



FORO GAFIC - FELABAN

CONSIDERACIONES ACERCA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS BAJO LA MODALIDAD CULPOSA

San José, Costa Rica, noviembre 23 de 2007

CONSIDERACIONES ACERCA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS BAJO LA MODALIDAD CULPOSA

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (CONVENCIÓN DE VIENA), en Latinoamérica hemos recorrido un largo camino en la lucha contra el lavado de activos de la mano de las recomendaciones internacionales. Es incuestionable y una verdad irrefutable que la comunidad internacional ha trabajado acertadamente con el propósito de prevenir, controlar, reducir y reprimir el crimen organizado, particularmente el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Esta labor, que históricamente honramos por los mismos resultados, no ha sido fácil, pero si gratificante, pues el fin último se evidencia en el día a día a través de los importantes golpes a las organizaciones criminales, lo cual se hace evidente cada vez que se realizan capturas de grandes capos y que, gracias a la colaboración internacional, se hacen cada vez más frecuentes.

Conscientes de la importancia de dicha labor, cada uno de los países de nuestra región ha adoptado internamente las recomendaciones de los distintos organismos internacionales que contemplan el delito de lavado de activos, con miras a lograr su doble objetivo: de prevención especial, al sancionar penalmente al responsable, y de prevención general, al mostrar a la comunidad que este tipo de delito, junto con sus fuentes, no es rentable ni contribuye al progreso social.

Así, en la mayoría de las legislaciones de la región, el combate al delito de lavado de activos ya no sólo se enfoca a reprimir las conductas asociadas a la ocultación o al encubrimiento de bienes provenientes de actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino que se ha concebido como un mecanismo efectivo para reprimir la ilegalidad y la consecución de bienes a partir de la comisión de otros delitos graves, entre ellos el terrorismo, el secuestro, la extorsión y la corrupción, que igualmente quebrantan la estabilidad de las instituciones y, consecuentemente, el bienestar de la sociedad.

Resulta trascendental destacar que a través de la criminalización, sin duda alguna se logra el propósito inicial de reprimir y reprochar las conductas delictivas, con el mayor respeto de los derechos humanos y fundamentales consagrados en las distintas convenciones internacionales, dentro de unos límites de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad que enmarcan su operatividad y eficacia.

En tal sentido, consideramos que ha sido acertada la criminalización del lavado de activos (o lavado de dinero o blanqueo de dinero o blanqueo de capitales o legitimación de capitales) por los distintos países, consagrando, en términos generales, que quien conociendo la procedencia ilícita de los bienes, de manera voluntaria trata de darles apariencia de legalidad, incurrirá en la sanción penal establecida para el tipo de lavado de activos.

CONSIDERACIONES

A fin de preservar el orden social y el respeto de tratados internacionales, el lavado de activos no ha sido considerado como un delito meramente objetivo, en donde sencillamente se corrobora por parte de las autoridades la comisión de la conducta descrita en el tipo penal de lavado de activos, esto es, verificar si se transportó, invirtió, administró o custodió bienes de procedencia ilícita; adicionalmente, se ha exigido que la persona **conociera** que los bienes tenían una procedencia ilícita y, además, tuviera la voluntad para dar apariencia de legalidad a los mismos.

Recordemos como el Derecho Penal, como último recurso para conservar un orden justo, se pone en marcha una vez han fracasado o no están disponibles otras medidas estatales. En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no exista otra alternativa pues han fracasado los demás mecanismos de protección. Por tanto, es vital tener presente que con el castigo de tipo penal de lavado de activos, se está imponiendo la medida más drástica que puede adoptar el Estado en contra de las personas, como es la sanción penal.

Como hemos mencionado, los países de la región han trabajado acertadamente con el propósito de prevenir, controlar, reducir y reprimir el lavado de activos, labor que se honra por sus resultados, porque no sólo se ha acudido al Derecho Penal sino a otras directrices administrativas que han permitido dinamizar este proceso. Por este motivo no se puede más que resaltar la altruista y acertada labor de la comunidad internacional al concebir el tipo penal de lavado de activos, como un tipo penal de naturaleza dolosa, el cual debe ser entendido como el cometido por aquella persona que ha querido transportar, invertir, administrar o custodiar bienes de procedencia ilícita con la intención de dar apariencia de legalidad a los mismos.

Por su parte, el Sistema Financiero Latinoamericano ha venido colaborando de manera activa con los distintos reguladores y autoridades en esta lucha contra el crimen organizado. En la Cumbre de

Buenos Aires de 1995 se acordó el desarrollo, entre otras, de las siguientes acciones que nos parece pertinente traer a colación en este Foro en el que nos encontramos hoy:

"Las instituciones financieras y los organismos que las regulan y fiscalizan, deberían trabajar conjuntamente en el esfuerzo para prevenir el delito de lavado de dinero y cooperar con las autoridades competentes en la aplicación de sanciones administrativas y penales..."

"Los representantes del Gobierno, las autoridades encargadas de hacer cumplir las leyes y las instituciones financieras, analizarán periódicamente las normas contra el lavado de dinero y evaluarán las nuevas tecnologías que puedan ser utilizadas para el lavado de dinero, formulando recomendaciones para la acción."

Resulta clara la gran importancia de este tipo de encuentros entre el sector público y el sector privado y la continuidad a futuro que se le debe seguir dando a estas iniciativas con el fin de permanecer trabajando conjuntamente en la lucha contra las organizaciones criminales, las cuales constituyen uno de los flagrantes flagelos que tiene que enfrentar nuestra comunidad latinoamericana.

A partir de las conclusiones del primer Foro que realizamos conjuntamente con GAFISUD, en el año 2002 en Montevideo, Uruguay, en el que se resaltó la importancia de la interacción entre el sector público y el sector privado en la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, FELABAN ha venido desarrollando proyectos de cooperación técnica con la CAF, el BCIE y el BID, tendientes a lograr la interacción entre ambos sectores a través de talleres.

Una de las principales conclusiones de dichos talleres ha sido la revisión de la tipificación del delito de lavado de activos bajo la modalidad de culpa, por lo cual en esta ponencia presentamos, como aporte al estudio del tema, un análisis de la tipificación de la conducta culposa en el delito de lavado de activos.

El delito de lavado de activos se configura, en términos generales, cuando "el agente realiza cualquier tipo de acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o activos que, provenientes del ejercicio de determinadas conductas punibles, se incorporan de este modo en la economía para hacerlos parecer como legítimos"¹.

¹ Dario Bazzani Montoya. **Del lavado de activos**. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. pp. 41

Ahora bien, en el ámbito jurídico, para determinar la punibilidad de la conducta se ha de considerar, en primer lugar, si el agente obró con dolo o, de manera excepcional en los casos determinados por el ordenamiento jurídico penal, con culpa, es decir, que es necesario que el legislador expresamente determine los casos en los que se considera punible una conducta culposa.

En materia de lavado de activos, dada la complejidad y el carácter transnacional del delito, la intervención de organismos internacionales en la tipificación del delito del lavado de activos en el ámbito local ha sido fundamental en la medida en que disponen el contenido necesario para su tipificación. Es así como:

El artículo 3 de la “**CONVENCIÓN DE VIENA sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas**” dispone²:

“1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan **intencionalmente**:

b) -i) la conversión o la transferencia de bienes **a sabiendas** de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el 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.

-ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, **a sabiendas** de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) 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 de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos; (...)" (el resaltado es nuestro)

² La presente recapitulación de recomendaciones internacionales fue tomada de: **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado**. Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas – CICAD. Organización de los Estados Americanos. En:
http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Manual%20tipificacion.dot

El “**REGLAMENTO MODELO sobre delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos**” de la **CICAD-OEA** tipifica el delito de lavado en su artículo 2, de la siguiente manera:

- “1. Comete delito penal la persona que convierta o transfiera bienes **a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional** que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.
- 2. Comete delito penal la persona que adquiera, posea, tenga o utilice bienes **a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional** que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.
- 3. Comete delito penal la persona que oculte, encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, **a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional** que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos. (...)”
(el resaltado es nuestro)

El artículo 21 de la **LEGISLACIÓN MODELO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA FISCALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS DROGAS (PNUFID)** consagra que:

“Serán castigados con la pena de prisión de ... a... y multa de... a o con una de esas dos penas solamente:

- 1. Los que hubieren convertido o transferido recursos o bienes, **sabiendo (1^a variante: o sospechando) (2^a variante: o cuando habrían debido saber)** que procedían directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicolíticas o precursores, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de esos bienes o recursos o ayudar a cualquier persona que hubiera participado en la comisión de uno de esos delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- 2. Los que hubieren contribuido a ocultar la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, **sabiendo (1^a variante: o sospechando) (2^a variante: o cuando habrían debido saber)** que procedían directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicolíticas o precursores.
- 3. Los que hubieren adquirido, poseído o utilizado bienes, **sabiendo (1^a variante: o sospechando) (2^a variante: o cuando habrían debido saber)** que procedían del tráfico ilícito

de estupefacientes, sustancias sicológicas o precursores o de la participación en uno de esos delitos.(...)" . (El resaltado es nuestro)

El artículo 2 del “**CONVENIO CENTROAMERICANO para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos**” tipifica el delito de lavado de activos de la siguiente manera:

“Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, las siguientes conductas:

- 1) Convertir o transferir recursos o bienes, **con conocimiento** de que proceden, directa o indirectamente, del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicológicas o delitos conexos, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de uno de estos delitos.
- 2) Contribuir a ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos relativos a ellos, **previo conocimiento** de que proceden directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicológicas o delitos conexos.
- 3) Adquirir, poseer o utilizar bienes, **sabiendo** que derivan del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicológicas o delitos conexos o de la participación en uno de esos delitos(...)" . (el resaltado es nuestro)

En relación con la tipificación del lavado de activos tomando en cuenta la conducta asociada, de los anteriores instrumentos internacionales se pueden resaltar las siguientes palabras o términos clave: ‘**a sabiendas**’, ‘**debiendo saber**’ ‘**con ignorancia intencional**’, ‘**sabiendo**’, ‘**sospechando**’, ‘**cuando habrían debido saber**’, ‘**previo conocimiento**’, ‘**con conocimiento**’, “**conoce**”, “**puede presumir**” y “**difículta**”. Cada una de estas expresiones hace referencia a los grados de conocimiento de la ilicitud de los recursos, bienes activos, etc., que el agente pretende encubrir u ocultar, y de esta manera se puede determinar si se pretende una tipificación dolosa o culposa de acuerdo a dichos grados de conocimiento.

Entendiendo el dolo como “el **conocimiento** del hecho que integra el tipo, acompañado por la **voluntad** de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como

consecuencia de la activación voluntaria³, los términos: “a sabiendas”, “con ignorancia intencional”⁴, “sabiendo”, “previo conocimiento”, “con conocimiento”; “conoce”, “puede presumir” y “dificulta” hacen referencia clara a una conducta de tipo dolosa.

La situación no es tan sencilla al considerar los términos: ‘debiendo saber’, ‘sospechando’ y ‘cuando habrían debido saber’, es por esta razón que al entrar en el análisis de la posibilidad de existencia y de la correspondiente tipificación de conductas culposas en los delitos de lavado de activos, comenzaremos con el análisis de las expresiones mencionadas ya que guardan relación directa con el tema, como veremos en adelante.

Los términos: ‘debiendo saber’, ‘sospechando’ y ‘cuando habrían debido saber’ pueden generar en los legisladores confusiones sobre si los instrumentos internacionales, tanto del Reglamento Modelo como de la Legislación Modelo, pretendían recomendar una tipificación de una conducta dolosa o culposa, en los siguientes sentidos:

Entendiendo que: “es culposa la conducta que produce un resultado que **era previsible** para el autor, a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado que le correspondía en esa situación y de acuerdo a sus conocimientos”⁵, los términos mencionados, en la medida en que no constituyen expresiones de pleno conocimiento, se asemejan a la previsibilidad, por lo tanto harían referencia a conductas de tipo culposo⁶. Sin embargo con respecto a estos términos, la doctrina penal varía a la hora de determinar la conducta a la que hacen referencia.

Así, “respecto de la ‘sospecha’ del origen legítimo de los bienes puede observarse que quien dudando o sospechando del origen ilícito de los mismos igualmente realiza la actividad, obra con cierta malicia, ocultando cierto conocimiento”⁷, por lo tanto la conducta habría que considerarse dolosa.

³ **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.** Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas – CICAD. Organización de los Estados Americanos. En:

http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Manual%20tipificacion.dot

⁴ “Se estima que esta expresión pretende cubrir aquella hipótesis en que el autor del delito se pone ante la posibilidad de verificar el origen de los bienes pero con voluntad, con intención prefiere no saberlo, ignorarlo, no verificarlo, no cumpliendo con la obligación (...) la palabra intencional, en este contexto, permite afirmar, sin hesitación, que nos encontramos frente a un delito doloso”. **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.**

⁵ Sandra Jeannette Castro. **Tipo Subjetivo.** En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. pp. 239

⁶ Otras expresiones que hacen referencia a la culpa: “negligencia”, “ignorancia inexcusable”, “descuido”, “que deba conocer” ó “descuido culpable”. **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.**

⁷ **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.**

Sin embargo, la anterior referencia de la sospecha sólo hace alusión a una de las acepciones del término sospechar (obrar con malicia). La sospecha en otra de sus acepciones significa: “Imaginar una cosa fundada en apariencias”⁸. La anterior acepción esta lejos de contener un significado que indique pleno conocimiento o conocimiento de un hecho, por lo tanto encuadrar la conducta de sospecha dentro de una conducta dolosa que requiere el “conocimiento de la ilicitud de recursos, bienes, etc.”, sería equivocado.

Hay quienes consideran entonces, que esta conducta se puede encuadrar dentro de las culposas “puesto que la conducta es imprudente o negligente, porque no ha puesto toda la debida diligencia, un obrar imprudente”⁹, planteamiento con el que estaríamos de acuerdo si se tiene en cuenta otra de las acepciones de la sospecha como es la ‘previsión’, término que claramente se podría encuadrar dentro de la conducta culposa.

Con las expresiones ‘debiendo saber’ y ‘cuando habrían debido saber’, la doctrina penal también se encuentra dividida sobre a qué tipo de conducta, dolosa o culposa, se refieren. Para algunos, estas expresiones son entendidas como “la ampliación a otras posibilidades diferentes del dolo directo”¹⁰. Para otros, “el autor de un crimen que debía saber o presumir, obra culposamente puesto que lo que se reprime es ‘un escalón más bajo del obrar delictuoso, que pareciera lindar con la culpa’”¹¹. Lo anterior tiene sentido si se piensa en que ‘deber saber’ o ‘presumir’ son términos sinónimos de sospecha¹² y como ya habíamos visto anteriormente puede encuadrarse dentro de la conducta culposa.

De acuerdo a lo anterior, es entonces claro que dentro de la doctrina jurídico-penal no hay un acuerdo en que las expresiones: ‘debiendo saber’, ‘sospechando’ y ‘cuando habrían debido saber’, puedan ser encuadradas claramente en una conducta dolosa o culposa.

Ahora bien, en gracia de la discusión entraremos a hacer el análisis de las consecuencias que, de considerarse como dolosas, llevan consigo las expresiones a las que hemos hecho referencia.

De la manera como se presentan los artículos tanto del Reglamento Modelo como de la Legislación Modelo, se puede inferir la idea de que los instrumentos internacionales recomiendan conductas

⁸ Diccionario de la lengua española. Pequeño Larousse Ilustrado. pp. 958.

⁹ **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.**

¹⁰ **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.**

¹¹ **Manual de Apoyo para la Tipificación del delito de lavado.**

¹² Diccionario de la lengua española. Pequeño Larousse Ilustrado. pp. 836.

dolosas dado que en la redacción del artículo dichas expresiones se encuentran seguidas de los términos: a sabiendas y con conocimiento, que son unas claras expresiones del actuar con dolo.

Como habíamos señalado antes, el dolo hace referencia a “el **conocimiento** del hecho que integra el tipo”. En el caso del lavado de activos y de la manera como se presenta en el artículo del proyecto, existe dolo cuando el agente conoce que los bienes o recursos provienen directa o indirectamente de actividades ilícitas y adicionalmente **quiere**, es decir obra con voluntad para tratar de, dar apariencia de legalidad a los mismos, es decir que el Estado, al tener la carga de la prueba, tiene que probar que el agente realmente conocía la ilicitud de los bienes o recursos y tenía la voluntad de realizar una operación de lavado.

Con las expresiones objeto de análisis, existiría dolo cuando el agente: debió saber, debió haber sabido o simplemente con la mera sospecha de que los bienes o recursos provienen directa o indirectamente de actividades ilícitas, es decir que la conducta del agente será dolosa sin necesidad de saber, sino cuando el agente tiene la posibilidad de conocer que los bienes o recursos provienen directa o indirectamente de actividades ilícitas, situación completamente distinta al conocimiento como tal de un hecho o situación. Por lo anterior, al Estado no le correspondería probar un conocimiento real de la ilicitud de bienes o recursos, como normalmente ocurre cuando se prueba el dolo del agente, lo que muestra de manera evidente que se reduce la carga de la prueba por parte del Estado para demostrar el conocimiento de la ilicitud.

Ahora bien, en palabras de Clemente Vásquez Bello, haciendo referencia a una expresión similar ('tener la posibilidad de conocer') a las objeto de estudio:

“Tener la posibilidad de conocer” es una forma de prueba que permite condenar al acusado por una violación del código penal ocurrida por no haber reconocido que la actividad era ilegal, ya sea por falta de atención, incompetencia, negligencia o estupidez. Con esta norma es posible condenar a alguien por actividades criminales sin que haya prueba de conocimiento real”.

De lo anterior se evidencia entonces, las múltiples interpretaciones que se pueden derivar de la expresión ‘teniendo la posibilidad de conocer’ y estas múltiples interpretaciones se podrían predicar de: ‘debiendo saber’, ‘sospechando’ y ‘cuando habrían debido saber’. Consideramos que la falta de atención, incompetencia o negligencia, no constituyen prueba de dolo, sino de culpa y si se piensa que la intención de los instrumentos internacionales, así como la de los legisladores, es la tipificación de una conducta dolosa, la escogencia de este tipo de términos resulta errada para dichos

propósitos y aún más grave, estaría en contra del principio de proporcionalidad ya que a dos conductas distintas (dolosa y culposa), el legislador les está asignando la misma consecuencia jurídica; y debilitaría en gran medida garantías del debido proceso tales como la presunción de inocencia, derecho del cual se desprende el principio de *in dubio pro reo*.

Lo anterior es así ya que en términos generales, si el Estado no logra probar, más allá de lo razonable, el conocimiento de la ilicitud, la duda deberá aplicarse a favor del procesado y, en consecuencia, la acción penal se extinguiría, absolviendo al procesado. Sin embargo, con las expresiones que estamos revisando en esta presentación, se llegaría a situaciones que probatoriamente complicarían la tipificación del delito y que, dependiendo de la interpretación, podrían ser abiertamente injustas; de ésta forma el análisis de la conducta deberá hacerse bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, es decir un análisis anterior y no un análisis posterior a la comisión del ilícito, pues de manera sencilla se podría concluir, con un análisis posterior a la ocurrencia de los hechos, que indudablemente "existía la posibilidad de conocer".

Es por lo anterior que en la legislación norteamericana, los principales estatutos que sancionan el lavado de dinero exigen, a la hora de condenar al procesado, la prueba del conocimiento y la intención. Clemente Vásquez Bello señala entonces que "para que el gobierno de los Estados Unidos logre condenar al acusado, es preciso que pruebe que esa persona tenía *conocimiento real* de la actividad ilícita que la legislación norteamericana describe y prohíbe. De acuerdo con este requisito de conocimiento contenido en la legislación penal de los Estados Unidos, al acusado no se le puede condenar meramente porque "tenía la posibilidad de conocer" sobre su participación en la actividad ilícita".

De acuerdo con nuestro anterior análisis, se podría decir que técnico-jurídicamente es más adecuado considerar que las conductas que incorporan las expresiones: 'debiendo saber', 'sospechando' y 'cuando habrían debido saber', son de tipo culposo.

Siendo entonces consideradas las referidas expresiones para denotar el carácter culposo de una conducta, es pertinente dentro de nuestro análisis considerar la plausibilidad, en términos de coherencia normativa y del funcionamiento armónico de las instituciones que intervienen en la cadena de **prevención, control y represión del lavado de activos**, de la tipificación de las conductas culposas.

Como se señaló al comienzo de esta ponencia, la tipificación de las conductas culposas dentro de los ordenamientos jurídico penales son excepcionales y esto obedece principalmente a que el legislador tiene la obligación de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones.

En concordancia con las recomendaciones de los instrumentos internacionales ya citados, dentro de los ordenamientos jurídico penales de la mayor parte de los países de la región se ha tipificado el delito de lavado de activos bajo la modalidad dolosa. En el ánimo de ilustrar el tratamiento dado al delito de lavado de activos en la región, vale incorporar algunos comentarios referidos a legislaciones nacionales sobre lavado de activos, como es el caso de los siguientes países:

Colombia

En la legislación colombiana el delito sólo se puede cometer bajo la modalidad de dolo, de suerte tal que para que exista responsabilidad penal se requiere que se participe en la conducta intencionalmente, es decir, conociendo la ilicitud del origen de los recursos; no obstante, las autoridades en ocasiones han equiparado el dolo eventual a la figura de la ceguera intencional, propia de los países anglosajones. Además, se incurre en el delito de omisión de control (artículo 325 de la ley 399 de 2000), cuando un 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, omite el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo (artículo 102 y siguientes del Decreto 663 de 1993).

Honduras

En 2002 Honduras promulgó la “Ley contra el Delito de Lavado de Activos”, contentiva de los siguientes artículos de interés para los fines de esta presentación:

“Artículo 11. Quien por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes o reglamentos en el ejercicio de sus funciones permita que se cometa el delito de lavado de activos, se le sancionará con dos (2) años a cinco (5) años de reclusión.

Artículo 12. Independientemente de la responsabilidad penal de sus directivos, gerentes o administradores, cuando constituya práctica institucional de una empresa la perpetración o facilitación de los delitos tipificados en esta ley, se sancionará a la persona jurídica con el cierre definitivo y multa del cien por ciento del monto de lo lavado.”

Venezuela

En 2005 Venezuela promulgó la “Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada”, contentiva de los siguientes artículos:

“Artículo 5. Cuando el delito previsto en el artículo 4 de esta Ley se cometa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley por parte de los empleados o directivos de los sujetos obligados contemplados en el artículo 43 de esta Ley, la pena será de uno a tres años de prisión.

Artículo 26. Las personas jurídicas, con exclusión del Estado y sus empresas, son responsables penalmente de los hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada cometidos por cuenta de ellas, por sus órganos directivos o sus representantes.

Cuando se trate de personas jurídicas del sistema bancario o financiero que intencionalmente legitimen capitales, el tribunal ordenará su intervención preservando siempre los derechos de los depositantes.”

Perú

El 2002 con la promulgación de la Ley 27765 Ley Penal del Lavado de Activos modificada en julio del 2007 mediante el Decreto Legislativo 986, se establece:

Los artículos 1 y 2 refiere los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia señalando que el que convierte o transfiere; adquiere; utiliza; guarda; custodia; recibe; oculta; administra o transporta dentro del territorio de la república o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

En formas agravadas en el artículo 3, la pena será privativa de la libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años, cuando el agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil o el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

El artículo 4 trata acerca de la omisión de la comunicación de operaciones sospechosas, señala que el que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (penas dirigidas a los oficiales de cumplimiento la única existente en la región).

Es necesario señalar que **el derecho penal es limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo**, es decir que el derecho penal debe ser circunscrito al rol de la última ratio, debiéndose **castigar aquellas acciones** que violan o tienden a violar los derechos ajenos, **cuando éstos no se puedan asegurar de otro modo, y cuando el castigo no implique mayor daño que la impunidad.**

En la lucha contra el lavado de dinero intervienen diferentes instituciones estatales. Es así como en materia de prevención y control del lavado de dinero correspondiente a las entidades financieras, de manera conjunta actúan, no sólo como colaboradores en dicho ejercicio de prevención y control sino como reguladores y supervisores de dicha actividad: tanto los Organismos Supervisores como las Unidades de Análisis Financiero (UAF). Sólo intervienen de manera posterior la Fiscalía o el Ministerio Público y los Jueces de la República, a la hora de castigar de manera represiva las conductas que se han configurado como delitos. En el anterior sentido, todas y cada una de estas entidades deben encontrarse articuladas entre sí, a la hora de definir sus funciones y ejecutarlas, con el fin de que las labores de prevención y control se hagan no sólo de la manera más adecuada, sino de la manera más eficiente, a objeto de que las instituciones financieras no sean utilizadas por las distintas organizaciones criminales.

En el anterior sentido, resaltamos y enfatizamos la fundamental labor que cumplen los Supervisores Bancarios, quienes a través de sus regulaciones consagran medidas destinadas a adoptar políticas de control apropiadas y suficientes para evitar que en la realización de sus operaciones las instituciones financieras puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, tales como el exhortar y prescribir a los sujetos obligados: El **conocimiento** idóneo de los clientes y de su actividad económica, la **medición** de la frecuencia y volumen de sus transacciones, y la necesidad de **reportar** cualquier transacción extraña a dichas circunstancias.

Siguiendo la misma línea, son los Supervisores Bancarios quienes imponen a los sujetos obligados el deber de diseñar y poner en funcionamiento procedimientos especiales de **control interno**, como la designación de un funcionario responsable, el **Oficial de Cumplimiento**, con el propósito de evaluar y de llevar a cabo las políticas de coordinación y colaboración con las autoridades competentes. Así mismo, dentro de las funciones destinadas a los Supervisores Bancarios se encuentra la sancionatoria. Las Superintendencias están en el deber de imponer fuertes **sanciones**

administrativas a los sujetos obligados que no se acojan o no apliquen de manera efectiva los mecanismos de control.

Por su parte, en la misma dirección de colaboración armónica e integral entre las instituciones estatales y los sujetos obligados, las Unidades de Análisis Financiero (UAF) centralizan, sistematizan y evalúan la información reportada, con el fin de detectar prácticas asociadas al lavado de activos, imponiendo el deber a las instituciones financieras de reportar información sobre el manejo de fondos y, así mismo, sobre la realización de operaciones inusuales o sospechosas que puedan constituir la práctica de una conducta punible.

Es entonces evidente que los Estados de manera permanente han consolidado dentro de sus políticas de Estado, acorde con los instrumentos internacionales, las medidas necesarias destinadas a contrarrestar el lavado de dinero, lo cual ha realizado, de la manera más deseable posible, no sólo a partir de la penalización de las conductas, sino por medio de medidas administrativas de carácter preventivo.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la anterior exposición nos permitimos presentar las principales conclusiones sobre el tema:

1. Tanto la Convención de Viena como el Convenio Centroamericano entienden que la conducta del delito de lavado de activos puede ser tipificada como dolosa; mientras que el Reglamento Modelo y la Legislación Modelo entienden que la conducta del delito de lavado de activos, con las salvedades anotadas, puede ser tipificada tanto dolosa como culposa.
2. Teniendo en cuenta que no hay un acuerdo en que las expresiones: 'debiendo saber', 'sospechando' y 'cuando habrían debido saber', puedan ser encuadradas claramente en una conducta dolosa o culposa, debido a la ambigüedad y la imprecisión de las expresiones, a la hora de tipificar una conducta, no sería recomendable que los legisladores las tuvieran en cuenta dentro de sus redacciones, y de tenerlas en cuenta, en ningún sentido deberían considerarlas para tipificar una conducta dolosa.
3. La tipificación de la conducta culposa del lavado de activos constituye una carga innecesaria y de difícil tipificación, no sólo para los prestadores del servicio público bancario (empleados y directores de las entidades), sino para los clientes del sistema y el aparato jurisdiccional.
4. Resaltamos la actividad que han realizado nuestros legisladores en el esfuerzo de disponer de mecanismos jurídicos idóneos para que las autoridades ejerzan el control y la vigilancia para que las entidades financieras no sean utilizadas, ni mucho menos propicien actividades delictivas como el lavado de activos.

Como instituciones financieras de Latinoamérica reafirmamos nuestro compromiso irrestricto frente a las autoridades reguladoras y supervisoras, quienes constituyen la sólida base sobre la que se sostienen los sistemas de control y prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.