

Lavado de activos y “modernización” del Derecho penal: el caso colombiano

Diana Patricia Arias Holguín*

RESUMEN

La regulación del lavado de activos en Colombia constituye un ejemplo del Derecho penal «moderno»; en otras palabras, hace parte de una legislación que se caracteriza por la relativización de los principios y las reglas de imputación penal propias del Estado de Derecho. A su vez, este delito expresa los rasgos del Derecho penal de la globalización, en la medida en que las iniciativas para combatirlo se confeccionan en el contexto supranacional, que a su vez condiciona la manera en que dichas normas deben ser incorporadas en los distintos ordenamientos.

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia. Realiza actualmente estudios de doctorado en la Universidad de Cádiz, con financiación de la Fundación Carolina y la Universidad de Antioquia.

La coordinación presenta excusas a la autora por la información errónea sobre su titulación aparecida en el Número 69.

ABSTRACT

Money laundering regulation in Colombia is a “modern” criminal law example. In other words, it is a part of a legislation characterized by the making of the principles and assignment of responsibility rules for the Constitutional State, relative. In turn, this crime expresses the outlines of the globalization criminal law, as the initiatives to fight it are built in the supranational context, that in fact, conditions the way those rules must be incorporated to the different legal orders.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal «moderno», globalización, Derecho penal de la globalización, lavado de activos.

SUMARIO

1. PUNTO DE PARTIDA. 2. PRESUPUESTOS PARA EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO. A) Acerca del Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo. B) Acerca del Derecho penal de la globalización y el lavado de activos. i. El Derecho penal de la globalización. ii. El lavado de activos. (1) Dimensión internacional: algunas causas. (2) Características de las medidas diseñadas en el ámbito supranacional. 3. RASGOS DE LA REGULACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PUNTO DE PARTIDA

Con referencia a la regulación del lavado de activos¹ en el ordenamiento español, algunos autores afirman, con distinto matiz, que ésta es un ejemplo de lo que el Derecho penal «moderno» significa².

Precisamente, desde el Derecho penal «moderno» se empiezan estas reflexiones en torno a los problemas que implica o subyacen a la regulación de este delito, o grupos de delitos, en Colombia.

¹ En España se emplea el término de «blanqueo de capitales» para designar lo que en Colombia se denomina lavado de activos; no obstante la diferencia es sólo terminológica. Dicha diversidad nominal, que se verifica en los distintos países frente al mismo fenómeno, es aludida por MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 23-40, quien entre otras cosas, afirma que: "En nuestra opinión, tres son las denominaciones acostumbradas en el plano internacional: "reciclaje", "blanqueo" y "lavado". [...] el término "lavado" es el más extendido y de él se sirven tanto los países anglófonos (money laundering) como Alemania (Geldwäsche), Austria y la Suiza de habla germánica (los austriacos y suizos, añadiendo la partícula iterativa -erei, prefieren referirse al Geldwäscherei), así como predomina, por proximidad geográfica a los EE.UU., en la mayor parte de los países sudamericanos", pp. 33 y 34.

² En estos términos MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., pp. 51-52, cuando expresa: "...el Derecho penal de la globalización tiene por paradigma el delito económico organizado, en cuyo centro ya no se encuentra el infractor único sino las relaciones interpersonales, la criminalidad de los poderosos, la "macrocriminalidad". Todo ello comportará una flexibilización de categorías así como una relativización de principios. El blanqueo de dinero, injusto típico del Derecho penal moderno, supone un claro ejemplo de lo uno y lo otro, dado que en él difícilmente se distinguen las categorías de autoría y participación y en tal ámbito el principio de proporcionalidad se pone en entredicho al castigarse comportamientos simplemente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos..." En forma similar, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 26, quien entiende que el «blanqueo de capitales» implica al mismo tiempo un espacio de intervención razonable y no razonable del Derecho penal, en el sentido de que es "probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero negro en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero negro en la adquisición de bienes o la retribución de los servicios..." También, con carácter general, HANS-JÖRG ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. O. J. Guerrero Peralta, Bogotá, Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigaciones y Filosofía del Derecho, 2001, pp. 33-34.

Teniendo este punto de partida y antes de cualquier otra tarea, resulta necesario exponer en qué consiste el Derecho penal «moderno»³.

Con la expresión Derecho penal «moderno» se alude a una discusión que ha surgido respecto a las políticas legislativas que, en materia penal, pretenden responder a los conflictos que en las sociedades «post industriales» se presentan, en virtud de su mayor complejidad en el nivel económico, tecnológico y ambiental.

Estas políticas legislativas se caracterizan por la creación de tipos penales cuyo objeto de protección es de naturaleza supraindividual y cuyo contenido material es difuso, por recurrir indiscriminadamente a los tipos de peligro abstracto, y por la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las reglas de naturaleza procesal, etc.⁴

En cuanto a la realidad normativa descrita supra, se puede decir que ésta entra en tensión con las garantías penales derivadas de los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad, de proporcionalidad, de defensa, de presunción de inocencia, entre otros; los cuales tradicionalmente se han defendido como obstáculos al ejercicio del *ius puniendi*⁵.

Sin describir exhaustivamente esta discusión, que excede los límites de este artículo, se puede decir que la doctrina penal ha respondido a esta cuestión de diversas maneras: desde las posturas que realizan una crítica severa a tal proceder, hasta aquéllas que reconocen la necesidad de que el sistema penal evolucione para responder a los «nuevos conflictos», pasando por posiciones intermedias que sin renunciar a las garantías, aceptan que se requiere su transformación para poder responder con eficacia a los problemas que plantean las sociedades actuales⁶.

³ He abordado esta discusión con mayor amplitud en DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, *A propósito de la discusión sobre el Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo*, Cuaderno de Investigación # 42, Medellín, Universidad EAFIT, 2006; también puede consultarse en <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/A38B1CC5-DC94-4A53-ADE6-022C0205AD42/0/Cuaderno42.pdf>. Se destacan, entre otras, como obras relevantes en esta discusión en la doctrina española, las de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., y BLANCA MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

⁴ DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, - *A propósito de la discusión sobre el Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo*, cit., p. 7.

⁵ DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, *A propósito de la discusión sobre el Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo*, cit., p. 7.

⁶ DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, *A propósito de la discusión sobre el Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo*, cit., p. 7.

En todo caso, no se puede dejar de lado que hay autores que sostienen que no existe tal «modernidad» en las legislaciones que se inscriben en la expansión, aceptando, sin embargo, que estas tendencias legislativas sí expresan un rasgo novedoso, como es la internacionalización del Derecho penal o con mayor concreción, el Derecho penal de la globalización⁷.

Ahora bien, si se parte de que en Colombia el lavado de activos expresa los rasgos del Derecho penal «moderno», se tendrá que explicar brevemente lo que éste significa y además demostrar que este injusto hace parte del denominado Derecho penal de la globalización; precisamente éstos son los presupuestos de análisis de este ilícito en el ordenamiento colombiano.

2. Presupuestos para el análisis de la regulación del lavado de activos en el ordenamiento colombiano

A) Acerca del Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo

A la discusión sobre el Derecho penal moderno es previo un diagnóstico sociológico, respecto a lo cual se ha pronunciado ULRICH BECK⁸, destacando que éste tiene por objeto un modelo de sociedad bastante complejo en el que proliferan riesgos para las personas; peligros que surgen en el alto desarrollo «post-industrial» y tecnológico. En esa medida, es un diagnóstico que no es oponible a todos los países⁹.

⁷ En estos términos, MASSIMO DONINI, "¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico", en *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, coords J. M. Terradillos Basoco y M. Acale Sánchez, Madrid, Trotta, 2004, p. 198, expresa: "La globalización jurídica es, sobre todo, junto con la europeización del derecho, un proceso, un *work in progress*. Este proceso no representa en sí mismo una novedad, sino la condición histórica, esto es, precisamente el contexto, en el que se mueven o surgen muchas novedades y muy específicas, a las que se unen otras muchas meras transformaciones de lo antiguo o novedades aparentes".

⁸ Sobre esta tesis afirma ROGER CAMPIONE, "El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollatealschändengesellschaft", en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, coords. C. da Agra/ J.L. Domínguez/J.A. García Amado/ P. Hebberecht/ A. Recanses, Barcelona, Atelier, 2003, p. 11: "Para quien se presta a investigar el tema de la sociedad del riesgo en calidad de «novato» no debe ser ajena la sensación de encontrarse ante un problema con cierta densidad gaseosa. Por lo que dicen los especialistas, esta nueva figura es bastante reciente y típica de

El mismo autor es consciente de las claras diferencias que subyacen a los modelos de sociedad de los que se está hablando, esto es, el europeo y el latinoamericano [en general los denominados países en «vía de desarrollo»]. En este sentido afirma:

"...la globalidad de riesgo no significa, [...], una unidad global del riesgo, sino todo lo contrario: [...] En la última década la pobreza se ha agudizado en todas partes [...]. No sólo ha aumentado la brecha entre ricos y pobres, sino que además aumenta el número de personas que cae en la trampa de la pobreza. Las políticas de libre mercado, impuestas por Occidente a países endeudados, empeoran la situación al obligar a estos países a desarrollar industrias especializadas para el abastecimiento de los ricos, en lugar de proteger, educar o cuidar a los más débiles. Las naciones más pobres gastan ahora más en pagar los intereses de su deuda a los países más ricos de lo que emplean en sanidad y educación en sus propios países"¹⁰.

las sociedades avanzadas, y sin embargo al investigador de a pie quizá le cueste percibirla por diferencia con la anterior. Después de que Ulrich Beck inaugurase el baile en 1986 parece que todos estamos más o menos acostumbrados a movernos en esta contemporaneidad particularmente resbaladiza. Este año, el 1986, asistió al desastre de chernóbil; los últimos años nos han deparado la «vaca loca» y los avances en la ingeniería genética. Quizás dos ejemplos valgan más de mil palabras: visto lo visto, hay algo que incluso intuitivamente debería inducirnos a pensar en algún tipo de cambio epocal. No obstante, la sensación gaseosa no acaba de disiparse, pues una de las primeras cosas de las que nos enteramos abriéndose paso en la literatura introductoria es que la sociedad del riesgo no está inscrita en el rótulo de la modernidad pero tampoco ha consumado su tránsito en la post-modernidad". También EVARISTO PRIETO NAVARRO, "Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo", en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, cit., p. 27, sostiene que "...el ascenso a los altares de la novedad científica y sociológica del riesgo no va acompañado de una reflexión bien elaborada, que suscite un consenso afianzado en la comunidad de investigadores, criterio último y consolidado para otorgar el marchamo de buen conocimiento a cualquier nueva propuesta. Lejos de eso, el contexto de riesgo, y las reflexiones sobre su alcance y consecuencias permanecen controvertidas, por lo que esta categoría parecería haberse infectado de la misma quiebra de la seguridad que afecta al reducto más firme de la confianza moderna, la ciencia y la técnica".

⁹ Dentro de los países que quedarían excluidos de tal diagnóstico estaría Colombia y en general los países latinoamericanos o en "vías de desarrollo".

¹⁰ ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo global*, (1999), trad. J. Albores Rey, Madrid, Siglo Veinte, 2002, p. 8. Profundiza sobre el contexto social descrito por BECK, JOAQUÍN

Así pues, el diagnóstico de estas sociedades «post-industriales» europeas se concreta en los siguientes puntos:

1. Existe una vertiginosa y compleja evolución tecnológica e industrial que trae consigo consecuencias indeseables. 2. Se verifica una gran dificultad para controlar y calcular los riesgos que se derivan de la innovación tecnológica e industrial. 3. En estas sociedades hay una alta «sensación de inseguridad subjetiva» de las personas que las habitan¹¹.

Es interesante la opinión de SILVA SÁNCHEZ respecto a esta última característica, cuando entiende que en esas sociedades "...resulta innegable que la aparición de los nuevos riesgos se ve, en cierto modo, compensada por la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales [...]. Por ello, más bien puede sostenerse de modo plausible que [...], la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos..."¹².

ESTEFANÍA, *La nueva economía. La globalización*, Madrid, Temas de debate, 1996, p. 26, quien destaca algunos de los efectos económicos y sociales negativos de la globalización, cuando afirma que: "El mercado global va suplantando en algunas esferas al poder tradicional de los Estados, y lo que fue publicado inequívocamente como sinónimo de progreso lo empieza a ser también de temor, inseguridad, peligro para el ciudadano o desigualdad [...]. En los últimos años ha habido una extensión de la democracia en el mundo, pero también ha aumentado el paro, la desigualdad y la pobreza [...] la globalización de la economía debe significar algo más que la explotación global de los mercados, ya que en su avance ha estimulado los desequilibrios más sórdidos; en los últimos años dos terceras partes de la humanidad han caído en una mayor postración: mil millones de personas padecen de un hambre crónico que sería paliado con apenas un 2 por 100 de la producción mundial de grano, lo que es imposible hacer sólo con las tendencias naturales del mercado". También, PATRICK HEBBERECHT, "Sociedad de Riesgos y política de seguridad", en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, cit., pp. 359 y 360, cuando afirma: "El desarrollo de los sentimientos de seguridad y de inseguridad en una persona depende de su posición económica, social, cultural ideológica y política. En el estadio actual del proceso de globalización la población se divide en una parte competitiva (un 40% aproximadamente), una parte amenazada con la marginación (un 30% aproximadamente) y una parte marginada (un 30%)..."

¹¹ Sobre estos rasgos ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo global*, cit., pp. 9-11, 14, 51, 52, 89, 99. También BLANCA MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., pp. 25 y ss.

¹² JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 37. Acerca de esta característica opina EVARISTO PRIETO NAVARRO, "Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo", cit., p. 31, que: "La definición en estos términos del riesgo plantea muchos problemas, claro está. Así, no parece fácil que el

Lo anterior, resulta peculiar porque en Latinoamérica no sólo los riesgos sino también su percepción son difícilmente análogos a los de la «sociedad del riesgo», y más aún en un país como Colombia en el que no puede sostenerse que una alta sensibilidad al riesgo no se corresponda a los peligros, que por tanto son reales aunque no sean derivados del progreso tecnológico e industrial¹³.

Queda entonces argumentado que el diagnóstico al que algunos han acudido para legitimar la flexibilización de principios y reglas de imputación penal, para ciertos delitos, entre ellos, el lavado de activos, no es oponible a Colombia aunque la tendencia legislativa en este país, en unos, o mejor en muchos sectores, se adscriba a la expansión de la violencia punitiva que se verifica en otros contextos.

De esto se deriva como principal consecuencia, que la fundamentación en Colombia de una incriminación como la que es objeto de reflexión en este trabajo, requerirá excluir las alusiones a la sociedad del riesgo, que exige para su configuración, como ya se ha dicho, de un desarrollo post-industrial y tecnológico que aún no llega, al menos en los mismos términos en los que se vive en las sociedades desarrolladas.

riesgo pueda deslindarse sin más ni más, de la percepción que los individuos tienen de él, pues conviene no olvidar que este sentimiento de sentirse inseguro es precisamente el que determina la existencia real del riesgo para el sujeto. El riesgo es, innegablemente, una categoría psicológica y socialmente construida, y de poco vale limitarse a situar en una escala la probabilidad de que el daño acaezca, haciendo abstracción de la vivencia real que los individuos tienen de él. Así, aunque pueda determinarse que la posibilidad de que un accidente nuclear, y su magnitud, son menores que el riesgo derivado del consumo de cigarrillos, la consideración que los individuos tienen del riesgo es mayor en el primer caso que en el segundo".

¹³ En este sentido, ROGER CAMPIONE, "El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollateralschändengesellschaft*", cit., p. 18, expresa: "El tránsito a la nueva configuración social conlleva una transformación fundamental en el sistema axiológico colectivo. Mientras las sociedades industriales reposaban en una dinámica valorativa dirigida a la búsqueda ideal de la igualdad, la sociedad del riesgo desarrolla, como tensión ideal normativa, la idea de seguridad. La consideración per se -y dicho sea de paso-, no supone ninguna conclusión novedosa: la historia misma de la modernidad y del Estado-nación ha construido sus líneas de desarrollo oscilando alrededor de la alternativa libertad/seguridad. Pero Beck clarifica de manera ilustrativa las implicaciones que la dicotomía entraña con respecto al nuevo esquema comunitario: la sociedad del riesgo ya no es una sociedad de clases porque si la fuerza impulsora de ésta podría resumirse en la frase ¡tengo hambre!, el rasgo distintivo de aquélla puede expresarse con la frase ¡tengo miedo! [...]. Beck, obviamente, no ignora que esto vale sólo para las sociedades más avanzadas pero, en términos generales, ¿Cuántas cosas dan más miedo que el hambre?"

B) Acerca del Derecho penal de la globalización y el lavado de activos

i. El Derecho penal de la globalización

Lo primero que se tiene que advertir es que la globalización, como es de sobra conocido, excede los cauces del Derecho penal, es decir, es un fenómeno más amplio que afecta todos los órdenes sociales.

La definición más sencilla que se ha dado sobre éste, es la que propone el Fondo Monetario Internacional, y que consiste en entender que "la globalización es la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología"¹⁴.

No obstante, y como ya se advirtió, la globalización excede lo estrictamente económico y afecta a muchas de las instituciones que venían conformando el concepto de Estado-Nación¹⁵, al igual que ha implicado cambios sociales, culturales, etc.

En este sentido, ESTEFANÍA propone un concepto más inclusivo de todos los aspectos que ésta implica; según el autor, "...se trata de un proceso de naturaleza política, económica y cultural por el cual las políticas nacionales tienen cada vez menos importancia y las políticas internacionales, aquéllas que deciden en centros alejados de la vida cotidiana de los ciudadanos, cada vez más"¹⁶.

¹⁴ JOAQUÍN ESTEFANÍA, *La cara oculta de la prosperidad. Economía para todos*, Madrid, Taurus, 2003, p. 69.

¹⁵ En estos términos, MASSIMO DONINI, "Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI", en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Barcelona, Atelier, 2004, p. 45, quien entiende que: "...el universo cerrado del Estado nacional, tiende a desmoronarse frente a órdenes nuevos, frente a nuevos proyectos penales que se añaden a los del ámbito nacional. Nuevos órdenes supranacionales junto a los que, a veces, el Derecho penal aparece como un derecho especial: este es un cuadro que se ajusta bien, aunque sea con algunas peculiaridades europeas, al marco general de la globalización..."

¹⁶ JOAQUÍN ESTEFANÍA, *La cara oculta de la prosperidad. Economía para todos*, cit., pp. 70-71. También resultan interesantes las apreciaciones de PEDRO MERCADO,

Ahora bien, el Derecho penal, que es el que ahora interesa, no ha escapado a estas influencias; esto se evidencia de una manera palpable en el contexto de la Unión Europea [en adelante UE], donde la liberación de fronteras para la libre circulación de personas y mercancías, es decir el mercado único, ha traído consigo la transformación, en algunos aspectos, de las fuentes de producción del Derecho, en la medida en que éstas son confeccionadas en el ámbito comunitario por instituciones que exceden a los Estados nacionales, los cuales, con algunos matices, adquieren la obligación de incorporarlas a sus ordenamientos internos.

En este punto, MERCADO afirma que:

"Desde el punto de vista del Derecho, el proceso de globalización parece exigir un Derecho global, no-estatal sino transnacional. Un mercado único requiere un derecho uniforme. Bajo este prisma, la mundialización implica un cambio en el sistema de fuentes del Derecho que está poniendo abiertamente en crisis dos de los principios constitutivos del Derecho moderno nacido de las revoluciones liberales: por un lado, es la crisis de la forma

"El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", en AA.VV. *Mutaciones de Leviatán, legitimación de los nuevos modelos penales*, coord. G. Portillas Contreras, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía-Akal, 2005, p. 119, cuando afirma: "Nunca el tiempo del cambio fue tan acelerado y nunca en una escala tan global. Una cadena de procesos económicos, políticos, científicos y culturales, que van desde la mundialización de la economía hasta la revolución tecnológica y las transformaciones en los sistemas de comunicaciones, están cambiando el escenario de las condiciones de la vida social que hoy viene siendo descrito con la nueva palabra «globalización». Estoy convencido de que no se trata sólo de la llegada de las nuevas tecnologías, de la extensión a nuevos espacios de problemas y de soluciones ya anteriormente experimentados, sino que asistimos a un cambio de época que está poniendo en discusión las formas e instituciones económicas, políticas y jurídicas en las que se desenvuelve la vida del individuo". Igualmente, HANS-JÖRG ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, cit., pp. 13-14: "Lo ocurrido en las últimas décadas del siglo pasado, puso de presente una serie de cambios en el orden político social y económico que implicaron un ajuste, reflejado en la integración ya existente de lo económico y lo cultural, pero ante todo de los sistemas subculturales. Los procesos de integración que aquí pueden ser constatados no son, por su parte, nuevos, sino que pueden ser observados como el éxito de la internacionalización del mercado y de una drástica ampliación en las relaciones del oeste de Europa con otras regiones del norte. Se trata, en síntesis, de un fenómeno concomitante de las sociedades contemporáneas y su moderna economía, pues los fenómenos criminales que se comprenden bajo el concepto de criminalidad transnacional, no se dejan establecer sin el recurso a un sistema de coordenadas que desde fuera podrían formular las características constitutivas de este modelo de sociedad".

estatal del Derecho, de la primacía de la ley estatal como fuente del Derecho y del monopolio estatal de la creación jurídica y, por otro lado, esa crisis de la ley amenaza con consecuencias visibles, directas en su contraparte: la forma jurídica del Estado, el Estado de Derecho y el sometimiento de la actividad estatal a la ley entendida como expresión de la voluntad general"¹⁷.

Sobre las implicaciones que para la UE ha traído consigo la necesidad de unificación normativa en general, y en particular la del Derecho penal, habría mucho que decir; no obstante, por los límites de este artículo, sólo se apuntarán los problemas que se presentan cuando se intenta homogenizar medidas o legislaciones en ordenamientos jurídicos de diversa naturaleza, y sobre todo el déficit democrático que supone que la creación de normas, que posteriormente son vinculantes, se realice en el contexto de una institución que no ha sido elegida democráticamente¹⁸.

Así pues, sobre la política-criminal común que se viene diseñando en el ámbito europeo, frente a algunos delitos, habría que decir que ésta es del todo coincidente con la que se viene implementando en el contexto supranacional extracomunitario y que no es más que la armonización de medidas y normas enmarcada en una tendencia de expansión del Derecho penal, con una clara desformalización y relativización de los principios

¹⁷ PEDRO MERCADO, "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", cit., pp. 133-134. Así mismo, MASSIMO DONINI, "Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI", cit., pp. 43 y 44; JOSÉ LUÍS DíEZ RIPOLLÉS, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Actualidad Penal*, Nº 1, Madrid, La Ley, 2001, p. 2 y SILVIA PLANET ROBLES, "Políticas de seguridad y prevención en el Estado Español en materia de delincuencia organizada", en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, cit., pp. 156 y ss.

¹⁸ En esta dirección, JOACHIM VOGEL, "Estado y tendencias de la armonización en Derecho penal material en la Unión Europea", en *Revista Penal*, Nº 10, julio, Madrid, La Ley, 2002, p. 128, cuando expresa: "una armonización del Derecho penal material que es esencialmente negociada entre los representantes de los Estados miembros en reuniones que no son públicas, sin una participación sustancial del Parlamento Europeo y de los Parlamentos de los Estados miembros, se ubica tendencialmente en tensión con el principio jurídico penal de legalidad". También, JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, coord. J. R. Capella Hernández, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999 p. 193. Sobre este tema, MASSIMO DONINI, "Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI", cit., p. 45.

que tradicionalmente se defendían como límites derivados del Estado de Derecho para la tutela de la libertad y dignidad de los ciudadanos frente al ejercicio del *ius puniendi*¹⁹.

Precisamente, algunos autores han defendido que en el ámbito de la UE la preocupación por los problemas que supondría la unificación penal para los Estados miembros, lleva a que sea necesario enfatizar la búsqueda de los medios para hacerla posible respetando los derechos y garantías de los ciudadanos, lo cual implica pensar en los mecanismos que permitan hacerlos exigibles en todas las iniciativas de política-criminal que se emprendan.

En este sentido, SILVA SÁNCHEZ afirma que:

"...en la discusión acerca del Derecho penal europeo se echa de menos el «clásico pensamiento europeo de principios», una insistencia en el significado de las garantías clásicas del Derecho penal. Aparentemente éstas se conservan. En realidad, se ignoran. En efecto, al ser la pretensión fundamental la *punitivista*, esto es, la de evitación de hipotéticas lagunas, difícilmente podrá evitarse que en cada una de las materias debatidas tienda a imponerse la solución más sencilla y, con ello, también la más laxa. En esta línea incide también la resistencia psicológica de cada cultura

¹⁹ Que esta afirmación es correcta lo demuestran las siguientes consideraciones de JOACHIM VOGEL: "La tendencia básica del Consejo, pero también de la Comisión y del Parlamento, es claramente punitiva. Constantemente se trata de armonización "extensiva" (I.2), de incriminación, de llenar las lagunas en torno a la punibilidad. Sobre descriminalización o de alternativas al Derecho penal se discute poco. La crítica penal es escasa. Y frecuentemente se realiza persiguiendo intereses nacionales y hasta meramente personales..."; "Estado y tendencias de la armonización en Derecho penal material en la Unión Europea", cit., pp. 128. Resulta también interesante la siguiente afirmación de JOHN A. E. VERVAELE, "La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea", en *Revista Penal*, Nº 15, enero, La Ley, Madrid, 2005, p. 183: "El Consejo de Europa ha publicado el 25 de marzo de 2004 una declaración y un plan de acción revisado para combatir el terrorismo, listando unas 57 propuestas específicas. Entre ellas se atribuye a las autoridades de orden público y de justicia mayores posibilidades para recoger y conservar datos sobre comportamientos e individuos [...], más posibilidades para la policía de llevar a cabo investigaciones secretas y proceder a la interceptación de las telecomunicaciones [...]. La falta de visión sobre la política criminal europea tiene como riesgo la elaboración de un derecho de urgencia y de emergencia, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, que no tiene en cuenta de manera suficiente el equilibrio entre una justicia eficaz y una justicia justa..."

(o variante cultural) jurídico-penal a renunciar a instrumentos represivos ya asentados en la misma²⁰.

Esta preocupación por defender opciones que sean compatibles con el Estado de Derecho ante una realidad avasallante como es la internacionalización del Derecho penal es, como se verá *infra*, plenamente válida no sólo en el contexto europeo sino también en el ámbito supranacional que lo excede, en la medida en que frente a algunas materias estas legislaciones de características anti-liberales son adoptadas como imperativos internacionales frente a los Estados que no tienen la capacidad o la voluntad política para resistirlas.

ii. El lavado de activos

La unificación normativa que en algunas materias se ha impuesto en la UE, y que está ligada directamente a la globalización de la economía, no es privativa del contexto comunitario sino que se extiende por fuera de él hasta el ámbito supranacional; esta expansión está justificada por la necesidad de perseguir de manera adecuada una criminalidad supranacional, que se aprovecha de la liberación de fronteras para la libre circulación de capital y de las tecnologías, no sólo para el desarrollo de sus actividades delictivas sino para dificultar su persecución.

En esta línea, afirma BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ que "la globalización financiera está contribuyendo a la desigualdad mundial, al tiempo que ha favorecido, con la desregulación de los mercados, la creciente importancia que han adquirido los paraísos fiscales, refugio de dinero negro, y del procedente de la delincuencia, como tráfico de armas, drogas y terrorismo"²¹.

²⁰ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, "Crítica a los principios inspiradores del pretendido «Derecho penal europeo»", en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Barcelona, Atelier, 2004, p. 124.

²¹ CARLOS BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, "Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo V, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 141. También, AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", en *Derecho penal iberoamericano. IV reunión de la comisión redactora del código penal tipo para Iberoamérica*, comisión redactora: A. J. Cancino y E. Bacigalupo Zapater, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 84, cuando manifiesta que: "Los instrumentos de la globalización penal, no quedan sólo en el funcionamiento

Dentro de las preocupaciones supranacionales precisamente se encuentra el lavado de activos; de ahí se deriva que las normas que lo regulan se han introducido en los ordenamientos jurídicos, entre otras cosas, para responder a demandas de la comunidad internacional²².

Respecto a esta característica se pueden realizar dos preguntas: (1) ¿Cuáles han sido, entonces, las razones que han hecho que el lavado de activos esté en el foco del interés supranacional? (2) ¿Cuáles son los rasgos de las medidas diseñadas en este contexto para enfrentar el lavado de activos?

(1) Dimensión internacional: algunas causas

En primer lugar, es importante decir que la necesidad de intervenir frente a lo que se ha denominado lavado de activos, surge en el contexto

de los tribunales especiales, pues se han afirmado y se encuentran vigentes varias normas que hacen referencia a la persecución del narcotráfico, el terrorismo, la trata de blancas, el blanqueo de dineros, la corrupción administrativa, etc. Lo cierto es que existe un interés de la comunidad internacional de buscar salidas globales a algunos de estos problemas que hacen, como lo demostraremos, una orientación de política criminal también global". Igualmente, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 3ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 517 y JORGE. E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", en *Universitas*, Nº 97, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 12.

²² Al respecto EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p. 189, cuando afirma: "...la irradiación de lo que ha llegado a constituir un nuevo título de imputación penal en el marco del Derecho interno de un limitado número de países no ha derivado tan solo de la adopción por parte de unos ordenamientos de la experiencia previamente cosechada en otros. De hecho la aparición de un tratamiento jurídico -y no sólo penal- dedicado específicamente a solventar los problemas derivados del reciclado de capitales representa, sin lugar a dudas, uno de los ejemplos más notables de una política legislativa vinculada al acuerdo de los distintos Estados en el seno de las más diversas instancias supranacionales..." En cuanto al ordenamiento colombiano, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., p. 512, expresa: "...con el objeto de honrar el compromiso adquirido por nuestro país al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 y aprobada en Colombia, mediante la Ley 67 del 23 de agosto de 1993, se consagró el lavado de activos como una forma de encubrimiento, modificándose para tal fin el artículo 177 del Código Penal, a través de la Ley 90 de 1995, conocida como el Estatuto Anticorrupción"; también JORGE. E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", cit., p. 100.

supranacional con la finalidad de responder a los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En su origen, este ilícito estaba tan ligado a la delincuencia de drogas que se llegó a afirmar que "...pese a la tardía respuesta jurídico-penal a los comportamientos de esta naturaleza, es una realidad constatada que el tráfico ilegal de drogas y el blanqueo de dinero procedente del mismo son las dos caras de una misma moneda, son dos actividades indisolublemente ligadas"²³.

Ahora bien, la respuesta que, a través del lavado de activos, se pretendía ensayar frente a la criminalidad de drogas, estaba destinada a impedir el provecho de los beneficios generados en el desarrollo de esta actividad, con la finalidad de hacer poco rentable su comisión²⁴.

²³ JAVIER ZARAGOZA AGUADO, "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 109. En esta línea, DANIEL ÁLVAREZ PASTOR Y FERNANDO EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 264: "...el blanqueo procedente del narcotráfico fue la bandera que Estados Unidos levantó, con ribetes cuasi morales, para imponer tanto a sus socios europeos como en los foros internacionales la adopción de normas que condenaran el blanqueo de capitales [...] Bien es cierto que esa vinculación inicial entre la prevención del blanqueo de capitales y la lucha contra el narcotráfico va a ir debilitándose paulatinamente al extenderse el sistema sancionador de blanqueo a otras actividades delictivas generadoras de ganancias ilícitas. Esta ampliación en algunas ocasiones estaría exigida por las circunstancias excepcionales por las que atravesaron y atraviesan, determinados países [...] Otras veces, en cambio, se explica por la tendencia expansionista de las administraciones modernas a imponer medidas de intervención en sectores y actividades que hasta hace muy poco estaban reservadas al ámbito privado de los ciudadanos; ámbito éste que se encontraba tutelado constitucionalmente y judicialmente, y que sólo en circunstancias excepcionales podía verse perturbado". También, GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, dir. G. Quintero Olivares, Elcano [Navarra], Thomson-Aranzadi, 3ª edición, 2004, p. 1487, cuando expresa: "...el motivo fundamental de la arribada del blanqueo a las leyes penales no es ese solamente, ni siquiera lo es en primer término, sino la adopción de una línea de lucha contra los delitos relativos al tráfico de drogas y, en segundo lugar, contra otros delitos -patrimoniales, económicos o de cualquier clase- que pueden también producir grandes sumas de dinero..."

²⁴ En este sentido y refiriéndose a los comportamientos típicos que se consagran en el Convenio del Consejo de Europa de 1990, afirma MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., p. 170, que: "Mediante su conminación penal se pretendería "aislar económicamente al delincuente del entorno" y "privarle así de toda posibilidad de blanqueo de dinero" de manera que se incomunicase al autor del delito previo y se convirtiese a los objetos prácticamente en bienes de ilícito comercio".

Si se tiene como objetivo desestimular la comisión de delitos mediante la privación de los beneficios obtenidos, no resulta extraño que se termine extendiendo el lavado de activos más allá de la criminalidad de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hasta alcanzar a la criminalidad organizada en general. No obstante, esto no significa que, en todo caso, el narcotráfico no siga ocupando un lugar destacado²⁵.

Anunciar que el interés supranacional por regular el lavado de activos se fraguó a la vera de la respuesta a la criminalidad de las drogas, no sólo tiene relevancia desde un punto de vista histórico, sino que resulta fundamental para el objetivo de encontrar explicaciones al hecho de que las medidas anti-lavado, una vez incorporadas a ordenamientos jurídicos, como el español o el colombiano, entren en tensión con muchos de los principios que, como el de certeza o determinación, constituyen una garantía ineludible para los ciudadanos frente al *ius puniendi*.

Por esto, tiene razón VIDALES RODRÍGUEZ, cuando opina sobre la regulación española que "...en cualquier caso, el que el legislador haya optado por sancionar más gravemente el blanqueo cuando los bienes implicados proceden del narcotráfico confirma la tendencia hiperrepresiva en esta materia, tendencia a la que hasta ahora pueden reconocérsele escasos logros"²⁶.

²⁵ Al respecto MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., p. 128, indica que aún hoy "el blanqueo de dinero relacionado con las drogas ocupa cuantitativamente y conceptualmente un puesto destacado, incluso en los países occidentales sigue siendo la mayor preocupación. Así resalta el informe sobre tipologías del blanqueo, presentado por el Grupo de Acción Financiera el 10 de febrero de 1999, a cuyo tenor "el tráfico de estupefacientes todavía parece ser la primera fuente de productos delictivos en la mayoría de los miembros del GAFI..." Así mismo, LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ, "Blanqueo de capitales", en *Memento práctico penal de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2004-2005, p. 541. También JORGE E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", cit., pp. 14 y 32.

²⁶ CATY VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 142. También, MANUEL CANCIO MELJÁ, "«Derecho penal del enemigo» y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000", en *Jueces para la Democracia*, Nº 44, julio, Madrid, 2002, p. 22, ubica dentro del "Derecho penal del enemigo" tanto a la criminalidad de drogas como a la criminalidad organizada, y propone como hipótesis, que "el punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de drogas en las sociedades occidentales..."

Volviendo a la trascendencia que el lavado de activos tiene actualmente para enfrentar la criminalidad organizada [narcotráfico, terrorismo, etc.], conviene acudir a RAGUÉS I VALLÉS cuando afirma:

"La incriminación específica de tales actividades es un fenómeno relativamente reciente, que demuestra la voluntad de los Estados de combatir por todos los medios posibles ciertas formas de criminalidad organizada. Este objetivo explica los diversos convenios internacionales que en los últimos años se han elaborado sobre esta materia y que, una vez en vigor, han influido de forma decisiva en las legislaciones internas de numerosos países, cuyos ordenamientos han pasado a castigar de forma autónoma los actos de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico u otros delitos graves"²⁷.

El lavado de activos se erige, entonces, como un instrumento político-criminal de lucha contra la criminalidad organizada. Instrumento político-criminal que pretende atacar el ámbito financiero de dicha delincuencia, entendiéndose que este aspecto constituye uno de los más importantes para la pervivencia de estas organizaciones en la sociedad. Este vínculo entre criminalidad organizada y lavado de activos, explica, así mismo, que la tipificación de éste se incluya dentro de las políticas para combatir el terrorismo²⁸.

Insistiendo, la sensación de que la apertura económica o más concretamente la globalización, favorece cierto tipo de delincuencia, se evidencia de una forma notoria frente al delito de lavado de activos. Así se afirma que:

²⁷ RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, "Blanqueo de capitales y negocios estándar", en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 128.

²⁸ Ésto se evidencia en la inclusión de medidas contra el «blanqueo de capitales» en la ley «oficialmente llamada USA PATRIOT ACT de 2001» del Congreso de los EE.UU., ley para combatir el terrorismo. Al respecto indica MIGUEL CARMONA RUANO, "El impacto jurídico del 11 de septiembre", en *Jueces para la Democracia*, Nº 45, noviembre, Madrid, 2002, p. 82, que: "el texto de esta ley aprobada en muy pocos días, representa una amplísima regulación, en diez títulos de ámbitos tan distintos como seguridad interior, autorización para interceptar comunicaciones orales y electrónicas y otros medios de vigilancia electrónica, medidas contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo..."

"Podemos constatar que los procesos de globalización económica e integración supranacional no sólo han traído las ventajas de la celeridad y la seguridad en las transacciones financieras, sino que han incidido decisivamente en la expansión de la delincuencia económica en general y en la expansión de las conductas de blanqueo de dinero en particular. Y ello hasta el punto de que esta última actividad puede ser considerada incluso como el ejemplo más claro para ilustrar los procesos descritos, toda vez que quienes pretenden encubrir el origen de las ingentes cantidades de dinero que poseen encontrarán el terreno mejor abonado en un «mercado global» caracterizado por la elevada volatilidad de los movimientos de capitales y el potencial tecnológico moderno"²⁹.

Sumado a lo anterior, se recalca también la relación que existe entre el uso de las nuevas tecnologías y el lavado de activos, llegando en consecuencia a encontrar en las causas de la globalización, consistentes en "la aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de mercancías; la liberalización de los mercados de capitales [...] y la revolución de las comunicaciones y la informática que ha conectado el tiempo real con el espacio"³⁰, factores que no sólo favorecen la sofisticación de las técnicas de lavado, sino que además dificultan su persecución y por ende, fortalecen a las organizaciones criminales.

Así pues, son precisamente todas estas características las que han puesto a la lucha contra la criminalidad organizada y por supuesto, al delito de lavado de activos, en el centro de las preocupaciones supranacionales, imponiéndose la idea de que siendo un fenómeno que no se circunscribe

²⁹ CARLOS MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, "Instrumentos jurídicos frente a la globalización de los mercados (en el ejemplo del blanqueo de capitales)", en *El Derecho penal ante la globalización*, coords. L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M^a. Rosario Diego Díaz-Santos, Madrid, Colex, 2002, p. 88. En el mismo sentido LUIGI FOFFANI, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", en *Revista Penal*, Nº 7, Madrid, La Ley, 2001, p. 64, cuando afirma: "...hay que destacar que la disminución de las tradicionales barreras de protección, especialmente en los países de Unión Europea, se ha traducido no sólo en una apertura a la competencia (interna e internacional), sino también en una potencial extraordinaria oportunidad de que la delincuencia organizada consiga infiltrarse en los órganos vitales del sistema financiero". También JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", cit., p. 187. Igualmente, JUAN HERNÁNDEZ VIGUERAS, *Los paraísos fiscales, como los centros offshore socavan las democracias*, Madrid, Akal, 2005, p. 238.

³⁰ JOAQUÍN ESTEFANÍA, *La nueva economía. La globalización*, cit., p. 14.

a un país o territorio y que además se alimenta de las características de la globalización de los mercados, sólo puede ser combatido a través de una respuesta global³¹.

Como consecuencia de la percepción supranacional del lavado de activos, descrita *supra*, es claro que este injusto adquiere trascendencia siempre en referencia a una criminalidad, es decir, la construcción de las medidas que pretenden combatirlo no se gestan en el contexto de una discusión que delimite con claridad cuáles son los efectos negativos que en sí mismo comporta y que hacen que sea necesario recurrir a la intervención punitiva.

Insistiendo, se enfatiza la persecución, a través del lavado de activos, frente a determinados delitos o fenómenos [léase criminalidad organizada] y, en esa medida, para la determinación de lo que justifica la incriminación autónoma de este delito no se indaga en la dañosidad que en sí mismo encierra el introducir dinero que está al margen de la legalidad en el sistema financiero. Esto es algo que se repite en todas las medidas internacionales que se pronuncian sobre este delito, y es por esto que le asiste razón a DE FARIA COSTA, cuando estima que:

“Defendemos que la incriminación de las conductas penalmente relevantes se fundamenta en una serie de razones que no se deben confundir con las «flacas» razones que eventualmente procedan de motivos colaterales de la mera eficacia de un sistema. Crear un tipo legal de delito, para de este modo, desarrollar mejor o más fácilmente, de manera legal, cualquier tipo de actividad persecutoria constituye una actitud político-legislativa poco clara que, además de eso, puede tener efectos perversos [...]. El

³¹ En este punto, véase a VINCENZO MILITELLO, “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, coords. L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M^a R. Diego Díaz-Santos, Madrid, Colex, 2001, p. 180, cuando afirma: “...no es difícil comprender las razones que explican la toma de conciencia en el ámbito supranacional del riesgo de conexión entre crimen organizado y tecnología informática. Es precisamente la dimensión internacional la que caracteriza estructuralmente las manifestaciones más típicas de estos dos fenómenos: de un lado el blanqueo y del otro la telemática a través de Internet. Por este motivo ha aumentado la conciencia sobre la imposibilidad de afrontar eficazmente estas manifestaciones ilícitas a través de respuestas que se confían únicamente a cada uno de los ordenamientos individuales”. Sobre esto se pronuncia MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., p. 55.

Derecho penal es un instrumento de control que no puede ni debe ser subestimado en la lucha contra el blanqueo de capitales, pero su eficacia tiene siempre un carácter limitado que se tiene que juzgar, en el sentido de su optimización, a través de un justo y adecuado equilibrio con todas las otras formas de intervención estatal”³².

Recapitulando, los vínculos lavado-narcotráfico y lavado-criminalidad organizada, explican el énfasis político-criminal en la persecución de este delito y así mismo, que éste reproduzca las características del Derecho penal que frente a esta clase de criminalidad se emprende.

(2) Características de las medidas diseñadas en el ámbito supranacional

En cuanto a esta segunda cuestión habría que empezar enfatizando el hecho de que la naturaleza supranacional del lavado de activos supone la configuración de medidas eficaces para su reducción, en un contexto que excede a los Estados nacionales y que en el caso de este ilícito no responde, *stricto sensu*, a un consenso valorativo en el contexto internacional, para enfrentar una criminalidad cuyos alcances se perciben, igualmente, como de carácter supranacional.

En esta dirección resultan ilustrativas las apreciaciones de SEMINARA:

“Por lo que respecta al blanqueo, se había notado cómo los esfuerzos para su represión habían encontrado durante mucho tiempo insoportables dificultades en la resistencia de los concretos Estados, incluso dentro de la Unión Europea. El cambio radical

³² JOSE DE FARIA COSTA, “El blanqueo de capitales”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 668. En términos similares EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 203, sostiene que: “Resulta incuestionable que la investigación del lavado de capitales es fundamentalmente para la persecución de la delincuencia guiada por motivaciones económicas: «follow the money», declara el pragmatismo norteamericano. Sin embargo, la mera utilidad procesal –esto es, la conveniencia de contar con una normativa homogénea que garantice la efectiva persecución de los delitos por parte de los correspondientes órganos policiales y judiciales, tantas veces invocada por ambos textos– constituye una base muy endeble en orden a la justificación del castigo de ninguna conducta de nuevo cuño...”

se ha producido como consecuencia del atentado del 11 de septiembre de 2001 y por la lucha de la administración Bush contra los países de la denominada *Black list*, con el resultado de que, actualmente, sólo ocho Estados del mundo no cooperan en la lucha contra el blanqueo. En relación con el delito en examen, la homogenización a nivel jurídico parece adscribible en una prueba de fuerza del gobierno estadounidense, más que en una convergencia de miras y en una espontánea adhesión de los ordenamientos nacionales³³.

Es así que este delito se introduce dentro de los códigos penales de los Estados para responder a las demandas de la comunidad internacional frente a la lucha contra las drogas; fue con la firma de la Convención de Viena de 1988 que los Estados Parte, que son prácticamente todos, se vieron en la obligación de regular un delito de lavado de activos, vinculado sólo a los delitos de narcotráfico. Hoy por hoy, este delito conforma uno de los instrumentos más destacados para enfrentar a la criminalidad organizada en general, incluyendo de modo particular al terrorismo³⁴.

³³ SERGIO SEMINARA, "La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea", en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Barcelona, Atelier, 2004, p. 276. Sobre este tema también, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., p. 523, aunque refiriéndose a la Convención de Viena de 1988. En efecto, afirma: "El propósito fundamental de este instrumento lo constituyó la unificación del derecho penal sustantivo en relación con los estupefacientes y la homologación de las normas existentes sobre el control del lavado de activos".

³⁴ Vid. JAVIER ZARAGOZA AGUADO, "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación", cit., p. 109. Así mismo, ISIDORO BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª edición, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 97. También y refiriéndose al ordenamiento alemán, MERCEDES PÉREZ MANZANO, "Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa de las conductas neutrales. La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004", en AA.VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, p. 801. En cuanto al ordenamiento colombiano, FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA, *Concesión de beneficios por colaboración eficaz. El lavado de activos. Normas penales y estados de excepción*, Medellín, Diké, 1995, p. 100: "...la tipificación del delito de lavados de activos constituye un imperativo de nuestra legislación, por cuanto se asumió tal compromiso al suscribirse la Convención de Viena sobre narcotráfico, de tal suerte que la elevación a norma penal del lavado de dinero, no es una propuesta, sino una obligación que deviene de compromisos adquiridos en el ámbito internacional". En la misma dirección, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la*

La configuración supranacional del lavado de activos y de las medidas que pretenden reducirlo, no es ajena a la evolución del Derecho penal de la globalización³⁵ del que hace parte y que fuera someramente caracterizado *supra*. Esta condición hace que cuando se pretenda realizar una labor hermenéutica que tenga por objeto las normas que lo regulan en un ordenamiento concreto, se encuentren grandes obstáculos para obtener interpretaciones ajustadas a las garantías derivadas del Estado de Derecho, y para aplicar las reglas de imputación penal como las de la autoría y participación o la tentativa y consumación, etc.

Lo anterior no es insulso, en especial si se tiene en cuenta, además, que los países que reciben estas iniciativas en el ámbito supranacional extracomunitario, son diversos en sus sistemas económicos y sociales, y por ello la producción normativa, en términos de necesidad y conveniencia, y sobre todo, los efectos que causa su aplicación, serán también diferentes, produciéndose, entonces, un efecto distorsionador.

En este sentido afirma TERRADILLOS BASOCO que:

"La aceptación de una criminalidad en expansión superadora de las fronteras nacionales, que las alternativas político-criminales comunes han de tomar como dato impuesto por la realidad, constituye un punto de partida teóricamente viciado. Si la globalización genera ámbitos de desigualdad al menos económica, parece difícil encontrar elementos comunes pacíficamente admitidos que permitan la definición de lo que debe estimarse delictivo. La política-criminal comienza por la elección y definición de esas conductas, y por la decisión a favor de la pena como respuesta. Un proceso de criminalización que es ejercicio de poder, desigualmente distribuido en los diversos mercados,

actividad financiera, cit. pp. 513, 554, 555; NILSON PINILLA PINILLA, "Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control", en *Universitas*, Nº 106, Bogotá, 2003, p. 354 y DARIO BAZZANI MONTOYA, "Del lavado de activos", en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 42.

³⁵ Sólo por insistir conviene referenciar a LUIZ FLÁVIO GÓMES, "Globalización y Derecho penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 343, quien realiza una interesante síntesis de los rasgos del Derecho penal ligado a la globalización. En efecto, afirma: "Según nuestra concepción siete son los pecados capitales del Derecho penal en la era de la globalización: 1) hipertrofia irracional (caos normativo);

no puede responder a pautas únicas, ni puede aceptarse como "natural", sino como fruto de una decisión artificial en que se manifiesta la desigual distribución del poder de definición. La lucha contra el lavado de dinero puede criminalizarse en términos muy semejantes en el norte europeo y en Latinoamérica. Pero con toda seguridad, se perseguirá de modo distinto... "está condicionada por el contexto económico y social de los distintos países que aplican las legislaciones inspiradas en las iniciativas internacionales que se vienen mencionando"³⁶.

2) instrumentalización (del Derecho penal); 3) inoperatividad, selectividad y simbolismo; 4) excesiva anticipación de la tutela penal (prevencionismo); 5) descodificación; 6) desformalización (flexibilización de las garantías penales, procesales y ejecucionales), y 7) prisionización (explosión carcelaria)".

³⁶ JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", cit., pp. 203 y 204. Llama la atención sobre esto, también, WALTER PERRON, "¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Nº 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998, p. 28. Y concretamente con referencia al ordenamiento colombiano, MARÍA CRISTINA CHIROLLA LOSADA, "Los delitos del lavado de activos y omisión de control en el proyecto de código penal", en *Universitas*, Nº 106, Bogotá, 2003, p. 378, quien al respecto sostiene: "Sin embargo, a pesar de ser instrumentos notables [refiriéndose a la Convención de Viena de 1988, a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional, etc.] y de buscar la homogeneidad de las distintas legislaciones en la concepción de una fórmula para reprimir penalmente el lavado de activos, las recomendaciones internacionales tienen ciertas deficiencias desde el punto de vista técnico y práctico, al estar influenciadas por el casuismo que caracteriza los textos de fuente anglosajona, lo cual contrasta fuertemente con la tradición dogmática impregnada en nuestro Código Penal". Refiriéndose a las regulaciones del sistema financiero en Colombia para el control del lavado de activos, afirma GUILLERMO PUYANA RAMOS, "Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. XXI, Nº 67, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 53: "...la búsqueda de una legislación adaptada a las realidades contundentes que impone el delito no ha sido afortunada. Las fórmulas legislativas son farragosas, los debates conceptuales suelen ser pobres [...]. Uno de los efectos más notorios del afán legislativo es que las normas se expiden sin pensar cuidadosamente lo que se desea reglamentar. Se legisla por presiones externas o por simple presentación nacional, para satisfacer un deseo de imagen internacional positiva, pero sin reflexionar si las normas son inteligibles, si son aplicables o si contamos con los mecanismos procesales, profesionales y fiscales para desarrollarlas".

Ahora bien, la creación del lavado de activos se realiza, en el contexto de la cooperación interestatal, mediante el diseño de múltiples tratados internacionales³⁷, sobre los que no se puede dar cuenta en este espacio, no siendo en todo caso imprescindible, entre otras cosas porque en ellos no hace más que reiterarse las mismas medidas y las mismas políticas.

No obstante, sí se puede afirmar que entre todos éstos, tienen mayor relevancia en la configuración del sistema de regulación de este delito, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988³⁸ y las Cuarenta Recomendaciones [en adelante las Recomendaciones] del Grupo de Acción Financiera Internacional [en adelante mencionado por sus siglas en español GAFI]³⁹ con sus posteriores actualizaciones y adiciones, entre las que se destacan las Ocho Recomendaciones Especiales para la lucha contra el terrorismo que fueron expedidas después del ataque a las torres gemelas.

Al compás de estos dos instrumentos internacionales se han delimitado los ámbitos de intervención contra el lavado de activos. Iniciativas, en todo caso, que son objeto de sofisticación, expansión, y reiteración por parte de las demás; véanse, el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional, etc.⁴⁰

³⁷ Señala otros tratados o iniciativas internacionales de los cuales no se dará cuenta aquí, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., pp. 526 y ss. También JUAN HERNÁNDEZ VIGUERAS, *Los paraísos fiscales, como los centros offshore socavan las democracias*, cit., pp. 236 y ss. Igualmente, JORGE E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", cit., pp. 74 y ss.

³⁸ Indica la trascendencia de este instrumento, HANS-JÖRG ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, cit., pp. 47-48, cuando expresa: "La Convención de Viena de 1988, dirigida justamente contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, simboliza una nueva política criminal que desplaza los puntos de atención al producto ilícito del delito y su confiscación. Esta nueva política criminal aparece explícita, por lo demás, en las actividades del Consejo de Europa, como también en algunos países de la Unión Europea. En general la política jurídica se ha concentrado en el lavado de dinero y las ganancias de origen ilícito provocando transformaciones profundas en el derecho penal sustantivo así como en el derecho procesal penal".

³⁹ Las siglas en inglés son FATF.

⁴⁰ Un análisis completo sobre las iniciativas internacionales en materia de lavado de activos lo realiza MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa*

Incluso las iniciativas comunitarias que se establecen en materia de lavado de activos, criminalidad organizada y terrorismo, coinciden en gran medida con las directrices que se diseñan en el ámbito supranacional extracomunitario, constituyendo los instrumentos mencionados, sobre todo las Recomendaciones, verdaderas fuentes de las medidas europeas. La evidencia de lo que se acaba de decir está en el hecho de que las Directivas comunitarias, en materia de lavado, 91/308/CEE y 2001/97/CE, se diseñaron al compás de éstas, constituyendo la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de Europa, 2004/0137, la respuesta a las demandas realizadas en la última revisión de las referidas Recomendaciones y a las Ocho Recomendaciones especiales del GAFI.

Es importante anotar que en el continente americano, son bastante relevantes las iniciativas convocadas por la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de las Drogas [CICAD], organismo que delegó en 13 expertos de distintos países americanos, la realización de unas recomendaciones para la configuración del lavado de activos. En virtud de esta delegación se conformó un Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, el cual fue adoptado por la Organización de Estados Americanos [OEA]. Por supuesto, este reglamento siguió de cerca la Convención de Viena de 1988⁴¹. Así mismo, en atención a la recomendación del GAFI se creó el Grupo de Acción Financiera Sudamericano contra el lavado de activos [GAFISUD]⁴².

internacional, cit. Vid., del mismo autor: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com. También se puede consultar a CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000; EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, cit.; ISIDORO BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit.; entre otros.

⁴¹ HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., pp. 511 y ss.

⁴² Sobre esto Vid. HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., pp. 511 y ss. Resulta llamativo que los países sudamericanos puedan participar en la creación de las políticas contra el lavado de activos, a instancias del GAFI, que como es sabido es un grupo que se gestó en el contexto de la reunión del G7 de 1989. Y es llamativo porque muchos de estos países no intervienen en la reuniones que este grupo [para ese entonces el G7] realiza y donde se toman decisiones financieras que afectan las políticas económicas del mundo. En este sentido, JUAN HERNÁNDEZ VIGUERAS, *Los paraísos fiscales, como los*

Ahora bien, básicamente los sectores que son regulados desde el contexto supranacional son el relativo a la criminalización y persecución de conductas, esto es, el Derecho penal y procesal penal, y el sector financiero.

No se puede dar cuenta de todos los aspectos que son objeto de regulación por lo que, para los efectos de este escrito, se tratarán los relativos a la criminalización de conductas, y por último, sin exhaustividad, algunos referidos a la imposición de obligaciones de información en el sector financiero.

En cuanto a *la criminalización de conductas* de lavado de activos, y si se fuese a condensar en palabras la manera en que se recomienda su conformación en el ámbito supranacional, se tendría que acudir a expresiones tales como: amplitud, extensión e indeterminación.

Precisamente, la Convención de Viena de 1988 marcó el camino por el que han transitado no sólo los tratados e iniciativas internacionales posteriores, sino además los países que la han suscrito. En esta convención se propone la punición tanto de los actos preparatorios de la conversión, transferencia, ocultación o encubrimiento de bienes o efectos originados en el delito, como la de actos preparatorios de actos preparatorios, la participación en esos mismos actos preparatorios, etc. Para satisfacer tal demanda se requiere la creación de tipos penales abiertos, en los que se adelante la barrera de la intervención penal de manera que se abarque el

centros offshore socavan las democracias, cit., p. 269, entiende que: "...el G7, o Grupo de los Gobiernos de EE.UU., Canadá, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido e Italia, [la UE], con participación de Rusia en asuntos no financieros (G-8) no es una instancia superior de poder exactamente pero pilota la globalización neoliberal, asegurando la coordinación de las políticas económicas de los principales países y de las organizaciones financieras internacionales". Aquí adquieren vigencia las siguientes afirmaciones de JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", cit., p. 205: "La globalización económica se superpone a la política, tanto en su origen como en su proyección. Lo que se manifiesta en la jerarquización de fuentes, reales, del Derecho. Aquí procede recurrir al concepto acuñado por CAPELLA, de "soberano privado supraestatal difuso", titular de un poder de hecho y nacido no del acuerdo internacional, sino de la conjunción de las grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros. El G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, entre otras instituciones, son así el titular privado de un poder supraestatal que interactúa con los Estados a cuyas instituciones impone sus propias políticas y que produce efectos de naturaleza pública. La capacidad de resistencia estatal frente a esa ingerencia, si es que así se considera, está sustancialmente recortada".

mayor número de conductas posibles, con la idea de impedir cualquier uso o goce de los beneficios del delito, obstaculizando su introducción en el tráfico económico⁴³.

A su vez, la reclamada amplitud de la extensión del tipo penal, que se realiza no sólo en la Convención de Viena de 1988, sino en los demás tratados o iniciativas internacionales, se alcanza, también, aumentando la lista de los delitos de referencia o delitos subyacentes a este ilícito, el cual en un primer momento [Convención de Viena de 1988], tal como se ha señalado *supra*, se limitaba a intervenir cuando los bienes o efectos tenían origen en uno o más ilícitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, para posteriormente llegar a abarcar un gran número de delitos [considerando, como de obligada inclusión, a los delitos de tráfico de drogas, terrorismo, etc.⁴⁴], o incluso, en algunos casos, todos los delitos⁴⁵.

⁴³ Sobre la criminalización de conductas en la Convención de Viena, afirma José Luis Díez RIPOLLÉS, "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 46, Madrid, Edersa, 1992, p. 78: "El análisis de todas las conductas aludidas en este apartado nos muestra en primer lugar que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica. Baste para ello con destacar que de la combinación de los preceptos anteriores [Convención de Viena] resultan punibles conductas consistentes en actos preparatorios de actos preparatorios del tráfico realizados estos dos últimos en grado de autoría o participación, incluido el encubrimiento; o que se castigan no sólo la autoría sino también la participación, incluido el encubrimiento, en actos preparatorios de actos preparatorios; o que es delito de encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias".

⁴⁴ Sobre los delitos subyacentes al lavado de activos que en todo caso son de obligada inclusión, disponen las Recomendaciones, en GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, www.gafisud.org, que son: "Participación en grupo delictivo organizado y en asociaciones delictivas, terrorismo, incluyendo el financiamiento al terrorismo, tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes, explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de niños, tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilegal de armas, tráfico de mercancías robadas y otros bienes, corrupción y soborno, fraude, falsificación de dinero, falsificación y piratería de productos, delitos ambientales, homicidio, lesiones corporales graves, secuestro, privación de libertad y toma de rehenes, robo o hurto, contrabando, extorsión, falsificación, piratería, uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado".

⁴⁵ Resultan bastante interesantes los sistemas que proponen las Recomendaciones para la determinación de los delitos subyacentes, toda vez que introducen unos

Ahora bien, las demás medidas penales y procesales que se aconsejan en las iniciativas internacionales, se concretan entre otras cosas, en la consagración del principio de universalidad⁴⁶ y en la recomendación de que la prueba del conocimiento del origen de los bienes requerido para imputar el delito de lavado de activos, se realice a través de "hechos objetivos".

Lo anterior es, sin duda, una invitación a la relajación de los medios de prueba, cuestión que se reitera no sólo en las Recomendaciones, sino además, y teniéndolas como referencia, en las demás iniciativas internacionales [la Convención de Viena⁴⁷ y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional] que se inscriben en esta tendencia de flexibilización de los medios probatorios, para la cual es necesaria la objetivización del dolo, prescindiendo de su elemento volitivo, exigiendo por tanto sólo la concurrencia del aspecto cognoscitivo.

Así pues, no queda duda de que estas medidas se inscriben en una tendencia altamente represiva y expansiva del Derecho penal; tendencia que se ensaya para una determinada criminalidad: narcotráfico, terrorismo, tráfico de personas; en fin, la criminalidad organizada.

criterios de "limitación" muy precarios, que terminan ampliando el ámbito de punición a casi todos los delitos. En efecto, en GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, cit., se afirma que: "los delitos subyacentes se pueden definir tomando como base todos los delitos, o a partir de un umbral vinculado ya sea con una categoría de delitos graves o con la pena de prisión aplicable al delito subyacente (criterio del umbral), o construyendo una lista de delitos subyacentes, o usando una combinación de estos criterios". En concreto, se terminan incluyendo todos los delitos que tengan una pena superior a 6 meses en los ordenamientos que se disponga de un umbral mínimo de pena y un año en los demás casos, lo cual evidencia la generosidad a la hora de determinar la gravedad como criterio de distinción entre los delitos.

⁴⁶ Por ejemplo en *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, *Ibid.*, p. 4.

⁴⁷ En este sentido MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., pp. 102-103, quien refiriéndose a la Convención de Viena, afirma: "A continuación el artículo 3.3 permite inferir de las circunstancias objetivas del caso el conocimiento, intención o finalidad exigidos por los delitos estudiados. Esta medida procesal para WOB significa un facultativo aligeramiento de la carga de la prueba respecto a los elementos del *onus probandi*. No obstante, aunque ello no impide, el propósito de esta previsión más bien es aclarar que la Convención no pretende en absoluto modificar los requisitos materiales o formales de la prueba previstos por el Derecho interno de las partes. En tal sentido, en principio, no cabe dudar de la corrección de este precepto, sin embargo, a la vez tamaña disposición resulta inquietante debido al contexto represivo de la Convención en el que se ubica. De hecho el artículo 3.3. deja la puerta abierta a la prueba meramente circunstancial de los indicados elementos".

Por otra parte, en estos instrumentos internacionales se enfatiza el uso de las medidas confiscatorias como sería, por ejemplo, el comiso. Así, en las Recomendaciones, es importante destacar que se aconseja⁴⁸ la inversión de la carga de la prueba del origen de los bienes, y la imposición del comiso como medida preventiva, toda vez que su procedencia no tendría como presupuesto una sentencia condenatoria.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es extraño que una vez incorporadas estas iniciativas en los ordenamientos internos de cada país, la fricción con principios como el de presunción de inocencia, entre otros, sea demasiado evidente⁴⁹.

Por otra parte, sobre las características generales de las medidas contra el lavado de activos impuestas en el sector financiero⁵⁰, se puede decir

⁴⁸ Vid., GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, cit., recomendación Nº 3, último párrafo, p. 5: "Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales".

⁴⁹ Sobre las políticas confiscatorias en el ámbito internacional, afirma HANS-JÖRG ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, cit., p. 71: "El desarrollo de la política de confiscación está animada, independientemente de las diversas formulaciones jurídicas que adopte cada ordenamiento legal, por el objetivo de eliminar las limitaciones que condicionan la aplicación del Derecho a través del engranaje de las garantías convencionales propias del Derecho penal y procesal penal. Las garantías del sistema afectadas en el núcleo son, por supuesto la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad". En este sentido, también, WINFRIED HASSEMER, "Localización de ganancias ahora con el Derecho penal", trad. M. A. Abel Souto, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. 1, Nº 1, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1998, p. 219, cuando afirma: "El fundamento jurídico del aseguramiento y del comiso es imperceptible; no es necesario un peligro, pero tampoco la ilicitud ni la culpabilidad: ¿qué más se puede ofrecer en el Estado de Derecho como legitimación de tales intromisiones?. Las garantías se reducen: las autoridades "pueden" asegurar y decomisar, es suficiente el propósito del posterior uso de los bienes -¿cómo se quiere establecerlo? ¿cómo se debe defender uno contra esta imputación? Y ¿por qué se abre la materialmente remota vía de lo civil? ¿qué justifica la inversión de la carga de la prueba? [...] Sólo me lo puedo explicar como una consecuencia especialmente rabiosa de la evolución que desde hace algún tiempo determina firmemente nuestra política interior".

⁵⁰ En cuanto a esto HANS-JÖRG ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, cit., p. 75, expresa que: "Las legislaciones más recientes en casi todas las latitudes han obligado a colaborar en la persecución

que éstas originariamente obligaban a los empleados de las instituciones financieras, pero posteriormente fueron extendidas a otros profesionales, como los abogados y los notarios, etc.

Las obligaciones referidas consisten en el deber de información, de recolección de datos y comunicación a las autoridades competentes de aquellas transacciones que puedan estar vinculadas con el «lavado de activos». Estas actividades son consideradas por la doctrina como verdaderos deberes de investigación y denuncia, propias de la función policial; las cuales, además, son impuestas bajo presunciones de sospecha⁵¹, y a su vez, implican el levantamiento tanto del secreto bancario como del secreto profesional. Es especialmente preocupante la relativización de este último cuando se trata de los abogados, dada la importancia que tiene la

penal al menos al sistema bancario, a efectos de satisfacer determinados criterios legales, generalmente norteamericanos..."

⁵¹ En este sentido es paradigmático el hecho de que ser incluido en la lista Clinton [*Orden Ejecutiva 12978*, que hace parte de las políticas norteamericanas de prevención contra el lavado de activos, y mediante la cual se señala a una lista de personas en razón de sus posibles vínculos con el narcotráfico], fue valorado por la Corte Constitucional Colombiana, en las sentencias SU-167 de 1999, M. P., A. Martínez Caballero y T-468 de 2003, M. P., R. Escobar Gil, como una razón para negarles a los allí incluidos el acceso al sistema financiero. En cuanto a esto se afirma, en la última decisión referenciada: "A juicio de esta Corporación, el sólo hecho de que una persona figure en la lista Clinton, sin que haya sido condenada o esté siendo investigada por delitos relacionados con el narcotráfico en Colombia, es una causal objetiva que autoriza la imposibilidad de acceder al sistema financiero, en razón de las graves consecuencias económicas que se producirían en dicho sector y, además, en aras de garantizar el interés general de los ahorradores del sistema bancario". Así mismo, en la primera de las decisiones reseñadas, se sostiene que: "La banca Colombiana considera que la lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los Norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos "traficantes de narcóticos". [...] Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma ni es una decisión de autoridad pública que pueda ser examinada a través de decisiones judiciales o administrativas colombianas. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca".

asistencia profesional de éstos a los ciudadanos cuando se encuentran bajo una imputación penal. Estas obligaciones se imponen bajo la amenaza de sanción administrativa e incluso penal, cuestión que se destacará más adelante.

En este ámbito de regulación, las Recomendaciones son la iniciativa más relevante; y precisamente de allí se puede extraer un ejemplo de cómo a los destinatarios de estas obligaciones se les llegan a imponer verdaderos deberes de investigación policial. En efecto, el literal d) de la Recomendación 5, relativa a los procedimientos de debida diligencia y registros actualizados sobre los clientes de las entidades financieras, dispone "...llevar a cabo un proceso continuo de debida diligencia respecto de la relación comercial, así como un examen detallado de las operaciones realizadas durante todo el curso de esa relación, con el fin de asegurar que las operaciones que se están haciendo son compatibles con lo que la institución sabe del cliente, sus negocios y perfil del riesgo, incluso *el origen de los fondos*, en caso necesario" ⁵².

Teniendo en cuenta esta Recomendación, le asiste plena razón a HASSEMER, cuando afirma:

"Las medidas contra el blanqueo de dinero han convertido a las instituciones de crédito en colaboradoras de la obstaculización y esclarecimiento de acciones punibles; les han impuesto deberes de identificación, conservación, registro, notificación, distribución, supervisión, instrucción, control y comprobación –no poco que digamos y más bien desacostumbrado conforme a la clásica comprensión de papeles-. Y las intervenciones (...) que durante meses y meses en el Banco de Dresde bajo el cargo de auxilio a la defraudación fiscal de clientes justifican este nuevo papel y consideran la misma moneda desde la otra cara: de vehículo a actor en la obra de las ganancias delictivas"⁵³.

Adicionalmente, estas obligaciones son impuestas bajo la amenaza de sanción administrativa o incluso penal; de nuevo en este punto, las

⁵² GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las Cuarenta recomendaciones del GAFI*, cit., p. 6. [cursivas fuera del texto]. Igualmente, la recomendación 12, p. 8, impone que los procedimientos de debida diligencia respecto del cliente se apliquen también a las actividades y profesiones no financieras.

⁵³ WINFRIED HASSEMER, "Localización de ganancias ahora con el Derecho penal", cit., p. 220.

Recomendaciones constituyen un buen ejemplo⁵⁴. Aquí la intervención punitiva se intensifica de una manera evidente, cuando a los ciudadanos se les imponen deberes de información e incluso de investigación, bajo la amenaza de una sanción⁵⁵.

Luego de un breve paso por algunos de los aspectos más relevantes de las iniciativas contra el lavado de activos en el ámbito supranacional, se puede decir que en éste se configura un conjunto de normas que se caracteriza por una acelerada y abundante producción de iniciativas que tienen por objeto la expansión, en primer lugar, del ámbito de personas sujetas a obligaciones relacionadas con la investigación del delito mencionado, en segundo lugar, de la correspondiente lista de delitos subyacentes, y en tercer lugar, del alcance de la prohibición que contienen los tipos penales que lo regulan⁵⁶.

⁵⁴ Vid. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, cit., Recomendación 17, p. 6.

⁵⁵ Aquí no se puede perder de vista, tal como afirma WILFRIED BOTCKE, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, No 2, Barcelona, Praxis-Universidad de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998, p. 7, que: "La ilegalidad o la proscripción social de determinados bienes o prestaciones de servicios, junto con la predisposición a la demanda y las oportunidades de beneficio de la oferta, constituyen el caldo de cultivo de la criminalidad organizada. Esto no puede dismantelarse a través del tipo penal de blanqueo de dinero. Ésta podría ser la razón, de que el legislador intente dirigir la por él proclamada lucha contra la criminalidad organizada, a través del aumento de las posibilidades de aproximarse a la información de carácter procesal penal utilizable sobre los actos de la criminalidad organizada. Las claves para ello en Alemania son el empleo de investigadores encubiertos y la gran "ofensiva de escuchas", entre otras. El inquietante coste de las estrategias de obtención de información clandestina es el menoscabo de la libertad ante el control estatal. *Si este coste quiere pagarse, es en última instancia una decisión política. Si no está dispuesto a pagar estos costes, por ejemplo por razones derivadas del Estado de Derecho, se asocia el no-deber de sospechar de la procedencia delictiva del dinero de los participantes en el mercado, en tanto que ciudadanos, con la no sustitución del deber de sospechar a través de la adquisición de información estatal*" [cursivas fuera del texto].

⁵⁶ Al respecto WINFRIED HASSEMER, "Localización de ganancias ahora con el Derecho penal", cit., p. 217, afirma: "Nuestra política jurídico penal va a una velocidad vertiginosa: después de que se hubiese discutido con amplitud y prudencia sobre la reforma del Derecho penal en los años cincuenta y sesenta, mientras que modificaciones eventuales del Derecho de obligaciones desde hace tiempo habían estado dando vueltas de un lado para otro en manos de los expertos, siguen hoy sin interrupción profundas modificaciones del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Ellas aumentan la conminación penal, amplían deberes y permiten intromisiones en el

En esta línea de expansión, la afcción de los derechos de los ciudadanos que pueden ser implicados por estas iniciativas, se convierte en la norma general y no en la excepción.

Por lo tanto, es tangible que las características de las medidas que se diseñan en el ámbito supranacional para el lavado de activos, siguen la senda de aquellas políticas legislativas que son puestas en el centro de la discusión del Derecho penal «moderno»; esto explica que en el ordenamiento colombiano, las normas que regulan este delito en el ámbito penal, que es el que aquí interesa, no puedan ser objeto de una interpretación y aplicación razonable, de acuerdo a los criterios que se derivan del Estado de Derecho.

3. Rasgos de la regulación del lavado de activos en el ordenamiento colombiano

Lo primero que habría que decir es que la regulación del lavado de activos en Colombia satisface plenamente las demandas internacionales puestas de presente *supra*, y en esa medida la afirmación con la que se inició este artículo es plenamente oponible también aquí. Entonces, se tiene que el sistema de lucha contra el lavado de activos en Colombia constituye un ejemplo de lo que el Derecho penal «moderno» significa.

De hecho, la evolución legislativa guarda coherencia con el mismo devenir que ha tenido el lavado de activos desde la Convención de Viena de 1988, pasando por el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional, incluyendo a las Cuarenta Recomendaciones del GAFI y las Ocho Recomendaciones especiales para la lucha contra el terrorismo, y las demás iniciativas, instrumentos y convenciones que conforman, en una extensa lista, los contornos de la política-criminal internacional frente a la criminalidad organizada, y en general a todos aquellos delitos de naturaleza supranacional donde se destaca de manera especial el ilícito que se está sometiendo a juicio⁵⁷.

ámbito privado de los ciudadanos, pero también en el ámbito profesional de las instituciones de crédito". También, HANS-JÖRG ALBRECHT, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, cit., pp. 72 y ss.

⁵⁷ Sobre la evolución legislativa del lavado de activos en Colombia se puede consultar a HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*,

De acuerdo a lo anterior, se tiene que el sistema de regulación en el ordenamiento colombiano está conformado por normas que afectan los dos ámbitos de intervención definidos desde el nivel supranacional, esto es, el penal y el financiero.

Es importante anunciar que sólo se abordarán con mayor detenimiento las medidas que tienen naturaleza estrictamente penal, y dentro de éstas, específicamente, el tema de la criminalización de conductas, no pudiendo realizarse un análisis exhaustivo de aquéllas que afectan el ámbito financiero, las cuales sólo se tocarán cuando tengan una directa relación con la materia que se está enfatizando.

En cuanto a la criminalización de conductas, se puede decir que en Colombia se consagran varias disposiciones dirigidas a impedir tanto el aprovechamiento de los beneficios derivados del delito como su inclusión dentro del tráfico económico.

Así, en el art. 323 del Código Penal⁵⁸ [en adelante CP] se consagra el tipo penal de lavado de activos, en el 325⁵⁹ del CP, el delito de omisión

cit., pp. 511 y ss. También, el mismo autor en *El lavado de activos*, 3ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 554 y ss. Igualmente, NILSON PINILLA PINILLA, "Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control", cit., pp. 353 y ss.

⁵⁸ Art. 323. Modificado por el art. 8 de la Ley 747 de 2002 y el art. 14 de la Ley 890 de 2004: "El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos mensuales vigentes..."

⁵⁹ Art. 325. El art. 14 de la ley 890 de 2004, realizó aumento de penas: "El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

de control, en el 326 del CP⁶⁰ se regula el testaferrato y en el 327 CP⁶¹, se consagra el delito de enriquecimiento ilícito de particular.

Este sistema de regulación, tal como se verá al final de estas páginas, no sólo representa un ejemplo de cómo, desde la creación de las leyes, puede dificultarse la realización de los principios jurídico-penales consagrados en el nivel normativo superior, sino que además está conformado por normas que en el momento de la aplicación, entran en contradicción entre sí; estas incoherencias seguramente se explican en el afán de abarcarlo todo y especialmente en la asunción irreflexiva de las demandas internacionales.

La anterior condición habría de ser una primera objeción, en la medida en que el principio de legalidad termina siendo menoscabado, teniendo en cuenta que si desde el ámbito supranacional se condiciona la incorporación en los distintos ordenamientos de las normas que regulan el lavado de activos, se genera una alteración, al menos indirecta, de las fuentes del Derecho y en esa medida se verifica una lesión de este principio, sobre todo cuando la opción que toma el legislador es el simple o quizás ineludible traslado de las iniciativas internacionales, sin realizar significativas modificaciones.

En consecuencia, también el referido principio se ve disminuido en la exigencia de determinación o taxatividad del tipo penal; esto porque al cumplirse dichas recomendaciones supranacionales, se establece la incriminación de una manera abierta, de tal modo que se abarque el mayor número de conductas posibles.

⁶⁰ Art. 326. Modificado por el art. 7 de la ley 733/2002 y el art. 14 de la Ley 890 de 2004 realizó aumento de penas: "Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes. INC. 2º: La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos, y la multa será de cinco mil (5000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

⁶¹ Art. 327. El artículo 14 de la Ley 890 de 2004 realizó aumento de penas: "El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Este mandato de amplitud dirigido desde el ámbito internacional, se cumple en el ordenamiento colombiano, inicialmente, con el art. 323 del CP que consagra el delito de lavado de activos. En esta disposición, la descripción de la prohibición se realiza de la misma forma en que la recomienda la Convención de Viena de 1988⁶²; en este punto, la Convención se caracteriza por una gran anticipación de la intervención penal, que ha sido objeto de críticas por la doctrina, aunque algunas de estas medidas se hayan dispuesto bajo la salvaguarda constitucional de los Estados Parte.

Sobre este relajamiento de los obstáculos para la intervención punitiva, ABEL SOUTO señala que:

"...no sólo se reproduce un adelantamiento de las barreras de protección penal con respecto al peculiar favorecimiento real o a la receptación específica de los subapartados b ii) y c i) sino que incluso se llega a sancionar la tentativa, conspiración, provocación y participación en las tentativas específicas de favorecimiento real del subapartado b i). Así las cosas muy mal parados quedan los principios constitucionales y conceptos fundamentales recogidos en nuestro ordenamiento penal, pues esta aspiración al castigo absoluto menoscaba abiertamente los principios de intervención mínima y de seguridad jurídica, claramente consagrado el segundo en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española"⁶³.

⁶² Los delitos que se han denominado bajo la expresión lavado de activos, son regulados en el artículo 3 de la Convención, que consagra en el numeral 1. inciso b), literal i): "La conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal o tales delitos, con objeto 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". Así mismo, en el inciso b), literal ii) del mismo numeral, se establece que: "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 de 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". Finalmente, el inciso c) dispone: "a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos..."; en el inciso a) se regulan los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

De acuerdo a lo anterior, es apenas obvio que el delito de lavado de activos reproduzca en la descripción de las conductas, una amplitud que impide la taxatividad del tipo y por tanto, como ya se ha dicho, lesione el principio de legalidad⁶⁴.

Ahora bien, este delito en Colombia, como no podía ser de otro modo, no tiene como referencia sólo los delitos de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino que, además, guarda correspondencia con la evolución que en el nivel internacional se evidenció frente a los delitos subyacentes a éste.

Así, el art. 323 del CP está referido a una lista "cerrada" de delitos que, no obstante, en la práctica, dada no sólo su extensión sino la inclusión indirecta de otros numerosos ilícitos [mediante la referencia a los productos vinculados con los delitos que sean objeto de concierto para delinquir], abarca prácticamente a todos los delitos.

⁶³ MIGUEL ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., pp. 101 y 102. También JOSÉ LUÍS DíEZ RIPOLLÉS, "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", cit., p. 74. Así mismo, EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, "Consideraciones de Urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, p. 586, afirma: "En términos generales, el citado instrumento internacional plantea las bases para un incremento a nivel represivo frente al narcotráfico. No obstante este endurecimiento no se refiere tanto a un simple aumento de las penas preexistentes como a la extensión del abanico de supuestos delictivos, a la potenciación de los medios lícitos de investigación y a la intensificación del auxilio internacional, contemplando el fenómeno del narcotráfico desde una perspectiva considerablemente más amplia que la adoptada en Convenciones precedentes".

⁶⁴ Algo similar sucede, por ejemplo, en España; en este sentido la reforma del Código Español de 1992 resulta ilustrativa, aunque es importante advertir que la norma vigente, art. 301.1 y 2 sigue en la misma línea aunque teniendo como delitos subyacentes a todos los delitos, y no como acontecía en la Convención de Viena de 1988, en la que las conductas estaban referidas sólo a los delitos de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Así, el resultado de la incorporación acrítica de los instrumentos internacionales que se realiza en la reforma de 1992, sobre todo en lo que tiene que ver con la descripción típica, es evidenciado por JOSÉ LUÍS DíEZ RIPOLLÉS, "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas", en *Actualidad Penal*, Nº 32, Madrid, Actualidad, 1994, p. 602, cuando afirma que: "Una primera consecuencia de tal actitud es que se introducen en nuestro ordenamiento unos preceptos muy defectuosos técnicamente, llenos de reiteraciones, casuismos y conceptos indeterminados, que si pueden quizás tener alguna justificación en un documento internacional, cuyas formulaciones deben ser lo suficientemente ambiguas como para contentar a la variedad de los ordenamientos jurídicos de los países signatarios, resultan inaceptables en un ordenamiento jurídico cuya técnica jurídico-penal está más que acreditada a nivel internacional...".

De acuerdo a lo anterior, en el ordenamiento colombiano, la vinculación del lavado de activos a unos determinados delitos no constituye límite alguno a la amplitud del tipo penal, por lo que la mencionada demanda internacional está plenamente satisfecha⁶⁵ y la lesión al mandato de taxatividad de los tipos penales, resulta evidente.

Centrando la atención en la manera en que se establece la prohibición, se puede observar que la cláusula que se introduce en el tipo penal del art. 323 del CP, relativa a "cualquier otro acto para ocultar o encubrir" resulta demasiado amplia y en ella, desde una interpretación literal, se podrían terminar incluyendo todas las conductas descritas en el mismo tipo penal e incluso en otros como el de testaferrato y el de omisión de control.

Precisamente HERNÁNDEZ QUINTERO, refiriéndose a la entrada en vigencia del CP de 2000 y en concreto al art. 323 del mismo, afirma que "...esta expresión [cualquier otro acto para ocultar o encubrir] resulta suficiente para englobar todos los comportamientos a que se refieren los verbos rectores utilizados en el tipo penal analizado"⁶⁶.

Frente a esta manera de establecer la prohibición, en el ordenamiento Español se ha dicho que:

"...la expresa enumeración de conductas pierde su sentido específico cuando, a continuación, la propia norma se vale de una cláusula desproporcionadamente general para penalizar la realización de «cualquier otro acto» sobre los bienes que integran el objeto material del delito. De este modo las acciones de «adquirir», «convertir» o «transferir» se ven obligadas a abandonar gran parte de su significado, quedando reducidas a la categoría de simples ejemplos [...], subsumibles, en cualquier caso, bajo esa suerte de agujero negro, capaz de devorar cualquier conducta que a él se aproxime"⁶⁷.

⁶⁵ En todo caso, el sistema de delitos subyacentes al lavado de activos, adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano, está incluido como uno de los admisibles en las iniciativas internacionales. Por todos, Vid. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las Cuarenta recomendaciones del GAFI*, cit., p. 4, cuando establece que los delitos subyacentes: "se pueden definir tomando como base todos los delitos, o a partir de un umbral vinculado ya sea con una categoría de delitos graves o con la pena de prisión aplicable al delito subyacente (criterio del umbral), o construyendo una lista de delitos subyacentes, o usando una combinación de estos criterios".

⁶⁶ HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos*, cit., pp. 135 y 136.

⁶⁷ EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 378-382. Resulta importante resaltar, también, la opinión de MIGUEL ABEL SOUTO, *Normativa*

Sumado a esto, y como es bien sabido en la doctrina penal colombiana, la lesión del principio de taxatividad tiene consecuencias relevantes para el derecho de defensa; en este sentido, FERRAJOLI afirma que "es obvio que el presupuesto epistemológico de la defensa -como del resto de la prueba- es la taxatividad y materialidad del tipo penal: las hipótesis acusatorias, [...], deben consistir en aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley..."⁶⁸

Así mismo, es claro que una de las razones que han llevado a imponer una opción como ésta, desde el ámbito supranacional, es el énfasis en la eficacia; por lo que se puede decir que "el aspecto decisivo de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación es el propósito de poder tener en cuenta «el cambio de las relaciones». Este objetivo no puede conseguirse sin leyes imprecisas. Solamente éstas ofrecen la garantía de «poder reaccionar inmediatamente ante nuevas formas de aparición del comportamiento punible sin tener que esperar al laborioso y lento proceso legislativo democrático»"⁶⁹.

internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español, cit., pp. 280 y 281, quien de manera enfática afirma que: "No contento con la servil copia el legislador español, añade, por propia iniciativa, a los comportamientos típicos acogidos en los textos internacionales el inciso "...o realice cualquier otro acto..."; cláusula abierta que supone una paradigmática lesión del principio de legalidad, dado que el aforismo *nullum crimen, nullo poena sine lege stricta*, esto es, la exigencia de una legislación de preciso alcance proscribiera tanto fórmulas indeterminadas y vagas como las modalidades comisivas ilimitadas, por cuanto que abandonan a Jueces y Tribunales tareas que competen exclusivamente al poder legislativo". También CARLOS MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, "Instrumentos jurídicos frente a la globalización de los mercados (en el ejemplo del blanqueo de capitales)", cit., p. 520.

⁶⁸ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 613-614.

⁶⁹ FRANK SÜSS, "El trato actual del mandato de determinación", trad. R. Robles Planas, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, Granada, Comares, 2000, p. 237. Con rotundidad WINFRIED HASSEMER, "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1992, p. 245: "...El derecho penal moderno se requiere flexible y generalizado para poder dar una respuesta a los continuos problemas sociales surgientes. El principio de taxatividad es enemigo de un Derecho penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Ello no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas las ocasiones..."

Por otro lado, si se observa la redacción del art. 323 CP, se encuentra que en un primer nivel están las conductas de: adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar o administrar y en un segundo nivel las de: dar apariencia de legalidad, legalizar, ocultar, encubrir... Se puede decir, al igual que lo discute la doctrina española con referencia al art. 301.1 y 2 del Código Penal Español (en adelante CPE)⁷⁰, que se está ante la tentativa, en el primer conjunto de conductas, y frente a la consumación en los demás actos; sin embargo, frente a todos ellos se responde con la misma pena.

Si esto es así, hay que realizar dos advertencias: La primera, relativa a que con una descripción de la prohibición en tales términos, resulta bastante problemático encontrar criterios para distinguir un acto de tentativa de uno de consumación, y eso no es más que relativización de las reglas de imputación penal. La segunda, está referida a que si con la misma pena se reacciona frente a dos momentos del riesgo para el bien jurídico, se está claramente vulnerando el principio de proporcionalidad penal (en sentido estricto).

Igualmente, se tiene que si «cualquier otro acto» constituye lavado de activos, será difícil imaginar los parámetros para diferenciar un acto de autoría de uno de complicidad⁷¹ y esto, además de suponer la misma negación de reglas de imputación expresada *supra*, contraría un sistema restrictivo de autor como el adoptado en el ordenamiento colombiano⁷².

⁷⁰ Sobre esta discusión en la doctrina española se puede ver, entre otros, a EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 381; ISIDORO BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 465 y MIGUEL ABEL SOUTO, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español*, cit., p. 387.

⁷¹ Que éste es un problema que trasciende lo nacional, lo demuestra CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 349, cuando afirma que: "La obsesión del legislador por cubrir con fórmulas abiertas la variada gama de acciones que pueden incluirse en la conducta típica del blanqueo ha llevado a algún ordenamiento, como el suizo, a tener una descripción tan extensa de la acción de blanqueo que cualquiera que contribuya al hecho podría ser considerado autor. También en nuestro Derecho la amplitud con la que se describe la conducta típica, a través de una fórmula extraordinariamente abierta ("realizar cualquier otro acto") supone que ciertas contribuciones al hecho, que normalmente constituirían formas de participación, pueden ser consideradas como supuestos de autoría..."

⁷² Sobre la adopción de un concepto restrictivo de autor en el ordenamiento colombiano, se puede ver por todos a MIGUEL CÓRDOBA ÁNGULO, "La figura del interviniente en

Así mismo, ligado a la vulneración del principio de proporcionalidad se encuentra que el principio de lesividad tampoco queda en muy buena posición cuando se trata de aplicar el delito que se está comentando. Esto porque esa misma expresión «cualquier otro acto» posibilita la subsunción en el tipo no sólo de conductas de lavado de activos cometidas por organizaciones criminales sino, incluso, de actos de consumo o negocios estándar, como sería el pago de honorarios a profesionales, entre ellos los abogados, cuyo origen sea ilegal. De acuerdo a esto, actos en su lesividad diversos entre sí son tratados de idéntica forma, es decir, con la misma pena.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de julio de 2004, rad. 17343, con ponencia del magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS, advierte sobre la posibilidad de punir la recepción de honorarios que tengan origen en actividades delictivas, por parte de los abogados. En esta decisión se señala claramente que:

“La Corte no discute la naturaleza legal del ejercicio de la profesión de abogado, pero sí coincide con el tribunal accionado en que la recepción de bienes del patrimonio ilícito de un procesado por parte de su apoderado, no tiene la virtud jurídica de purgar ese vicio, de modo que la extinción de dominio es perfectamente procedente, tal como aquí se decretó. En tal caso lo que se genera es un problema civil entre el abogado que prestó sus servicios profesionales y el poderdante que le pagó con un bien cuya legalidad se hallaba viciada y por tanto está en la obligación de salir a sanear. Y esa última alternativa procede solo si el abogado actuó de buena fe, pues de llegar a demostrarse que tuvo conocimiento del origen viciado del bien, puede terminar comprometido penalmente porque en tal caso habría prestado su concurso para distraer los bienes de la persecución que el Estado tiene derecho a hacer dado su origen contrario a la moral social...”⁷³.

el Derecho penal colombiano”, en *Derecho penal y criminología*, Vol. XXV, Nº 75, enero-junio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 79 y 87, cuando afirma: “en el actual Código penal se señala que concurren a la realización de la conducta punible los autores y los partícipes. La figura del autor, en sus diversas modalidades, está definida en el art. 29 C.P., en tanto los partícipes, es decir, determinador y cómplices, están regulados en el artículo 30 C.P [...] De esta manera la legislación penal actual no participa del concepto unitario de autor, ni tampoco de un concepto extensivo”.

Frente a esta sentencia se puede advertir, en primer lugar, que de acuerdo a ella cuando los honorarios sean pagados con dinero o bienes que tengan su origen en uno o en varios de los delitos subyacentes al lavado de activos, de acuerdo al art. 323 CP, su conducta podrá ser subsumida, precisamente, en esta disposición.

En segundo lugar, resulta cuando menos paradójica la advertencia que se realiza en la sentencia en el sentido de que la Corte no discute la naturaleza legal del ejercicio de la profesión de abogado, como si esto pudiese llegar a ser discutible. Entre otras cosas, porque la asistencia de los profesionales en el contexto de una imputación penal, hace parte de las condiciones esenciales del debate procesal; es condición sin la que es imposible obtener una sentencia válida, desde el punto de vista formal y material.

En tercer lugar, con esta decisión quedan confirmados los peligros que, para el Estado de Derecho, comporta un delito como el que se está analizando, mucho más en un contexto como el colombiano, en el que el proyecto democrático y social no alcanza la mínima, necesaria, vigencia fáctica como para que sea posible hablar de su existencia⁷⁴.

⁷³ En Alemania se ha debatido mucho sobre el tema a raíz de algunas sentencias, una de ellas condenatoria en segunda instancia bajo el argumento de que la finalidad de aislamiento económico que subyace al delito de «blanqueo de capitales» justifica la posible lesión de derechos. En este sentido, *Vid.* ISIDORO BLANCO CORDERO, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo L, 1997, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 267 y RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, “Blanqueo de capitales y negocios estándar”, *cit.*, pp. 131 y ss. Sobre esto, también, MERCEDES PÉREZ MANZANO, “Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa de las conductas neutrales. La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004”, *cit.*, pp. 790-834. Esta autora, pp. 820 y 821, afirma entre otras cosas que: “Ahora bien, la cuestión es si de la propia literalidad de los delitos de receptación y blanqueo de capitales puede deducirse que se ha efectuado una ponderación expresa en el sentido de que el conocimiento del contexto delictivo –en su caso, del origen delictivo del dinero o efectos- modifica el límite del riesgo permitido. A mi modo de ver, la respuesta a esta cuestión no debe ser positiva, sino más bien la contraria; el déficit de libertad genérica que comporta dicha interpretación es tal que no deben incluirse en principio como conductas típicas de blanqueo de capitales aquellas que impliquen la contraprestación por la realización de servicios o por la entrega de objetos, salvo que, por otras razones pueda afirmarse una relación especial con el delito previo, de encubrimiento, ocultación o favorecimiento de las ganancias del delito”.

⁷⁴ En este aspecto resultan bien oportunas las siguientes consideraciones de LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 867 y 868: “El progreso del estado de

Ahora bien, se ha dicho *supra* que en las iniciativas internacionales se recomienda, entre otras cosas, la inversión de la carga de la prueba, tanto del origen de los bienes como del conocimiento del mismo. En Colombia, esta relajación de los medios probatorios del conocimiento del origen de los bienes, se realiza invirtiendo directamente la carga de la prueba, a través de la creación de un tipo penal distinto al del lavado de activos.

En efecto, el art. 327 CP, consagra el delito de enriquecimiento ilícito de particular⁷⁵, cuya prohibición consiste en la obtención de un enriquecimiento patrimonial injustificado; teniendo en cuenta esto, la única defensa posible ante una imputación penal de esta clase, es probar que el incremento de

derecho y de la democracia sustancial, difícil y fatigoso, consiste obviamente, más que en el crecimiento de las promesas, en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad [...]. En este sentido, el estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobretudo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen..."

⁷⁵ Resulta interesante el hecho de que este delito, al igual que el testaferrato [art. 326] CP, se introdujo en la legislación colombiana incluso antes de que se incorporase el delito de lavado de activos. En este sentido, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., p. 514, sostiene que: "Debe indicarse que con antelación a la tipificación de la nueva figura [lavado de activos], los comportamientos vinculados con esta actividad desviada, se sancionaban como punibles de enriquecimiento ilícito (Decreto de Estado de sitio 1895 de agosto 1989) (Sic) El testaferrato (Decreto 2266 de 1991). Estos dos decretos se convirtieron en legislación permanente por mandato del Decreto 2266 de 1991". Es curioso que en España el delito de lavado de activos se reguló, por primera vez, unos meses antes de que se aprobara la Convención de Viena de 1988, sobre esto la doctrina ha señalado que a pesar de ello, dicha disposición, art. 546 bis f), introducida por la LO 1/1988 de 24 de marzo, que reformaba el CPE, vigente para ese entonces, siguió de cerca los trabajos preparatorios de la Convención. En esta dirección, JOSÉ LUÍS DíEZ RIPOLLÉS, "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas", cit., p. 590, señala: "Parece incuestionado que la modificación del Código Penal en materia de tráfico de drogas, que tuvo lugar por LO 1/1988, de 24 de marzo, estuvo directamente inspirada en los últimos borradores de la Convención de las Naciones Unidas que se aprobó unos meses más tarde. En este contexto, la introducción dentro de los delitos de receptación de un nuevo precepto, el art. 546 bis f, se considera desde un principio como una medida directamente orientada a tipificar y castigar por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el denominado blanqueo de los beneficios económicos derivados del tráfico de drogas". El mismo autor, en: "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", cit., p. 83. También CATY VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, cit., p. 76. Igualmente, CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 156 y 157.

la riqueza está plenamente justificado y en esa medida se desplaza del Estado al ciudadano, la prueba del origen de los bienes y su conocimiento, vulnerando claramente la presunción de inocencia.

Frente a esto, con HASSEMER se puede decir que para alcanzar la eficacia que se busca a toda costa en el Derecho penal «moderno», se debe "...repensar críticamente el *in dubio pro reo* (un derecho penal que frente a los crecientes problemas del mundo moderno quiere ser adulto, tiene precisamente que poder reaccionar en situaciones poco claras)..."⁷⁶, y más aún se debe recalcar que se está ante un modelo de intervención en el que las distinciones entre la "...tentativa y consumación, autoría y participación, [...] pueden ser [...] desde molestas hasta contraproducentes (porque en la lucha contra el crimen organizado se necesitan otras estructuras relevantes y otros criterios de enjuiciamiento)"⁷⁷.

Así pues, la imposibilidad de prueba del conocimiento del origen de los bienes, se solventa en el Derecho penal de manera que los costos los sufraga el ciudadano al que se le imponen generosos deberes de información, y el cual se enfrenta a un sistema de intervención punitiva con garantías y reglas de imputación menos estrictas.

⁷⁶ WINFRIED HASSEMER, "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, p. 77.

⁷⁷ WINFRIED HASSEMER, "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", p. 78. Adicionalmente, se debe tener en cuenta a JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 101, cuando afirma que: "En suma, pues, la asignación del Derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión". Más adelante, p. 101, nota al pie 255, agrega que: "Expansión que, además, se trata de garantizar frente a quienes no la adopten mediante la progresiva modificación de los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio. En este sentido, y en concreto para la delincuencia económica [...], se asiste a una importante crisis del principio de territorialidad, frente al cual se pretende abrir nuevos ámbitos de protección y al de justicia universal. De este modo, las legislaciones más intervencionistas tienden, además, a aplicarse de modo extraterritorial". Esto último también es predicable del «lavado de activos», en la medida en que el art. 323 CP, dispone: "El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores se hubieren realizado total o parcialmente, en el extranjero"; sobra advertir que una cláusula como ésta se ha introducido en todos los ordenamientos que consagran un delito de esta clase. En España se consagra, prácticamente en los mismos términos, en el art. 301. 4. CPE.

Tampoco se puede dejar sin mencionar el delito de omisión de control, dispuesto en el art. 325 del CP, que se consagra como un tipo penal especial, en la medida en que éste procede cuando el sujeto activo sea empleado o director de una institución financiera, o en general de cualquier corporación que ejerza actividades de ahorro y crédito⁷⁸, y cuya conducta consiste en la omisión de las medidas de control establecidas en el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero.

La fuente de las medidas de control para las transacciones en efectivo son las iniciativas internacionales que intervienen en el sector financiero, mediante la imposición de obligaciones de información, de recolección de datos y de comunicación, sobre las que se dio cuenta *supra*.

En Colombia, la implementación de estos compromisos internacionales se realiza, entre otros⁷⁹, a través del Estatuto Orgánico del Sistema financiero [con todas sus modificaciones y adiciones], el Decreto 1497 de 2002, el Acuerdo interbancario sobre el conocimiento del cliente, y las circulares externas de la Superbancaria⁸⁰, entre ellas la Circular Externa 046 de 2002. Además, se encuentra un Convenio celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y la Asociación bancaria y entidades financieras en Colombia⁸¹.

Frente a esta disposición se pueden realizar varios reparos, aunque en verdad este delito, así como los consagrados en los arts. 326 y 327 del CP, ameritarían un estudio separado atendiendo a las implicaciones que los mismos comportan.

⁷⁸ Sobre el art. 325 del CP, Vid. HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos*, cit., pp. 142 y ss; también GUILLERMO PUYANA RAMOS, "Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa", cit.; NILSON PINILLA PINILLA, "Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control", cit., pp. 351-375 y JORGE E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", cit., pp. 107 y ss.

⁷⁹ Acerca del conjunto de normas y circulares que regulan los procedimientos, destinatarios, obligaciones de las entidades financieras y otros profesionales, se puede ver a HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos*, cit., pp. 529 y ss. También a DARÍO BAZZANI MONTOYA, "Del lavado de activos", cit., pp. 49 y ss.

⁸⁰ La cual a partir del 26 de noviembre de 2005, gracias al Decreto 4327 de 2005, se denomina Superintendencia Financiera de Colombia, debido a que esta regulación fusionó a la institución mencionada con la Superintendencia de Valores.

⁸¹ En cuanto a este convenio, informa HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos*, cit., p. 530: "Con base en las obligaciones establecidas para el sector financiera tanto en el Decreto de 1872 de noviembre 20 de 1992, como en el

Para los efectos de este escrito basta con apuntar, en primer lugar, tal como expone PUYANA RAMOS, que este tipo penal constituye una norma que reenvía a otras de inferior jerarquía; esto es, al decreto y a las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia⁸², por lo que se está ante un tipo penal en blanco⁸³; en esta medida se entiende que "el tipo de omisión de control no satisface los requisitos de las garantías de legalidad y tipicidad porque tiene un defecto insubsanable porque cuando se integra

capítulo XVI de la parte tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993 y teniendo en cuenta el «Acuerdo sobre el papel del Sistema Financiero en la detección, prevención y represión del movimiento de capitales», aprobado por la Junta Directiva de la Asociación Bancaria, el 21 de octubre de 1992, se firmó el 6 de septiembre de 1995, un convenio entre la Fiscalía General de la Nación y la Asociación Bancaria y de entidades financieras de Colombia, Asobancaria, sobre suministro de información del sector financiero para fines investigativos de competencia del ente estatal".

⁸² Sobre la naturaleza de estas circulares, se pronuncia EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, "Estudio introductorio. El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial del lavado de activos en Colombia", en ANDRÉ LUIS CALLEGARI, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 36 y ss. En este sentido, sostiene que: "Desde el punto de vista penal, estas circulares constituyen actos administrativos con efecto *erga omnes*, cuya finalidad es contribuir a delimitar el riesgo permitido en ciertas actividades del sector financiero y económico del país".

⁸³ Sobre los problemas que, para las garantías derivadas del Estado de Derecho, se presentan en los tipos penales en blanco, Vid. a JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, "Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista", en *Nuevo Foro Penal*, N° 61, Bogotá, Temis-Universidad de Antioquia, 1999, p. 116, quien entre otras cosas afirma: "...el problema del conocimiento de los elementos que integran el tipo complementario por la norma de referencia -tipo único-, no es nada sencillo, especialmente, dada la dispersión, abundancia y poca precisión de los ordenamientos extrapenales, que creados para otros fines no cumplen con exigencias imprescindibles en el derecho penal. [...] por lo general las normatividades se complementan sin que se haya dispuesto para tal fin, el principio de certeza "delegado" que algunos pregonan, también queda hecho añicos, y el conocimiento del tipo parece más bien una suposición o ficción del derecho penal. La conciencia de la antijuridicidad tendrá que comprender para el sujeto activo no solo el conocimiento de contravenir el ordenamiento extrapenal, sino específicamente el penal, y además, que la trasgresión rebase el ilícito administrativo y adquiera carácter delictivo [...]. Obviamente los problemas antes planteados también repercuten en las fronteras del error. En conclusión, se multiplican los problemas en el injusto penal (tipicidad y antijuridicidad), en la culpabilidad y en la pena, en el fundamento y en la razón de la norma, con el consecuente deterioro de las garantías, las cuales penden de tan intrincados y sofisticados planteamientos que las más de las veces no se tienen en cuenta en la aplicación concreta de la ley".

con la norma complementaria, no se obtiene una descripción exhaustiva de la conducta típica"⁸⁴.

Ahora bien, y sin dejar de considerar la relevancia de la anterior objeción, lo que resulta en verdad más cuestionable es la identificación entre el ilícito administrativo y el penal, toda vez que el injusto objetivo del tipo penal que se enjuicia está determinado en sus características más importantes por el Derecho administrativo sancionador⁸⁵, delegando sólo

⁸⁴ GUILLERMO PUYANA RAMOS, "Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa", cit., pp. 52 y ss. Es importante aclarar que el autor se refiere especialmente al art. 247B del CP derogado, siendo sus tesis trasladables a la disposición vigente, en la medida en que no sólo se configura de manera similar el delito, sino que las posteriores reformas han estado dirigidas a ampliar el ámbito del tipo penal; en este sentido, HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., pp. 611-612, refiriéndose al art. 325 del CP, precisa que: "...en cuanto al ingrediente normativo que presenta el tipo penal se produce una sensible modificación. Como se recordará el artículo 247 B (Ley 365 de 1997), señalaba que actualiza el punible de omisión de control el funcionario de la entidad financiera o de la cooperativa de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar el origen ilícito del dinero, omitiera el cumplimiento de alguno o de todos los mecanismos de control establecidos por los art. 103 y 104 del Decreto 663 de 1993, para las transacciones en efectivo. De esta forma la conducta se limitaba al omitir diligenciar el formulario sobre transacciones en efectivo que superaran los diez millones de pesos [...]. Ahora, con la nueva redacción se habla de omitir el «cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo», con lo que permite que esos mecanismos provengan de la Ley expedida por el Congreso de la República, o de un Decreto del Ejecutivo, generalmente por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito público, o de una resolución de las entidades de Dirección, Vigilancia y Control, como el Banco de la República, La Superintendencia Bancaria o la de la Economía Solidaria, entre otros". Obsérvese que se realiza un reenvío general, no expreso, por lo que en la regulación vigente se ahonda en los efectos negativos que producen la técnica de los tipos penales en blanco. Ahora bien, en general la doctrina nacional coincide en que el art. 325 CP, es un tipo penal en blanco; en este sentido, aunque refiriéndose al 247B del CP derogado, JORGE E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", cit., p. 107; también, DARÍO BAZZANI MONTOYA, "Del lavado de activos", cit., p. 49.

⁸⁵ En el art. 107 del Decreto 663/93, se dispone que: "El incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores por la no adopción o aplicación de los mecanismo de control dará lugar a la imposición de las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las consecuencias penales a las que hubiere lugar". Obsérvese, que de la lectura que propone MARÍA CRISTINA CHIROLLA LUSADA, "Los delitos del lavado de activos y omisión de control en el proyecto de código penal", cit., p. 385, en el sentido de que "el deber que se exige a los sujetos obligados no es el de impedir el lavado de activos y mucho menos el de disminuir el riesgo o de proteger el

en la finalidad "de ocultar o encubrir el origen lícito de los bienes", la tarea de determinar cuando se está ante un infracción administrativa o por el contrario ante un injusto penal.

En tercer lugar, se está ante un delito de omisión propia y a su vez ante un tipo penal de peligro abstracto, y que esto constituye adelantamiento de la intervención penal de una manera que deja poco espacio para la racionalidad en los términos del principio de tipicidad y de lesividad, considero que está fuera de discusión.

Aunque no se refieren concretamente al ordenamiento colombiano, las siguientes afirmaciones condensan las consecuencias que se generan para el Estado de Derecho, al introducir un tipo penal como el del art. 325 CP.

"El problema es que, mientras que la participación a sabiendas en un hecho de blanqueo integra el esquema de la participación criminal, la tipificación de estos deberes como tipo autónomo no puede no resultar extremadamente vaga e indeterminada, originándose la subsistencia de la obligación de la simple sospecha de que la operación financiera tenga como objeto bienes de procedencia delictiva [...]. Sustancialmente, nos encontramos frente a ilícitos ontológicamente carentes de taxatividad, ligados a varios indicios de anomalía de la operación, no susceptibles de una descripción precisa. El peligro, como se ve, está representado por el elevado margen de discrecionalidad que caracteriza, primeramente, la valoración del precepto por parte del destinatario y consiguientemente del órgano competente para la imposición de la sanción; el ulterior peligro está constituido por la transferencia a los operadores financieros y a algunas categorías de profesionales de la carga de averiguación y control más propiamente atinentes a las fuerzas de policía"⁸⁶.

bien jurídico del orden económico y social; se exige adoptar los mecanismos de prevención y control de dicho riesgo y lo que es más importante ponerlos en práctica"; se puede afirmar que se está ante un delito de mera desobediencia; y aunque con algún esfuerzo argumentativo se pueda proponer otra interpretación del art. 325 CP, hay que reconocer que el tipo penal admite tal exégesis.

⁸⁶ SERGIO SEMINARA, "La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea", cit., p. 287. Igualmente, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, "Hacia el Derecho penal del "Estado de Prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal", en *Libertad*

Finalmente, y en lo que respecta a la descripción de las conductas que criminalizan actos constitutivos de lavado de activos, se evidencia una incoherencia en el sistema de regulación cuando al lado del art. 323 CP se consagra el delito de testaferrato en el art. 326 del CP, porque éste constituye un injusto subsumible en el primero de los mencionados delitos. E incluso, yendo aún más allá, el mismo delito de omisión de control del art. 325 CP⁸⁷ podría encajar también allí, si se hiciese una interpretación literal del tipo penal de lavado de activos, [art. 323 CP]. Este hecho añade mucha más dificultad a la tarea de aplicar racionalmente estos delitos.

económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, dir. J. M. Silva Sánchez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 22, nota al pie 58 y 59, cuando afirma: "La imposición de deberes de colaboración a los ciudadanos por parte de la administración, cuya infracción se sanciona penalmente, tiene desde luego precedentes. Pero sobre todo, tiene presente y futuro. En efecto, la creciente configuración legal de posiciones de garantía de intereses público-administrativos que recaen sobre los ciudadanos (en particular sobre los que ostentan determinadas posiciones económico-empresariales) es uno de los signos más característicos de la evolución del Derecho penal y, a la vez, un aspecto clave para la interpretación del modelo de sociedad que se está cristalizando. Piénsese, por ejemplo, en materia de blanqueo de capitales, en los deberes impuestos a las entidades bancarias y otros sujetos (notarios, registradores, etc.) que intervienen en el tráfico jurídico-económico. A éstos se les impone en virtud de leyes especiales, un deber especial de colaboración con la inspección que se concreta en la denuncia de la aparente realización de determinadas operaciones que en la normativa administrativa aparecen como "indicadores" de la posible existencia de conductas sancionables. Ello, haciendo prevalecer el deber de colaboración sobre otros deberes profesionales, como el del secreto".

⁸⁷ En este sentido, HERNÁNDEZ A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, cit., p. 618. Igualmente, NILSON PINILLA PINILLA, "Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control", cit., pp. 351-375. Así mismo, JORGE E. IBÁÑEZ NAJAR, "El lavado de activos", cit., pp. 107 y ss, y MARÍA CRISTINA CHIROLLA LOSADA, "Los delitos del lavado de activos y omisión de control en el proyecto de código penal", cit., p. 379, quien expresa que: "Indiscutiblemente la autonomía e independencia de las conductas de lavado de activos en nuestra legislación son relativas, como quiera que la fórmula adaptada no ofrece ningún tipo de garantía frente a las diversas conductas que pueden ser imputadas a partir de la consumación de otros delitos. De ahí que la adecuación típica de una conducta de lavado de activos presente enormes inconvenientes al quedar el principio de tipicidad supeditado a la prueba de que exista sobre la calificación del objeto material. Es así, como una misma conducta puede ser calificada como enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y en algunos casos, como contrabando o receptación". En términos similares, DARIÓ BAZZANI MONTOYA, "Del lavado de activos", cit., p. 5, cuando sostiene: "Se trata ciertamente

4. Consideraciones finales

Después de este recorrido por las normas que regulan el lavado de activos en el ordenamiento colombiano, y recapitulando, queda demostrado que éste no escapa a los rasgos que caracterizan al «Derecho penal moderno»⁸⁸. Es decir, en éstas se expresa la tendencia de hacer prevalecer la eficacia aún a costa de vulnerar las garantías y se apela a la «flexibilidad» cuando se trata de presupuestos de imputación rigurosos y de límites al *ius puniendi*, pero en torno a la pena y demás medidas de injerencia en la libertad de los ciudadanos, lo que se impone es la rigidez.

de una forma de blanqueamiento de capitales o modalidad de lavado de dinero relacionada específicamente con los delitos antes mencionados, lo cual conduce, en primera instancia, a considerar innecesaria su consagración como delito autónomo, máxime cuando tiene señaladas las mismas consecuencias punitivas..." Sobre este tema, GUILLERMO PUYANA RAMOS, "Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa", cit., p. 57, quien entiende que: "Aún más dudas hay sobre la misma necesidad de la norma, porque la omisión en el control del lavado puede perfectamente resolverse a través de las reglas de la participación criminal en el lavado, sin tener que erigirla como delito autónomo". En contra de esta opinión, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, "Estudio introductorio. El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial del lavado de activos en Colombia", cit., p. 53, quien manifiesta que: "Dicha conducta omisiva [omitir deliberadamente los controles que se establecen en el sistema ordenamiento jurídico para evitar el lavado de activos] es objeto de regulación en un tipo autónomo, el de *omisión de control* (art. 325 C. P.), y susceptible de concurso efectivo con el lavado de activos". Afirma la coherencia de la regulación del lavado de activos y el testaferrato, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, sentencia de casación de diciembre 10 de 2001, radicado 14.658, M.P.: Fernando Arboleda Ripoll.

⁸⁸ Al respecto, afirma MIGUEL ABEL SOUTO, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español*, cit., pp. 281 y 282, que: "...nuestras Cortes han superado, con la regulación sobre el blanqueo, los límites de una política criminal racional. Al obrar así olvidaron que el éxito del control delictivo, en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "no justifica el empleo de toda suerte de programas, ni legitima el elevado coste social que determinadas intervenciones implican". Mas en su defensa no cabe alegar que con ello se adecuaban a los patrones normativos supraestatales, puesto que el inaceptable "afán panpenalista" de tamañas propuestas tiene que ser pasado por el tamiz de cada ordenamiento interno, ya que cualquier legislador está obligado a trasladar dichas premisas comunitarias e internacionales con el más escrupuloso respeto a los principios consagrados en su constitución. A esto conviene añadir el fundado temor de que los tipos penales contra el blanqueo se queden en una mera legislación simbólica, habida cuenta de la limitada eficacia que poseen tanto en España como en el resto de la Unión europea, y de que no sirvan nada más que para autocomplacer a políticos o a tranquilizar a electores".

BECK, sobre las condiciones del mercado laboral en la sociedad de riesgo, afirma que "en todas partes se exige "flexibilidad". En otras palabras un "empresario" tiene que poder despedir a los "empleados" con mayor facilidad. La "flexibilidad" también significa una redistribución de los riesgos, transfiriéndolos del Estado y la economía al individuo..."⁸⁹.

Pues bien, considero que la flexibilización de las garantías y reglas de imputación en materia penal, es análoga a la flexibilización a la que alude BECK, dado que también implica la redistribución de los riesgos del Estado al ciudadano. Este último, en consecuencia, debe soportar que los presupuestos del ejercicio de la fuerza monopolizada por el Estado, y que afecta su libertad, sean revisados. En esta revisión se impone la laxitud para solventar dificultades de prueba, de tiempo y de costos; problemas estos que surgen, valga la reiteración, de garantías y presupuestos de responsabilidad más exigentes.

Finalmente, este artículo estuvo alentado por la idea de que desde una ciencia comprometida con la construcción de criterios para la aplicación racional [desde un punto de vista valorativo y no sólo instrumental] de las leyes penales, y ante una realidad como la descrita, es una primera tarea evidenciar las causas y los efectos de un Derecho penal expansivo tanto en las prohibiciones como en las penas, y que amenaza de muchos y diversos modos las libertades de los ciudadanos.

Termino, entonces, con la esperanza de haber contribuido aunque sea en menor medida a esta labor, y a sabiendas de que la segunda tarea es mucho más ardua porque exige el proponer interpretaciones que sean compatibles con las garantías derivadas del Estado de Derecho, de unas normas que, como ya se ha puesto de presente, no sólo reproducen grandes defectos sino que además se imponen a los Estados de manera tal que su capacidad de resistir queda seriamente limitada.

⁸⁹ ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo global*, cit., p. 18. En sentido similar JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", cit., p. 207, cuando manifiesta: "Los nuevos grupos de sociedades multiplican así la función objetivamente cumplida, ya en su origen, por las viejas sociedades mercantiles, que no era otra que el de limitar la responsabilidad, con los conocidos efectos de transferencia del riesgo al tercero más débil".

Jurisprudencia

¿Prevaricador, terrorista o mártir?

Juan Sebastián Ceballos Bedoya