediata para minimizar los efectos del lavado de dinero (ML, por sus siglas en inglés). No es suficiente establecer reglas globales o hacer que los países las implementen y demuestren que cumplen con los estándares. También deben producir efectos. Con el fin de

fortalecer la eficacia de la lucha contra el lavado de dinero (AML) y el financiamiento del terrorismo (CFT), la implementación de la legislación pertinente de la Unión Europea, en consonancia con los estándares internacionales en la lucha contra el lavado de dinero y cómo se implementa, debe evaluarse regularmente.

3. Incrementar mecanismos de cooperación internacional de cara a conocer los beneficiarios finales y los flujos de dinero que circundan las operaciones relacionadas con proyectos de infraestructura y urbanización a gran nivel, de cara a facilitar el control sobre la instrumentalización fraudulenta de proyectos urbanísticos para conductas relacionadas al COT.

4. Incorporar en sus legislaciones locales pautas administrativas y sustantivas que permitan estudiar el delito urbanístico no como un comportamiento aislado sino como una conducta que usualmente concursa con otras tipologías delictivas que afectan la administración y fe pública, el patrimonio y el orden económicos y social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-658 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-908 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-825 de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 12.820 (MP Fernando Enrique Arboleda Ripoll, 18 de febrero del 2000)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 15988 (MP Jorge Aníbal Gómez Gallego; 18 de septiembre de 2001)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Única instancia 27460. Acta 331 del 05 de septiembre de 2012, M.P Julio Enrique Socha Salamanca).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP741-2021. Radicado 54.658 (MP Diego Eugenio Corredor Beltrán, 10 de marzo de 2021).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP072-2023 Rad 58706 (08 de marzo de 2023, MP Diego Eugenio Corredor Beltrán)

Doctrina

Ambos, K. (2018). European Criminal Law. In *European Criminal Law* (Issue December 2017). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316348628>

Bellamy, R. (2018). The rule of law. In *Political concepts* (Issue 1961). <https://doi.org/10.2307/838752>

Bernate Ochoa, F. (2021). *Las personas jurídicas frente al derecho colombiano* (1o Ed.). Grupo Editorial Ibáñez.

Cajiao, A., González, P., Pardo, D., & Zapata, O. (2018). *Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia-España*. 48. <https://www.realinstitutoelcano.org/documento-de-trabajo/una-aproximacion-al-crimen-transnacional-organizado-redes-de-narcotrafico-colombia-espana/>

Cancio Meliá, M., & Pérez Manzano, M. (2019). Principios del derecho penal (III). In J. A. Lascaraín Sánchez (Ed.), *Introducción al derecho penal* (1 Ed., pp. 123-165). Boletín Oficial del Estado-BOE.

Carrasco Jiménez, E. (2017). El concepto de “expansión” del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de “inflación” penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, 37, 39-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5892008&orden=0&info=link>

Cotoc, C. N. B., Nițu, M., Șcheau, M. C., & Cozma, A. C. (2021). Efficiency of Money Laundering Countermeasures: Case Studies from European Union Member States. *Risks* 2021, Vol. 9, Page 120, 9(6), 120. <https://doi.org/10.3390/RISKS9060120>

Craig, P. (2021). *Integration, democracy, and legitimacy*.

de Cominges Cáceres, F. (2010). El delito urbanístico: Protección penal de principios constitucionales básicos (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009). *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 545-563.

Díez-Ripollés, J. L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06, 1-34. <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

- Echavarría Ramírez, R. (2018). ¿Sanción penal a constructores? Consideraciones sobre la legitimidad de la intervención penal en la construcción y el urbanismo. *Revista Derecho Penal*, 64, 69-102.
- Ferrajoli, L. (2014). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. (N. Guzmán (ed.); Primera Ed). Editorial Hammurabi.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2019). *El principio de la antijuridicidad material. Fundamentos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales*. (5o Edición). Ediciones Nueva Jurídica.
- Herlin-Karnell, E. (2012). *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*. Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472566041>
- Hernández Quintero, H. A. (2000). Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 21(70), 35-52.
- Hufnagel, S. (2016). Organized crime. In *Research Handbook on EU Criminal Law*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781783473311.00029>
- Keiler, J., Panzavolta, M., & Roef, D. (2017). Criminal Law. In *Introduction to Law* (pp. 129-163). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-57252-9_7
- Martínez, E. E. (2008). Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal. In *Cuadernos penales José María Lidón. Núm 5. Corrupción y Urbanismo* (pp. 69-90). Deusto Publicaciones.
- Miettinen, S. (2019). *Criminal Law and Policy in the European Union* (p. 304). Routledge. <https://www.routledge.com/Criminal-Law-and-Policy-in-the-European-Union/Miettinen/p/book/9781138843400>
- Mitsilegas, V. (2022). *EU Criminal Law* (2 Ed.). Hart Publishing. <https://www.bloomsbury.com/uk/eu-criminal-law-9781509904167/>
- Newman Pont, V., & Ángel Arango, M. P. (2017). Sobre la Corrpcción en Colombia: Marco Conceptual, Diagnóstico y Propuestas de Política. *Cuadernos de Fedesarrollo*, 56, 221. <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3436>
- Nieves, R. (2011). *Teoría del Delito y Práctica Penal* (1 Ed). Escuela Nacional del Ministerio Público.
- Pomares Cintas, E. (2011). ¿Era Necesario Reformar Los Delitos Urbanísticos? Especial Referencia a Los Delitos y a Su Trayectoria Jurisprudencial. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 109-150.

- Quintero, H. A. H. (2012). Evolución histórica del delito de urbanización ilegal. In *Cuadernos de Derecho Penal Económico Núm. 6*. Universidad de Ibagué.
- Ramírez Barbosa, P. A. (2018). La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “Compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso ODEBRECHT. In P. A. Ramírez Barbosa (Ed.), *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI. Homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. (pp. 3-44). Editorial Temis-Universidad Católica de Colombia.
- Sánchez Domingo, M. B. (2008). *Delitos Urbanísticos* (1 Ed.). Lex Nova.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Tercera Ed). Editorial Edisofer.
- Sintura, F., Martínez, W., & Quintana, F. (2013). *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo. Aplicación obligatoria a empresas del sector real* (2o Ed.). Editorial Legis Editores S.A.
- Suárez Sánchez, A. (2004). La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 25(75), 171-195.
- Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia (UIAF). (2014). *Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo en el Sector Inmobiliario*.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/